

Update Schuldrecht:

Was ist der Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung¹

Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II

Beim Schadensersatz statt der Leistung im Mängelrecht ist umstritten, ob die schuldhafte Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 I 2 BGB) ausreicht oder ob der Verkäufer die nicht (ordnungsgemäß) erfolgte Nacherfüllung zu vertreten haben muss.

1. Da der Schadensersatzanspruch statt der Leistung erst dann gegeben ist, wenn die Leistung ausbleibt, muss nach einer Ansicht danach gefragt werden, ob der Verkäufer die Pflichtverletzung, die zum Ausfall der Leistung geführt hat, zu vertreten hat.

Bezugspunkt des Vertretenmüssens für die Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung ist also nicht die mangelhafte Lieferung, sondern **immer** dessen Nichtbehebung².

hemmer-Methode: Liegt der Grund der Nichtbehebung in der unterlassenen Nacherfüllung, so ist es nach dieser Ansicht völlig irrelevant, ob der Verkäufer den Mangel kannte oder kennen musste oder ob er den Mangel schuldhaft verursacht hat. Allein entscheidend ist, ob der Verkäufer die Gründe, die zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt haben, zu vertreten hat³.

2. Eine bedeutende Ansicht schlägt eine alternative Lösung vor. Der V muss **entweder** die mangelhafte Lieferung **oder** die Nichtnacherfüllung zu vertreten haben⁴.

Hierfür spricht, dass die Nacherfüllungschance eben nur eine „zweite“ Chance ist für den Verkäufer, die Folgen seiner ersten zu vertretenden Pflichtverletzung teilweise wieder zu beseitigen. Nutzt er diese nicht, aus welchen Gründen auch immer, so ist er eben zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet.

Zum endgültigen Ausfall der fraglichen Leistung wäre es eben auch nicht gekommen, wenn V gleich mangelfrei geliefert hätte. Nur wenn er beide Pflichtverletzungen nicht zu vertreten hat, könne er sich entlasten.

3. Nach einer dritten (vermittelnden) Ansicht, muss zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen für den Schadensersatz statt der Leistung (§§ 281, 283, 311a II BGB) differenziert werden.⁵

Nach dieser Ansicht soll es im Rahmen des § 311a II BGB jedenfalls ausreichen, wenn der Verkäufer wusste oder wissen musste, dass die Sache mangelhaft war⁶.

hemmer-Methode: Da dem Verkäufer, der den Mangel kannte, häufig der Vorwurf fahrlässiger Unkenntnis bzgl. der Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemacht werden kann, wird sich diese Problematik des Bezugspunktes des Vertretenmüssens im Rahmen des § 311a II BGB wohl eher selten stellen⁷.

Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283

Beim Schadensersatz statt der Leistung im Mängelrecht ist zwar grundsätzlich umstritten, ob die schuldhafte Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 I 2 BGB) ausreicht oder ob der Verkäufer die Nicht-Nacherfüllung zu vertreten haben muss.

¹ Vgl. ausführlich TYROLLER, *Life & Law* 2005, Heft 6, Das Problem

² LORENZ, „Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?“, NJW 2002, 2497 [2501].

³ LORENZ a.a.O., S. 2497 [2503, li. Sp.].

⁴ Vgl. SCHWAB/WITT ab 2. Auflage, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, S. 199 ff.; so auch U. HUBER, Festschrift für Schlechtriem, S. 527 ff. (530).

⁵ Vgl. REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 525 bis 550.

⁶ Vgl. REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 527.

⁷ Die Feststellung von REINICKE/TIEDTKE (Kaufrecht, Rn. 527), dass diese Frage **ohne** praktische Auswirkung ist, trifft aber so pauschal nicht zu.

Im Rahmen der §§ 437 Nr. 3, 283 BGB ist es aber weitgehend anerkannt, dass Bezugspunkt des Vertretenmüssens das Unmöglichwerden der Nacherfüllung ist⁸.

Da der Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit erst dann gegeben ist, wenn die Leistung unmöglich wird, muss nach überzeugender Ansicht danach gefragt werden, ob der Verkäufer die Pflichtverletzung, die zum Ausfall der Leistung geführt hat, zu vertreten hat.

