

Lösungsskizze

Anspruch des K auf Ersatz des entgangenen Gewinns iHv 800 € gegen V
gemäß §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB

1. Schuldverhältnis

Kaufvertrag (+)

2. Pflichtverletzung

Sachmangel, § 434 I 1 BGB: Beschaffenheitsvereinbarung konkludent (+)

3. Kein Ausschluss des Vertretenmüssens, § 280 I 2 BGB

*Kein eigenes Verschulden des A, jedoch Zurechnung der Fahrlässigkeit des
Erfüllungsgehilfen A, § 278 BGB*

4. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 bzw. §§ 280 II, 286 beim mangelbedingten Nutzungsausfallschaden – zur inhaltlichen Streitausführung siehe Übersicht zum Nutzungsausfallschaden!

a) Eine Ansicht: §§ 280 I, III, 281 ff. (SE statt der Leistung) nach
Abgrenzung anhand des Erfüllungsinteresses

b) Andere Ansicht: §§ 280 I, II, 286 BGB (SE neben der Leistung wegen
Verzögerung) nach Abgrenzung anhand einer hypothetisch
gedachten, fristgerechten Nacherfüllung – dabei soll die
Schlechtleistung einen Fall der Verzögerung der
(ordnungsgemäßen) Leistung darstellen

c) Wohl hM: §§ 280 I BGB (SE neben der Leistung wegen
Schlechtleistung) nach Abgrenzung anhand einer hypothetisch gedachten,
fristgerechten Nacherfüllung und Einordnung als
Schlechtleistung

5. Kausaler Schaden

Differenzhypothese (+)

6. Ergebnis

Anspruch (+)

Gutachten

I. *Anspruch des K auf Ersatz des entgangenen Gewinns iHv 800 € gegen V gemäß §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB*

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 800 € aus §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB haben. Hierzu müsste V eine Pflicht aus einem mit K geschlossenen Kaufvertrag in zu vertretender Weise verletzt haben, wodurch K ein Schaden entstanden ist.

1. Schuldverhältnis

Zwischen K und V müsste ein Schuldverhältnis bestehen. In der Bestellung bei V kann die Abgabe eines Kaufvertragsangebotes gesehen werden. Dieses dem V zugegangene Angebot hat V spätestens mit Lieferung des Pizzaofens durch seinen Angestellten A (konkludent) angenommen. Der Abschluss eines Kaufvertrages nach § 433 BGB liegt damit unproblematisch vor.

2. Pflichtverletzung

V müsste eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. Aus einem Kaufvertrag ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen, § 433 I 2 BGB. Vorliegend könnte die Tatsache, dass der Ofen nicht auf über 60°C zu erhitzen ist, einen Sachmangel darstellen.

Ein Sachmangel liegt gemäß § 434 I 1 BGB vor, wenn die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat, wenn also Ist- und Sollbeschaffenheit der Kaufsache voneinander abweichen. Hierzu müssten V und K aber überhaupt eine entsprechende Abrede getroffen haben.

Zwar haben K und V wohl nicht konkret vereinbart, dass der Ofen funktionstüchtig, d.h. zum Heizen auch hoher Temperaturen geeignet ist. Jedoch kann man davon ausgehen, dass diese Selbstverständlichkeit konkludent zum Ausdruck gebracht wurde. Somit liegt aber eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit vor.¹ Ein

¹ Alternativ kann der Sachmangel in jedem Fall auf § 434 I 2 Nr. 2 BGB gestützt werden: ein Ofen, der nur auf bis zu 60°C geheizt werden kann, eignet sich nicht für eine gewöhnliche Verwendung und weist keine Beschaffenheit auf, die bei Sachen gleicher Art üblich und zu erwarten ist.

Sachmangel bei Gefahrübergang liegt also vor. Dies stellt die Verletzung einer Pflicht aus dem Kaufvertrag dar.

