

Bürgerliches Gesetzbuch

Studienkommentar

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Florian Jacoby, und Dr. Michael Hinden, Notar, Begründet von Prof. Dr. Jan Kropholler

16. Auflage 2018. Buch. XX, 990 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 71267 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

I. Allgemeines

1. Regelungsgehalt und Abgrenzungen. Abs 1 S 1 fordert für einen Schadens- 1
ersatzanspruch statt der Leistung (u Rz 5) bei **Nichtleistung** bzw **Leistungsverzöge-**
rung („soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht erbringt“) oder bei **Schlecht-**
leistung („nicht wie geschuldet erbringt“) als zusätzliche Voraussetzung neben § 280 I
eine erfolglose Fristsetzung. Dem Schuldner soll eine zweite Chance zu pflichtgemä-
ßem Verhalten gegeben werden, bevor er Schadensersatz statt der Leistung zahlen
muss. Die „fällige Leistung“ (vgl § 271) wird regelmäßig (muss aber nicht) die Haupt-
leistung 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 Scha-
densersatz 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 An-
spruch ein. Knüpft der Anspruch an die Verletzung vertraglicher Pflichten an, ist er auf
der Prüfungsebene „vertragliche Ansprüche“ (Vor § 241 Rz 3) im Hinblick auf fol-
gende Voraussetzungen zu prüfen: **(1)** Schuldverhältnis, **(2)** Pflichtverletzung in Form
der Nicht- oder Schlechtleistung, **(3)** Setzen einer angemessenen Frist (vgl zur Entbehr-
lichkeit der Frist u Rz 10), **(4)** erfolgloser Ablauf der Frist, **(5)** Vertretenmüssen, § 280
I 2, wobei umstritten ist, auf welche Pflichtverletzung sich das Vertretenmüssen bezie-
hen muss (u Rz 13).

a) Die Vorschrift **betrifft nicht** den Verzögerungsschaden; er ist in § 280 II ange- 2
sprochen 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 Voraussetzun- 3
gen 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 Schadens- 4
ersatzverlangen möglich, für diesen aber nicht erforderlich ist, sind in § 323 parallel
geregelt (kritisch dazu *Weiss*, NJW 2015, 3393); nur setzt der Rücktritt kein Verschul-
den voraus, und er kann gem § 323 VI aus Gründen, die in der Person des Gläubigers
liegen, ausgeschlossen sein. Für die Rückabwicklung verweist § 281 V auf die Wir-
kungen des Rücktritts (§§ 346–348), so dass auch insoweit Gleichklang besteht.

2. Der Schadensersatz statt der Leistung (Begriff § 280 Rz 8 f) ist auf das posi- 5
tive 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 Scha-**
densersatz verlangen. In diesem Fall gibt er sich mit der erhaltenen Leistung zufrie-
den (oder er muss dies gem Abs 1 S 2 und 3 tun) und beschränkt den Schadensersatz-
anspruch 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.
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 14 f). **c) Die Ermittlung** des zu ersetzenden Schadens erfolgt bei gegenseitigen Verträgen wahlweise nach der **Differenz-** oder der **Surrogationstheorie** (s § 325 Rz 2 ff). Bei der Differenzberechnung kommen die allgemeinen Grundsätze der Schadenszurechnung und der Vorteilsausgleichung zur Anwendung (s Vor §§ 249 ff 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 allgemeine 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

- 8 1. Eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung** muss erfolglos 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 auffor-

dert, „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 (§ 439 Rz 2).

2. Verzug des Schuldners wird in Abs 1 S 1 nicht förmlich vorausgesetzt. Von einer 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 Schadensersatzanspruchs 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).

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 neuer-

lichen 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 Rz 591, 681), 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 Rz 507).

- 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 (*Palandt-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 (*MüKo-Ernst* § 281 Rz 48; *Looschelders* AT Rz 595). 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.

