

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 244

**Der sogenannte
kleine Schadensersatz
bei § 463 BGB**

Von

Ulrike Jaggy



Duncker & Humblot · Berlin

ULRIKE JAGGY

**Der sogenannte kleine Schadensersatz
bei § 463 BGB**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 244

Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB

Von
Ulrike Jaggy



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Jaggy, Ulrike:

Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB /
von Ulrike Jaggy. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Bürgerlichen Recht ; Bd. 244)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10228-2

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10228-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorbemerkung

Diese Untersuchung wurde im Wintersemester 1999/2000 von der Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand September 1999. Die bis zur Drucklegung erschienene Literatur konnte vereinzelt noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Meiner Familie und meinen Freunden, die mich in der nicht einfachen Zeit bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben, danke ich herzlich. Ohne diese Unterstützung wäre die Arbeit nicht beendet worden. Meinem Onkel Karl Jaggy danke ich für das kritische und sorgfältige Korrekturlesen des Manuskripts.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Wolfgang Ernst für die Betreuung der Promotion und Herrn Prof. Gottfried Schiemann für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Stuttgart, im Mai 2000

Ulrike Jaggy

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Einleitung	13
II. Der kleine Schadensersatz in der Rechtsprechung	15
III. Kritik der Rechtsprechung	17
B. Dogmatische Rechtfertigung und Inhalt des Anspruchs auf kleinen Schadensersatz	20
I. Behebbarer Mängel beim Stückkauf	20
1. Von § 463 BGB geschütztes Interesse	21
a) Konsequenzen des subjektiven Fehlerbegriffs	21
aa) Gegenstand des Kaufvertrages	21
bb) Funktion der Merkmale „Zusicherung“ und „Arglist“ im kaufvertraglichen Gewährleistungssystem	22
b) Folgerungen für das von § 463 BGB geschützte Interesse	26
c) Abgrenzung des Anspruchs aus § 463 BGB gegenüber Ansprüchen auf Ersatz des negativen Interesses	28
d) Zwischenergebnis	29
2. Mögliche Einwände gegen die direkte Anwendung der §§ 249 ff. auf den Anspruch auf kleinen Schadensersatz aus § 463 BGB	30
a) Einwände aus dem Kaufrecht: das Fehlen einer Nacherfüllungspflicht	30
b) Einwände aus der schadensrechtlichen Dogmatik	33
aa) Führt der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs zwingend zum Ausschluß eines Anspruchs auf Naturalrestitution?	34
bb) Gleichbehandlung von Eigentums- und Vertragsverletzung	38
(1) Grundsätzliches	38
(2) Bestätigung durch die Gesetzgebungsgeschichte	42
(3) Zwischenergebnis	43
cc) Dem „Integritätsinteresse“ des Eigentümers vergleichbares Interesse des Käufers am konkreten Stück	43
(1) Unverhältnismäßigkeit der Naturalrestitution bei Eigentumsverletzungen	44
(a) Unersetzbarkeit der beschädigten Sache	46
(b) Besonderes subjektives Interesse, das kein Affektionsinteresse ist	46
(c) Schutz des Affektionsinteresses im Rahmen des Integritätsinteresses	48