3. Kein Ausschluss des Vertretenmüssens, § 280 I 2 BGB

Das gemäß § 280 I 2 BGB vermutete Vertretenmüssen dürfte nicht ausgeschlossen sein. Problematisch ist, dass V selbst gar nicht gehandelt hat, so dass ihm kein Vorwurf wegen eigenem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276 I 1 BGB) gemacht werden kann, und er auch nicht wusste, dass der Ofen mangelhaft ist. Vielmehr hat der Angestellte A den Mangel beim Anschließen des Ofens übersehen und somit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, also fahrlässig gehandelt.

Jedoch könnte dem V das Verschulden des A nach § 278 zuzurechnen sein. Dies wäre der Fall, wenn A Erfüllungsgehilfe des V wäre². Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig wird. A ist bei V als Arbeitnehmer beschäftigt, wird also mit dessen Kenntnis und Willen im Betrieb tätig³. Dabei erfüllt er auch die dem V aus dem Vertrag mit den Käufern obliegenden Pflichten, wie hier die Kontrolle der Kaufsache auf Fehlerfreiheit. Er ist also im konkreten Fall als Erfüllungsgehilfe des V aufgetreten⁴. Somit ist dem V das Verschulden des A wie eigenes Verschulden gemäß § 278 zuzurechnen, so dass jener die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

4. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 bzw. §§ 280 II, 286 beim mangelbedingten Nutzungsausfallschaden

Fraglich ist, ob § 280 I BGB die richtige Anspruchsgrundlage für den entgangenen Gewinn darstellt, oder ob es der weiteren Voraussetzungen der §§ 280 II, 286, bzw. 280 III, 281 BGB bedarf. Beim sog. *mangelbedingten Nutzungsausfallschaden* ist umstritten, ob Schadensersatz nur unter weiteren Voraussetzungen

² Merke zur Wiederholung: Über § 278 BGB wird *fremdes* Verschulden zugerechnet. Über § 831 BGB wird für *eigenes* (Auswahl- und Überwachungs-) Verschulden gehaftet. Daher ist § 831 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage, während § 278 BGB lediglich eine Zurechnungsnorm darstellt.

³ vgl Looschelders Schuldrecht AT Rn. 542.

⁴ § 278 BGB begründet keine generelle Haftung für die eigenen Angestellten. Die durch den Angestellten verletzte Pflicht muss immer eine solche sein, deren Beachtung dem Geschäftsherrn gegenüber dem Vertragspartner oblag.

zugesprochen werden kann⁵. Dies hängt davon ab, ob man in dieser Schadenskategorie einen Schadensersatz statt oder neben der Leistung erblickt. In letzterem Fall ist dann zu entscheiden, ob es sich um einen Verzugsschaden nach §§ 280 II, 286 BGB oder einen einfachen Schaden nach § 280 I BGB handelt.

a) Eine Ansicht: §§ 280 I, III, 281 ff. (SE statt der Leistung)

Eine Ansicht nimmt die Abgrenzung zwischen § 280 I und §§ 280 I, III; 281 BGB dahingehend vor, dass der Gläubiger so zu stellen sei, wie er stünde, wenn die Leistung ordnungsgemäß erbracht worden wäre. Zu ersetzen ist das Äquivalenzinteresse, d.h. das Interesse des Gläubigers an der Rechtzeitigkeit der Leistung⁶. Im vorliegenden Fall hätte der K den entgangenen Gewinn nicht erlitten, wenn der Ofen ordnungsgemäß am ersten Tag funktionsfähig geliefert worden wäre.

Das Subsumieren des Betriebsausfallschadens unter § 280 I,III; 281 hätte allerdings zur Folge, dass grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und abgelaufen sein müsste.

Ersetzt würden dann auch nur die Schäden, die durch eine (gedachte) rechtzeitige Nacherfüllung noch verhindert werden könnten. Da jedoch mangelbedingte Betriebsausfallschäden üblicherweise durch eine Nacherfüllung nicht mehr ausgeglichen werden können, wird die Fristsetzung unter Anwendung von § 281 II Alt. 2 BGB für entbehrlich gehalten.

