

# Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB

Von Prof. Dr. iur. Arnd Arnold, Diplom-Volksw., Kiel\*

*Die Frage, ob sich ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers bereits aus § 280 Abs. 1 BGB ergibt oder ob die zusätzlichen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 2 und 3 BGB vorliegen müssen, bereitet Studenten nicht selten Probleme. Der folgende Beitrag, der sich sowohl an Studienanfänger als auch fortgeschrittene Studenten richtet, stellt die verschiedenen Abgrenzungsformeln vor und zeigt, daß tatsächlich nur wenige Fälle problematisch sind.*

## I. Einleitung

Seit der Schuldrechtsreform sieht das BGB bei Störungen im Schuldverhältnis mit § 280 BGB einen einheitlichen Haftungstatbestand vor. Die Vorschrift stellt grundsätzlich die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche aus Schuldverhältnissen dar; Ausnahmen bilden lediglich einige Sonderregeln wie etwa § 536a BGB beim Mietvertrag und § 311a Abs. 2 BGB, der nach Vorstellung des Gesetzgebers eine eigenständige Anspruchsgrundlage für den Fall des anfänglichen Ausschlusses der Leistungspflicht darstellen soll.<sup>1</sup> Hinter diesem Konzept steht der Gedanke, daß der Schuldner bei jeder Leistungsstörung mit seinem Leistungsergebnis hinter den Anforderungen zurückbleibt, die das Schuldverhältnis stellt, und damit eine Pflichtverletzung begeht.<sup>2</sup> Dies biete einen Ansatzpunkt für ein in sich geschlossenes lückenloses Leistungsstörungsrecht, das auch Vereinfachungspotentiale nutze.

Allerdings sollen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in allen Fällen für einen Schadensersatzanspruch ausreichen. So kann der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs verlangen. Weiterhin will das Gesetz den Vorrang der Erfüllung sichern<sup>3</sup> und erlaubt es dem Gläubiger daher nicht, bereits unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB vom Erfüllungsanspruch zu einem Anspruch auf Schadensersatz zu wechseln. Einen derartigen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nach § 280 Abs. 3 BGB vielmehr nur alternativ unter den Voraussetzungen der §§ 281, 282, 283 BGB verlangen. Für die Fallbearbeitung kommt damit der

Frage, ob der Gläubiger Schadensersatz wegen Verzögerung bzw. statt der Leistung verlangt oder ob es sich um „einfachen“ Schadensersatz<sup>4</sup> nach § 280 Abs. 1 BGB handelt, erhebliche Bedeutung zu. Studierende werden hierzu in der Literatur teilweise mit komplizierten, scheinbar widersprechenden Abgrenzungsformeln sowie einer Vielzahl von Streitfragen konfrontiert. Dies verstellt jedoch den Blick darauf, daß die verschiedenen Ansätze in der Regel zu gleichen Ergebnissen kommen und nur wenige Fälle tatsächlich problematisch sind. Der vorliegende Beitrag soll daher zeigen, wie sich die meisten Fälle ohne überflüssigen Theorienstreit bewältigen lassen und wo die wirklichen Probleme liegen. Zu diesem Zweck werden zunächst die verschiedenen Schadensarten und die zu ihnen vertretenen Abgrenzungsformeln kurz vorgestellt (II.-III.). Dabei müssen nur der Verzögerungsschaden und der Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber der „einfache“ Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB definiert werden, da letzterer nach der gesetzlichen Systematik alle Positionen umfaßt, die nicht den beiden anderen Schadensarten zuzurechnen sind. Sodann wird gezeigt, welche Schadensarten bei den verschiedenen Pflichtverletzungen vorkommen können (IV.).

## II. Der Verzögerungsschaden

### 1. Grundsatz

Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat an dem Grundsatz festgehalten, daß die bloße Verzögerung der Leistung über die Fälligkeit hinaus für den Schuldner noch keine wesentlichen Rechtsnachteile erzeugen soll. Vielmehr entspreche es der beizubehaltenden Rechtstradition, daß solche Nachteile erst im Schuldnerverzug, also bei Vertretenmüssen des Schuldners sowie einer Mahnung oder einem gleichgestellten Umstand, eintreten.<sup>5</sup> Dementsprechend kommt es für die Abgrenzung des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 2 BGB nicht auf die geltend gemachte Schadensersatzposition, sondern die Pflichtverletzung an<sup>6</sup>: Alle durch die Verzögerung einer Leistungspflicht entstandenen Schäden sind nach § 280 Abs. 2 BGB allein unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig.

Verzögerungsschäden können nicht mehr entstehen, wenn der Leistungsanspruch nach §§ 275, 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist. Es fehlt dann an einer Leistungspflicht, an die angeknüpft werden könnte.

### 2. Erfasste Schadenspositionen

Verzugsschäden betreffen vielfach das Erfüllungsinteresse des Gläubigers. Typische Beispiele sind etwa Mehraufwendungen, die dem Gläubiger dadurch entstehen, daß er die

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Steuerrecht an der Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> Begründung zu § 311a, BT-Drs. 14/6040, S. 165. Dem folgend etwa *Canaris*, JZ 2001, 499 (507); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 311a Rn. 6. Mit beachtlichen Gründen kritisch dagegen etwa *Maier-Reimer*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 291 (302 f.); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 5. Aufl. 2005, Rn. 559, nach denen die Vorschrift nur den Bezugspunkt des Vertretenmüssens modifiziert.

<sup>2</sup> Begründung zu § 280, BT-Drs. 14/6040, S. 134.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 14/6040, S. 93.

