
I. Schuld und Haftung

Mit der Vertragshaftung betreten wir einen neuen Bereich. Während wir uns bislang mit der Schuld, das ist die ursprüngliche Verpflichtung (beim Kaufvertrag also die Pflicht des Käufers, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, und die Pflicht des Verkäufers, das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen und die Sache dem Käufer zu übergeben), befasst und ihre Begründung und Beendigung analysiert haben, befassen wir uns jetzt mit der Haftung für die Schuld, einem Problemkreis, der immer dann relevant wird, wenn die Abwicklung der Schuld im weitesten Sinne gestört wird. Die Störung kann ganz unterschiedliche Formen annehmen. Die geschuldete Leistung kann ganz ausbleiben. Das mag auf Unmöglichkeit beruhen und ruft sodann das Unmöglichkeitsrecht auf den Plan. Wenn die Leistung dagegen noch möglich ist, bewegen wir uns u.U. im Verzugsrecht. Wenn die Leistung rechtzeitig erbracht wird, aber Mängel aufweist, betreten wir das Mängelrecht, das im Allgemeinen Schuldrecht und vertragstypenspezifisch im Besonderen Schuldrecht geregelt ist (Kaufvertrag: §§ 434 ff., Mietvertrag: §§ 536 ff., Werkvertrag: §§ 633 ff.). Sollten im Zusammenhang mit der Leistung, durch die Leistung oder gar schon im Stadium der Vertragsanbahnung Rechtsgüter des Gläubigers verletzt werden, betreten wir Regelungskomplexe, die als Vertragshaftungen ursprünglich gar nicht im BGB geregelt waren, sondern neben dem BGB entwickelt worden sind und erst mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. Januar 2002 Eingang in das BGB

gefunden haben: die Ansprüche aus positiver Vertrags- oder Forderungsverletzung (pVV, § 241 Abs. 2 BGB) und aus culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss, c.i.c., § 311 Abs. 2 BGB). Das sind nur die Namen der Rechtsbereiche und Rechtsinstitute. Ihre Rechtsfolgen und Voraussetzungen werden wir im einzelnen analysieren und diskutieren.

Man kann die Rechtsinstitute auch nach den Interessen differenzieren, zu deren Schutz sie entwickelt sind. Wir unterscheiden das Erfüllungsinteresse (auch positives Interesse genannt), das Vertrauensinteresse (auch negatives Interesse genannt), das Äquivalenzinteresse (man könnte es auch Wertinteresse nennen) und das Integritätsinteresse.

Beim Erfüllungsinteresse geht das Interesse des Gläubigers dahin, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Schuldner seine Pflicht ordentlich erfüllt hätte. Das Erfüllungsinteresse wird durch Schadensersatzverpflichtungen geschützt, in denen von Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 3, 281 bis 283 BGB) oder von Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Rede ist (§ 523 Abs. 2 BGB).

Beim Vertrauensinteresse geht das Interesse des Gläubigers dahin, so gestellt zu werden, als habe er von diesem Vertrag nie etwas gehört. Geschützt wird das Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages durch Schadensersatzverpflichtungen. Wir finden solche Verpflichtungen etwa in §§ 122, 179 Abs. 2 BGB. Auch der Schadensersatz aus c.i.c. ist zum Teil auf den Schutz des Vertrauensinteresses gerichtet.

Beim Äquivalenzinteresse richtet sich der Blick auf den Wert einer Leistung bzw. das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Geschützt wird dieses Interesse im Mängelrecht durch das Minderungsrecht (§ 441 BGB) und den Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 BGB). Das Rücktrittsrecht schützt dagegen eher das Vertrauensinteresse, weil der Rücktretende so gestellt werden möchte, als habe er von dem Vertrag nie gehört.

Beim Integritätsinteresse geht es um das Interesse an dem Erhalt der beim Gläubiger vorhandenen Güter, die nichts mit der eigentlichen Vertragsleistung zu tun haben. Für diesen Schutz hatte der Gesetzgeber früher das Deliktsrecht als ausreichend angesehen. Die Rechtsentwicklung ist darüber hinweggegangen und hat namentlich wegen der unterschiedlichen Zurechnungsregeln für das Verschulden von Gehilfen Vertragshaftungen zum Schutz der Integritätsinteressen entwickelt: die positive Forderungsverletzung, die culpa in contrahendo und den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter. Diese Rechtsinstitute haben mit

dem 1.1.2002 Einzug in das BGB gefunden (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB).

II. Schaden, Interesse und Schadensersatz

Bei dem Interessenschutz treffen wir auf sehr verschiedene Arten von Schadensersatzansprüchen. Was Schadensersatz allgemein bedeutet, ist in den §§ 249 bis 253 BGB festgelegt. Wir wollen dieses System zunächst in seinen Grundstrukturen beleuchten und uns dann die Frage stellen, wie sich in dieses System die unterschiedlichen Interessen einordnen lassen.

1. Das Grundmodell - die Differenzhypothese

Schadensersatz erfolgt durch Restitution von Güterlagen und Kompensation von Vermögensverlusten.

Schaden ist jede nachteilige Veränderung der Güterlage des Betroffenen (Vergleich der realen, jetzt bestehenden Güterlage mit der hypothetischen Güterlage, die bestünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, § 249 BGB) durch

- Güterabfluss oder
- Verhinderung von Güterzufluss

oder

- Lastenmehrung oder
- Verhinderung von Lastenminderung.

Geschuldet wird Ausgleich durch RESTITUTION (Herstellung der Güterlage)

- in Natur (§ 249 Abs. 1 BGB) bzw.
- durch Zahlung der Herstellungskosten (§§ 249 Abs. 2, 250 BGB).

Die Restitution wird abgelöst und/oder ergänzt bei

- Unmöglichkeit (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Ungenügen (§ 251 Abs. 1 BGB)

- Unzumutbarkeit (§ 251 Abs. 2 BGB).

Dann wird Ausgleich durch KOMPENSATION des Vermögensschadens (§ 253 BGB) in Geld geschuldet für den

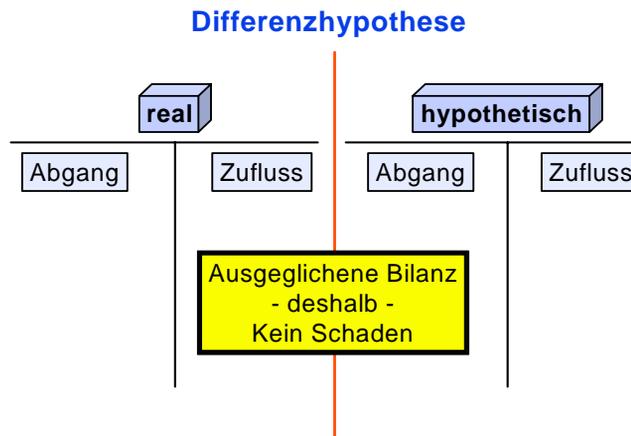
- Vermögensabfluss (§ 251 BGB) und den
- verhinderten Vermögenszufluss, entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Vermögenswert hat ein Gut, wenn es für das Gut einen Marktpreis gibt!

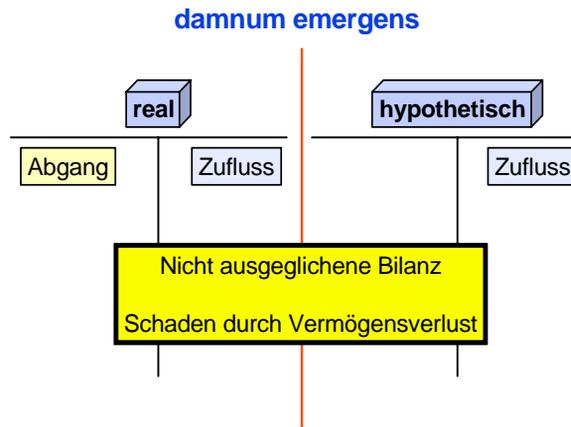
Das Grundmodell verlangt den Vergleich der realen Güterlage mit einer hypothetischen Güterlage. Um sich Klarheit über dieses Konzept zu verschaffen, stellt man die Güterlagen am besten in Form von T-Konten oder Tabellen dar. In dieser Darstellung lässt sich dann auch schön zeigen, wo die unterschiedlichen Interesseformen Berücksichtigung finden.

Wir beschränken uns in einem vereinfachten Modell auf den Güterabfluss und Güterzufluss und lassen die Belastungen (i.d.R. durch Verpflichtungen) außer Betracht. Für die Belastungen gelten leicht nachzuvollziehende analoge Betrachtungen.

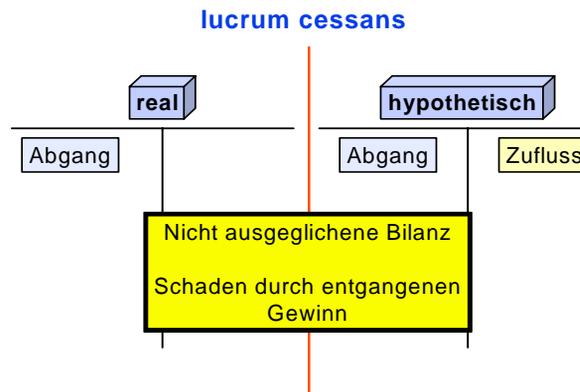
Kein Schaden ist entstanden, wenn der Vergleich der realen mit der hypothetischen Güterlage keine Differenz ergibt, mithin die Abflüsse und die Zuflüsse identisch sind:



Ein Schaden in Form des Güterabflusses, auch *damnum emergens* genannt, liegt vor, wenn real ein Abgang zu verzeichnen ist, der hypothetisch, d.h. ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre:



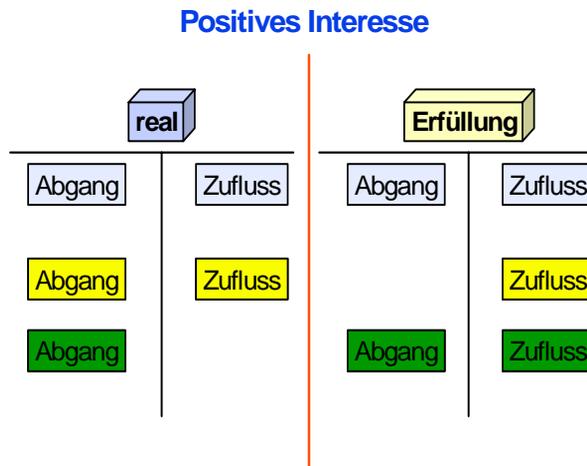
Ein Schaden in Gestalt des verhinderten Vermögenszuflusses, der Gesetzgeber spricht in § 252 BGB vom entgangenen Gewinn, der gemeinrechtlich gebildete Jurist vom *lucrum cessans*, liegt vor, wenn real ein Zufluss ausbleibt, der ohne das zum Ersatz verpflichtende Ereignis dem Geschädigten zugeflossen wäre:



2. Die Interesseformen

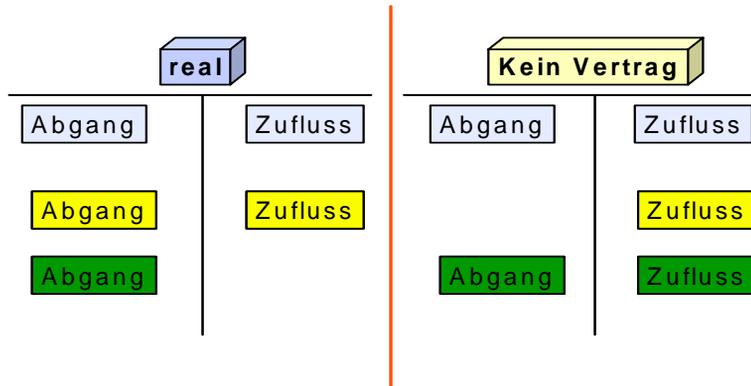
Wenn wir uns fragen, wie die unterschiedlichen Interesseformen in dieses Bild passen, so lautet die Antwort: Sie bestimmen den Anknüpfungspunkt für den Aufbau der hypothetischen Güterlage.