(2) Vergleichbare Interessen des Käufers	48
(a) Unersetzbarkeit der Kaufsache	49
(b) Besonderes subjektives Interesse an der Kaufsache	52
(c) Grenzen des Schutzes des Käuferinteresses am konkreten Stück in der Rechtsprechung	53
dd) Naturalrestitution bei unbeeinträchtigten Kaufobjekten? ...	56
(1) Fälle mit Sonderproblem eines Gewährleistungsaus- schlusses	56
(a) Abgrenzung von Zusicherung und bloßer Beschaf- fenheitsvereinbarung	58
(b) Übertragung auf die Beispielfälle	61
(2) Fälle ohne Sonderproblem eines Gewährleistungsaus- schlusses	62
(3) Vergleich mit dem Werkvertragsrecht	65
II. Unbehebbarer Mängel beim Stückkauf	66
1. Grundsatz	66
2. Abgrenzung zur Minderung	67
3. Starke Diskrepanz zwischen Realität und Vereinbarung	71
a) Unabhängigkeit der Frage vom Streit um den Fehlerbegriff ...	72
b) Die verschiedenen Interessen des Käufers	74
aa) Beschädigte Kaufobjekte	75
bb) Unbeeinträchtigte Kaufobjekte	75
4. Zusammenfassung	78
5. Folgerungen für eine fiktive Schadensberechnung im Rahmen des kleinen Schadensersatzes	79
III. Gattungskauf und Stückkauf über vertretbare Sachen	82
1. Vergleich mit der Ausgangslage beim Stückkauf über nicht vertret- bare Sachen	82
2. Begründung der Beschränkung des Anspruchs des Gattungskäufers auf kleinen Schadensersatz	84
3. Interesse des Gattungskäufers am gelieferten Stück	85
4. Berechnung des kleinen Schadensersatzes	87
a) Reparaturkosten	87
b) Minderwert	88
5. Starke Diskrepanz zwischen Realität und Vereinbarung	88
C. Ersetzbarkeit entgangenen Gewinns im Rahmen eines Anspruchs auf kleinen Schadensersatz	92
I. Entgangener Gewinn aus dem Verkauf des Kaufobjektes	92
II. Entgangener Gewinn aus dem Einsatz des Kaufobjektes als Produk- tionsmittel, Verpacht- oder Vermietungsobjekt	93
D. Das Verhältnis von großem Schadensersatzes und kleinem Schadenser- satz als Wahlschuld	98

I.	Abgrenzung zu anderen Rechtsfiguren	98
1.	Elektive Konkurrenz	98
2.	Unterschiedliche Berechnungsmethoden	99
3.	Ersetzungsbefugnis	101
II.	Sachgerechtigkeit der Bindung an die getroffene Wahl	102
III.	Vereinbarkeit mit der bisherigen Rechtsprechung zum Wechsel zwischen kleinem und großem Schadensersatz	103
1.	Rechte des Käufers bei verzögerter Schadensabwicklung	103
a)	Interesse des Käufers in den entschiedenen Fällen	104
b)	Schadensminderung	107
c)	Rechtsgrundlage	109
2.	Die Teilanspruchsthese	112
IV.	Prozessuale Auswirkungen	114
1.	Wechsel zwischen kleinem und großem Schadensersatz im Prozeß .	114
2.	Zuständigkeitsstreitwert und Rechtsmittelbeschwer	116
E.	Zusammenfassung	119
I.	Anspruch auf kleinen Schadensersatz nach § 463 BGB	119
II.	Schlußfolgerungen hinsichtlich der Begriffsverwendung	120
	Literaturverzeichnis	122
	Sachverzeichnis	128

A. Einführung

I. Einleitung

Mit dem Ausdruck „kleiner Schadensersatz“ wird im Rahmen verschiedener Anspruchsgrundlagen (§§ 325, 326, 463, 480 Abs. 2 und 635 BGB sowie c.i.c.) eine Schadensabwicklungsform bezeichnet, bei welcher der Berechtigte die ihm gelieferte Sache behält und zusätzlich von seinem Vertragspartner einen Ausgleichsbetrag bekommt. Die dogmatische Rechtfertigung für diese Art des Schadensersatzes und daraus folgend ihre Berechnung ist in Literatur und Rechtsprechung nicht geklärt.¹

Diese Untersuchung konzentriert sich auf den kleinen Schadensersatz bei den kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüchen nach § 463 und § 480 Abs. 2 BGB. Im Rahmen dieser Normen ist seit jeher – wie schon zuvor bei der römisch-rechtlichen Haftung des Verkäufers für ein dictum – anerkannt, daß der Käufer bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, eine mangelhafte Sache behalten darf und unter ihrer Einbeziehung Schadensersatz vom Verkäufer verlangen kann. Die Problematik, wie ein Anspruch auf kleinen Schadensersatz zu berechnen ist, stellte sich damit für das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht seit Bestehen der römisch-rechtlichen Dichtumhaftung.²