<sup>4</sup> So die verbreitete, wenn auch nicht durch das Gesetz vorgeprägte Terminologie. Gelegentlich wird auch vom Schadensersatz „neben der Leistung“ gesprochen, siehe etwa *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204).

<sup>5</sup> Begründung zu § 286, BT-Drs. 14/6040, S. 145.

<sup>6</sup> Ausführlich *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

Leistung verspätet erhält, und Gewinnausfälle aufgrund der verspäteten Leistung.

*Beispiel:* Da der Schuldner den verkauften LKW nicht liefert, entgeht dem Gläubiger ein Gewinn, den er durch den Einsatz des LKW hätte erzielen können, oder er muß zwischenzeitlich ein Ersatzfahrzeug anmieten.

Nur unter den Voraussetzungen des Verzugs ist auch der Gewinn ersatzfähig, der dem Gläubiger dadurch entgeht, daß er den geschuldeten, aber nicht geleisteten Gegenstand nicht mit Gewinn weiterveräußern kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sich die Weiterveräußerungsmöglichkeit durch die Verzögerung zerschlagen hat. Ist dies nicht der Fall, ist ein Weiterveräußerungsgewinn nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.<sup>7</sup>

*Beispiel:* V verkauft dem K seinen 37 Jahre alten Mercedes 230 zum Preis von 1.000 Euro. Kurz darauf erfährt K, daß ein Filmproduzent ein derartiges Fahrzeug benötigt, und verkauft diesem das Fahrzeug für 5.000 Euro weiter. Da V das Fahrzeug nicht rechtzeitig liefert, zerschlägt sich das Geschäft jedoch. K kann in diesem Fall von V unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB den Ersatz des ihm entgangenen Weiterveräußerungserlöses verlangen.

Die §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfassen jedoch nicht nur Schäden, die – wie die eben beschriebenen – das Erfüllungsinteresse des Gläubigers betreffen. Vielmehr sind auch Integritätsschäden, die der Gläubiger aufgrund der verspäteten Leistung des Schuldners erleidet, nicht schon nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig, sondern es müssen die zusätzlichen Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB vorliegen.<sup>8</sup>

*Beispiel:* Dachdecker D soll das schadhafte Dach des B neu eindecken. Da er diese Verpflichtung nicht termingerech erfüllt, dringt bei einem Unwetter Wasser ein und beschädigt die unter dem Dach eingelagerten Möbel des B. Dieser kann Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen der §§ 280, 286 BGB verlangen.

Gerechtfertigt wird diese Zuordnung damit, daß das spezifische Leistungsinteresse des Gläubigers hier gerade darin besteht, daß durch die Leistung ein Schaden an den betroffenen Rechtsgütern verhindert werden soll.<sup>9</sup> Die vertragliche Leistung zielt gerade auf den Schutz der Rechtsgüter des Gläubigers vor bereits drohenden Beeinträchtigungen. Zu prüfen ist aber selbstverständlich, ob ein sofortiger Verzugsseintritt ohne Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB in Betracht kommt, was insbesondere bei besonders eiligen Leistungen denkbar ist.

### 3. Verzögerungsschäden bei der Schlechtleistung

Äußerst kontrovers diskutiert wird, ob auch bei der Schlechtleistung Verzögerungsschäden denkbar sind. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB verweisen nicht auf § 286 BGB. Dennoch ist anerkannt, daß die Verzugshaftung unentbehrlich ist, wenn der Schuldner die ursprüngliche Schlechtleistung nicht zu

vertreten hat. In diesem Fall kann eine Schadensersatzhaftung nur auf Grundlage der Verzögerung der Nacherfüllungspflicht begründet werden.<sup>10</sup>

Unklar ist hingegen, ob auch bestimmte, bereits auf die ursprüngliche Schlechtleistung zurückzuführende Schäden allein unter den Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sind. Der Streit hat sich hier an der – praktisch besonders bedeutsamen – Konstellation des sogenannten Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens entzündet.

*Beispiel* (angelehnt an *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535): K bestellt für sein Restaurant beim Hersteller H einen Backofen. Bei dem alsbald von H an K ausgelieferten Gerät kommt es aufgrund eines für H erkennbaren Produktionsfehlers nach zwei Wochen zu einem Komplettausfall. Die Küche und damit auch das Restaurant können darauf den Betrieb nicht mehr aufrechterhalten. H kann den Schaden innerhalb von 16 Stunden beheben. Dennoch hat K zwischenzeitlich einen Betriebsausfallschaden von 4.000 Euro erlitten. Er verlangt deshalb von H Schadensersatz.

Es dürfte heute geklärt sein, daß derartige Betriebsausfallschäden nicht dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind.<sup>11</sup> Umstritten ist dagegen, ob derartige Schäden – ein Vertretenmüssen des Schuldners vorausgesetzt – unmittelbar nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sind oder ob die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs vorliegen müssen. Dies wird von einem Teil der Literatur<sup>12</sup> im Anschluß an die Gesetzesbegründung abgelehnt.<sup>13</sup> §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfassen nur die Schäden, die ausschließlich auf die Verzögerung der Leistung zurückzuführen seien. Es bestehe von der Interessenlage her ein Unterschied, ob der Verkäufer bei Fälligkeit lediglich untätig bleibe oder ob er fehlerhaft leiste; denn mit der Lieferung einer mangelhaften Sache dringe er gefährlich in die „Gütersphäre“ des Käufers ein.<sup>14</sup> Ferner ergebe die für einen Verzugsseintritt grundsätzlich erforderliche Mahnung bei der Schlechtleistung keinen Sinn.<sup>15</sup> Sie habe den Charakter eines Warnsignals für den Schuldner, der bei Fehlen eines festen Leistungstermins über die Dringlichkeit seiner Leistungspflicht im Unklaren sein könne. Bei der Pflicht zur mangelfreien Leistung könnten aber keine solchen

<sup>10</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 37; *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2007, § 437 Rn. 69 f.; *Schubel/Koch*, DB 2004, 119 (122).