IV. Teilleistung und unerhebliche Schlechtleistung

- 14 **1. Bei einer Teilleistung** kann der Gläubiger gem Abs 1 S 2 Schadensersatz wegen der *ganzen* Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Ansonsten bleibt er auf den sog kleinen Schadensersatz (o Rz 5), also auf einen Schadensersatzanspruch für den ausgebliebenen Teil der Leistung, beschränkt. Im Kauf- und Werkvertragsrecht ist die Lieferung einer zu geringen Menge gem § 434 III bzw § 633 II 3 einem Sachmangel gleichgestellt; wollte man dies auch im Rahmen des § 281 beachten (vgl § 434 Rz 11), so wäre nicht Abs 1 S 2, sondern Abs 1 S 3 anzuwenden.
- 15 **2. Bei einer Schlechtleistung** kann der Gläubiger gem Abs 1 S 3 großen Schadensersatz (o Rz 5) nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (sog Bagatellgrenze). Sinn dieser Vorschrift ist eine Harmonisierung mit dem Rücktrittsrecht (vgl § 323 V 2): Steht dem Gläubiger aufgrund der Geringfügigkeit der Pflichtverletzung kein Rücktrittsrecht zu, so soll er auch nicht dadurch, dass er Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, die Rückabwicklung des gesamten Vertrags erreichen können. Der Gläubiger kann dann nur den kleinen Schadensersatz fordern. Auch wenn die Pflichtverletzung erheblich ist, muss der Gläubiger nicht den großen Schadensersatz begehren, sondern es steht ihm frei, die nicht wie geschuldet erbrachte Leistung zu akzeptieren und sich mit dem kleinen Schadensersatz zu begnügen.

§ 282. Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

1. Die Vorschrift betrifft die **Verletzung einer Nebenpflicht** und regelt dafür den Schadensersatz **statt der Leistung**. Für einen auf §§ 280 I, III, 282 gestützten Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ergeben sich folgende Prüfungsschritte: (1) Vorliegen eines wirksamen Schuldverhältnisses, (2) Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht, § 241 II (vgl § 241 Rz 3), (3) Vertretenmüssen, § 280 I 2 und (4) Unzumutbarkeit (u Rz 2). Regelmäßig zieht die Verletzung einer Pflicht nach § 241 II, da sie nicht leistungsbezogen ist und also nicht die Verletzung einer Leistungspflicht betrifft, keinen derartigen Schadensersatzanspruch nach sich, sondern nur einen einfachen Schadensersatzanspruch aus § 280 I. Ein auf § 280 I, III gestützter Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entsteht aber ausnahmsweise unter der in § 282 genannten Voraussetzung, dass dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist. Unter derselben Voraussetzung gewährt § 324 ein Rücktrittsrecht. Zu denken ist an eine wesentliche Verletzung der Schutzpflicht aus einem bestehenden Vertrag (positive Vertragsverletzung; s § 241 Rz 3). Liegt in einer Schutzpflicht ausnahmsweise zugleich eine Verhaltenspflicht in Bezug auf die Erbringung der Leistung, sind, soweit durch die Pflichtverletzung die geschuldete Hauptleistung beeinträchtigt wird, die §§ 280 I, 281 I, 323 I einschlägig (*Hk-Schulze* § 241 Rz 8). Im Regelfall, in dem die Schutzpflichtverletzung nur die sonstigen Rechte und Güter der anderen Partei berührt, kann Schadensersatz statt der Leistung aber nur über §§ 280 I, III, 282 verlangt werden. Eine Schutzpflichtverletzung aus c.i.c. (§ 311 II, III) kann diesen Anspruch nicht begründen, da im Vorstadium des Vertrags noch kein Leistungsanspruch besteht, für den Ersatz verlangt werden könnte.

2. Die **Zumutbarkeit**, auf die § 282 abstellt, ist eine Wertungsfrage, bei der die Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu berücksichtigen sind. Wesentliche Gesichtspunkte sind, ob der Schuldner abgemahnt worden ist und ob die Schutzpflichtverletzung erheblich ist. So wird im Bsp des unachtsamen Malers (§ 280 Rz 5) ein sofortiges Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung ohne vorherige Abmahnung jedenfalls dann nicht gerechtfertigt sein, wenn die Beschädigungen durch den Maler (zunächst) kein besonderes Gewicht haben (RegBegr BT-Drucks 14/6040, 142). Die Pflichtverletzungen können auch trotz Abmahnung als so geringfügig erscheinen, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag zuzumuten ist. Ein Bsp wäre der Maler, der seine Malerleistung einwandfrei erbringt, aber als Gewohnheitsraucher in den Räumen des Bestellers trotz Abmahnung weiterhin raucht. Hier wäre es unverhältnismäßig, wenn der Besteller beim ersten Verstoß gegen die Abmahnung einen anderen Maler mit der Beendigung der Arbeiten beauftragen und den ersten Maler mit den Mehrkosten belasten könnte (RA BT-Drucks 14/7052, 186).

