

vertragliche Pflichten sind, und bejaht in folgedessen eine Zurechnung immer dann, wenn die Erfüllung der Vertragspflichten dem Gehilfen seine Verletzungshandlung wesentlich erleichtert hat. Bsp: (1) Der Malergeselle M zerstört beim Hantieren mit einer Leiter eine Fensterscheibe. (2) M, der im Wohnzimmer tapeziert, stiehlt eine dort stehende Silberschale. Im Bsp (1) handelt M unproblematisch bei Erfüllung einer Verbindlichkeit, im Bsp (2) nur nach dem Kriterium der MA.

6. Nach **§ 2** kann der Schuldner durch (Individual-)Vertrag einen **Haftungsausschluss** auch für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen vereinbaren (das ist billig: für eigenen Vorsatz haftet er stets, § 276 III). Ein Haftungsausschluss in AGB für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz des Gehilfen scheidet indes an § 309 Nr 7 lit b. Für Organe juristischer Personen und für gesetzliche Vertreter wird man § 276 III aber anwenden: Sonst käme es zu der völligen Unverbindlichkeit des Schuldverhältnisses, die § 276 III verhindern will (*Medicus/Lorenz* SchR I § 31 Rz 24). War der Schuldner bei Entstehen der Verpflichtung minderjährig, kann er ab Volljährigkeit seine Haftung nach § 1629a beschränken.

§ 279. (*weggefallen*)

§ 280. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) **¹Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. ²Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.**

(2) **Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.**

(3) **Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.**

I. Zentrale Haftungsnorm

1. Die zentrale Haftungsnorm des Abs 1 bildet die **Anspruchsgrundlage** für sämtliche Ansprüche aus Leistungsstörungen. Sie ist bei Verträgen ohne besondere Mängelhaftung direkt anwendbar, ebenso im Kauf- und Werkvertragsrecht vor Gefahrübergang, danach kraft Verweisung in §§ 437 Nr 3, 634 Nr 4 (s § 437 Rz 10). Einzige Ausnahme vom umfassenden Anwendungsbereich des Abs 1: Für Schadensersatzansprüche wegen anfänglicher Unmöglichkeit gilt nicht § 280 I, sondern § 311a II. Einige Schadensersatzansprüche folgen allein aus Abs 1. Die Prüfung eines solchen Schadensersatzanspruchs erstreckt sich auf folgende Voraussetzungen: **(1)** Vorliegen eines wirksamen Schuldverhältnisses, **(2)** Pflichtverletzung (u Rz 2f), **(3)** Vertretenmüssen, § 280 I 2 (u Rz 6). Als Rechtsfolge sieht § 280 I den Ersatz des kausalen Schadens (Vor § 249 Rz 1) vor. Für die in Abs 2 und 3 genannten Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens und auf Schadensersatz statt der Leistung sind noch zusätzliche Voraussetzungen erforderlich (u Rz 7ff). Der bei einem gegenseitigen Vertrag gem §§ 323, 324 mögliche **Rücktritt** schließt das Recht, Schadensersatz zu verlangen, nicht aus (§ 325, s dort).

2. Die **Pflichtverletzung** bildet den Kernbegriff des einheitlichen, alle Leistungsstörungen umfassenden Haftungstatbestands. In ihm sind alle Fälle von Leistungsstörungen zusammengefasst, ohne dass insoweit zwischen einzelnen Arten, wie Verzug, Schlechterfüllung oder Unmöglichkeit differenziert würde. Das BGB folgt mit dem neuen Ansatz einem international verbreiteten Muster, das sich vor allem auch im (in Deutschland geltenden) UN-Kaufrecht findet, wo für alle Leistungsstörungen der einheitliche Ausdruck „Vertragsverletzung“ gebraucht wird.

a) Der **Begriff** Pflichtverletzung in Abs 1 meint nur ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners (*Medicus/Lorenz* SchR I § 27 Rz 5;

Petersen Rz 25), nicht die Frage, ob der Schuldner dieses Verhalten auch zu vertreten hat; letzteres wird erst im Rahmen von S 2 bedeutsam. Für die Pflichtverletzung genügt es also, dass der Schuldner objektiv hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben ist. Die verletzte Pflicht kann eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht (vgl § 241 Rz 1) oder auch eine Schutzpflicht (§ 241 II) sein.