<sup>11</sup> *A. A. Ady*, ZGS 2003, 13 (15) und teilweise *P. Huber*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 13/106.

<sup>12</sup> *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 6; *Grunewald*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 437 Rn. 13; *Ernst*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 55 ff.; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 280 Rn. 18; *Canaris*, ZIP 2003, 321 ff.; *U. Huber*, in: *Habersack* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, 2003, S. 1165 (1182); *Medicus*, JuS 2003, 521 (528); *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204).

<sup>13</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 225.

<sup>14</sup> So *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323 f.); ferner *Medicus*, JuS 2003, 521 (528).

<sup>15</sup> *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

<sup>7</sup> Siehe dazu unter III. 1.

<sup>8</sup> *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltkommentar zum BGB*, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 58; *Canaris*, ZIP 2003, 321 (324); *Grigolet/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (752 f.).

<sup>9</sup> *Grigolet/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (752 f.).

Unsicherheiten bestehen.<sup>16</sup> Schließlich wird kritisiert, daß das Verzugserfordernis den Gläubiger unbillig hart treffen würde. Da eine Mahnung in der Regel erst nach Schadenseintritt erfolge, drohe bei einer „gestreckten“ Schadensentstehung eine willkürliche Differenzierung hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Schäden je nachdem, ob sie vor oder nach der Mahnung entstanden seien.<sup>17</sup>

Nach anderer Auffassung<sup>18</sup> sind dagegen wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB Schlecht- und Nichtleistung gleichzustellen und daher für die Ersatzfähigkeit des Betriebsausfallschadens die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs erforderlich. Da die Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Schuldners gehöre, liege in der Lieferung einer mangelhaften Sache immer auch eine Verzögerung der mangelfreien Leistung. Der Hinweis, der Schuldner dringe mit der Schlechtleistung gefährlich in die Gütersphäre des Gläubigers ein, rechtfertige keine Ungleichbehandlung gegenüber der Nichtleistung. Die damit angesprochene Schutzpflichtverletzung könne über § 280 Abs. 1 BGB nur zum Ersatz des Integritätsinteresses, nicht aber auch des eigentlichen Leistungsinteresses führen und biete damit keine Lösung für reine Betriebsausfallschäden.<sup>19</sup> Schließlich habe das Mahnungserfordernis auch bei der Schlechtleistung seinen guten Sinn, da der Schuldner sich über die Mangelhaftigkeit seiner Leistung in Unkenntnis befinden könne. Teilweise wird allerdings auch angenommen, bei Betriebsausfallschäden sei die Mahnung generell nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich.<sup>20</sup>

Eine höchstrichterliche Klärung der Frage steht bislang aus. Allerdings hatte der BGH<sup>21</sup> vor der Reform im alten Werkvertragsrecht die Auffassung vertreten, Betriebsausfallschäden seien ohne zusätzliche Voraussetzungen ersatzfähig. Zudem wird in zwei instanzgerichtlichen Entscheidungen zum modernisierten Kaufrecht eine Ersatzfähigkeit nach § 280 Abs. 1 BGB bejaht.<sup>22</sup>

Zu beachten ist im übrigen, daß beide Auffassungen bei der Fallbearbeitung spezifische Probleme aufwerfen können. Leistet der Schuldner vor Fälligkeit schlecht, so ist es z. B.

bei Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB nicht ganz einfach zu erklären, weshalb ein Anspruch des Gläubigers auf Ersatz seines Betriebsausfallschadens erst ab Fälligkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs in Betracht kommen kann.<sup>23</sup> Die Anwendung der §§ 280, 286 BGB provoziert hingegen die Frage, warum für andere mangelbedingten Schäden wie z.B. Schäden an den absoluten Rechtsgütern Käufers (Beispiel: Das Pferd des Käufers stirbt am gelieferten vergifteten Hafer) bereits nach § 280 Abs. 1 BGB gehaftet wird. Insoweit wird vertreten, die Voraussetzungen des Verzugs müßten nur vorliegen, wenn der Schaden auch bei einer reinen Nichtleistung entstanden wäre.<sup>24</sup> Zudem bleibt auf Grundlage dieser Auffassung zu klären, ob ein vor der mangelhaften Lieferung eingetretener Verzug fortwirkt und ob eine erst nach der Schlechtleistung abgelaufene Lieferfrist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) den Verzug auslöst.<sup>25</sup>

#### 4. Aufklärungspflichten

Schwierige Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB stellen sich auch bei Aufklärungspflichten.

*Beispiel* (nach *Fliegner*, JR 2002, 314 [323]): V verkauft K eine Maschine, die dieser in seiner Werkhalle aufstellt. Da V den K über Besonderheiten bei der Bedienung der Maschine bei der von K beabsichtigten Verwendung nicht aufgeklärt hat, löst sich ein Schwungrad an der Maschine und beschädigt die Werkhalle. K verlangt von V Schadensersatz.