§ 283. Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht

¹Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. ²§ 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

1. **Anwendungsbereich.** § 280 I, III iVm § 283 bildet die Anspruchsgrundlage für Schadensersatz statt der Leistung im Fall der **nachträglichen zu vertretenden Unmöglichkeit**, sei sie objektiv oder subjektiv; in den Fällen von § 275 II und III, die

lediglich eine Einrede begründen, muss der Schuldner die Einrede erhoben haben. Zu prüfen sind: (1) Schuldverhältnis, (2) Pflichtverletzung in Form der nachträglichen Unmöglichkeit gem § 275, (3) Vertretenmüssen, § 280 I 2, das sich auf die Herbeiführung der zur Unmöglichkeit führenden Umstände beziehen muss. Die Beschränkung auf die nachträgliche Unmöglichkeit lässt § 283 nicht ohne weiteres erkennen, da § 275 auch für die anfängliche (objektive oder subjektive) Unmöglichkeit gilt. Sie ergibt sich aber schon daraus, dass die anfängliche Unmöglichkeit in § 311a II gesondert geregelt ist (freilich in einem anderen Gesetzesabschnitt und daher nicht leicht zu finden). Außerdem lässt sich anführen, dass bei anfänglicher Unmöglichkeit gar keine nach § 280 zum Schadensersatz berechtigende Verletzung der Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis vorliegt, da diese Pflicht gem § 275 von vorneherein gar nicht besteht. Während § 283 und § 311a II auf der Tatbestandsseite unterschiedliche Anforderungen stellen, stimmen sie auf der Rechtsfolgenreise überein.

- 2 2. Der Anspruch entsteht ohne die in § 281 I 1 geforderte Fristsetzung, die bei Unmöglichkeit sinnlos wäre. Für die nachträgliche Unmöglichkeit eines **Teils der Leistung** oder der **Nacherfüllung** bei einer Schlechtleistung verweist S 2 auf § 281 I 2 und 3 (s dazu § 281 Rz 14f).
- 3 3. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist er dem Schuldner zur **Rückgewähr** der empfangenen Leistungen gem § 281 V verpflichtet, auf den S 2 ebenfalls verweist.

§ 284. Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.

- 1 1. **Allgemeines.** § 284 räumt den Gläubiger das Wahlrecht ein, anstelle Schadensersatzes statt der Leistung vom Schuldner den Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen. Statt des positiven Interesses (Äquivalent für die Leistung) erhält der Gläubiger dann sein negatives Interesse ersetzt (*Hk-Schulze* Rz 1). **a) Vergebliche Aufwendungen** sind freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung oder der nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldners als nutzlos erweisen. Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach idR vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann (BGHZ 163, 381). Bsp: Kosten, die dem Käufer eines untauglichen Kfz für dessen Überführung und Zulassung oder durch den Einbau eines Navigationssystems entstehen. Wird der Kauf wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs rückabgewickelt, nachdem der Käufer das Fahrzeug zeitweise genutzt hat, so mindert sich der Anspruch auf den Ersatz der Aufwendungen entsprechend der Nutzungsdauer oder der Laufleistung des Fahrzeugs, weil die Aufwendungen insoweit ihren Zweck erfüllt haben, nicht vergeblich waren (BGH aaO). Die hM lehnt ferner eine Erstattung des Kaufpreises (Gegenleistung) als Aufwendung idS § 284 ab (*Palandt-Grüneberg* Rz 5). Für eine Ersatzfähigkeit der Gegenleistung spricht jedoch, dass diese bereits vor dem SchRG stets über die Rentabilitätsvermutung ersetzt wurde. Da der Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen auch noch nach dem Rücktritt geltend gemacht werden kann, § 325, und für diesen Anspruch im Vergleich zum Rücktritt mit dem Verschuldenserfordernis schärfere Voraussetzungen gelten, gibt es keinen Grund, den Käufer auf Ansprüche aus § 346 zu beschränken. **b)** Der Anspruch kann **alternativ** „anstelle“ des Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht werden. Die für einen solchen Schadensersatzanspruch in §§ 280–283 angeführten Voraussetzungen müssen also vorliegen, insbesondere muss