- 4 **b)** Die Pflicht gem Abs 1 S 1 muss aus einem **Schuldverhältnis** stammen. Praktisch im Vordergrund stehen rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse, also Verträge aller Art und c. i. c. (vgl § 311 Rz 2 ff). Aber auch einseitige Schuldverhältnisse sind erfasst, wie der Anspruch aus einem Vermächtnis (vgl § 2174). Ferner gehören gesetzliche Schuldverhältnisse zum Anwendungsbereich des § 280. Bsp: Hat S dem G aus § 823 I eine Schaufensterscheibe zu ersetzen und beschädigt der von S beauftragte Glaser die Schaufensterauslage, so haftet S aus § 280 I (iVm § 278) auch für diesen Schaden.
- 5 **c)** Die wichtigsten **Arten der Pflichtverletzung** nennt das Gesetz nur im Zusammenhang mit den zusätzlichen Voraussetzungen, die neben denen des § 280 I für bestimmte Schadensersatzansprüche erfüllt sein müssen, nämlich für den Verzögerungsschaden den Verzug (§§ 280 II, 286) und für den Schadensersatz statt der Leistung die Leistungsverzögerung oder Schlechtleistung (§§ 280 III, 281), die Verletzung einer Schutzpflicht nach § 241 II (§§ 280 III, 282) oder die nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 280 III, 283). **Bsp:** Führt ein Maler die von ihm übernommenen Malerarbeiten schlecht aus, kann Schadensersatz statt der Leistung gem §§ 280 I, III 281 verlangt werden; beschädigt er außerdem durch seine Unachtsamkeit Einrichtungsgegenstände, besteht ein Schadensersatzanspruch wegen dieser Schutzpflichtverletzung allein aus § 280 I. Malt er ordentlich, beschädigt aber wiederholt Einrichtungsgegenstände, kommen §§ 280 I, III, 282 sowie (für den Rücktritt) § 324 in Betracht (näher § 282 Rz 2).
- 6 **3.** Der Schadensersatzanspruch setzt nach Abs 1 S 2 voraus, dass der Schuldner die Pflichtverletzung zu **vertreten** hat. **a)** Für die **Verantwortlichkeit des Schuldners** gilt § 276 (und ggf die Haftungserleichterung des § 277); für Dritte ist der Schuldner nach Maßgabe des § 278 verantwortlich. Der Schuldner trägt, wie sich aus der negativen Formulierung des Abs 1 S 2 ergibt, die **Beweislast** (und nach allgM auch die Behauptungslast), dass ein Verschulden fehlt (Ausnahme: § 619a); denn den Grund für die in der Sphäre des Schuldners liegende Pflichtverletzung kann der Gläubiger regelmäßig nicht kennen. Nur die Pflichtverletzung selbst ist vom Gläubiger zu beweisen. **b)** Ein **Mitverschulden des Gläubigers** ist nach § 254 zu berücksichtigen. Es führt zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruchs; bei weit überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers kann der Anspruch sogar ganz ausgeschlossen sein (vgl die Parallele für das Rücktrittsrecht in § 323 VI). Zu einer von beiden Seiten zu vertretenden Leistungsstörung bei gegenseitigen Verträgen s § 326 Rz 4.

II. Unterschiedliche Schadensarten

- 7 Für bestimmte Schadensersatzansprüche müssen gem Abs 2 und 3 zusätzliche Voraussetzungen zu denen des Abs 1 erfüllt sein. Anspruchsgrundlage ist (ggf iVm § 437 Nr 3 oder § 634 Nr 4) für den Ersatz des Schadens neben der Leistung allein § 280 I, für den Ersatz des Verzögerungsschadens § 280 I, II iVm § 286 und für den Ersatz des Schadens statt der Leistung § 280 I, III iVm §§ 281–283. Diese Schadensarten sind folgendermaßen abzugrenzen:
- 8 **1. Schadensersatz statt der Leistung** ist Äquivalent für die Leistung in Geld und weicht mit diesem Anspruchsinhalt vom Grundsatz der Naturalrestitution des § 249 I ab. **a)** Er kann nach Abs 3 nur unter **zusätzlichen Voraussetzungen** verlangt werden, die für die typischen Leistungsstörungen unterschiedlich gestaltet sind. **aa)** Bei einer Leistungsverzögerung oder Schlechtleistung muss dem Schuldner nach § 281 grds eine