Hier könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß K nur nach §§ 280, 286 BGB Schadensersatz verlangen könne, da V seine Aufklärungspflicht nicht erfüllt habe. Allerdings spricht gegen dieses Ergebnis bereits, daß es sich hier um eine Schutzpflicht handelt und der Schwerpunkt des Verhaltens des B in der Verbringung einer – ohne weitere Aufklärung – gefährlichen Maschine in die Sphäre des K liegt. Daher wird angenommen, daß sich in derartigen Fällen die Haftung des Verkäufers bereits aus § 280 Abs. 1 BGB ergebe.<sup>26</sup> Ist der Leistungsgegenstand dagegen wegen fehlender Aufklärung durch den Schuldner nicht nutzbar, sollen entsprechende Schäden nur unter den Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sein.<sup>27</sup> Dies gilt erst recht, wenn Information als Hauptleistungspflicht geschuldet ist.<sup>28</sup>

<sup>16</sup> *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

<sup>17</sup> *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

<sup>18</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 60 ff.; *Chr. Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 437 Rn. 17; *Schmidt-Kessel*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2008, § 280 Rn. 58 f.; *Loo-schelders*, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2008, Rn. 575; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, Rn. 267 ff.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535 ff.; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (754 ff.); *Teichmann/Weidmann*, in: *Häuser* (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 287 (300 f.).

<sup>19</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 64.

<sup>20</sup> *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (755 ff.); *dies.*, JuS 2004, 746 ff.; *Schmidt-Kessel* (Fn. 18), § 280 Rn. 59; *Teichmann/Weidmann* (Fn. 18), S. 287 (301 f.).

<sup>21</sup> BGHZ 72, 31; 92, 308.

<sup>22</sup> OLG Hamm, BeckRS 02006, 07007; LG Krefeld, DAR 2008, 90.

<sup>23</sup> Siehe *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 142 (Schaden nicht vom Schutzbereich umfaßt).

<sup>24</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 68.

<sup>25</sup> Dazu *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 67 (bejahend) und *Oetker/Maultzsch* (Fn. 18), Rn. 271 (verneinend), jeweils m.w.N.

<sup>26</sup> *Canaris*, ZIP 2003, 321 (325); *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59; *Fliegner*, JR 2002, 314 (323 f.).

<sup>27</sup> *Canaris*, ZIP 2003, 321 (325); *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59.

<sup>28</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59.

### III. Der Schadensersatz statt der Leistung

#### 1. Die Abgrenzungsformeln

Anders als beim Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kommt es beim Schadensersatz statt der Leistung nicht auf die Pflichtverletzung, sondern die Art des Schadens an.<sup>29</sup> Inhaltlich ist mit dem „Schadensersatz statt der Leistung“ der schon aus dem alten Schuldrecht geläufige – und in § 651f BGB noch heute angesprochene – Schadensersatz „wegen Nichterfüllung“ gemeint. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff jedoch bewußt aufgegeben, da der Schadensersatzanspruch nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung trete, die nicht mehr verlangt werden könne, und damit auch Erfüllung – nämlich der auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit – darstelle.<sup>30</sup>

Zur näheren Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung finden sich in der Literatur verschiedene Abgrenzungsformeln. Die einfachste versteht dabei „Schadensersatz statt der Leistung“ ganz wörtlich als den Schadensersatz, der an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt.<sup>31</sup> Damit lasse sich der Schadensersatz statt der Leistung vom Verzögerungsschaden einfach abgrenzen; denn letzterer lasse den Erfüllungsanspruch unberührt und stelle den Gläubiger letztlich so, wie er bei verspäteter Erfüllung stünde. Andere differenzieren danach, ob der Schadenseintritt durch eine Nacherfüllung noch abgewendet werden könne.<sup>32</sup> Dem entspricht die Formulierung, daß es für die Unterscheidung zwischen einfachem Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung entscheidend sei, ob eine Fristsetzung noch Sinn ergebe.<sup>33</sup> Schließlich werden dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in der Literatur gelegentlich alle Schäden zugeordnet werden, die vermieden worden wären, wenn der Schuldner im spätestmöglichen Zeitpunkt nacherfüllt hätte. Schadensersatz statt der Leistung sei nur der Schaden, der aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultiere.<sup>34</sup> Alle Schäden, die nach Wegfall des (Nach-)Erfüllungsanspruchs

gem. § 275 BGB oder § 281 Abs. 4 BGB entstünden, seien dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen.<sup>35</sup>

Alle diese Definitionen kommen in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis.<sup>36</sup> Von welcher man in der Klausur ausgeht, ist daher fast Geschmackssache. Am einfachsten ist dabei sicherlich auf den ersten Blick die Definition, nach der der Schadensersatz statt der Leistung alle Positionen erfaßt, die die Leistung funktional ersetzen sollen. Sie nimmt den Begriff des Schadensersatzes „statt der Leistung“ wörtlich. „Einfacher“ Schadensersatz und Verzögerungsschaden unterscheiden sich damit vom Schadensersatz statt der Leistung dadurch, daß sie den Erfüllungsanspruch unberührt lassen. Unter den „Schadensersatz statt der Leistung“ fallen somit neben der schadensrechtlichen Restitution des Leistungsgegenstands auch die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts oder die Kosten einer Ersatzvornahme durch den Gläubiger, da in diesen Fällen ein Nachholen der Leistung durch den Schuldner sinnlos oder sogar unmöglich wird.<sup>37</sup> Allerdings kann die Antwort auf die Frage, was die Leistung funktional ersetzt, manchmal schwierig sein. Deutlich wird dies am Problem eines entgangenen Weiterveräußerungsgewinns, der dem Gläubiger nicht bereits durch die Nichtleistung endgültig entgangen ist und daher zweifellos nicht dem Verzögerungsschaden zuzuordnen ist: Während teilweise die Auffassung vertreten wird, ein solcher entgangener Gewinn unterfalle § 280 Abs. 1 BGB, da der Schuldner diesen nicht schulde<sup>38</sup>, ordnen ihn andere dem Schadensersatz statt der Leistung zu.<sup>39</sup>

Diese Schwierigkeiten treten nicht auf, wenn man fragt, ob eine Fristsetzung noch sinnvoll ist bzw. der Schaden noch durch Nacherfüllung abgewendet werden kann. Freilich passen diese Formeln nicht, wenn eine Nachfrist nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.<sup>40</sup> Noch weniger geeignet sind sie bei §§ 282, 283 BGB, die gar nicht auf eine Nacherfüllung abstellen, sondern den Schadensersatz statt der Leistung an ganz andere Voraussetzungen knüpfen.<sup>41</sup> Bei der Prüfung dieser Normen sollte man die genannten Definitionen daher besser nicht verwenden.