Beim positiven Interesse ist der Anknüpfungspunkt die Erfüllung. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Schuldner seine Schuldverpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hätte.



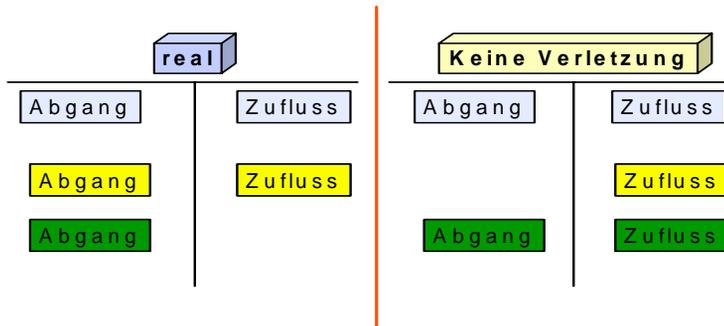
Beim negativen Interesse ist der Anknüpfungspunkt ein negativer: das Nichteinlassen auf dieses Geschäft. Der Gläubiger ist so zu stellen, als sei er mit diesem Vertrag nie in Berührung gekommen.

Negatives Interesse



Beim Integritätsinteresse ist der Anknüpfungspunkt ebenfalls ein negativer: das Nichteintreten des Verletzungsereignisses.

Integritätsinteresse



Mit diesen Grundlagen, die beim Haftungs- und Schadensrecht noch einmal aufgegriffen und vertieft werden, sollten wir gerüstet sein, um das Leistungsstörungenrecht in Angriff zu nehmen.

III. Die Unmöglichkeit der Leistung

Für die Unmöglichkeit der Leistung normiert das BGB unterschiedliche Rechtsfolgen:

- das Freiwerden des Schuldners von der Leistungsverpflichtung (§ 275 BGB);
- das Freiwerden des Gläubigers von der Gegenleistungsverpflichtung (§ 326 Abs. 1 BGB);
- die Verpflichtung des Schuldners der unmöglich gewordenen Leistung zum Schadensersatz (§ 283 BGB)
- das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§ 326 Abs. 5 BGB).

Das Gesetz unterscheidet bei den Rechtsfolgen nicht mehr zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit (§ 311a BGB).

Mit dem Freiwerden von der Leistungsverpflichtung haben wir uns schon in einem früheren Zusammenhang befasst (schuldbefreiende Unmöglichkeit). Es bleiben die Verpflichtung zum Schadensersatz und das Rücktrittsrecht. Das Rücktritts(folgen)recht ist schon im Zusammenhang mit den rechtsgeschäftlichen Schuldbefreiungsmöglichkeiten angesprochen worden. Hier kann es nur noch um die Rücktrittsvoraussetzungen gehen.

Für die Verpflichtung zum Schadensersatz spielt das Vertretenmüssen eine Rolle. Der Schuldner kann sich von dieser Verpflichtung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den Nachweis befreien, dass er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe. Man kann insoweit von einer Haftung für vermutetes Vertretenmüssen sprechen. Das Rücktrittsrecht wegen der Unmöglichkeit der Leistung ist dagegen völlig unabhängig vom Vertretenmüssen. Das Rücktrittsrecht und das Recht auf Schadensersatz schließen sich nicht aus (§ 325 BGB).

1. Vertretenmüssen

Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich regelmäßig aus den §§ 276 bis 278 BGB. Danach hat der Schuldner in erster Linie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Unter Vorsatz versteht man in Übereinstimmung mit dem Strafrecht Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale. Dies bedeutet für die Unmöglichkeit, dass der Schuldner seine Leistungsunmöglichkeit wissentlich und willentlich herbeigeführt haben muss. Dabei genügt es bereits für das Wollen, dass der Schuldner es für möglich gehalten hat, dass er die Leistungsunmöglichkeit herbeiführt und dies billigend in Kauf genommen hat.

Nach der Legaldefinition des § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr gebotene Sorgfalt außer Acht lässt. Dabei kommt es wie im Strafrecht auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung an. Allerdings macht die Formulierung „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ deutlich, dass im Zivilrecht anders als im Strafrecht ein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist. Das bedeutet, es kommt darauf an, was von einem durchschnittlichen Anforderungen entsprechenden Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises in der jeweiligen Situation erwartet werden kann, ohne dass es eine Rolle spielt, ob der Schuldner auch nach seinen individuellen Fähigkeiten die objektiv erforderliche Sorgfalt hätte erkennen und erbringen müssen. Dabei wird der Sorgfaltsmaßstab gruppenbezogen bestimmt, indem das Verhalten für maßgeblich erklärt wird, das von der Eigenart des jeweils einschlägigen Verkehrskreises geprägt wird. Demnach hat der Schuldner die Leistung dann fahrlässig unmöglich gemacht, wenn ein durchschnittlicher Angehöriger des in diesem Falle angesprochenen Verkehrskreises erkannt hätte, dass die Leistung unmöglich zu werden droht und er auf Grund dieser Einsicht den Eintritt der Unmöglichkeit hätte verhindern können.

Wie schon die Formulierung des § 276 Abs. 1 BGB zeigt, kann der Maßstab für das Vertretenmüssen in bestimmten Fallgestaltungen verändert sein. Eine Verschärfung der Haftung tritt für den Schuldner zum Beispiel dann ein, wenn er sich im Schuldnerverzug befindet. Dann muss er nach § 287 Satz 2 BGB auch für den zufälligen Untergang einstehen. Eine Milderung der Haftung tritt für den Schuldner dagegen zum Beispiel dann ein, wenn der Gläubiger sich im Verzuge der Annahme befindet. Dann hat der Schuldner nach § 300 Abs. 1 BGB nur noch grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten. Ein besonderer Haftungsmaßstab ist der der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Ihn ordnen zum Beispiel § 690 BGB für die unentgeltliche Verwahrung und § 708 BGB für die Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft an. § 277 BGB bestimmt dazu, dass eine Haftungsmilderung bis zur groben Fahrlässigkeit eintreten kann. Die *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* lässt eine Enthftung für fahrlässiges Verhalten eintreten, wenn der Schuldner auch mit den eigenen Dingen nicht sorgfältiger umgeht. Wer aber mit den eigenen Dingen grob fahrlässig umgeht, der kann sich

nicht auch Dritten gegenüber auf eine Haftungsbefreiung berufen. Von der groben Fahrlässigkeit an wird auch bei eigenüblicher Sorgfalt gehaftet.

2. Schadensersatz

Die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs beschreibt das Gesetz mit Schadensersatz statt der Leistung. Es geht darum, den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er die Leistung erhalten hätte. Ihm muss mithin der Wert der ausgebliebenen Leistung und u.U. ein Gewinn ersetzt werden, den er gemacht hätte, wenn er die Leistung erhalten hätte.

Ein Problem könnte sich dann ergeben, wenn die Unmöglichkeit im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages eingetreten ist, bei dem der Gläubiger der untergegangenen Leistung seinerseits zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Die Gegenleistung muss in die Berechnung des Schadensersatzanspruchs einbezogen werden. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht. Bei der einen tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung (Surrogationsmethode). Die Gegenleistungspflicht bleibt bestehen. Bei der anderen wird der Schadensersatzanspruch mit der Gegenleistung verrechnet, und es bleibt ein Schadensersatzanspruch nur bei einer Differenz (Differenzmethode); so insbesondere, wenn der objektive Wert höher als die vereinbarte Gegenleistung war, oder es um den Ersatz des entgangenen Gewinns geht.

Auf den ersten Blick scheint sich das neue Recht für eine Abwicklung nach der Differenztheorie entschieden zu haben. Denn § 326 Abs. 1 BGB ordnet das Freiwerden des Gläubigers von der Gegenleistungspflicht an. Die Surrogationsmethode aber geht von einem Fortbestehen der Gegenleistungspflicht aus. Dennoch muss die Abrechnung nach der Surrogationsmethode auch im neuen Recht möglich sein. Betrachten wir zunächst einen Fall, der die Unterschiede zwischen den Theorien und die möglicherweise beteiligten Interessen deutlich macht.

A will seine Briefmarkensammlung (Wert 1.000 €) gegen die Münzsammlung des B (Wert 1.100 €) tauschen. Es wird ein entsprechender Vertrag geschlossen. Vor der Erfüllung der beiderseitigen Pflichten wird dem B die Münzsammlung gestohlen, wobei B den Diebstahl durch Fahrlässigkeit ermöglicht hat.

Hier sähe die Abwicklung nach der Differenztheorie so aus, dass A seine Briefmarkensammlung behält und von B die Wertdifferenz von 100 € verlangen kann. Nach der Surrogationsmethode müsste (könnte) A dem B seine Briefmarkensammlung übertragen und 1.100 € verlangen.

Zwingt das Gesetz (§ 326 Abs. 1 BGB) den A zur Abwicklung nach der Differenzmethode?

Ein solcher Zwang wäre aus mehreren Gründen unsinnig. Zum einen würde er den Interessen des A nicht gerecht, wenn dieser mit Briefmarken nichts mehr zu tun haben möchte. Zum anderen gäbe es ein Problem mit dem Gleichbehandlungsgebot. Denn in den anderen Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 281 und 282 BGB) ist anerkannt, dass der Gläubiger vorrangig nach der Surrogationsmethode vorzugehen hat und zur Abrechnung nach der Differenztheorie die Befreiung von der eigenen Leistungspflicht durch Rücktritt herbeiführen muss. Es macht aber wertungsmäßig keinen Unterschied, ob die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners auf Nichtleistung wegen Unmöglichkeit oder auf Nichtleistung innerhalb einer durch den Gläubiger gesetzten Frist beruht. § 326 Abs. 1 BGB bedeutet danach lediglich, dass der Gläubiger nicht mehr leisten muss, nicht jedoch, dass er nicht mehr leisten darf. Der automatische Wegfall der Leistungspflicht beruht nur darauf, dass die Notwendigkeit des Rücktritts als zu umständlich und nicht sachgerecht empfunden wurde (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 188). Es wäre jedoch nicht angemessen, dem Gläubiger das Verwertungsrisiko für seine Leistung zwangsweise wieder aufzuerlegen. Denn könnte er nicht nach der Surrogationsmethode vorgehen, müsste er seine Leistung zurücknehmen oder behalten und anderweitig abzusetzen versuchen. Letztlich ist das Problem nur dadurch entstanden, dass anders als bei der Vorgängerregelung der automatische Wegfall der Gegenleistungspflicht auch für die Fälle der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit angeordnet worden ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber damit die Rechte des Gläubigers verkürzen wollte.

Der Gläubiger hat nach wie vor die Wahl, den Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenztheorie oder nach der Surrogationsmethode zu verlangen.

Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass dies auch anders gesehen wird. Manche Autoren greifen zur Lösung dieser Frage auf die Rechtsprechung des BGH zu § 326 BGB a.F. zurück (BGH, NJW 1994, 3351; 1999, 3115, 3116 f.), wonach aus der Regelung des § 326 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB, die ein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nach Ablauf der gesetzten Nachfrist vorsah, folgen sollte, dass in diesen Fällen auf Grund des Erlöschens des Erfüllungsanspruchs die Surrogationsmethode unanwendbar sein sollte. Wenn man diese Rechtsprechung zum alten Recht für richtig hielt, kann man in der Tat auch zu § 326 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. schwerlich eine andere Lösung befürworten (so etwa: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 19 f.). Die vorerwähnte

Rechtsprechung des BGH zur Unanwendbarkeit der Surrogationsmethode bei § 326 BGB a.F. war aber bereits verfehlt. Denn auch sie führte zu dem oben bereits aufgezeigten Wertungswiderspruch, dass (genau umgekehrt wie im Neuen Schuldrecht) im Fall des Verzuges mit einer im Synallagma stehenden Hauptleistungspflicht die Surrogationsmethode ausgeschlossen sein sollte, während sie im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit nach Wahl des Gläubigers zur Anwendung kommen sollte. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen waren aber ebenso wenig sachlich gerechtfertigt, wie sie es im Neuen Schuldrecht unter „umgekehrten Vorzeichen“ wären (siehe oben). Überdies führte die vom BGH zu § 326 BGB a.F. vertretene Meinung zu dem seltsamen Ergebnis, dass die Surrogationsmethode beim Schuldnerverzug vor der Leistungserbringung durch den Gläubiger unanwendbar war, während sie nach der Leistungserbringung durch den Gläubiger zwingend anzuwenden war, um das (jetzt gemäß § 325 BGB n.F. beseitigte) Verbot der Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt nicht zu verletzen. Auch dies war eine Differenzierung, die einer sachlichen Rechtfertigung entbehrte. Zusammenfassend kann man also sagen, dass der vom BGH mit § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. begründete Ausschluss der Surrogationsmethode in den Fällen vor der Leistungserbringung durch den Gläubiger nicht zu überzeugen vermochte (ebenso und sehr instruktiv zu dieser Thematik: Kaiser, NJW 2001, 2425 ff.). Es besteht daher kein Anlass, an diese kritikwürdige Rechtsprechung anzuknüpfen, um mit ihr nach neuem Recht den Ausschluss der Surrogationsmethode im Falle der Unmöglichkeit zu begründen.

3. Stellvertretendes commodum

Eine ähnliche Lage entsteht, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung auf einen Ersatz oder Ersatzanspruch des Schuldners zugreift, den dieser anstelle der unmöglich gewordenen Leistung erhalten hat. Die Möglichkeit dazu eröffnet § 285 Abs. 1 BGB. Die schadensrechtliche Lösung ist in Abs. 2 derselben Vorschrift enthalten. Der Schadensersatz mindert sich um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs. Die Lösung für die Gegenleistung in den gegenseitigen Verträgen findet sich in § 326 Abs. 3 BGB. Die Pflicht zur Gegenleistung bleibt bestehen und wird gegebenenfalls gemindert, wenn der Ersatz oder Ersatzanspruch weniger wert sind als die ursprüngliche Leistung.

4. Aufwendungsersatz

Ein Problem kann sich auch ergeben, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung Aufwendungen gemacht hat, um in den Genuss der

vertraglich versprochenen Leistung zu kommen. Die Aufwendungen wären auch angefallen, wenn die Leistung erbracht worden wäre. Danach ergibt sich auf den ersten Blick keine Differenz zwischen der realen und der hypothetischen Güterlage. Hier hat sich die Rechtsprechung mit der Idee der Rentabilitätsvermutung geholfen. Danach wurde von den Aufwendungen vermutet, dass ihnen mindestens ein Gewinn in Aufwendungshöhe gegenüber gestanden wäre. Der entgangene Gewinn ergab die Differenz, die den Schadensersatzanspruch ausmachte. Die Vermutung versagt im außergeschäftlichen, privaten Bereich. Der Kunstliebhaber macht keinen Gewinn mit dem erworbenen Kunstwerk. Ihm eröffnet das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eine Möglichkeit, statt des Schadensersatzanspruchs einen Aufwendungsersatzanspruch geltend zu machen (§ 284 BGB).

5. Teilunmöglichkeit

Nach § 275 Abs. 1 BGB wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht nur „soweit“ frei, wie die Leistung nach Entstehung des Schuldverhältnisses unmöglich wird. Für den unmöglich gewordenen Teil der Leistungspflicht kann der Gläubiger dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 280 Abs. 1, 283 BGB), im Übrigen bleibt es beim Erfüllungsanspruch des Gläubigers und im Falle eines gegenseitigen Vertrages beim Gegenleistungsanspruch des Schuldners. Statt dessen hat der Gläubiger aber auch das Recht unter Ablehnung des möglichen Teils der Leistung Schadensersatz anstelle der Leistung wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (§§ 283 Satz 2, 281 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei gegenseitigen Verträgen kommen zu diesen Rechtsbehelfen noch der Teilrücktritt (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB), der Rücktritt vom ganzen Vertrag bei Interessewegfall (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB) sowie die Rechte des § 326 Abs. 1 BGB hinzu.

Entscheidet sich der Gläubiger bei Teilunmöglichkeit eines gegenseitigen Vertrages für Schadensersatz wegen des unmöglich gewordenen Teils der Leistung, Teilrücktritt oder die Rechte des § 326 Abs. 1 BGB, so zerfällt der Vertrag in zwei Teile: Hinsichtlich des noch möglichen Teils der Leistung wird der Vertrag normal abgewickelt, hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teils treten die soeben erörterten Rechtsfolgen der §§ 283, 281 und 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB ein. Statt dessen kann der Gläubiger aber auch die so genannten „Totalrechte“ der §§ 283, 281 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB geltend machen, also Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für

ihn kein Interesse hat. Das ist auf der Grundlage der Verhältnisse des Gläubigers objektiv zu entscheiden und insbesondere dann anzunehmen, wenn er den Zweck, den er mit der Leistung verfolgt hat, mit der Teilleistung überhaupt nicht mehr erreichen kann oder wenn er sich wegen der gesamten Leistung anderweitig eindecken musste. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Schuldner den vom Gläubiger mit der Leistung verfolgten Zweck kannte oder auch nur erkennen konnte (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, §§ 5 Rdnr. 31; 12 Rdnr. 42).

Nach dem alten Recht kam ein Rücktritt vom ganzen Vertrag trotz begrifflichen Vorliegens von Teilunmöglichkeit dann in Betracht, wenn die Teilunmöglichkeit bei wertender Betrachtung einer vollständigen Unmöglichkeit entsprach. Dies bestimmte sich danach, ob die Leistung entweder tatsächlich unteilbar war oder nach den Kriterien des § 139 BGB nach dem Parteiwillen als unteilbar anzusehen war. Beispiel für Letzteres: Nach dem Abschluss des Kaufvertrages über eine Gemäldesammlung, die angeblich alle Werke eines Künstlers aus einer bestimmten Schaffensphase umfasst, verkauft und übereignet der Verkäufer heimlich einige besonders wichtige Werke an andere Käufer und ersetzt die Originale durch Fälschungen; die Erwerber der Originalwerke sind nicht bereit, diese zurückzueräußern.

Es fragt sich, ob an dieser Auslegung der Unmöglichkeitsregeln auch für das neue Recht festzuhalten ist. Dagegen spricht aber, dass der Gesetzgeber für diese Fälle mit §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB eine spezielle Regelung geschaffen hat, die über das Kriterium des Interessewegfalls hinweg zu den gleichen, anerkanntermaßen gerechten Ergebnissen führen dürfte wie die bisherige wertende Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs. Ein entscheidender Vorteil einer ausschließlichen Lösung dieser Fälle nach den Regeln der Teilunmöglichkeit ist, dass sich mit ihr zwanglos begründen lässt, dass der Gläubiger ein Wahlrecht hat, sich mit der Teilleistung nebst geminderter Gegenleistungspflicht zu begnügen (§ 326 Abs. 1 BGB) oder über den Rücktritt eine Lösung vom ganzen Vertrag zu erreichen (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB) (so auch: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 65 f.).

IV. Der Schuldnerverzug

Das BGB regelt den Schuldnerverzug im allgemeinen Schuldrecht in den §§ 286 bis 290 BGB. Die klausurrelevanten Anspruchsgrundlagen findet man in den

§§ 280 Abs. 1, 2, 3, 281 BGB. Dabei betrifft § 280 Abs. 2 BGB den Verzögerungsschaden und § 280 Abs. 3 in Verbindung mit § 281 BGB den Nichterfüllungsschaden (Schadensersatz statt der Leistung).

Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges ergeben sich aus § 286 BGB. Sie lauten schlagwortartig: Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit der Forderung und Mahnung. Die Durchsetzbarkeit und das Vertretenmüssen sind keine Voraussetzungen für den Schuldnerverzug, obwohl man das häufig anders liest. Das Nichtvertretenmüssen schließt nach § 286 Abs. 4 BGB den Verzug aus und spielt insoweit eine Rolle als Gegenrecht für den Schuldner, bei dem im Übrigen die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges erfüllt sind. Und auch die fehlende Durchsetzbarkeit gehört zu den Gegenrechten, deren Vorliegen vom Anspruchsgegner zu beweisen ist.

Für Forderungen, die auf ein Entgelt gehen, gilt eine Sonderregel, die in Abs. 3 des § 286 BGB festgehalten ist:

(3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.

1. Nichtleistung trotz Möglichkeit

Der Schuldner kann nur in Verzug kommen, wenn er einen bestehenden Anspruch nicht erfüllt. Da sich aus der Gesetzessystematik ergibt, dass Verzug und Unmöglichkeit einander ausschließen, kann Verzug nur solange vorliegen, wie die Leistung noch möglich ist und vom Schuldner nachgeholt werden kann. Die Nachholbarkeit der Leistung ist demnach das einschlägige Abgrenzungskriterium zwischen Unmöglichkeit und Verzug: Sobald die Leistung dauernd unmöglich wird, sind die Rechtsfolgen für diese Vertragsverletzung den Vorschriften über die Unmöglichkeit zu entnehmen (§§ 275, 280, 283, 326 Abs. 5 BGB) (BGH NJW 1982, 2238, 2239). Ist die Leistung nur vorübergehend unmöglich, so bejaht die Rechtsprechung gleichwohl endgültige, objektive Unmöglichkeit, wenn das vorübergehende Leistungshindernis den Vertragszweck derart beeinträchtigt, dass dem Gläubiger ein Warten auf die Leistung nicht mehr zugemutet werden kann. Eine wichtige Rolle bei der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug mittels

des Kriteriums der Nachholbarkeit spielt die bereits vorgestellte Fallgruppe der „Unmöglichkeit der Leistung durch Zeitablauf“. Durch Zeitablauf tritt insbesondere dann Unmöglichkeit ein, wenn die vereinbarte Leistungszeit beim absoluten Fixgeschäft abgelaufen ist oder wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die Leistungszeit eine so wichtige Rolle spielt, dass die einmal verlorene Zeit nicht mehr nachgeholt werden kann. Wichtige Beispiele hierfür sind nach herrschender Meinung der Arbeitsvertrag mit fest vereinbarter Arbeitszeit und der Raummietvertrag (MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 48).

2. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Forderung

Fällig wird eine Leistung in dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger berechtigt ist, sie zu fordern. Haben die Parteien nichts anderes bestimmt, so wird die Forderung mit ihrem Entstehen „sofort“ fällig (§ 271 Abs. 1 BGB). Die Parteien können jedoch die Fälligkeit der Forderung durch Vereinbarung (Stundung) hinausschieben. Solange die Forderung gestundet ist, kann der Schuldner durch Nichtleistung nicht in Verzug geraten.