angemessene Nachfrist gesetzt werden, um ihm vor Geltendmachung eines den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung zu geben. **bb)** Bei Unmöglichkeit (§ 283) macht eine Nachfristsetzung keinen Sinn, weil die Leistung nicht nachholbar ist, jedoch werden andere Regeln des § 281 für entsprechend anwendbar erklärt. Bei anfänglicher Unmöglichkeit greift § 311a II statt § 280 (o Rz 1). **cc)** Bei Verletzung einer Schutzpflicht kann nach § 280 iVm § 282 Schadensersatz statt der Leistung nur verlangt werden, wenn dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

b) Der Schadensart nach handelt es sich beim Schadensersatz statt der Leistung um den Schaden, der aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultiert. Problematisch ist die **Abgrenzung** zum Schadensersatz neben der Leistung (vgl. *Korch/Hagemeyer* Jura 2014, 1302ff, s Bsp u Rz 13f). Nach der sog **schadenstypologischen Abgrenzung** ist darauf abzustellen, ob der Schaden dem Äquivalenzinteresse (Interesse an der Gleichwertigkeit der Leistungen) oder dem Integritätsinteresse (Interesse am Erhalt anderer Rechtsgüter) zuzuordnen ist. Sei das Äquivalenzinteresse betroffen, so handle es sich um einen Schaden statt der Leistung, der nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 280 III ersetzt werde; sei der Schaden hingegen dem Integritätsinteresse zuzuordnen, liege ein Schaden neben der Leistung vor (*Grigoleit/Riehm* AcP 2003 (203) 727, 737; *Arnold* ZJS 2009, 22, 25). Gegen diese Auffassung sprechen jedoch die von ihrer Unschärfe hervorgerufenen Abgrenzungsschwierigkeiten. So müssten wieder die Begriffe des Mangel- und Mangelfolgeschadens bzw des Äquivalenz- und Integritätsinteresses bemüht werden. Die Abgrenzung anhand dieser Begriffe sollte allerdings durch das SchRG entbehrlich gemacht werden. Nach überzeugendem herrschenden Ansatz ist daher eine **zeitliche Abgrenzung** vorzunehmen. Entscheidend ist, ob der Schaden durch eine Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt ausgeblieben wäre (*Medicus/Petersen* Rz 237; *Lorenz* JuS 2008, 203; *MüKo-Ernst* Rz 75). Dieser letztmögliche Zeitpunkt liegt grds noch nicht vor, wenn eine etwaig gesetzte Nachfrist abläuft, sondern erst im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens, § 281 IV, des Rücktritts, § 346, oder der Unmöglichkeit, § 275. Alle Schäden, die durch eine unterstellte vertragsmäßige Leistung bis zu diesem Zeitpunkt noch entfielen, sind dann über den Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzen. Als Rechtsfolge ist der Gläubiger beim Schadensersatz statt der Leistung so zu stellen, wie er stünde, wenn der Schuldner bei Untergang des Primäranspruchs noch geleistet hätte.

2. Der Schadensersatz neben der Leistung bildet die andere Schadensart. Er umfasst diejenigen Schadensposten, die auch bei einer Leistungserbringung zum spätestmöglichen Zeitpunkt nicht mehr entfielen. Es handelt sich also in Abgrenzung zur vorigen Rz um die Schäden, die bei Untergang des Primäranspruchs schon endgültig eingetreten sind (sog Begleitschäden, vgl *Medicus/Petersen* Rz 238) und typischerweise das Integritätsinteresse des Gläubigers betreffen. Diese Schäden sind allein unter den Voraussetzungen von Abs 1 zu ersetzen, sofern der Schaden nicht einen Verzögerungsschaden darstellt (dazu nächste Rz).

3. Einen speziell geregelten Fall des Schadens neben der Leistung stellt der Verzögerungsschaden dar. Er kann nach Abs 2 nur verlangt werden, wenn auch die Voraussetzungen des § 286 über den Schuldnerverzug vorliegen. Diese Schadensart ist dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner in zeitlicher Hinsicht hinter seiner Leistungspflicht zurückbleibt. Verzögerungsschaden ist der Schaden, der allein dadurch entsteht, dass der Schuldner seine Pflicht zur Leistung bei Fälligkeit nicht erfüllt. Der Gläubiger kann verlangen, so gestellt zu werden, als hätte der Schuldner bei Eintritt des Verzugs geleistet (§ 249 I).