Folgt man hingegen dem zuletzt vorgestellt vorgestellten Ansatz, der dem Schadensersatz statt der Leistung alle Schäden zuordnet, die bei Nacherfüllung zum spätestmöglichen Zeitpunkt vermieden worden wären, so muß man sich darüber bewußt sein, daß dieser in Einzelfällen zu anderen Ergebnissen als die anderen Abgrenzungsformeln führt.

*Beispiel:* K kauft bei V einen Gebrauchtwagen und baut für 1.000 Euro Zusatzausstattung ein. Kurz darauf stellt K fest, daß die Bremsen des Fahrzeugs nur unzureichend funktionieren, was auch schon V hätte auffallen müssen. K setzt V darauf eine angemessene Frist zur Nacherfüllung, die V

<sup>29</sup> Siehe nur besonders eindringlich *Canaris*, ZIP 2003, 321 (322).

<sup>30</sup> Begründung zu § 280, BT-Drs. 14/6040, S. 137.

<sup>31</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 73; *Schmidt-Kessel* (Fn. 18), Rn. 37; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (733 ff.); *Grunewald*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2003, S. 313 (317).

<sup>32</sup> *Stadler*, in: *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. 2007, § 280 Rn. 4; *Heinrichs* (Fn. 12), § 280 Rn. 18; *Otto*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, Neubearbeitung 2004, § 280 Rn. E 7; ähnlich auch *Emmerich*, *Leistungsstörungen*, 6. Aufl. 2005, § 17 Rn. 8.

<sup>33</sup> *Haas*, in: *Haas/Medicus u.a.*, *Das neue Schuldrecht*, 2002, Kap. 5 Rn 235; *Teichmann*, in: *Schwab/Witt*, *Examenswissen zum neuen Schuldrecht*, 2003, S. 283 f.

<sup>34</sup> *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204) und *Unberath*, in: *Bamberger/Roth*, *Kommentar zum BGB*, Stand 1.2.2007, § 280 Rn. 28.

<sup>35</sup> *Ernst* (Fn. 12), § 280 Rn. 66; *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 57 ff.

<sup>36</sup> Zur einzigen relevanten Ausnahme siehe sogleich im Text.

<sup>37</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 73.

<sup>38</sup> *Grunewald* (Fn. 12), § 437 Rn. 13.

<sup>39</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 74.

<sup>40</sup> *Grunewald* (Fn. 31), S. 313 (315).

<sup>41</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 83.

ungenutzt verstreichen läßt. Darauf ruft K den V an und erklärt, daß er nun anstelle der Nacherfüllung Schadensersatz verlange und V den Wagen sofort zurückgeben werde. Auf dem Weg zu V kommt es, obwohl K alle erdenklichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat, infolge des Bremsdefekts zu einem Unfall, bei dem der Wagen beschädigt und K verletzt wird. K verlangt von V den Ersatz seiner Heilungskosten.

Fragt man hier, ob die geltend gemachten Heilungskosten funktionell die Leistung ersetzen sollen oder durch Nacherfüllung abgewendet werden können, so liegt die Einordnung als „einfacher“ Schadensersatz auf der Hand. Ordnet man dagegen alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zu, so würden auch die Heilungskosten hierunter fallen; denn zum Zeitpunkt ihrer Entstehung war der Nacherfüllungsanspruch bereits nach § 281 Abs. 4 BGB entfallen. „Einfacher“ Schadensersatz kann also nach der zuletzt vorgestellten Auffassung nach Wegfall des Leistungsanspruchs nicht mehr entstehen; selbst durch die mangelhafte Leistung verursachte Integritätsschäden (im alten Recht als „Mangelfolgeschäden“ bezeichnet) nach Wegfall des Leistungsanspruchs wären dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen.<sup>42</sup> Auswirkungen auf die Ersatzfähigkeit der entsprechenden Schadenspositionen ergeben sich daraus nicht, da mit Wegfall des Leistungsanspruchs die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen.

Der Vorteil dieser zeitlichen Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung wird in ihrer großen Klarheit gesehen.<sup>43</sup> Zu Problemen kann der Ansatz jedoch führen, wenn der Gläubiger Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangt. Dies zeigt das obige Beispiel: Wollte der Käufer Aufwendungsersatz für die von ihm angeschaffte Zusatzausstattung verlangen, so könnte er dies nach § 284 BGB nur „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ tun und stünde auf den ersten Blick vor der Wahl, ob er den Ersatz seiner Heilungskosten oder Aufwendungsersatz geltend macht. Eine derartige Alternativität zwischen Integritätsinteresse und Aufwendungsersatz ergäbe jedoch keinen Sinn und ist mit § 284 BGB auch nicht beabsichtigt.<sup>44</sup> Daher wollen die Befürworter einer zeitlichen Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung insoweit das Alternativitätsverhältnis zwischen Schadens- und Aufwendungsersatz teleologisch reduzieren.<sup>45</sup> Nach den anderen Abgrenzungskriterien stellt sich dieses Problem dagegen von vornherein nicht, da sie Integritätsschäden immer § 280 Abs. 1 BGB zuordnen.