Neben der Fälligkeit setzt der Schuldnerverzug noch die Durchsetzbarkeit der nicht erfüllten Forderung voraus. Nicht durchsetzbar sind zum einen die unvollkommenen Verbindlichkeiten (Naturalobligationen) wie z.B. Spiel- oder Wettschulden im Sinne des § 762 Abs. 1 BGB. Ebenfalls nicht durchsetzbar sind Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht. Dabei ist allerdings problematisch und umstritten, ob bereits das Bestehen oder erst die Geltendmachung der Einrede den Verzug ausschließt. Hier ist im Detail nahezu alles umstritten, sodass es nur Sinn macht, sich die Grundlinien der Diskussion zu merken (vgl. zum Meinungsstand: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 I 2).

Trotz zahlreicher Abweichungen in Einzelfragen ist man sich heute in Rechtsprechung und Lehre weitgehend einig, dass alleine das Bestehen der Einrede des § 320 BGB den Eintritt des Verzuges hindert, während die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 273 den Verzug erst ausschließt, wenn sich der Schuldner darauf beruft (Emmerich aaO.; zu § 320 BGB: BGH NJW 1992, 556, 557; NJW 1993, 2674 f.; zu § 273 BGB: BGH NJW 1995, 1152, 1154). Diese grundlegende Differenzierung wird damit begründet, dass anders als bei der Einrede des § 320 BGB der Gläubiger bei der Einrede des § 273 BGB nicht unbedingt damit rechnen muss, dass der Schuldner von ihr Gebrauch machen wird. Die wechselseitige Abhängigkeit der Ansprüche, auf der das Einrederecht beruht, besteht nämlich nicht wie bei § 320 BGB auf Grund des Synallagmas von vorneherein, sondern wird erst durch die Geltendmachung des

Zurückbehaltungsrechts vom Schuldner selbst herbeigeführt. Im Übrigen unterscheiden sich § 320 BGB und § 273 BGB dadurch, dass der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gemäß § 273 Abs. 3 BGB durch Sicherheitsleistung abwenden kann (vgl. § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB). Das ist ihm aber nur möglich, wenn der Schuldner ihm vorher mitteilt, dass er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen gedenkt (MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 28).

Allerdings kann auch bei Bestehen des Einrederechts des § 320 BGB der Gläubiger eines leistungsunwilligen Schuldners den Schuldnerverzug herbeiführen. Das RG und Teile der Literatur nahmen an, dies sei schon dann der Fall, wenn der Gläubiger zur Gegenleistung „bereit und imstande“ sei. Diese Ansicht hat der BGH in einem grundlegenden Urteil ausdrücklich aufgegeben, da sie der Funktion des § 320 BGB nicht gerecht werde. Nach dieser Vorschrift könne der Schuldner seine Leistung bis zur „Bewirkung“ der Gegenleistung verweigern. Damit komme zum Ausdruck, dass § 320 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung sichern und Druck auf den Gläubiger ausüben solle, damit dieser leiste. Diese Funktion könne aber § 320 BGB nur erfüllen, wenn Schuldnerverzug erst bei Nichtleistung des Schuldners trotz eines Annahmeverzug begründenden Angebotes der Gegenleistung durch den Gläubiger eintrete. Dafür müsse der Gläubiger aber dem Schuldner die Gegenleistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten haben, sodass er nur noch zuzugreifen brauche (BGH NJW 1992, 556, 557 f.).

Bei allen anderen Einreden (wie z.B. der Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) oder der Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821 BGB)) hat sich noch kein so klares Meinungsbild wie zu §§ 273, 320 BGB herauskristallisiert. Bei diesen Einreden lässt sich somit die Position, dass schon das Bestehen der Einrede den Verzug ausschließt, in der Klausur ebenso gut vertreten wie die Position, dass erst die Geltendmachung der Einrede Verzug ausschließende Wirkung hat. Überwiegend wird wohl die erstere Ansicht vertreten. Diese stützt sich auf das Argument, dass derjenige, der das Recht hat, durch Verweigerung eine Hemmung des gegen ihn gerichteten Anspruchs herbeizuführen, auch das Recht haben müsse, die Leistung zunächst einmal zu unterlassen (so etwa Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, § 23 I c (S. 350)). Dieses Argument ist jedoch nicht zwingend und lässt sich ebenso gut umkehren (vgl. Jahr, JuS 1964, 293, 302). Unabhängig davon, welcher Auffassung man sich in diesem Streit auch anschließen mag, sollte man aber bedenken, dass Einreden im materiellrechtlichen Sinne im Zivilprozess nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sich der Schuldner vor Gericht auf sie beruft, indem er gegenüber dem Gericht erklärt, dass er auf Grund der Einrede die Leistung verweigere oder schon früher dem Gläubiger gegenüber verweigert habe. Hat der Schuldner sich bis zum Schluss der letzten

mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz nicht auf die Einrede berufen, so darf sie vom Gericht nicht berücksichtigt werden. Selbst, wenn man also davon ausgeht, dass bereits das Bestehen der Einrede den Verzug ausschließt, darf man in diesem Fall die Einrede nicht berücksichtigen. Der Schuldner muss sich dann so behandeln lassen, als wäre er in Verzug gekommen (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, § 23 I c (S. 350); Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 12).

Für die sich aus der Ausübung von Gestaltungsrechten wie z.B. Anfechtung oder Rücktritt ergebenden Einwendungen ist anerkannt, dass sie erst nach ihrer Ausübung den Verzug ausschließen. Dabei ergibt sich für die Aufrechnung und die Anfechtung aus den gesetzlichen Rückwirkungsfiktionen der §§ 389, 142 Abs. 1 BGB, dass sie bei wirksamer Ausübung nachträglich den bereits eingetretenen Verzug entfallen lassen (für die Aufrechnung durch den Schuldner: BGH NJW 1981, 1729, 1731; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 29; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 7; für die Anfechtung: Emmerich aaO.). Beim Rücktritt, ist dies umstritten. Dabei geht die wohl herrschende Meinung wegen der Gleichartigkeit der Sachverhalte davon aus, dass auch der Rücktritt rückwirkend den Verzug entfallen lässt (vgl. Emmerich aaO.; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 29).

3. Mahnung

a. Nicht auf eine Entgeltzahlung gerichtete Forderungen

Leistet der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung nicht, so kommt er gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig noch nicht in Verzug. Um den Verzug herbeizuführen, muss der Gläubiger den Schuldner grundsätzlich nach der Fälligkeit der Forderung erst einmal mahnen. Die zwischen Fälligkeit und Verzugsseintritt geschaltete Mahnung soll den Schuldner schützen, indem sie ihn vor den negativen Folgen des Schuldnerverzuges warnt und ihm Gelegenheit gibt, diese durch die Erfüllung der Forderung abzuwenden (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 15).

Die Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete, empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung endlich zu erbringen. Sie ist keine Willenserklärung, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, da die durch sie ausgelösten Rechtsfolgen kraft Gesetzes und nicht aufgrund des Willens des Gläubigers eintreten. Nach ganz herrschender Meinung werden aber auf die Mahnung die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, die Stellvertretung, die Auslegung und den Zugang,

entsprechend angewandt (BGH NJW 1987, 1546, 1547; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 46). Das bedeutet beispielsweise, dass die von einem Geschäftsunfähigen abgegebene Mahnung entsprechend § 105 BGB unwirksam ist, während die Mahnung eines beschränkt Geschäftsfähigen, da lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB, wirksam ist.

Die Mahnung kann ihren Zweck, den Schuldner zu warnen und zur ordnungsgemäßen Leistung zu bewegen, nur erfüllen und ist daher nur wirksam, wenn sie eindeutig und bestimmt ist. Das setzt insbesondere voraus, dass sie ihrem Wortlaut nach den Schuldner unmissverständlich zur Leistung auffordert (er“mahnt“). Dies ist etwa bei Schreiben, in denen der Gläubiger dem Schuldner mitteilt, dass er „der Ankunft der Leistung gerne entgegensehe“ oder dass er „für eine Mitteilung darüber, wann er die Leistung erwarten dürfe, sehr dankbar wäre“ vom Reichsgericht verneint worden (RGZ 93, 300, 301 f.).

Eine wirksame Mahnung muss jedoch nicht nur eindeutig und bestimmt sein, sondern sich selbstverständlich auch auf die geschuldete Leistung beziehen. Daher ist eine Mahnung, mit der der Gläubiger etwas anderes als die geschuldete Leistung verlangt, unwirksam (MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 50). Fraglich ist jedoch, ob bereits in einer Zuvielforderung (pluspetitio) ein solches Verlangen einer nicht geschuldeten Leistung zu sehen ist. Rechtsprechung und herrschende Lehre wollen dies nicht allgemein, sondern am Einzelfall entscheiden. Dabei soll es darauf ankommen, ob der Schuldner der Mahnung durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB eine Aufforderung zur Erbringung der tatsächlich geschuldeten Leistung entnehmen konnte. Dies soll dann in Betracht kommen, wenn für den Schuldner erkennbar ist, welche Leistung von ihm verlangt wird, und wenn der Gläubiger außerdem bereit ist, auch die Minderleistung anzunehmen. Die Zuvielforderung soll dagegen zur Unwirksamkeit der Mahnung führen, wenn der geforderte Betrag unverhältnismäßig hoch ist, wenn der Gläubiger auf der Zuvielforderung besteht oder wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, den tatsächlich geschuldeten Betrag zu berechnen (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 29 m.w.N.). Umgekehrt kann es aber auch zu einer Zuwenigforderung kommen. Sie führt nach der Rechtsprechung des BGH nur zum Verzug in Höhe des gemahnten Betrages (BGH NJW 1982, 1983, 1985). Gegenüber dieser Rechtsprechung wird aber in der Literatur kritisch eingewandt, dass der Schuldner im Einzelfall auch eine Zuwenigforderung entsprechend §§ 133, 157 BGB als Forderung zur Begleichung der gesamten Forderung auslegen kann (Soergel/Wiedemann, § 284 Rdnr. 27).

Die Mahnung muss grundsätzlich beziffert sein. Eine unbezifferte Mahnung kann jedoch ausnahmsweise wirksam sein. Der BGH hat dies für den

Schmerzensgeldanspruch gemäß § 847 BGB (heute § 253 Abs. 2 BGB) anerkannt, wenn der Gläubiger dem Schuldner in seinem Leistungsverlangen ausreichend konkrete Tatsachen zur Berechnung der Forderungshöhe mitgeteilt hat (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 17). Praktisch besonders relevant sind die Fälle, in denen dem Gläubiger neben seinem Hauptanspruch noch ein fälliger Auskunftsanspruch zusteht, der dazu dient, ihm die Berechnung der Anspruchshöhe überhaupt erst zu ermöglichen. Ein typisches Beispiel hierfür ist der Pflichtteilsanspruch (§ 2305 BGB), dessen Höhe der Pflichtteilsberechtigte regelmäßig erst durch Auskunft des Erben über den Bestand des Nachlasses ermitteln kann. Zu dieser Auskunft ist der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 Abs. 1 BGB verpflichtet. Kommt es zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem über die Höhe des Pflichtteilsanspruches zum Streit, so kann der Pflichtteilsberechtigte im Wege der Stufenklage gemäß § 254 ZPO gegen den Erben vorgehen, indem er die Klage auf Zahlung des (noch unbestimmten) Pflichtteils mit einer Klage auf Vorlegung eines Verzeichnisses der Nachlassgegenstände verbindet (§§ 2314 Abs. 1, 260 BGB) und nach Vorlage des Verzeichnisses den Zahlungsanspruch der Höhe nach bestimmt. Würde man eine unbezifferte Mahnung beim Pflichtteilsanspruch nicht zulassen, dann könnte der Erbe durch Verzögerung der Auskunft über den Nachlassbestand den Beginn des Verzuges mit dem Pflichtteilsanspruch treuwidrig hinauszögern. Der Pflichtteilsberechtigte würde dann praktisch zur Erhebung der Stufenklage (§ 254 ZPO) gezwungen, da hier - anders als bei der Zahlungsaufforderung - ein unbeziffertes Klageantrag zulässig wäre. Um dieses unsinnige Ergebnis zu vermeiden, ließ der BGH eine unbezifferte Mahnung dann zu, wenn dem Gläubiger zugleich ein fälliger Auskunftsanspruch zusteht und der Gläubiger den Schuldner mit der Aufforderung zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruches in noch unbestimmter Höhe zugleich zur Erfüllung seines Auskunftsanspruches auffordert (BGHZ 80, 269, 276 f.). In Anlehnung an die Stufenklage spricht man hier von einer „Stufenmahnung“ entsprechend § 254 ZPO (OLG Düsseldorf, NJW 1993, 1079, 1080). Die unbezifferte Stufenmahnung ist über den Pflichtteilsanspruch hinaus auch im Unterhaltsrecht anerkannt (so OLG Düsseldorf aaO.).