Das Bedürfnis zur Einführung des Begriffes „kleiner Schadensersatz“ in Abgrenzung zum „großen Schadensersatz“ ergab sich dagegen erst nach Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches,³ als dem Käufer zugestanden wurde, zwischen einer Schadensabwicklung unter Rückgabe der mangelhaften Sache und einer Schadensabwicklung ohne deren Rückgabe an den Verkäufer zu wählen. Bei Erlaß des BGB war man noch überwiegend davon ausgegangen, daß dem Käufer im Rahmen der kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche kein Wahlrecht innerhalb des Schadensersatzanspruchs

¹ Ansätze zu einer dogmatischen Einordnung lediglich bei *Bulla*, BB 1975, 445 ff.; *Klein-Blenkers*, AcP 194 (1994), 352 ff.; *Derleder/Abrahamjuk*, AcP 190 (1990), 640, 644 ff.; keine eingehende Behandlung der Problematik dagegen bei *Krämer*, Der „kleine“ und der „große“ Schadensersatz, vgl. insbesondere S. 195 ff.

² Vgl. dazu *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, § 131 II 2.

³ Soweit ersichtlich wird der Begriff erstmals von *Erman*, JZ 1959, 127 gebraucht. Seit den siebziger Jahren in allen gängigen Kommentaren und Lehrbüchern z.B. *Palandt-Putzo*, 39. Aufl. § 463 4b) aa; *Soergel-Huber*, 11. Aufl. § 463 Rdnr. 39; *Larenz*, SchuldR. Bnd. 2, 11. Aufl. § 41 3.

zustehe, sondern er – soweit er nicht Wandlung verlange – die mangelhafte Sache sogar behalten müsse.⁴ Schadensersatz unter Rückgabe der Sache wurde dem Käufer bloß zugestanden, soweit er wegen der Mangelhaftigkeit kein Interesse mehr an der Sache hatte.⁵ Im Leitsatz eines frühen Urteils des Reichsgerichtes⁶ wurde diese Ansicht erstmals in Frage gestellt und eine Diskussion um den Inhalt des gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs in der Literatur entfacht. Bemerkenswerterweise war in dem Urteil des Reichsgerichts lediglich über das Verhältnis von Nachlieferungsanspruch und Schadensersatz unter Zurückweisung der gelieferten Sache beim Gattungskauf entschieden worden. Die heutige, endgültige Anerkennung des Käuferwahlrechts zwischen kleinem und großem Schadensersatz unabhängig vom Merkmal des Interessenwegfalls⁷ beruht auf der Durchsetzung des subjektiven Fehlerbegriffs. Durch die Diskussion um den subjektiven Fehlerbegriff ist mittlerweile allgemein anerkannt, daß Rechtsgrund für die Gewährleistungsansprüche das kaufvertragliche Versprechen selbst ist. Aus diesem Verständnis des Sachmängelgewährleistungsrechts als einer Haftung wegen Nichterfüllung eines vertraglichen Versprechens ergibt sich folgerichtig, daß der Käufer nur eine Sache behalten muß, welche die vertraglich ausbedungenen Eigenschaften aufweist, unabhängig davon, ob er auch die vertragswidrige Sache für seine Zwecke nutzen könnte.

In dieser Arbeit soll gezeigt werden, wie sich das Recht auf kleinen Schadensersatz vor dem Hintergrund der neueren Auffassung der Gewährleistungsrechte erklären läßt und welche Konsequenzen sich daraus für seine Berechnung ergeben. Gleichzeitig soll gezeigt werden, wie der kleine Schadensersatz in das allgemeine Schadensrecht des BGB (§§ 249 ff.) einzuordnen ist. Dabei wird sich herausstellen, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der Fälle, die von Literatur und Rechtsprechung unter dem Stichwort kleiner Schadensersatz abgehandelt werden, nichts mit einer eigenständigen Schadensabwicklungsform zu tun haben, sondern mit anderen Rechtsfiguren zu erklären sind. Dies führt zur Kritik an der Verwendung des Begriffes kleiner Schadensersatz in der Literatur insgesamt und einem Vorschlag zu dessen besserer Abgrenzung.