<sup>42</sup> Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

<sup>43</sup> Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

<sup>44</sup> Siehe zum Alternativitätsverhältnis zwischen Schadens- und Aufwendungsersatz Arnold, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 284 Rn. 37 ff. und Gsell, NJW 2006, 125 (126).

<sup>45</sup> Ernst (Fn. 10), § 311a Rn. 90; Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

## 2. Einbeziehung vorher entstandener Schadensersatzansprüche in den Schadensersatz statt der Leistung?

Im alten Recht konnte der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist einen bis dahin entstandenen Verzögerungsschaden in den Schadensersatz wegen Nichterfüllung einbeziehen.<sup>46</sup> Eine derartige Vorgehensweise wäre auch bei §§ 280 ff. BGB denkbar: Der Gläubiger wäre dann im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung so zu stellen, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, und alle bis dahin entstandenen Verzögerungsschäden nach §§ 280, 286 BGB und Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB wären in den Anspruch nach §§ 280, 281 BGB als unselbständige Rechnungsposten einzubeziehen.<sup>47</sup> Eine solche Integration wird jedoch von der h.M.<sup>48</sup> abgelehnt und ist in Klausur und Hausarbeit kaum zu empfehlen. Durch sie könnten die Grenzen zwischen den Ansprüchen und ihre Beschränkungen verwischt werden. So bliebe z.B. bei der Integration „einfacher“ Schadensersatzansprüche in einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Unterbleiben der Nacherfüllung ungeklärt, ob das für den einfachen Schadensersatzanspruch erforderliche Vertretenmüssen hinsichtlich der ursprünglichen Schlechtleistung überhaupt vorliegt.<sup>49</sup> Weiter bliebe unberücksichtigt, daß § 281 BGB – anders als § 326 BGB a.F. – nicht formal den Verzug mit der Leistungspflicht voraussetzt und daher zumindest theoretisch Fälle vorstellbar sind, in denen zwar die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber für einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens vorliegen.<sup>50</sup> Schließlich ist eine derartige Integration im Hinblick auf § 284 BGB nicht praktikabel, da andernfalls der Gläubiger für den Aufwendungsersatz auf den Ersatz seiner sämtlichen Schäden – auch der nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB – verzichten müßte.<sup>51</sup> Man muß daher auch nach Wegfall des Leistungsanspruchs zwischen den einzelnen Schadensarten unterscheiden.

## IV. Die verschiedenen Pflichtverletzungen: Welche Schadensarten sind möglich?

### 1. Schutzpflichtverletzung

Ausgehend von den vorgestellten Abgrenzungskriterien soll im folgenden gezeigt werden, welche Schadensarten bei den

<sup>46</sup> Siehe nur BGH NJW 1997, 1231; Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 61. Aufl. 2002, § 326 a.F. Rn. 26.

<sup>47</sup> Dafür etwa Recker, NJW 2002, 1247; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 291; Gruber, ZGS 2003, 130 (131).

<sup>48</sup> Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 42; Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 85; Emmerich (Fn. 32), § 13 Rn. 16; Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 68; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (750 f., 753); Grüneberg (Fn. 1), § 281 Rn. 17; St. Lorenz, JuS 2008, 203 (205). Offenlassend Ernst (Fn. 12), § 280 Rn. 69.

<sup>49</sup> Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 68.

<sup>50</sup> St. Lorenz, JuS 2008, 203 (205) und ders., in: Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 46 f.

<sup>51</sup> Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 85.

verschiedenen Pflichtverletzungen auftreten können. Dabei zeigt sich, daß in vielen Fällen von vornherein nur ein oder zwei Schadensarten in Betracht kommen; nur bei der Schlechtleistung können sich komplexere Abgrenzungsfragen ergeben.

So wird es bei Schutzpflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2 BGB) regelmäßig um „einfachen“ Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB gehen. Schadensersatz wegen Verzögerung der Schutzpflicht ist nicht denkbar. Gleiches gilt für einen Schadensersatz „statt der Schutzpflicht“, der bereits kaum bezifferbar sein dürfte.

*Beispiel:* K kauft bei V einen Schrank. Bei der Anlieferung des Schrankes zerstört V aus Unachtsamkeit eine Fensterscheibe im Haus des K. Hier kann es nur um einfachen Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB für die zerstörte Fensterscheibe gehen.

Allerdings ist es denkbar, daß der Gläubiger aufgrund einer Schutzpflichtverletzung die Leistung des Schuldners nicht mehr abnehmen will ist und statt dessen Schadensersatz verlangt. In diesem – praktisch seltenen – Fall verlangt er Schadensersatz statt der Leistung, der nur unter den Voraussetzungen der §§ 280, 282 BGB geschuldet ist.

*Beispiel:* M soll das Haus der D streichen. Dabei verwandelt er ihr trautes Heim innerhalb kürzester Zeit in ein Trümmerfeld und grölt zudem – für die Nachbarschaft gut hörbar – obszöne Lieder. Will D deshalb statt M einen anderen Maler beauftragen und M die Mehrkosten in Rechnung stellen, so verlangt sie Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280, 282 BGB.