Für diese Ansicht spricht, dass es sich hierbei um eine Verletzung des Erfüllungsinteresses, also desjenigen an einer ordnungsgemäßen Beschaffenheit der Sache handelt, welches typischerweise dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet wird.

Gegen die Ansicht spricht allerdings, dass die Reichweite des Schadensersatzes statt der Leistung nach dessen Sinn und Zweck zu bestimmen ist. Zu gewähren ist er dann, wenn es sich um einen Schaden handelt, der durch Nacherfüllung noch verhindert werden kann.

Dies ist bei bezeichnetem Schaden meist nicht möglich, da Schadenseintritt und Kenntnis vom Mangel als Voraussetzung für die Setzung einer Frist typischerweise zusammenfallen. Durch die Anwendung des § 281 II Alt. 2 BGB kann der Erforderlichkeit der Fristsetzung

⁵ vgl zum Ganzen Grigoleit/ Riehm JuS 2004, 745.

⁶ vgl Recker NJW 2002, 1247; Ady ZGS 2003, 13 (15).

zwar abgeholfen werden, dies ist aber nur ein "Kurieren des Symptoms". Es kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass §§ 280 I, III, 281 für solche Fälle nicht gedacht ist.

Eine Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung ist daher abzulehnen.

b) Andere Ansicht: §§ 280 I, II, 286 BGB (SE neben der Leistung)

Nach anderer Ansicht stellt ein Nutzungsausfallschaden einen Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 dar, so dass es grds. der Mahnung des Schuldners bedürfte⁷.

Erst hiernach entstehende Schäden wären somit ersatzfähig. Da dies auf ähnliche Bedenken stößt wie das Erfordernis noch eine Frist zu setzen - meist erlangt der Käufer erst mit Schadensentstehung Kenntnis und somit die Möglichkeit zu mahnen - wird vereinzelt vertreten, dass die Fristsetzung nach § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich sei, so dass auch unvermittelt entstehende Nutzungsausfälle kompensiert würden.

Für diese Ansicht wird angeführt, dass die mangelhafte Leistung eben eine verspätete mangelfreie Leistung darstelle, es sich somit um einen klassischen Verzögerungsschaden handele.

Dagegen spricht aber erneut eine Betrachtung von Sinn und Zweck der Norm: §§ 280 I, II, 286 BGB wollen Schadensersatz in Konstellationen gewähren, in denen es grds. noch sinnvoll ist, dem Schuldner mittels Mahnung zur Leistung und damit Schadensverhinderung zu verhelfen. Dies ist bei hier in Rede stehenden Schadensverläufen regelmäßig nicht sinnvoll, da trotz sofortiger Mahnung der Schaden bereits entstanden ist. Vom Erfordernis einer Mahnung dann über § 286 II Nr. 4 BGB doch noch abzusehen, ist, wie auch bei § 281 II Alt. 2 BGB, eine Behelfslösung, die zwar zu sachgemäßen Ergebnissen führt, aber die dogmatischen Hintergründe verschleiert. Mangelbedingte Nutzungsausfallschäden sind mit Verzugschäden nicht vergleichbar, da der Käufer durch die mangelhafte Sache ungleich mehr gefährdet wird als durch eine bloße Nichtleistung. Indem der Käufer den Folgewirkungen des Mangels ausgesetzt wird, die er bei Ablieferung der Sache meist mangels Kenntnis nicht überblicken kann, kann davon gesprochen werden, dass die Qualität der Pflichtverletzung einer Schlechtleistung die einer bloßen Nichtleistung überschreitet.⁸ Auch der Gesetzgeber unterscheidet zwischen Schlechtleistung und verzögerter Leistung. Bei einer

⁷ vgl. Jauernig/ Berger, 12. Aufl. 2007, § 437 Rn.17; Brox/ Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl. 2008, § 4 Rn. 106; Looschelders Schuldrecht AT Rn 575 mwN; Grigoleit/ Riehm AcP 203 (2003), 727 (747 f); Grigoleit/ Riehm JuS 2004, 745 (747 ff); Petersen JURA 2002, 461 (462 f).