Den Verzögerungsschaden kann der Gläubiger *neben* der Erfüllung verlangen. Daher kann der Gläubiger auch Kosten der Rechtsverfolgung geltend machen, sofern diese durch den Verzug veranlasst sind (also nicht für die den Verzug begründende Erstmah-

nung, BGH NJW 1985, 320, 324) und sich die Rechtsverfolgungsmaßnahme als „zweckentsprechend“, also angemessen darstellt (das ist idR auch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts). Erforderlich ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Verzögerung und Schaden. Dieser kann den Wert der Erfüllung um ein Vielfaches übersteigen (*Medicus/Lorenz* SchR I § 36 Rz 21). Bsp: Durch die Verzögerung steht die Produktion beim Gläubiger still oder wandern Kunden zur Konkurrenz ab. Bei Rechtsverfolgungskosten wird die Ersatzpflicht durch die Sätze des RVG begrenzt (arg „Schadensminderungspflicht“ nach § 254 II 1).

- 13 4. Eine bestimmte konkrete Schadensposition kann infolge dieser **Abgrenzung** (o Rz 9) nur entweder als Schadensersatz neben der Leistung oder als Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzen sein. Hingegen kann abstrakt die gleiche Schadensart je nach Zeitpunkt der Schadensentstehung sowohl von § 280 I als auch von §§ 280 I, III, 281 erfasst sein. So ist der entgangene Gewinn, der durch die (schuldhaft) Nichtleistung trotz Mahnung entsteht, als Schadensersatz neben der Leistung (Verzögerungsschaden) gem §§ 280 I, II, 286 zu ersetzen, bis der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist gem § 281 IV Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Der nach diesem Zeitpunkt entgangene Gewinn fällt unter §§ 280 I, III, 281. Entsprechendes muss für die Kosten für eine vorübergehende Ersatzbeschaffung, namentlich Mietkosten, gelten.
- 14 Die überwiegende Auffassung hält allerdings die Kosten für ein **Deckungsgeschäft** stets für einen Schaden statt der Leistung iSd §§ 280 I, III, 281. Denn das Deckungsgeschäft diene einerseits der Erfüllung des Leistungsinteresses des Gläubigers. Auch seien Schäden, die auf einem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen, als solche statt der Leistung zu qualifizieren (BGHZ 197, 357 Nr 27; *MüKo-Ernst* § 286 Rz 145). Diese Auffassung hat zur Folge, dass der verfrühte (vor Fristsetzung vorgenommene) Deckungskauf nicht ersatzfähig ist (zur Ausnahme im Wege der abstrakten Schadensberechnung *Petersen* Rz 335). Sie beruht jedoch auf den in Rz 9 verworfenen Kriterien des typologischen Ansatzes. Nach dem zutreffenden zeitlichen Ansatz können hingegen die Kosten für ein Deckungsgeschäft einen Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 darstellen (*Lorenz Liber Amicorum* für Leenen [2012] 147, 153; *Faust* Festschrift für Huber [2006] 239, 254). Der Ersatzfähigkeit steht grundsätzlich aber entgegen, dass die Verzögerung für den Deckungskauf nicht kausal war, weil der Gläubiger sich vor Ablauf der Nachfrist nicht herausgefordert fühlen durfte (vgl § 823 Rz 22), ein Deckungsgeschäft vorzunehmen (*Lorenz* aaO 168).
- 15 Str ist die Abgrenzung von Verzögerungsschaden und Schadensersatz neben der Leistung, wenn der Schaden die Folge einer Pflichtverletzung ist, die sich nicht im Unterbleiben der Leistung bei Fälligkeit erschöpft, sondern darüber hinausgeht oder von anderer Art ist, also namentlich wenn eine Schlechtleistung vorliegt. Dann ist nicht Abs 2, sondern nur Abs 1 einschlägig (BGH NJW 2009, 2674 Nr 12 zum **mangelbedingten Nutzungsausfall**; str, anders zB *Grigoleit/Riehm* JuS 2004, 745). Mit dem BGH lässt sich das Ergebnis für die Schlechtleistung schon darauf stützen, dass § 437 nicht auf § 286 verweist. Bsp: Der Geschäftsausfall der Pizzeria ist nach Abs 1 und also ohne Mahnung zu ersetzen, wenn der gekaufte neue Pizzaofen mangelhaft und daher nicht einsatzfähig ist (§ 437 Nr 3), dagegen nach Abs 2, wenn er nicht termingerecht geliefert wurde.