Allein entscheidend ist daher, ob der Verkäufer die Gründe, die zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt haben, zu vertreten hat⁹.

hemmer-Methode: Dass der Verkäufer die Lieferung der mangelhaften Sache zu vertreten hat, genügt also für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB nach ganz h.M. nicht.

Entscheidend ist also, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit der Nacherfüllung zu vertreten hat. Hier kann § 287 S. 2 BGB von besonderer Klausurrelevanz sein, wonach der Verkäufer auch für Zufall haftet, wenn er mit der Nacherfüllung im Verzug ist.

Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281

Was aber ist nun im Rahmen des Anspruches aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB „die richtige“ Lösung?

Als Bezugspunkt des Vertretenmüssens kommt sowohl die Pflichtverletzung der ursprünglichen mangelhaften Leistung (§ 433 I S.2 BGB) als auch der nicht oder nicht ordnungsgemäß erbrachten Nacherfüllung (§ 439 I BGB).

1. Nach Ansicht von LORENZ¹⁰ ist ausschließlich an die zweite Pflichtverletzung, also die nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführte Nacherfüllung, anzuknüpfen. Hierfür spricht, dass § 281 I 1 BGB eine fällige Leistungspflicht verlangt. Mit der mangelhaften Leistung wird der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 433 I BGB durch den Nacherfüllungsanspruch abgelöst, so dass fortan nur dieser fällig i.S.v. § 281 I 1 BGB ist.

2. Dagegen spricht aber, dass die Nacherfüllungschance nur eine „zweite“ Chance für den Verkäufer ist, die Folgen seiner ersten zu vertretenden Pflichtverletzung teilweise wieder zu beseitigen. Nutzt er diese nicht, aus welchen Gründen auch immer, so ist er eben zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet.

Es ist nicht einzusehen, warum die Relevanz der „ersten“ Pflichtverletzung (Lieferung der mangelhaften Sache, § 433 I S.2 BGB) entfallen sollte, wenn später mit der Nichtnacherfüllung innerhalb der gesetzten angemessenen Frist eine zweite Pflichtverletzung hinzutritt.

Problematisch ist dies nämlich deswegen, weil durchaus Fälle denkbar sind, bezüglich derer das Vertretenmüssen der ersten Pflichtverletzung einfach zu bejahen ist, das Vertretenmüssen der zweiten Pflichtverletzung aber schwer oder gar nicht zu begründen ist.

Zum endgültigen Ausfall der fraglichen Leistung wäre es außerdem auch nicht gekommen, wenn V gleich mangelfrei geliefert hätte. Nur wenn er beide Pflichtverletzungen nicht zu vertreten hat, könne er sich entlasten.

Hierfür spricht weiter, dass § 281 I 1 BGB selbst kein Erfordernis des Vertretenmüssens aufstellt, sondern nur die nach § 280 III BGB zusätzliche Voraussetzung eines erfolglosen Fristablaufs. Demzufolge hat der erfolgreiche Fristablauf den Charakter einer „objektiven Bedingung“ für das Schadensersatzverlangen.

Nach überzeugender Ansicht¹¹ kann daher **wahlweise an jede der beiden Pflichtverletzungen angeknüpft werden.**

⁸ REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 535; a.A. BAMBERGER/ROTH/FAUST, § 437 Rn. 108 ff.

⁹ Im Rahmen der §§ 437 Nr. 3, 283 BGB ist dies ganz h.M.; vgl. REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 535; LORENZ a.a.O., S. 2497 [2503, li. Sp.].

¹⁰ So LORENZ, NJW 2002, 2497 [2503]; KÖHLER/LORENZ, PdW SchuldR II, Fall 45.

¹¹ So REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 540 f.; BAMBERGER/ROTH/FAUST, § 437, Rn. 67; SCHWAB/WITT ab 2. Auflage, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, S. 199 ff.; U. HUBER, Festschrift für Schlechtriem, S. 527 ff. (530). unter Hinweis auf die Parallele zum alten Werkvertragsrecht.