der Schuldner die Pflichtverletzung gem § 280 I 2 zu vertreten haben. Wird nicht Schadensersatz statt der Leistung, sondern nur Schadensersatz aus § 280 I verlangt, gewährt die Rspr den Aufwendungsersatz **kumulativ** (BGHZ 163, 381, 386 f); dies erscheint berechtigt, da dann nicht zu besorgen ist, dass der Geschädigte wegen ein und desselben Vermögensnachteils doppelte Kompensation, nämlich sowohl Schadensersatz als auch Aufwendungsersatz, erlangt. Die Alternativität von Aufwendungsersatz und Schadensersatz statt der Leistung führt dazu, dass die Rentabilitätsvermutung zur Berechnung des Schadensersatzes (s § 281 Rz 5) aufzugeben ist (str, anders *Palandt-Grüneberg* § 281 Rz 23). Diese Auffassung lässt sich auch durch die Gesetzesbegründung zum SchRG absichern, dass es nach Schaffung von § 284 nicht mehr auf die Rspr zur Rentabilitätsvermutung ankomme (BT-Drucks 14/6040, 144).

2. Anwendungsbereich. Die Vorschrift gilt – wie alle Vorschriften in diesem Abschnitt des Gesetzes – zwar vorwiegend für **Verträge**, aber auch für **andere Schuldverhältnisse**. Bsp: Hat G im Vertrauen auf den Erhalt eines Gemäldes einen Rahmen anfertigen lassen und kann S infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands das Bild nicht liefern, so kann G Ersatz seiner nutzlos gewordenen Aufwendung verlangen, gleichgültig, ob er Käufer des Bildes oder Vermächtnisnehmer ist. Ferner macht es keinen Unterschied, ob durch den Ausfall der Leistung ein wirtschaftlicher oder ein **ideeller Zweck** nicht erreicht wurde (BGHZ 163, 381). Bsp: G kann seine vergeblichen Aufwendungen (etwa Werbungskosten) im Zusammenhang mit der Anmietung eines schuldhaft nicht zur Verfügung gestellten Saales verlangen, auch wenn er dort keine Verkaufsveranstaltung, sondern eine Parteiversammlung abhalten wollte; im letzteren Fall kann man in § 284 eine gesetzliche Durchbrechung des § 253 sehen (vgl zur früheren Rechtslage BGHZ 99, 182, 195 ff).

3. Einschränkungen. Der Wortlaut des § 284 enthält für das Entstehen des Anspruchs auf Aufwendungsersatz zwei Einschränkungen. **a)** Der Anspruch entsteht nur, wenn der Gläubiger die Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung **billigerweise machen durfte**. Der Gläubiger darf also vor allem nicht voreilig Aufwendungen tätigen, wenn bereits Anzeichen für ein Scheitern des Vertrags vorliegen; dagegen ist es ihm unbenommen, objektiv nicht erforderliche oder hoch erscheinende Aufwendungen zu machen (vgl *Canaris* JZ 2001, 517); es darf freilich kein krasses Missverhältnis zu der nicht erbrachten Leistung bestehen (*Palandt-Grüneberg* Rz 6). So kann im Bsp des Gemäldekaufs (vorige Rz) der Anspruch auf Ersatz der Aufwendung für den Rahmen zwar entfallen, weil der Rahmen nach den Umständen des Falles übereilt bestellt wurde oder weil sein Preis den Wert des Bildes um ein Vielfaches übersteigt, nicht aber, weil der alte Rahmen noch gut genug oder der neue im Verhältnis zum Wert des Bildes etwas teuer erscheint. **b)** Der Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen ist ferner ausgeschlossen, wenn deren **Zweck auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners** nicht erreicht worden wäre. Mit dieser Einschränkung wird verhindert, dass die vom Schuldner zu vertretende Leistungsstörung sozusagen zum „Glücksfall“ für einen Gläubiger wird, der seine Aufwendungen auch bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung nicht wieder „hereingeholt“ oder seinen ideellen Zweck nicht erreicht hätte. So kann im Bsp der Saalmiete (vorige Rz) Ersatz der nutzlosen Aufwendungen nicht verlangt werden, wenn die Verkaufsgegenstände absolut unverkäuflich waren oder die Parteiversammlung wegen eines Verbots ohnehin nicht hätte stattfinden können.