⁴ Planck-Greifff, § 463, 4; Oertmann, BGB Bnd. 2 § 463, 5; Wolff, *Ih. Jb.* 56, 55, 79.

⁵ Planck-Greifff, § 463, 4; dagegen in der jüngeren Literatur Hensche, *Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Recht der Sachmängelgewährleistung* S. 105 f.

⁶ RGZ 52, 352 ff.

⁷ Vgl. Soergel-Huber, § 463 Rdnr. 39, 42; MünchKomm-Westermann, § 463 Rdnr. 20; Staudinger-Honsell, § 463 Rdnr. 61; Palandt-Putzo, § 463 Rdnr. 18 f.; Schubert, *JR* 1986, 329.

II. Der kleine Schadensersatz in der Rechtsprechung

Zur Bestimmung des Umfangs eines kleinen Schadensersatzes stehen grundsätzlich drei Ansatzpunkte zur Verfügung:

1. Berechnung nach den Kosten, die zur Beseitigung des Mangels erforderlich sind,
2. Berechnung nach dem Minderwert der Sache im Vergleich zu einer mangelfreien und
3. Berechnung nach der Differenz des geleisteten Kaufpreises zu dem Preis, der bei Kenntnis des Mangels gezahlt worden wäre.

Dabei kommt die unter erstens genannte Berechnungsmethode nur bei behebbaren Mängeln in Betracht. In der Rechtsprechung lassen sich Entscheidungen zu jedem der genannten Ansatzpunkte finden,⁸ ohne daß klar würde, weshalb im einen Fall so und im anderen anders entschieden wurde.

In einer ganzen Reihe von Urteilen, insbesondere in der Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes, wird allerdings der Grundsatz entwickelt, daß der kleine Schadensersatz nach dem Minderwert der verkauften oder gelieferten Sache im Vergleich zu ihrem Wert im vertragsgemäßen Zustand zu berechnen sei, daß also stets die zweite Methode anzuwenden sei.⁹

Bei näherer Betrachtung der Urteile, die vom Grundsatz der Berechnung nach Minderwert ausgehen, ist jedoch festzustellen, daß der theoretische Ansatz bei behebbaren Mängeln im Ergebnis nicht durchgehalten wird: Die Rechtsprechung hat es dem Gläubiger in den meisten der entschiedenen Fälle erlaubt, den Minderwert anhand der Reparaturkosten zu berechnen.¹⁰

Ein Beispiel für diese Rechtsprechung liefert bereits die erste veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu einer Klage auf kleinen Schadensersatz aus dem Jahre 1965:¹¹ Ein Käufer, dem arglistig ein vom Holzbockkäfer befallenes Haus verkauft worden war, forderte Schadenser-

⁸ Berechnung nach Minderwert: BGH NJW 1965, 34; LG Bochum NJW 1980, 789; BGH NJW 1983, 1424; BGH NJW 1989, 2534; BGH NJW 1990, 42; KG NJW 1992, 1901; BGH NJW 1992, 566; BGH NJW 1993, 2103. Berechnung nach Reparaturkosten: RGZ 59, 150; RG JW 1931, 3270; OLGZ 1979, 431; OLG Frankfurt VRS 58, 330; OLG Koblenz DB 1990, 38; BGH NJW 1990, 975; BGH NJW 1991, 2900; BGH NJW 1995, 1549; BGH NJW 1996, 584. Berechnung nach gemindertem Kaufpreis: RG JW 1906, 330; RG Das Recht 1913 Nr. 1721; OLG Koblenz BB 1991, 722.

⁹ Vgl. die Zitate zur Berechnung nach Minderwert in der vorangehenden Fußnote. Ebenso RGRK-Mezger, § 463 Rdnr. 13.

¹⁰ BGH NJW 1965, 34; BGH NJW 1983, 1424; BGH NJW 1990, 42; BGH NJW 1989, 2534.

¹¹ BGH NJW 1965, 34.