⁸ So Canaris, ZIP 2003, 321 (326).

Schlechtleistung (§ 281 I 1 Alt. 2 BGB) wird dem Schuldner die Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung vorgeworfen, nicht der Pflicht zur pünktlichen Leistung.

Nach Sinn und Zweck ist §§ 280 I, II, 286 BGB hier schon nicht anwendbar.⁹

c) Wohl hM: §§ 280 I BGB (SE neben der Leistung)

Die hM ersetzt den Nutzungsausfallschaden als Schadensersatz neben der Leistung direkt über § 280 I BGB¹⁰. Grund ist, dass nach dieser Ansicht nur diejenigen "Schäden" unter §§ 280 I, III; 283 fallen, die bei Vornahme der Nacherfüllung zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens bzw. des Fristablaufs noch durch eine hypothetisch hinzugedachte Nacherfüllung beseitigt werden können. Hier würde jedoch selbst bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung durch V (Reparatur des defekten Ofens oder Lieferung eines mangelfreien Pizzaofens) der bis dahin eingetretene Gewinnausfall iHv 2400 € nicht mehr entfallen, so dass eine hypothetisch gedachte, fristgerechte Nacherfüllung den Schaden bestehen lassen würde. Zusätzlicher Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB bedarf es daher nicht.¹¹

5. Kausaler Schaden

Ein Schaden ist jede Einbuße an Rechtsgütern. Zur Berechnung, ob ein Schaden vorliegt, bedarf es entsprechend der Differenzhypothese eines Vergleiches der Vermögenslage des Betroffenen mit und (hypothetisch) ohne dem schädigenden Ereignis. Ohne die Pflichtverletzung hätte K den Ofen ordnungsgemäß in Betrieb nehmen und den Gewinn von 2400 € erwirtschaften können. Mit der Mangelhaftigkeit des Ofens ist ihm dieser Gewinn unterblieben. Ein Schaden iHv 2400 €, der auch kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen ist, liegt damit vor.

⁹ Dazu kommt noch, dass § 437 Nr. 3 BGB nicht auf § 286 BGB verweist, also der Gesetzgeber davon ausgeht, dass im Falle der mangelhaften Leistung, also ab Gefahrübergang, Verzögerungsschäden nicht mehr in Betracht kommt.

¹⁰ vgl. BT-Drs 14/6040 S.225; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 19.07.2006- 19 U 70/06 (abrufbar unter [http://web1.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/2343D23B7437F7D6C12571CD0038F2A1/\\$file/19u07006.pdf](http://web1.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/2343D23B7437F7D6C12571CD0038F2A1/$file/19u07006.pdf)); Palandt/Heinrichs, 65. Aufl. § 280 Rn. 18; Kaiser in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, S. 345 ff mwN; Schubel JuS 2002, 313 (319); Schulze/Ebers JuS 2004, 462 (465 f).

¹¹ Merke also: im Endeffekt kommen alle Meinungen zu dem Ergebnis, dass es für den Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfallschadens lediglich der Voraussetzungen des § 280 I BGB bedarf. Die wohl hM gelangt direkt zu diesem Ergebnis, während erstgenannte Ansicht zwar §§ 280 III, 281 BGB für einschlägig erachtet, vom Erfordernis einer Fristsetzung jedoch gemäß § 281 II Alt. 2 BGB absieht. Die Ansicht, die als Anspruchsgrundlage §§ 280 I, II, 286 BGB wählt, verzichtet ebenso entsprechend § 286 II Nr. 4 BGB auf das zusätzliche Mahnungserfordernis.

6. Ergebnis

K kann von V Ersatz des ihm aufgrund des Nutzungsausfalls des Pizzaofens entgangenen Gewinns in Höhe von 800 € aus §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB verlangen.