## 2. Nichtleistung

Erbringt der Schuldner eine Leistung nicht, obwohl ihm dies möglich wäre, kann es, solange der Gläubiger weiter Leistung verlangt, nur um Verzögerungsschäden gehen. Daneben ist natürlich Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280, 281) möglich. Einfacher Schadensersatz ist hingegen nicht denkbar. Dies gilt auch im Hinblick auf Integritätsschäden des Gläubigers infolge der verspäteten Leistung. Auch sie sind nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig.<sup>52</sup>

## 3. Ausschluß der Leistungspflicht

Beim Ausschluß der Leistungspflicht steht dem Gläubiger allein aufgrund der Unmöglichkeit ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280, 283 BGB (bzw. bei anfänglicher Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB) zu. Andere Schadensarten können daneben nicht auftreten. Verzögerungsschäden kommen mangels Leistungspflicht nicht in Betracht.<sup>53</sup> Ebenso ist kein einfacher Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB denkbar, selbst wenn durch die Unmöglichkeit absolute Rechtsgüter des Gläubigers geschädigt wer-

den. Da die Leistung nach Vorstellung des Gläubigers gerade den Schutz seiner Rechtsgüter vor entsprechenden Gefahren bezwecken soll, sind entsprechende Schäden dem Äquivalenz- und nicht dem Integritätsinteresse zuzuordnen.<sup>54</sup>

*Beispiel:* Kapitän K befindet sich in Seenot. Daher ruft er Schlepperkapitän S um Hilfe. Bevor S das Schiff des K erreichen kann, läuft sein Schlepper jedoch infolge eines Navigationsfehlers des S auf ein Riff auf und sinkt. Mangels Hilfe geht auch das Schiff des K unter. Sein Schaden ist nur nach §§ 280, 283 BGB ersatzfähig.

Ausnahmsweise sind allerdings Verzögerungsschäden denkbar, wenn der Ausschluß der Leistungspflicht erst später eintritt.

*Beispiel:* K kauft bei V einen gebrauchten LKW, mit dem er eine Spedition betreiben will. V liefert den LKW nicht zum vereinbarten Termin, wodurch K Verdienstauffälle entstehen. Kurze Zeit später wird das Fahrzeug bei einem Brand vernichtet. Hier sind Ansprüche des K auf Ersatz von Verzögerungsschäden bis zum Untergang des Fahrzeugs denkbar.

## 4. Schlechtleistung

### a. Behebbarer Schlechtleistung

Die schwierigsten Abgrenzungsfragen stellen sich bei der Schlechtleistung. Dabei soll zunächst der Fall betrachtet werden, daß eine Nacherfüllung möglich ist. Hier sind alle Schadenskategorien denkbar. In Betracht kommt zunächst einfacher Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB. Zu denken ist zunächst an Schäden an den absolut geschützten Rechtsgütern des Gläubigers (sog. „Mangelfolgeschäden“ nach altem Recht). Sie sind schon nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

*Beispiel:* Das Pferd des K stirbt an dem von V gelieferten vergifteten Hafer. K kann Schadensersatz nach §§ 434, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB verlangen.

Unklar ist lediglich, ob diese Schäden auch dann nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen sind, wenn der Nacherfüllungsanspruch bereits entfallen ist, oder ob sie in diesem Fall dem Schadensersatz statt der Leistung zuzurechnen sind.<sup>55</sup>

Auch reine Vermögensschäden des Käufers können bereits nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sein.

*Beispiel* (angelehnt an BGH NJW 2008, 2837): V liefert dem K Parkettstäbe, die K in seiner Wohnung verlegen läßt. Als sich die Stäbe als mangelhaft herausstellen, läßt er die alten Stäbe herausreißen und die ersatzweise von V gelieferten mangelfreien Stäbe verlegen. K verlangt von V Schadensersatz für die Neuverlegung des Parketts.

K kann in diesem Fall nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen der Neuverlegung verlangen, soweit V die ursprüngliche Schlechtleistung zu vertreten hat. Zwar ist der Verkäufer, wie der BGH in der „Parkettstäbe“-Entscheidung festgestellt hat, im Rahmen der Nacherfüllung nur zur Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, nicht aber zu deren Verlegung verpflichtet, da diese auch ursprünglich nicht von ihm geschuldet war.<sup>56</sup> Doch kommt ein Schadensersatzanspruch des Käufers in Betracht, weil die Neuverle-

<sup>52</sup> Siehe dazu schon unter II. 2.

<sup>53</sup> In den Fällen der § 275 Abs. 2 und 3 BGB fehlt es allerdings genau genommen nur an einer einredefreien Leistungspflicht. Auch dies schließt allerdings eine Verzughaftung aus.

<sup>54</sup> Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 80.

<sup>55</sup> Siehe III. 1.

<sup>56</sup> BGH NJW 2008, 2837 (2838) m.w.N. zur Gegenauffassung; Faust (Fn. 10), § 439 Rn. 18.

gung durch die mangelhafte Leistung verursacht wurde.<sup>57</sup> Dabei müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB nicht vorliegen.<sup>58</sup> Da der Verkäufer zur Neuverlegung nicht verpflichtet ist, ersetzt der Schadensersatz nicht funktional die Leistung, und der Schaden ist auch nicht durch Nacherfüllung abwendbar. Nach allen Abgrenzungskriterien handelt es sich damit nicht um Schadensersatz statt der Leistung, sondern „einfachen“ Schadensersatz. Schadensersatz statt der Leistung kommt dagegen bei der Schlechtleistung in Betracht, wenn der Gläubiger nicht mehr die Nacherfüllung verlangt, sondern die mangelhafte Sache behalten will und Ersatz für ihren Minderwert verlangt („kleiner Schadensersatz“) oder die Sache zurückgeben will und den Ersatz seines gesamten Schadens verlangt (Schadensersatz statt der ganzen Leistung, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, „großer Schadensersatz“).<sup>59</sup>

Offen ist, inwieweit es bei der behebbaren Schlechtleistung auch Verzögerungsschäden geben kann. Gesichert erscheint dies nur im Hinblick auf Ansprüche wegen Verzögerung der Nacherfüllung. Umstritten ist hingegen insbesondere in Bezug auf die oben angesprochenen<sup>60</sup> Betriebsausfallschäden, ob auf die ursprüngliche Schlechtleistung zurückzuführende Schäden allein unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sind, wenn sie auch bei einer Nichtleistung eingetreten wären, oder ob sich ein Ersatzanspruch auch in diesem Fall allein aus § 280 Abs. 1 BGB ergibt.