§ 281. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

(1) ¹Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. ²Hat der

Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. ³Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.

I. Allgemeines

1. Regelungsgehalt und Abgrenzungen. Abs 1 S 1 fordert für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (u Rz 5) bei **Nichtleistung** bzw **Leistungsverzögerung** („soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht erbringt“) oder bei **Schlechtleistung** („nicht wie geschuldet erbringt“) als zusätzliche Voraussetzung neben § 280 I eine erfolglose Fristsetzung. Dem Schuldner soll eine zweite Chance zu pflichtgemäßem Verhalten gegeben werden, bevor er Schadensersatz statt der Leistung zahlen muss. Die „fällige Leistung“ (vgl § 271) wird regelmäßig (muss aber nicht) die Hauptleistung sein. Die Regelung gilt für alle Schuldverhältnisse, namentlich auch für Kauf- und Werkverträge; bei Mängeln verweisen § 437 Nr 3 und § 634 Nr 4 für den Schadensersatz auf §§ 280 und 281 (sowie auf §§ 283, 311a). Bei einer Anwendung auf gesetzliche Schuldverhältnisse, wie Bereicherung oder Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, schränken die Sonderregeln der §§ 818 IV, 819, 292 I, 989 bzw §§ 989, 990 den Anspruch ein. Knüpft der Anspruch an die Verletzung vertraglicher Pflichten an, ist er auf der Prüfungsebene „vertragliche Ansprüche“ (Vor § 241 Rz 3) im Hinblick auf folgende Voraussetzungen zu prüfen: **(1)** Schuldverhältnis, **(2)** Pflichtverletzung in Form der Nicht- oder Schlechtleistung, **(3)** Setzen einer angemessenen Frist (vgl zur Entbehrlichkeit der Frist u Rz 10), **(4)** erfolgloser Ablauf der Frist, **(5)** Vertretenmüssen, § 280 I 2, wobei umstritten ist, auf welche Pflichtverletzung sich das Vertretenmüssen beziehen muss (u Rz 13).

a) Die Vorschrift **betrifft nicht** den Verzögerungsschaden; er ist in § 280 II angesprochen und hat den Verzug des Schuldners (§ 286) zur Voraussetzung; in § 281 I 1 wird ein Schuldnerverzug zunächst nicht vorausgesetzt (näher u Rz 9). Die Vorschrift betrifft auch nicht den Schadensersatz bei Verletzung einer Schutzpflicht (s zu ihm § 282) und bei Unmöglichkeit (insoweit gilt § 283).

b) Die eigentliche **Anspruchsgrundlage** bildet § 280 I („unter den Voraussetzungen des § 280 Abs 1“). Der Schuldner muss es also zu vertreten haben, dass er die Leistung nicht zu der verabredeten Zeit oder schlecht erbracht hat und dass er auch die Fristsetzung nicht zur Nacherfüllung genutzt hat (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 139). Ein Mitverschulden des Gläubigers ist nach § 254 zu berücksichtigen (vgl § 280 Rz 6).

c) Die Voraussetzungen für einen **Rücktritt**, der gem § 325 neben dem Schadensersatzverlangen möglich, für diesen aber nicht erforderlich ist, sind in § 323 parallel geregelt (krit dazu *Weiss* NJW 2015, 3393); nur setzt der Rücktritt kein Verschulden voraus, und er kann gem § 323 VI aus Gründen, die in der Person des Gläubigers lie-

gen, ausgeschlossen sein. Für die Rückabwicklung verweist § 281 V auf die Wirkungen des Rücktritts (§§ 346–348), so dass auch insoweit Gleichklang besteht.