§ 285. Herausgabe des Ersatzes

(1) **Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.**

(2) **Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.**

- 1 **1. Allgemeines.** a) § 285 korrigiert eine als unbillig empfundene Zuordnung von Vermögensgütern im Wege der **schuldrechtlichen Surrogation** (weitere Fälle: §§ 667, 816). Im Gegensatz zur dinglichen Surrogation (zB § 1247 S 2) tritt das als Ersatz Erlangte (Surrogat), das sog **stellvertretende commodum**, nicht ipso jure an die Stelle des (ursprünglich geschuldeten) Gegenstands; es besteht lediglich ein Herausgabeanspruch. In § 285 setzt sich der durch Unmöglichkeit untergegangene Primäranspruch fort. Sicherheiten für diesen (Bürgen und Pfänder) bleiben daher verhaftet. b) **Anwendungsbereich:** alle schuldrechtlichen Ansprüche, gleichgültig ob aus Vertrag oder Gesetz (zB Rücktritt, GoA, Delikt, EBV). Ausnahmen: für Kondiktionsansprüche gilt § 285 nur bei verschärfter Haftung (Verweis in §§ 818 IV, 819 I auf die „allgemeinen Vorschriften“), ansonsten ist die Vorschrift durch die Sonderregeln des § 818 II, III verdrängt. Ferner idR keine Anwendung auf den Eigentums Herausgabeanspruch aus § 985 (Näheres dort Rz 7).
- 2 **2. Voraussetzungen.** a) Eintritt eines **nach § 275 beachtlichen Hindernisses** zur Leistung eines Gegenstands (Sachen oder sonstige Objekte von Rechten). Ob es sich um nachträgliche oder anfängliche, zu vertretende oder nicht zu vertretende Unmöglichkeit handelt, ist unerheblich (§ 275 Rz 2). In den Fällen des § 275 II und III ist erforderlich, dass der Schuldner die ihm zustehende Einrede auch tatsächlich erhoben hat (BGH NJW 2013, 1074 Nr 28); denn die Entscheidung, ob er leisten oder sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen möchte, soll nach § 275 bei ihm liegen. b) Der Schuldner muss für den Gegenstand der unmöglichen Leistung einen **Ersatz oder Ersatzanspruch** erlangt haben. Ersatzerlangung und ursprünglich geschuldeter Gegenstand müssen in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Bsp: Wird der Leistungsgegenstand durch einen Brand vernichtet, so sind die Versicherungssumme oder der von dem Brandstifter erlangte Schadensersatz herauszugeben. Auch der durch Rechtsgeschäft erlangte Ersatz („**commodum ex negotiatione**“) ist herauszugeben; Bsp: Herausgabe des von dem Zweitkäufer erlangten Veräußerungserlöses an den Erstkäufer. Obwohl hier Ersatzerlangung und Unmöglichwerden der Leistung auf verschiedenen Rechtsgeschäften beruhen (Verkauf und Veräußerung an den Zweitkäufer), besteht doch ein hinreichend enger wirtschaftlicher Zusammenhang. c) **Identität** des Geschuldeten mit dem Gegenstand, für den der Ersatz erlangt wurde. Erlangt der Eigentümer eine Enteignungsentschädigung, so kann diese der Mieter, der die Mietsache räumen muss, nicht nach § 285 herausverlangen; ihm ist nur Besitzüberlassung geschuldet. Anders, wenn der Eigentümer gerade für eine Gebrauchsbeeinträchtigung entschädigt wird.
- 3 **3. Rechtsfolgen.** a) Verpflichtung zur **Herausgabe des Erlangten**, bei Ansprüchen zur Abtretung. Dies gilt auch, wenn das Erlangte mehr wert ist als das ursprünglich Geschuldete (Ersetzungsgedanke). In den Fällen des § 275 II und III kann der Schuldner diese Konsequenz vermeiden, indem er die Einrede der Unmöglichkeit nicht erhebt. Der Gläubiger kann auch neben dem Surrogat Schadensersatz fordern, der sich dann um den Wert des Surrogats mindert (**Abs 2**). b) Fordert der Gläubiger bei **gegenseitigen Verträgen** das stellvertretende commodum, so bleibt er in dem Verhältnis zur Gegenleistung verpflichtet, in dem der Wert des Ersatzes zu dem der ursprünglich geschuldeten Leistung steht (§ 326 III).

§ 286. Verzug des Schuldners

(1) ¹**Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug.**