Schließlich setzt eine wirksame Mahnung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass sie nach dem Eintritt der Fälligkeit erklärt wird. Eine vor der Fälligkeit der Forderung erklärte Mahnung ist unwirksam. Allerdings darf die Mahnung nach allgemeiner Ansicht mit den die Fälligkeit der Forderung erst herbeiführenden Handlungen (z.B. Kündigung des Darlehens) zusammen fallen, da alles andere reiner Formalismus wäre (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 20). Ebenso gestattet die Rechtsprechung dem Gläubiger, bei Sukzessivlieferungsverträgen und laufenden Unterhaltsleistungen die Mahnung bereits auf die zukünftigen (noch nicht fälligen) Raten zu erstrecken,

wenn dies nur deutlich genug aus der Mahnung hervorgeht. Damit wird das wenig praktikable Ergebnis vermieden, dass der Gläubiger die Mahnung nach Fälligkeit jeder neuen Rate wiederholen muss. Bei Unterhaltsansprüchen wirkt die Mahnung jedoch nur so lange fort, wie sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse nicht nachhaltig verändern (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 21 und 22).

b. Entbehrlichkeit der Mahnung

i. Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit

Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Schuldnerverzug regelmäßig erforderliche Mahnung kann nach § 286 Abs. 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich sein. Praktisch besonders bedeutsam ist dabei § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach die Mahnung entbehrlich ist, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist („dies interpellat pro homine“: Der Termin mahnt für den Menschen). Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „kalendermäßigen Bestimmung“ der Leistungszeit ist es sinnvoll, sich den Zweck der Mahnung nochmals vor Augen zu halten: Sie soll den Schuldner an seine Leistungspflicht erinnern und ihn vor den negativen Folgen der Leistungsverzögerung warnen. Wenn der Gesetzgeber dies bei der kalendermäßigen Bestimmung der Leistungszeit für entbehrlich hält, so muss er davon ausgehen, dass der Schuldner in diesen Fällen weniger schutzwürdig ist, da er ohnehin über die Leistungszeit nicht im Zweifel sein kann. Das ist dann der Fall, wenn sich die vertraglich oder gesetzlich bestimmte Leistungszeit allein mit Hilfe des Kalenders bestimmen lässt. Es ist aber auch dann der Fall, wenn die Leistungszeit zwar unter Bezugnahme auf ein künftiges, zeitlich ungewisses Ereignis festgelegt ist, von dem Ereignis an aber eine kalendermäßige Bestimmung möglich ist. Das bestimmt jetzt ausdrücklich § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB und macht damit die Rechtsprechung des BGH obsolet, nach der die kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit verneint wurde bei der Bestimmung „160 Tage nach dem tatsächlichen Arbeitsbeginn“ (vgl. BGH NJW 1986, 2049, 2050).

Eine die Mahnung entbehrlich machende kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit liegt vor, wenn ein Kalendertag unmittelbar oder mittelbar bezeichnet ist. Von einer unmittelbaren Bezeichnung ist auszugehen, wenn ein Kalendertag ausdrücklich benannt („1. Januar 2001“) oder doch unmissverständlich umschrieben ist („Zahlung am ersten Werktag des Monats“). Eine mittelbare Bezeichnung eines Kalendertages liegt dagegen vor, wenn die Leistung eine bestimmte Zeit nach einem feststehenden Termin zu erfolgen hat („am 9. Tag von heute ab“) (vgl. RGZ 103, 33, 34). Eine kalendermäßige

Bestimmung der Leistungszeit ist auch dann zu bejahen, wenn der Schuldner die Leistung innerhalb eines festgelegten Zeitraumes erbringen kann, dessen Ende eindeutig bestimmt ist (z.B.: „Lieferung bis Ende Mai“; Verzug tritt dann am 1. Juni ein).

§ 286 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 BGB regelt zwei weitere Fälle der Entbehrlichkeit der Mahnung, die bis zum 31.12.2001 gesetzlich nicht geregelt waren und dennoch als Entwicklungen der Rechtsprechung zum geltenden Recht gehörten.

ii. Endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Mahnung nach § 242 BGB entbehrlich, wenn der Schuldner endgültig und ernstlich die Erfüllung verweigert, indem er sich etwa vom Vertrag lossagt oder die Nichtigkeit des Vertrages behauptet, da das Beharren auf der Mahnung in diesen Fällen zwecklose Förmerei wäre (BGHZ 2, 310, 312; 65, 372, 377). Diesen Fall hat der Gesetzgeber als Nr. 3 in das Gesetz aufgenommen.

iii. Selbstmahnung

Eine Selbstmahnung liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung für einen bestimmten Zeitpunkt verspricht oder erklärt, dass die Ware bereits unterwegs sei und dadurch den Gläubiger von der Mahnung abhält. Beruft sich ein Schuldner, der sich in diesem Sinne selbst gemahnt hat, später auf die fehlende Mahnung, so verhält er sich treuwidrig. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner den Gläubiger durch die wahrheitswidrige Behauptung, er habe bereits geleistet, von der Mahnung abhält. Die gesetzliche Grundlage für die Entbehrlichkeit der Mahnung in diesem Fall ist jetzt Nr. 4.

iv. Besondere Erfüllungsdringlichkeit

Eine Mahnung ist auch dann nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich, wenn sich die besondere Dringlichkeit der Leistung für den Gläubiger aus dem Vertragsinhalt ergibt (§§ 133, 157 BGB). Der BGH hat dies z.B. im Falle eines Werkvertrages bejaht, bei dem der Unternehmer dem Besteller die möglichst schleunige Ausbesserung eines Schiffsmotors versprochen hat, da der Besteller während der Reparaturzeit nichts verdiente, während die Kosten weiterliefen. Er hat die Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 242 BGB mit dem Zweck der Mahnung begründet, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass das Ausbleiben seiner Leistung Folgen haben werde und ihn daher zur sofortigen Leistung zu veranlassen. Dieser mit der Mahnung verfolgte Zweck werde aber bei besonderer

Erfüllungsdringlichkeit bereits dadurch erreicht, dass der Schuldner sich auf Grund des Vertragsinhaltes ohnehin darüber klar sei, dass er die Folgen der Leistungsverzögerung auf sich nehmen müsse (BGH NJW 1963, 1823, 1824).

„Schulfall“ für diese Fallgruppe ist der Anruf bei einem Handwerker wegen eines Wasserrohrbruches.

v. Fur semper in mora

Gemäß dem Rechtsgrundsatz *fur semper in mora* („Der Dieb ist immer in Verzug“), nach dem der Täter einer unerlaubten Handlung einer besonderen Aufforderung zur Rückgabe der durch einen rechtswidrigen Eingriff erlangten Sache nicht bedarf, ist eine Mahnung dann entbehrlich, wenn der Schuldner zur Herausgabe einer Sache aus Delikt verpflichtet ist. Die §§ 848, 849 BGB, die einige Verzugsfolgen ohne Mahnung eintreten lassen, stehen nach herrschender Meinung einer solchen auf elementaren Gerechtigkeitserwägungen basierenden Wertung nicht entgegen (Palandt/Heinrichs, § 286 Rdnr. 25; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 69; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 43).

Da § 286 BGB dispositiv ist, können die Parteien auf die Mahnung verzichten. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Ein konkludenter Verzicht auf die Mahnung ist etwa anzunehmen, wenn die Parteien vereinbaren, dass an die Stelle der Mahnung eine andere Handlung des Gläubigers treten soll. Dies ist z.B. bei Vereinbarung der im internationalen Handelsverkehr gebräuchlichen Klausel „Kasse gegen Dokumente“ („cash against documents“) der Fall, bei der an die Stelle der Mahnung die Vorlage der Dokumente durch den Gläubiger =Verkäufer) tritt, sodass der vorleistungspflichtige Schuldner =Käufer), wenn er bei Vorlage der Dokumente nicht zahlt, in Verzug gerät (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 44; BGH NJW 1987, 2435, 2436). Allerdings kann die Mahnung als Verzugsvoraussetzung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 309 Nr. 4 Var. 1 BGB nicht zu Gunsten des Verwenders abbedungen werden.

c. Entgeltforderungen

Bei Entgeltforderungen (= Geldforderungen, die als Gegenleistung in einem synallagmatischen Vertrag vereinbart worden sind) ist keine Mahnung mehr erforderlich (vgl. zum Begriff der Geldforderung: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 91). Hier hebt der Gesetzgeber in Abs. 3 des § 286 BGB auf den Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung ab. Für die Rechnung oder die Zahlungsaufforderung

müssen aber ähnliche Bestimmtheitsgrundsätze gelten, wie sie die Rechtsprechung für die Mahnung entwickelt hat. Die oben angeführten Grundsätze über die Wirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderungen gelten entsprechend für überhöhte Rechnungen und Zahlungsaufforderungen. Ferner löst die Rechnung den Verzug gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB) nur dann aus, wenn dieser auf die verzugsauslösenden Rechtsfolgen in der Rechnung hingewiesen worden ist (§ 286 Abs. 3 S. 1 BGB a.E.). Da eine den vorstehend geschilderten Anforderungen genügende Rechnung gemäß § 286 Abs. 3 S. 1 1. HS BGB den Schuldnerverzug erst auslöst, wenn der Schuldner nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und ihrem Zugang leistet, bleibt es dem Gläubiger auch bei Entgeltforderungen unbenommen, durch Mahnung den Verzugsseintritt zeitlich früher herbeizuführen. Ferner kommt auch bei Entgeltforderungen der Schuldner vor Verstreichen der 30-Tagesfrist in Verzug, wenn die Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit der Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 BGB erfüllt sind (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 93). Dies stellt das Gesetz durch das Wörtchen „spätestens“ klar.

4. Verschulden

Der Schuldnerverzug ist gemäß § 286 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten hat. Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus §§ 276 bis 278 BGB. Damit hat sich der Gesetzgeber auch beim Schuldnerverzug für das Verschuldensprinzip in der besonderen Ausprägung entschieden, dass das Verschulden nicht Voraussetzung für den Verzug ist, sondern das Nichtverschulden den Eintritt des Verzuges hindert. Der Schuldner befindet sich daher stets im Verzug, wenn die Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 bis 3 BGB vorliegen und er nicht beweisen kann, dass er oder ein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) die Leistungsverzögerung weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat. Als Entschuldigungsgründe, die ein Verschulden ausschließen und den Eintritt des Verzuges hindern, kommen insbesondere in Betracht:

Zufällige vorübergehende Unmöglichkeit: Der Schuldner hat die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten, wenn er durch unerwartete und außerhalb seiner Person liegende Umstände vorübergehend an der Leistung gehindert wird. Man spricht in diesen Fällen zufälliger übermäßiger Leistungsschwerung von höherer Gewalt. Beispiele hierfür sind Betriebsstilllegungen oder Verkehrsbehinderungen, die auf einem Krieg oder einer Umweltkatastrophe beruhen. Der Entschuldigungsgrund der höheren Gewalt wird aber regelmäßig nur dann eingreifen, wenn das Leistungshindernis für den Schuldner bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war. Ebenso hat der Schuldner unverschuldete

bei Vertragsschluss nicht vorhersehbare persönliche Gründe nicht zu vertreten. Dies gilt insbesondere für schwere Erkrankungen des Schuldners, wenn sie nicht von diesem selbst willentlich herbeigeführt wurden und die Leistungserbringung von der persönlichen Mitwirkung des Schuldners abhängt (vgl. zum Ganzen: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 VI 1).