- 5 **2. Der Schadensersatz statt der Leistung** (Begriff § 280 Rz 8f) ist auf das positive Interesse gerichtet. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte. Er kann in zwei Formen gewährt werden: **a)** Der Gläubiger kann im Falle einer mangelhaften Leistung den sog **kleinen Schadensersatz** verlangen. In diesem Fall gibt er sich mit der erhaltenen Leistung zufrieden (oder er muss dies gem Abs 1 S 2 und 3 tun) und beschränkt den Schadensersatzanspruch auf das Defizit. Bsp: Der Käufer behält die fehlerhafte Sache und beschränkt den Schadensersatz auf den Betrag, den er für die Beseitigung des Mangels benötigt (zur Berechnung anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten s § 634 Rz 2). Hier berührt sich der Schadensersatz mit der Minderung (vgl RegBegr BT-Drucks 14/6040, 226), die in der Praxis oft zu einem ähnlichen Ergebnis führt (vgl § 441 Rz 3f). **b)** Der Gläubiger kann grds auch den sog **großen Schadensersatz** (insb bei Nichterfüllung einer Leistungspflicht), also vollen Wertersatz, verlangen. Das Gesetz spricht in diesem Fall von Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung (Abs 1 S 2, 3, Abs 5). Der Anspruch richtet sich auf die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Erfolgs, wie er ohne die Leistungsstörung eingetreten wäre; der Schuldner ist dann aber zur Rückforderung des von ihm Geleisteten berechtigt (Abs 5). Bsp: Der Käufer, der den großen Schadensersatz verlangt, ist verpflichtet, die fehlerhafte Sache zurückzugeben. Für Teilleistungen und Schlechtleistungen wird der Anspruch auf den großen Schadensersatz durch zusätzliche Voraussetzungen in Abs 1 S 2 und 3 eingeschränkt (näher u Rz 14f). **c)** Die **Ermittlung** des zu ersetzenden Schadens erfolgt bei gegenseitigen Verträgen wahlweise nach der **Differenz-** oder der **Surrogationstheorie** (s § 325 Rz 2ff). Bei der Differenzberechnung kommen die allg Grundsätze der Schadenszurechnung und der Vorteilsausgleichung zur Anwendung (s Vor §§ 249ff Rz 11 aE). Bei gegenseitigen Verträgen konnte im Wege der **Rentabilitätsvermutung** über das positive Interesse hinaus bei materieller Zwecksetzung des Vertrags für die für den Vertrag gemachten und infolge der Leistungsstörung nutzlosen Aufwendungen Ersatz verlangt werden (BGHZ 123, 96, 99). Es wurde vermutet, dass sich die Aufwendungen bei ordnungsgemäßer Erfüllung rentiert hätten. Der Schaden lag nicht in der Aufwendung als solcher, sondern in dem Verlust der Kompensationsmöglichkeit (BGH NJW 2000, 2342, 2343). Diese Vermutung wird heute durch die spezielle Regelung des Aufwendungsersatzes in § 284 verdrängt (str, s § 284 Rz 1).
- 6 **3. Der Anspruch auf die Leistung** ist mit dem Verlangen nach Schadensersatz – und nicht bereits mit dem Fristablauf – ausgeschlossen (Abs 4). Der Schuldner soll sich ab diesem Zeitpunkt darauf einrichten können, dass er nicht mehr leisten muss. Ähnlich ist es beim Rücktritt, wo ab der Rücktrittserklärung (§ 349) ein Rückabwicklungsverhältnis entsteht (vgl § 346 Rz 3), so dass der Leistungsanspruch entfällt. Eine zwischen fruchtlosem Fristablauf und Schadensersatzverlangen vom Schuldner erbrachte oder angebotene Leistung kann der Gläubiger grds zurückweisen (str; näher *Finn* ZGS 2004, 32); der Schuldner, der seine zweite, innerhalb der gesetzten Frist gegebene Chance zur Vertragserfüllung nicht genutzt hat, verdient keine dritte Chance zu Lasten der Dispositionsfreiheit des Gläubigers; dieser kann wählen, ob er die verspätete Leistung akzeptiert oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Ausgeschlossen ist der Schadensersatz statt der Leistung allerdings, wenn Erfüllung eintritt (Umkehrschluss aus § 281 IV, vgl BGHZ 197, 357 Nr 29 zur Ersatzfähigkeit eines vor Erfüllung getätigten Deckungskaufs, s § 280 Rz 14).
- 7 Das **Verlangen nach Schadensersatz** liegt mit Sicherheit in einer Klage. Eine vorprozessuale Erklärung des Gläubigers muss den eindeutigen Willen erkennen lassen, sich auf das Schadensersatzbegehren beschränken zu wollen; eine allg Ankündigung – zB weitere Rechte „bis hin zum Schadensersatz“ geltend machen zu wollen – reicht

dafür nicht aus (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 141). Die Grenze zwischen der bloßen Androhung, Schadensersatz zu verlangen, und dem wirklichen Verlangen ist freilich fließend und auch durch Auslegung nicht immer klar zu ziehen. Dadurch kann Unsicherheit in der Anwendung des Abs 4 entstehen.