#### b. Anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung

Besondere Schwierigkeiten wirft die anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung auf. Allerdings kann sich hier mangels Nacherfüllungsanspruchs die Frage nach dem Bestehen von Verzögerungsschäden von vornherein nicht stellen. Weiterhin scheint § 311a Abs. 2 BGB dafür zu sprechen, daß in diesem Fall nur Schadensersatz statt der Leistung denkbar ist. Dieses Ergebnis entspräche der oben vorgestellten Abgrenzungsformel, nach der alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind. Es würde dazu führen, daß auch „Mangelfolgeschäden“ nicht § 280 Abs. 1 BGB, sondern dem Schadensersatz statt der Leistung unterfielen. Problematisch wäre dieses Ergebnis allerdings wieder dann, wenn der Gläubiger Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangt. Da es wenig sinnvoll erscheint, den Gläubiger vor die Alternative zu stellen, entweder Ersatz für seine Aufwendungen oder für seine „Mangelfolgeschäden“ zu erhalten, wäre man wiederum zu einer

teleologischen Reduktion des Alternativitätsverhältnisses zwischen Aufwendungs- und Schadensersatz gezwungen.<sup>61</sup>

Ist man hierzu nicht bereit und will auch bei der anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung an einer funktionalen Abgrenzung der Schadensarten festhalten, bleibt nur der Weg, für Schäden, die nicht das Äquivalenz-, sondern das Integritätsinteresse des Gläubigers betreffen, den Schadensersatzanspruch nicht aus § 311a BGB, sondern aus § 280 Abs. 1 BGB abzuleiten.<sup>62</sup> Konsequenz erscheint dies, wenn man davon ausgeht, daß § 311a Abs. 2 BGB gegenüber § 280 BGB keine eigene Anspruchsgrundlage darstellt, sondern nur den Bezugspunkt des Vertretenmüssens modifiziert.<sup>63</sup> Pflichtverletzung im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB wäre dann – wie auch sonst – die mangelhafte Leistung.<sup>64</sup>

#### c. Nachträglich unbehebbarer Schlechtleistung

Beim nachträglichen Ausschluß der Nacherfüllung stellen sich bei Schäden bis zum Eintritt der Unmöglichkeit die gleichen Abgrenzungsprobleme wie bei der behebbaren Schlechtleistung. Für Schäden nach Eintritt der Unmöglichkeit kommt es dagegen wiederum darauf an, ob man der Auffassung folgt, daß alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind. Bejaht man dies, so unterfallen diese Schäden insgesamt §§ 280, 283 BGB. Grenzt man dagegen z.B. funktional ab, so sind Schäden nach Ausschluß des Nacherfüllungsanspruchs, die nicht das Äquivalenz-, sondern das Integritätsinteresse betreffen, weiterhin allein nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig. Der Rückgriff auf diese Vorschrift fällt allerdings bei der nachträglich unbehebbarer Schlechtleistung leichter als bei der anfänglichen, da hier die §§ 280 ff. BGB ohnehin anwendbar sind, während bei der anfänglichen Unmöglichkeit dieser Lösung § 311a Abs. 2 BGB entgegenzustehen scheint.

#### V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Abgrenzung der Schadensarten nur selten ein wirkliches Problem darstellt. Unklarheit über das richtige Ergebnis herrscht letztlich nur im Hinblick auf die Einordnung mangelbedingter Betriebsausfallschäden. Dagegen hat bereits die Frage, ob alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind, nur Konsequenzen für die Herleitung, nicht aber für die praktischen Ergebnisse. Im übrigen kommen die verschiedenen Abgrenzungsformeln regelmäßig zu den gleichen Ergebnissen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich regelmäßig für die Fallbearbeitung, auf die Abgrenzungstheorien nicht näher einzugehen, sondern die Formel zu wählen, mit der sich das unstrittige Ergebnis am klarsten begründen läßt.

<sup>57</sup> Zu solchen „Mangelfolgeaufwendungen“ schon *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2250 ff.

<sup>58</sup> *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2250 (2252); *Faust*, JuS 2008, 833 (835); *Looschelders*, JA 2008, 892 (894); *Skamel*, NJW 2008, 2820 (2821). A. A. BGH NJW 2008, 2837 (2840): Allerdings war es im vom BGH entschiedenen Fall nicht zu einer Neulieferung gekommen, sondern der Käufer hatte das neue Parkett von einem Dritten beschafft und machte jetzt nur die Kosten der Ersatzvornahme geltend.

<sup>59</sup> Siehe zu dieser Wahlmöglichkeit nur *Grüneberg* (Fn. 1), § 281 Rn. 45 *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 627 ff. und *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (205).

<sup>60</sup> Siehe II. 3.

<sup>61</sup> Dafür ausdrücklich *Ernst* (Fn. 12), § 311a Rn. 90.

<sup>62</sup> *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 311a Rn. 25; *Stadler* (Fn. 32), § 311a Rn. 13, *Dötsch*, ZGS 2002, 160 (162).

<sup>63</sup> Siehe schon die Nachweise bei Fn. 1.

<sup>64</sup> Eingehend *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 311a Rn. 25.