Unverschuldete Unkenntnis der Person und/oder der Anschrift des Gläubigers: Dieser Entschuldigungsgrund liegt etwa dann vor, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz gewechselt hat, ohne den Schuldner darüber zu unterrichten oder wenn die Forderung durch Abtretung oder infolge eines Erbfalls auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übergegangen ist und der Schuldner über Anschrift und/oder Person des neuen Gläubigers nicht informiert worden ist. Es ist nämlich grundsätzlich nicht Sache des Schuldners, Ermittlungen über Person und/oder Adresse des Gläubigers anzustellen (Soergel/Wiedemann, § 285 Rdnr. 6).

Tatsachen- oder Rechtsirrtum: Irrt sich der Schuldner über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Leistungspflicht (Tatsachenirrtum), ohne dabei Sorgfaltspflichten zu verletzen, dann gerät der Schuldner unstreitig nicht in Verzug. Dies wäre z.B. anzunehmen, wenn der Schuldner einen gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch auf Grund unvollständiger Angaben des Gläubigers über den Schadensumfang der Höhe nach falsch berechnet. Nicht entschuldigt dagegen wäre z.B. ein Irrtum des Schuldners über seine Leistungspflicht, der darauf beruht, dass dieser sich den Vertragstext nicht ordentlich durchgelesen hat. Beruht die Leistungsverzögerung darauf, dass der Schuldner die Rechtslage zu seinen Gunsten falsch beurteilt hat (Rechtsirrtum), so ist das Vertretenmüssen problematisch. Die Rechtsprechung erkennt den Rechtsirrtum als Entschuldigungsgrund zwar grundsätzlich an, hat aber in den Einzelheiten noch zu keiner klaren Linie gefunden. Dabei stehen sich Urteile und Stellungnahmen in der Literatur, die einen entschuldigenden Rechtsirrtum erst dann bejahen, wenn der Schuldner bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einem Obsiegen in einem Rechtsstreit rechnen durfte und solche, die einen entschuldigenden Rechtsirrtum bei verwickelter Rechtslage bereits dann bejahen, wenn der Standpunkt des Schuldners vertretbar war, unversöhnlich gegenüber (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 VI 2 a). Für das Zivilrecht weitgehend anerkannt ist lediglich, dass derjenige, der sich auf eine gefestigte Rechtsprechung verlässt, nicht schuldhaft handelt und insbesondere nicht damit rechnen muss, dass diese Rechtsprechung sich ändern wird (Emmerich aaO.).

Jeder Schuldner hat allgemein jede Leistungsverzögerung zu vertreten, die nur darauf beruht, dass er einen finanziellen Engpass hat. Man könnte auch salopp formulieren: „Geld hat man zu haben!“ (Emmerich, Das Recht der

Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 65; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, § 23 I b (S. 348)).

5. Verzug im Synallagma

Das frühere Recht kannte eigene Regeln und eigene Anspruchsgrundlagen für den Verzug bei gegenseitigen Verträgen. Das am 1.1.2002 in Kraft getretene Recht kommt ohne solche Regeln aus.

Die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht in einem gegenseitigen Vertrag sind:

- das Bestehen einer – nicht notwendig im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden - Leistungsverpflichtung;
- die Fälligkeit der Leistungsverpflichtung;
- die Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung;
- das Ausbleiben der Leistung insgesamt oder der vertragsgemäßen Leistung oder der Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist.

Im Unterschied zum früheren Recht muss der Schuldner sich nicht im Verzug befinden. Das wird er zwar regelmäßig durch die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung. Dem Verzug aber würde der Schuldner durch den Nachweis entgehen, dass er die Verzögerung nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB). Das Rücktrittsrecht besteht dagegen unabhängig vom Vertretenmüssen. Es ist nur ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der Gläubiger sich im Falle eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands im Verzug der Annahme befindet (§ 323 Abs. 6 BGB).

Der Gläubiger muss auch nicht mehr wie im früheren Recht die Fristsetzung mit einer Ablehnungsandrohung verbinden. Die Fallstricke des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. sind abgeschafft. Es genügt die einfache Setzung einer angemessenen Frist.

Dies kann vor dem Hintergrund des Zwecks der Nachfristsetzung nicht bedeuten, dass ein bisher nicht leistungswilliger Schuldner für seine Vertragsverletzung noch belohnt wird, indem der Gläubiger diesem Schuldner noch Gelegenheit gewähren müsste, nun erst die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten, indem er seine Leistung jetzt erst insgesamt herstellt oder überhaupt erst vorbereitet. Vielmehr soll dem Schuldner nur eine letzte Möglichkeit zur Vertragserfüllung eröffnet werden, sodass eine Frist schon dann angemessen ist, wenn sie dem Schuldner die

Gelegenheit bietet, seine im Wesentlichen schon vorbereitete Leistung nunmehr zu erbringen (RGZ 89, 123, 125; BGH NJW 1982, 1279, 1280; 1985, 320, 323; 855, 857; ebenso für das neue Recht: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 188). Im Streitfall entscheidet dann das Gericht, ob die vom Gläubiger gesetzte Nachfrist angemessen ist. Bei dieser Entscheidung hat das Gericht die Interessen des Schuldners an einer nachträglichen Vertragserfüllung und des Gläubigers an einer möglichst pünktlichen Erfüllung in gleicher Weise zu beachten. Dabei gilt als allgemeiner Maßstab, dass die Frist umso kürzer sein darf, je dringender nach den vertraglichen Abreden das Interesse des Gläubigers an einer raschen und pünktlichen Erfüllung ist oder je länger der Schuldner sich bereits in Verzug befindet (MüKo/Ernst, § 323 Rdnr. 70; BGH NJW 1982, 1279, 1280).

Verfährt der Gläubiger bei der Fristbestimmung redlich, erklärt er sie also nicht nur zum Schein oder um eine kurzfristige Verlegenheit des Schuldners auszunutzen, so wäre es unbillig, eine zu kurze Nachfristsetzung als unwirksam anzusehen und ihm damit das Risiko aufzubürden, dass das Gericht die von ihm vorgenommene Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ billigt. Das würde im Ergebnis nämlich darauf hinauslaufen, dass der Gläubiger gut beraten wäre, wenn er die Frist entgegen seinen berechtigten Interessen etwas zu großzügig bestimmen würde, da er dann immer auf der sicheren Seite wäre. Daher hat schon das Reichsgericht es als „eine im Interesse aller Beteiligten liegende und statthafte Ergänzung der von ihm abgegebenen Willenserklärung“ angesehen, wenn seiner zu kurzen Fristbestimmung „die Wirkung beigelegt wird, dass er bereit sei, die ausstehende Leistung innerhalb derjenigen Frist vorzunehmen, die nach Lage der Sache als die angemessene zu gelten hat“ (RGZ 56, 231, 234 f.). Auf der dogmatischen Basis der ergänzenden Auslegung der Fristsetzungserklärung wird somit bei der Bestimmung einer zu kurzen Nachfrist durch den redlich handelnden Gläubiger eine angemessene Nachfrist in Gang gesetzt (Palandt/Heinrichs, § 326 Rdnr. 17). Die Gerichte kommen dem Gläubiger auch insoweit entgegen, als sie es zulassen, dass dem Schuldner einfach eine „angemessene“ Frist gesetzt wird, da sie im Streitfall ohnehin darüber entscheiden, welche Frist angemessen ist (MüKo/Ernst, § 323 Rdnr. 77 f.).

Wird mithin eine unangemessen kurze Frist bestimmt, so ist die Fristsetzung nicht unwirksam. Sie setzt auch nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine angemessene Frist in Gang (Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 138).

Ein weiterer Unterschied zum früheren Recht liegt in den Rechtsfolgen. Der Erfüllungsanspruch ist nicht mit dem Ablauf der Frist ausgeschlossen, sondern erst mit der Ausübung des Rücktrittsrechts.

§ 323 Abs. 2 BGB erklärt die Fristsetzung in bestimmten Fällen für entbehrlich. Inhaltliche Änderungen gegenüber dem früheren Recht sind darin nicht enthalten. Nr. 1 positiviert die anerkannte Rechtspraxis, dass eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung die Fristsetzung entbehrlich mache. Nr. 2 normiert diese Folge für das relative Fixgeschäft, macht damit die Auslegungsregel des früheren Rechts entbehrlich und verwandelt das früher vertraglich gedachte Rücktrittsrecht in ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Nr. 3 hebt in einer Art Auffangtatbestand auf besondere Umstände ab, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (vgl. zur Auslegung dieser „Gummiklausel“: Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 190. Das ist eine Verdoppelung dessen, was nach früherem Recht als Gebot von Treu und Glauben galt.

Schließlich ist es für die Auslösung des Rücktrittsrechts noch erforderlich, dass die Fristsetzung erfolglos war, die Leistung also nicht rechtzeitig vor Ablauf der Frist bewirkt worden ist. Dabei ist fraglich und umstritten, ob es für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Leistung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Leistungshandlung oder auf den Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolges ankommt. Wenn man bedenkt, dass man bei der Auslegung des § 362 Abs. 1 BGB unter „Bewirkung der Leistung“ die Herbeiführung des Leistungserfolges versteht und dass das Abstellen auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung den Gläubiger benachteiligt, da er etwa im Falle einer Schickschuld noch eine gewisse Zeit über die rechtzeitige Leistung des Gläubigers im Unklaren gelassen wird, so spricht Einiges dafür, auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen. Dennoch stellten der BGH und die ganz herrschende Meinung in der Literatur schon zum alten Recht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Leistungshandlung ab, da man vom Schuldner für die Abwendung der Rechtsfolge des § 323 Abs. 1 BGB nicht mehr verlangen könne, als das seinerseits zur Leistung Erforderliche zu tun, und dies sei nun einmal die Vornahme der Leistungshandlung, also etwa im Falle einer Schickschuld (z.B. Versendungskauf) die rechtzeitige Absendung der Ware (BGHZ 12, 367, 369; MüKo/Ernst, § 323 Rdnrn. 84 f.).

Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann nach § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB der Gläubiger von dem gesamten Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung galt auch schon im früheren Recht. Durch die Neufassung steht allerdings jetzt auch Kraft gesetzlicher Anordnung fest, dass der Gläubiger nicht vor die Entscheidung gestellt ist, am gesamten Vertrag festzuhalten oder vom gesamten Vertrag zurückzutreten. Er darf auch den Teilrücktritt wählen.

6. Verzugsfolgen

a. Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß § 280 Abs. 1 und 2 BGB

Entsteht dem Gläubiger infolge der verzögerten Leistung ein Schaden, so kann er diesen nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB ersetzt verlangen. Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, aus welchem Schuldverhältnis (im weiteren Sinne) die Forderung stammt, mit der der Schuldner in Verzug geraten ist, da § 280 Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich auf Forderungen jeder Art, also auch auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen oder aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Tatbeständen, anwendbar ist. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB tritt neben den fortbestehenden Erfüllungsanspruch und ist daher auch streng vom Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens (Schadensersatz statt der Leistung) nach § 281 Abs. 1 BGB zu unterscheiden, der gerade an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt und damit im Falle eines vertraglichen Schuldverhältnisses zur Vertragsliquidierung führt.