II. Fristsetzung

1. Eine **angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung** muss erfolglos 8 abgelaufen sein, bevor der Gläubiger gem §§ 280 I, III, 281 I 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. **a)** Die Frist ist **angemessen**, wenn sie so lang ist, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich auch erbringen kann. Allerdings muss sie dem Schuldner, der noch gar nichts unternommen hat, nicht ermöglichen, die Leistung erst anzufangen und zu erbringen (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 138). Da der Schuldner seiner ursprünglichen Leistungspflicht nicht hinreichend entsprochen hat, kann von ihm jetzt schnelleres Handeln erwartet werden. Eine zu **kurz bemessene Nachfrist** ist nicht völlig unwirksam, sondern setzt in der Regel eine angemessene Frist in Lauf. Eine vom Schuldner selbst vorgeschlagene Frist ist maßgeblich, ohne dass es auf ihre objektive Angemessenheit ankommt (BGH NJW 2016, 3654 Nr 36). **b)** Für die Fristsetzung ist es ausreichend, wenn der Gläubiger den Schuldner auffordert, „umgehend“ zu leisten oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter und bestimmbarer Zeitraum zur Erbringung der Leistung zur Verfügung steht (BGH NJW 2009, 3153). Weder dem Wortlaut noch dem Zweck der Fristsetzung ist es mit dem BGH aaO zu entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist. Die Dauer der Frist kann demnach auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden. Dem Schuldner soll durch die Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür nur eine zeitliche Grenze gesetzt ist (BGH aaO Nr 10f). Dabei schadet es grundsätzlich nicht, wenn das Leistungs- oder Nacherfüllungsverlangen in die höfliche Form einer Bitte gekleidet ist, sofern sich aus den Gesamtumständen die Ernsthaftigkeit des Verlangens ergibt (BGH NJW 2016, 3654 Nr 27ff). **c)** Abs 1 S 1 nennt neben der Leistung auch die **Nacherfüllung** als Gegenstand der mit der Fristsetzung verbundenen Aufforderung. Eine Nacherfüllung kommt in Betracht, wenn der Schuldner bislang nur teilweise oder mangelhaft geleistet hat; vgl im Kaufrecht §§ 437 Nr 1, 439, im Werkvertragsrecht §§ 634 Nr 1, 635. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen setzt voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner den Vertragsgegenstand **zur Verfügung stellt**, damit dieser die Mängelrügen überprüfen kann (s § 439 Rz 2).

2. **Verzug** des Schuldners wird in Abs 1 S 1 nicht förmlich vorausgesetzt. Von einer 9 Bezugnahme auf die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs (§ 286) wurde bewusst abgesehen; dem Gläubiger sollte, indem allein auf die Fristsetzung abgestellt wird, ein möglichst einfaches Mittel an die Hand gegeben werden, um Klarheit über den Fortbestand seines Leistungsanspruchs bzw über dessen Substituierung durch einen Schadensersatzanspruch zu erhalten (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 138). In der mit der Fristsetzung verbundenen Leistungsaufforderung ist aber stets zugleich eine Mahnung iSd § 286 I 1 zu sehen, so dass der nach §§ 280 I, III, 281 I 1 schadensersatzpflichtige Schuldner sich jeweils auch im Verzug befindet. Er haftet dann verschärft nach § 287.