Als Verzögerungsschaden gemäß § 280 Abs. 1 und 2 BGB ist dem Gläubiger der gesamte auf die Verzögerung zurückzuführende Schaden zu ersetzen. Der Schuldner braucht diesen Schaden nicht schuldhaft herbeigeführt zu haben. Das Vertretenmüssen spielt lediglich für die Pflichtverletzung (die nicht rechtzeitige Leistung) als solche eine Rolle (§§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 286 Abs. 4 BGB). Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, ob der Schuldner die Entstehung des Schadens vorhersehen konnte oder nicht. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches richten sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 bis 255 BGB (RGZ 107, 149, 150): Der Gläubiger ist also so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Erfüllung des Schuldners stehen würde, wobei bei dem Vergleich der gegenwärtigen, tatsächlichen Vermögenslage des Schuldners mit seiner hypothetischen Vermögenslage bei der gegenwärtigen Vermögenslage die Erfüllung des Anspruchs, wenn sie nicht bereits erfolgt ist, hinzugedacht werden muss.

Die nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich zu leistende Naturalrestitution wird aber praktisch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, sodass der Verzögerungsschaden regelmäßig gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu ersetzen sein wird. Ein besonders einprägsames Beispiel für eine solche ausnahmsweise in Betracht kommende Naturalrestitution stellt der in RGZ 131, 158 ff. geschilderte Fall dar, in dem der Eigentümer eines Grundstückes, der dem Eigentümer eines benachbarten Rittergutes ein Wegerecht an seinem Grundstück eingeräumt hatte, sich diesem gegenüber auch vertraglich zur Instandhaltung dieses Weges

verpflichtet hatte und dieser Unterhaltungspflicht nicht nachgekommen war, sodass der Weg infolge des Verzuges derart beeinträchtigt worden war, dass er anders als durch Pflasterung nicht mehr in einen dem früheren Zustand entsprechenden Zustand versetzt werden konnte. In diesem Fall hat das Reichsgericht dem Gläubiger als Ersatz des Verzögerungsschadens Naturalrestitution zugebilligt (RGZ 131, 158, 178).

Im Einzelnen kann der Gläubiger als Ersatz des Verzögerungsschadens insbesondere die folgenden Schadenspositionen geltend machen:

Entgangener Gewinn (§ 252 BGB): Der Gläubiger kann nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 252 BGB den entgangenen Gewinn verlangen, den er aus einem beabsichtigten, infolge des Verzuges aber nicht realisierten, Geschäft gezogen hätte. Dies geht nach der Auffassung des BGH sogar so weit, dass dem Gläubiger auch der entgangene Gewinn aus solchen Geschäften (wie z.B. Spekulationsgeschäften in Aktien) zu ersetzen ist, zu denen er sich erst während des Verzuges entschlossen hat, und die er durchgeführt haben würde, wenn er über den geschuldeten Gegenstand hätte verfügen können (BGH NJW 1983, 758).

Nutzungsausfall: Seit der Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH (BGHZ 98, 212) steht für die Praxis fest, dass entgangene Gebrauchsvorteile nur dann ersetzt werden können, wenn es sich um Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die Lebensführung handelt.

Kosten der Rechtsverfolgung: Muss der Gläubiger infolge des Verzuges Maßnahmen der Rechtsverfolgung einleiten, so kann er die ihm dadurch entstandenen Kosten als Verzögerungsschaden ersetzt verlangen, wenn die Maßnahmen im Zeitpunkt ihrer Einleitung („ex ante“) sachdienlich erscheinen. Die dem Gläubiger durch die Verzug begründende Erstmahnung entstandenen Kosten sind dagegen nicht nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB erstattungsfähig, weil sie noch nicht durch den Schuldnerverzug verursacht sind. Die Kosten einer auf die Erstmahnung folgenden Erinnerungsmahnung sind dagegen aus § 280 Abs. 1 und 2 BGB zu ersetzen. Beauftragt der Gläubiger bei Fruchtlosigkeit der Erstmahnung einen Rechtsanwalt, so stellen die dann anfallenden Anwaltskosten einen Verzögerungsschaden dar, da die Beauftragung eines Anwaltes eine adäquate Folge der Nichtleistung des Schuldners darstellt und es dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, die weitere Rechtsverfolgung selbst zu betreiben. Entscheidet sich der Gläubiger statt dessen für die Beauftragung eines Inkassobüros, das für den Gläubiger die Forderung einziehen soll, dann sind statt der Anwaltskosten die Kosten des Inkassobüros als Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, soweit sie nicht die Sätze der gesetzlichen Gebührenregelung für Rechtsanwälte übersteigen. Diese

Begrenzung folgt aus der Schadensminderungspflicht des Gläubigers, die es nicht zulässt, dass dem Gläubiger ein teurerer Service erstattet wird, den zahlreiche Anwälte billiger anbieten. Umstritten ist, ob der Gläubiger, der weder Anwalt noch Inkassobüro einschaltet, den eigenen Zeitaufwand als Verzögerungsschaden geltend machen kann. Der BGH lehnt dies mit der Begründung ab, die sich im Rahmen des Üblichen haltenden Bemühungen des Gläubigers um die Durchsetzung eines Anspruches gehörten zu dessen eigenen Obliegenheiten und damit zum allgemeinen Lebensrisiko, das jeder selbst zu tragen habe (BGH NJW 1976, 1256, 1257). Demgegenüber wendet eine Ansicht in der Literatur ein, es gehe hier allgemeiner um die Frage, ob der Einsatz der eigenen Freizeit und Arbeitskraft einen Vermögensschaden oder einen nach § 253 BGB nicht ersatzfähigen Nichtvermögensschaden darstellt und plädiert dafür, dem Verlust von Freizeit Vermögenswert zuzumessen. Dafür spricht hier in der Tat, dass es unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht kaum einleuchten will, wenn man den Gläubiger, der sich selbst bemüht und damit die Kosten der Rechtsverfolgung niedrig hält, schlechter stellt als denjenigen, der einen Anwalt oder ein Inkassobüro einschaltet (vgl. J. Schmidt, NJW 1976, 1932, 1933).

b. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen

Der Gläubiger einer Geldschuld kann gemäß § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle des Schuldnerverzuges Verzugszinsen als Mindestverzögerungsschaden verlangen. Der Zinssatz liegt bei fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Den Basiszinssatz bestimmt § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB mit 3,62%. Das ist allerdings keine fest stehende, sondern eine veränderliche Größe. Sie wird verändert in Abhängigkeit von Festsetzungen der Europäischen Zentralbank. Die Deutsche Bundesbank gibt den jeweils geltenden Satz im Bundesanzeiger bekannt und hält Informationen über den Basiszinssatz auch im Internet vor. Zur Zeit (24. April 2007) beträgt der Basiszinssatz 2,7%. Nach § 288 Abs. 2 BGB werden Schuldner von Entgeltforderungen, die keine Verbraucher sind, noch stärker belastet. Für sie beträgt der Zinssatz acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Der Sinn der Vorschrift des § 288 Abs. 1 und 2 BGB als gegenüber § 280 Abs. 1 und 2 BGB eigenständiger Anspruchsgrundlage liegt darin, dass sie den Gläubiger einer Geldschuld vom Nachweis eines Schadens oder der Kausalität der Leistungsverzögerung für die Schadensentstehung befreit, indem sie die unwiderlegbare Vermutung aufstellt, dass dem Gläubiger ein Mindestschaden in Höhe der Verzugszinsen entstanden ist (BGHZ 74, 231, 235). Dabei trifft die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift den Schuldner jeder Geldschuld, selbst wenn es sich bei ihr um ein zinsloses Darlehen handelt (BGH aaO.) - lediglich für die Schenkung macht § 522

BGB eine Ausnahme. Nach § 288 Abs. 3 BGB wird die Verpflichtung des Schuldners, aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen zu zahlen, durch § 288 Abs. 1 und 2 BGB nicht verdrängt. Dadurch wird gewährleistet, dass ein höherer vertraglich vereinbarter Zinssatz auch während des Verzuges aufrechterhalten bleibt, sodass der Schuldner nicht auch noch von seiner Vertragsverletzung profitiert.

Es liegt auf der Hand, dass der Gläubiger einer Geldforderung infolge des Schuldnerverzuges einen über den Anspruch aus § 288 Abs. 1 und 2 BGB hinausgehenden Verzögerungsschaden erleiden kann. § 288 Abs. 4 BGB stellt klar, dass der Gläubiger diesen Schaden unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 und 2 BGB geltend machen kann. Höhere Schäden können dem Gläubiger insbesondere durch entgangene Anlagezinsen und durch für eine Zwischenfinanzierung aufgewandte Kreditzinsen entstehen. Der im Verlust von Anlagezinsen liegende Verzögerungsschaden kann abstrakt oder konkret berechnet werden. Bei der konkreten Schadensberechnung muss der Gläubiger darlegen und beweisen, ob und wie er das Geld bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners angelegt hätte. Bei der abstrakten Schadensberechnung genügt es dagegen, wenn er darlegt und beweist, welcher Zinssatz zur Zeit des Verzuges bei Anlagegeschäften typischerweise am Markt erzielt werden konnte. Kaufleute und Banken können ihren Schaden grundsätzlich abstrakt berechnen. Dazu muss der Gläubiger nur darlegen, dass der Verzug ein Handels- oder Kreditgeschäft verhindert hat, dessen Abschluss typischerweise zum Betrieb des Gläubigers gehört (BGHZ 62, 103, 105). Privatgläubigern dagegen wird die abstrakte Schadensberechnung nur dann ermöglicht, wenn sie Gläubiger eines hohen Geldbetrages sind, den ein Privatmann nach der Lebenserfahrung typischerweise anzulegen pflegt.

c. Haftungsverschärfung nach § 287 BGB

§ 287 BGB ordnet als weitere Verzugsfolge neben der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung von Schadensersatz eine verschärfte Haftung des Schuldners an. Die beiden in dieser Vorschrift enthaltenen Haftungsverschärfungen rechtfertigen sich dadurch, dass in den von ihnen geregelten Fällen die Leistung noch beim Gläubiger vorhanden wäre, wenn der Schuldner fristgemäß geleistet hätte.

Nach § 287 Satz 1 BGB hat der Schuldner während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Da dies unabhängig von § 287 Satz 1 BGB ohne weiteres auch aus § 276 Abs. 1 BGB folgen würde, der nicht nach dem Grad der Fahrlässigkeit differenziert und mithin auch jede Fahrlässigkeit erfasst, erlangt die Vorschrift nur bei den Schuldverhältnissen Bedeutung, die eine Haftungsbeschränkung vorsehen.

§ 287 Satz 1 BGB hebt demnach während des Verzuges die für bestimmte Schuldverhältnisse vorgesehenen Haftungsprivilegien wieder auf. Beispiele für solche Haftungsprivilegien findet man in §§ 521 BGB, 599 BGB oder § 690 BGB, die die Haftung des Schenkers, Verleihers und des Verwahrers bei unentgeltlicher Verwahrung wegen der Uneigennützigkeit ihres Handelns auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.