3. Die **Entbehrlichkeit der Fristsetzung** ist gem Abs 2 in zwei Fallgruppen gegeben. **a)** Bei ernsthafter und endgültiger **Erfüllungsverweigerung** des Schuldners; hier wäre eine Fristsetzung sinnlos. **b)** Bei **besonderen Umständen**, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatz-

anspruchs rechtfertigen. Hier wird den Gerichten ein Bewertungsspielraum eingeräumt. Gedacht ist namentlich an sog „Just-in-time-Verträge“, bei denen zu einem bestimmten Zeitpunkt geliefert werden muss, damit die Produktion des Gläubigers ordnungsgemäß weiterlaufen kann. Bleibt die Leistung ganz oder teilweise aus, muss der Gläubiger die Möglichkeit haben, sofort Ersatzbeschaffung anzuordnen, weil sein Schaden sonst viel größer würde (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 140). Doch ist die Fristsetzung nicht bei jedem einfachen Fixgeschäft (vgl § 271 Rz 3) entbehrlich; eine dem § 323 II Nr 2 entsprechende Regelung fehlt in § 281 II und kann schwerlich durch eine extensive Auslegung des Abs 2 kompensiert werden (anders *Jaensch* NJW 2003, 3613). Beim Kauf eines Tieres können besondere Umstände, die nach Abs 2 ausnahmsweise die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz rechtfertigen, dann vorliegen, wenn der Zustand des Tieres eine unverzügliche tierärztliche Behandlung als Notmaßnahme erforderlich erscheinen lässt, die vom Verkäufer nicht rechtzeitig veranlasst werden könnte (BGH NJW 2005, 3211).

- 11 c) Ein die sofortige Rückabwicklung rechtfertigendes Interesse des Käufers bzw ein entsprechendes Interesse, ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können, ist auch anzunehmen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags **arglistig verschwiegen** hat; in solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen (BGH NJW 2007, 835 unter Nr 12f). Die Vertrauensgrundlage ist selbst dann als zerstört anzusehen, wenn die Mängelbeseitigung durch einen vom Verkäufer auszuwählenden Dritten vorzunehmen ist (BGH NJW 2008, 1371 Nr 20). Wenn aber der Käufer dem Verkäufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zur Behebung setzt und der Verkäufer diesem Verlangen nachkommt, müssen Sekundärrechte ausgeschlossen sein, da die Kaufsache nunmehr vertragsgerecht ist (zum Rücktrittsrecht: BGH NJW 2010, 1805 Nr 9). d) Der **antizipierte Vertragsbruch** hat im Schadensersatzrecht anders als durch § 323 IV (dort Rz 9) im Rücktrittsrecht keine ausdrückliche Regelung gefunden. Es verbietet sich eine Analogie zu dieser Bestimmung, (so aber *Looschelders* AT § 27 Rz 18, § 33 Rz 7), weil der Gesetzgeber Rücktritt und Schadensersatz bewusst unterschiedlich behandelt hat. Der Gläubiger soll vor Fälligkeit der Leistung noch nicht die Möglichkeit haben, das Erfüllungsinteresse mittels eines Schadensersatzanspruches geltend zu machen. Der antizipierte Vertragsbruch stellt jedoch einen Verstoß gegen die Leistungstreuepflicht aus § 241 II dar, sodass der Gläubiger bei Vertretenmüssen des Schuldners einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 erlangt, wenn ihm die Leistung unzumutbar ist (*Medicus/Lorenz* SchR I § 38 Rz 5).

- 12 4. Eine **Abmahnung** tritt gem Abs 3 bei **Unterlassungspflichten**, die Gegenstand der Leistungspflicht sind, an die Stelle der Fristsetzung, weil bei diesen Pflichten „nach der Art der Pflichtverletzung“ eine Fristsetzung nicht in Betracht kommt (RA BT-Drucks 14/7052, 185).

III. Vertretenmüssen

- 13 Der Bezugspunkt des **Vertretenmüssens** wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird ausschließlich auf die Nichtleistung bzw. Schlechtleistung bei Fälligkeit (*Hirsch* Jura 2003, 289) abgestellt. Nach anderer Ansicht müsse der Schuldner die Nichtleistung bei Fristablauf zu vertreten haben (*Grüneberg-Grüneberg* Rz 16). Zu folgen ist jedoch der hM, die eine Entlastung des Schuldners nur dann annimmt, wenn er sich bezüglich beider Pflichtverletzungen exkulpieren kann (*MiKo-Ernst* Rz 58; *Looschelders* AT § 27 Rz 22). Dafür spricht, dass die Nacherfüllung nur die zweite Chance ist, die Folgen der ersten Pflichtverletzung zu beseitigen. Wenn der Schuldner bereits die erste Pflichtverletzung schuldhaft begangen hat, ist er nicht schutzbedürftig.