Die weitere in § 287 Satz 2 BGB angeordnete Haftungsverschärfung sieht vor, dass der Schuldner für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Diese Regelung wird nur verständlich, wenn man bedenkt, dass der Schuldner unabhängig von § 287 Satz 2 BGB regelmäßig bereits für die während des Verzugs eintretende Unmöglichkeit aus §§ 280 Abs. 1, 283 BGB haftet, wenn zwischen Unmöglichkeit und Verzug ein Zurechnungszusammenhang besteht, da der Schuldner ja bereits nach § 286 Abs. 4 BGB ohne Vertretenmüssen nicht in Verzug gerät. Daher bleiben als Anwendungsbereich des § 287 Satz 2 BGB nur die eher seltenen Fälle übrig, in denen es an einem inneren Zusammenhang zwischen Verzug und Unmöglichkeit fehlt, der Leistungsgegenstand also „durch Zufall“ untergeht (vgl. auch zur Vertiefung den kurzen Beitrag von Knütel in NJW 1993, 900 f.). Bereits die hierzu in Lehrbüchern aufgezählten Beispiele wie „Erdbeben, Klimakatastrophen, Vulkanausbrüche oder epidemische Seuchen“ (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 17 III 2) zeigen, dass § 287 Satz 2 BGB nur selten in Alltagsfällen praktische Bedeutung erlangt. § 287 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB schließt die Zufallshaftung für den Fall wieder aus, dass der Schaden beim Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, wenn also die Sache auch beim Gläubiger zufällig untergegangen wäre.

Das kann man sich an folgendem Beispiel klar machen.

Der Verkäufer befindet sich im Verzug, als ein Erdbeben sein Haus und die darin befindliche Kaufsache zerstört. Der Käufer verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Anspruch folgt aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 BGB, dessen anspruchsbegründende Voraussetzung allein die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ist (wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet das Nichtvertretenmüssen ein Gegenrecht im Sinne einer anspruchshindernden Einwendung). Das fehlende Verschulden - der Verkäufer konnte nichts für das Erdbeben; es war ein „act of god“ - führt nicht automatisch zu einem Nichtvertretenmüssen, wenn der Schuldner auch für Zufall einstehen muss. Das ist für den im Verzug befindlichen Verkäufer nach § 287 Satz 2 BGB der Fall. Er muss also Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, wenn nicht der Schaden auch bei rechtzeitiger Erfüllung

eingetreten wäre. Das wäre er (der Schaden) etwa dann, wenn auch das Haus des Käufers mit allen darin befindlichen Sachen von dem Erdbeben zerstört wird, nicht aber dann, wenn der Käufer in einem vom Erdbeben verschonten Bereich wohnt oder die Kaufsache noch vor dem Erdbeben aufgebraucht oder an einen anderen Ort verbracht hätte.

d. Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 281 Abs. 1 BGB

Der Gläubiger eines Anspruchs kann nach § 281 Abs. 1 BGB anstelle der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat. Dabei ist in Abgrenzung zu § 283 BGB vorausgesetzt, dass die geschuldete Leistung noch möglich und die Leistungspflicht nicht ausgeschlossen ist. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sind mit Blick auf die Fristsetzung, deren Entbehrlichkeit und die Möglichkeit, bei Teilleistungen Schadensersatz wegen der ganzen Leistung zu verlangen, identisch mit denen, die wir im Zusammenhang mit dem Rücktritt nach § 323 BGB kennen gelernt haben. Der Verzug ist keine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs. Er wird aber regelmäßig vorliegen.

Die Rechtsfolge „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ bedeutet, dass der Gläubiger so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des Schuldners stünde. Dabei ist der Anspruch jedoch nicht gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution, sondern auf Geldersatz gerichtet, da der Schadensersatzanspruch nach dem Gesetz an die Stelle des Erfüllungsanspruches tritt (§ 281 Abs. 4 BGB) und Naturalrestitution praktisch dennoch auf Erfüllung hinausliefere.

Die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches beschreibt das Gesetz mit Schadensersatz statt der Leistung. Es geht darum, den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er die Leistung erhalten hätte. Ihm muss mithin der Wert der ausgebliebenen Leistung und u.U. ein Gewinn ersetzt werden, den er gemacht hätte, wenn er die Leistung erhalten hätte.

Ein Problem könnte sich dann ergeben, wenn die Rechtsfolgen im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages zu beurteilen sind, bei dem der Gläubiger der verzögerten und dann nicht mehr geschuldeten Leistung seinerseits zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Die Gegenleistung muss in die Berechnung des Schadensersatzanspruches einbezogen werden. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht. Bei der einen tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der jetzt nicht mehr zu erbringenden Leistung (Surrogationsmethode). Die Gegenleistungspflicht

bleibt bestehen. Bei der anderen wird der Schadensanspruch mit der Gegenleistung verrechnet, und es bleibt ein Schadensersatzanspruch nur bei einer Differenz (Differenzmethode); so insbesondere, wenn der objektive Wert höher als die vereinbarte Gegenleistung war, oder es um den Ersatz des entgangenen Gewinns geht.

Zum früheren Recht hatte sich die Auffassung gebildet, dass die Surrogationsmethode im Falle des Verzuges nicht anwendbar sei. Diese Auffassung findet in der Neuregelung des Schuldrechts keinen Rückhalt mehr. Mit der Differenzmethode erreichte man im früheren Recht eine Kombination von Rücktrittsfolgen (Entfallen der Gegenleistungspflicht) und Schadensersatzfolgen (z.B. durch den Ersatz des entgangenen Gewinns). An sich war diese Kombination ausgeschlossen, weil sich der Gläubiger zwischen Rücktritt und Schadensersatz entscheiden sollte. Im neuen Recht können Rücktritt und Schadensersatz nebeneinander geltend gemacht werden (§ 325 BGB). Damit entfällt die Notwendigkeit, den Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenzmethode zu berechnen. Das Regelwerk vereinfacht sich: Schadensersatz statt der Leistung wird immer nach der Surrogationsmethode abgewickelt. Wer sich von der Gegenleistungspflicht befreien möchte, muss zurücktreten (Faust in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 3. Kapitel/ Rdnrn. 189 ff.). Nach dem Rücktritt ist immer noch Schadensersatz möglich. Bei dessen Berechnung sind der Wert der Leistung und der Wert der Gegenleistung als Rechnungsposten zu berücksichtigen. Das entspricht der Schadensberechnung nach der Differenztheorie.

e. Fallbeispiel für das Zusammenspiel von Unmöglichkeit, Gläubigerverzug und Schuldnerverzug

In der Vorlesung haben wir als Fallbeispiel den „Garagenbrand“ diskutiert. Die Lösung werde ich hier nicht noch einmal präsentieren, weil in unserer elektronischen Fallsammlung ein Parallelfall mit - wie Sie leicht erkennen werden - identischer Problemstellung, Lösungshinweisen und Musterlösung enthalten ist, die keine Wünsche offen lassen. ;-)

Der Fall trägt den schönen Namen „In vino veritas“.

V. Haftung und Gewährleistung beim Kauf

Für die Nichtleistung und die verspätete Leistung gelten die allgemeinen Leistungsstörungenregeln der Unmöglichkeit (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 bzw. § 326 Abs. 5 BGB), der Leistungsverspätung (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 bzw. 323 BGB) und des Verzuges (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286, 288 BGB). Die auf den Kaufgegenstand selbst bezogene Schlechtleistung des Verkäufers hat der Gesetzgeber des BGB in einem speziellen Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB) geregelt. Dieses ist seinerseits seit der Schuldrechtsreform in das allgemeine Leistungsstörungenrecht eingebettet (§ 437 BGB) und modifiziert dieses lediglich punktuell (§§ 438 BGB ff.).

Im früheren Recht hatte der Gesetzgeber die Sachmängel- und die Rechtsmängelhaftung stark unterschiedlich ausgestaltet: Während der Verkäufer für Rechtsmängel nach allgemeinem Schuldrecht und damit insgesamt strenger haftete (§§ 440 Abs. 1, 325 bzw. 326 BGB a.F.), haftete er für Sachmängel nach Gewährleistungsrecht (§§ 459 BGB ff.). Diese Differenzierung hat der Gesetzgeber nunmehr mit der Schuldrechtsreform aufgegeben und Rechts- (§ 435 BGB i.V.m. § 437 BGB) wie Sachmängelhaftung (§ 434 i.V.m. § 437 BGB) einheitlich dem Gewährleistungsrecht unterstellt.

Kommt der Verkäufer seiner Pflicht, die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht nach, dann haftet er also ebenso, wie wenn er seiner Pflicht zur rechtmängelfreien Leistung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht nachkommt. In beiden Fällen kann der Käufer zunächst einmal Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verlangen und hierfür eine Frist setzen, bei deren fruchtlosem Ablauf er Schadens- oder Aufwendungsersatz (§§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 bzw. 284 BGB) verlangen und/oder (§ 325 BGB) vom Vertrag zurücktreten oder mindern kann (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 bzw. 441 BGB). Ist die Beseitigung des Sach- oder Rechtsmangels ebenso unmöglich wie die Leistung eines sach- bzw. rechtmängelfreien Kaufgegenstandes, so hat der Käufer die gleichen Rechtsbehelfe, nur mit dem Unterschied, dass der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB entfällt und sich die Rechtsgrundlagen für Schadensersatz und den Rücktritt ändern (Schadensersatz: §§ 437 Nr. 3, 440, 283 BGB; Rücktritt: §§ 437 Nr. 2, 440, 326 Abs. 5 BGB).

Sowohl für die Rechts- wie für die Sachmängelhaftung ist damit der Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung vor der Geltendmachung von Sekundärleistungsansprüchen bzw. der Rückabwicklung des Vertrages festgeschrieben. Aus dem Recht des Käufers, Nacherfüllung zu verlangen, wird so ein Recht des Verkäufers zur Nachbesserung und zur zweiten Andienung.

1. Sachmängelhaftung im Kaufrecht (§§ 434, 437 ff. BGB)

Bis zur Schuldrechtsreform war in der Rechtslehre das dogmatische Verhältnis zwischen dem kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht und den zum allgemeinen Schuldrecht gehörenden Regeln über die Nichterfüllung der vertraglichen Leistungspflicht umstritten. Im Kern ging es dabei um die Frage: Haftet der Verkäufer, der eine mangelbehaftete Sache geleistet hat, beim Stückkauf, weil er den Vertrag nicht erfüllt hat oder handelt es sich beim Sachmängelgewährleistungsrecht um eine vom allgemeinen Schuldrecht unabhängige, dogmatisch selbständige Figur des Kaufrechts? Die Antwort auf diese Frage hing davon ab, ob man eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache bejahte (so die Erfüllungstheorie) oder verneinte (so die Gewährleistungs- oder Gewährungstheorie).

Der Gesetzgeber hat sich mit der Schuldrechtsreform nunmehr ausdrücklich zur Erfüllungstheorie bekannt, indem er in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eine dem Gesetzestext bisher fremde Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung einer sachmangelfreien Sache angeordnet hat. Leistet der Verkäufer also eine sachmangelbehaftete Sache, so erfüllt er den Kaufvertrag nicht, sodass der Käufer konsequenterweise von ihm Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verlangen kann.

Der Sachmangelbegriff des neuen Kaufrechts ist auf sieben verschiedene Tatbestände verteilt: den Sachmangel kraft Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB), kraft mangelnder Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB), kraft mangelnder Eignung zur gewöhnlichen Verwendung oder Abweichung von der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB), kraft unsachgemäßer Montage (§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB), kraft mangelhafter Montageanleitung (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB), kraft Lieferung eines aliud (§ 434 Abs. 3 1. Alt. BGB) und kraft Lieferung einer zu geringen Menge (§ 434 Abs. 3 2. Alt. BGB). Da dies gegenüber der Konzeption des früheren BGB, die mit zwei haftungsbegründenden Tatbeständen für das Sachmängelgewährleistungsrecht auskam (Fehler und zugesicherte Eigenschaft), eine verwirrende Vielfalt darstellt, empfiehlt es sich aus didaktischen Gründen, diese sieben Sachmängelarten ihren jeweiligen Grundgedanken nach zusammenzufassen und auf drei Fallgruppen haftungsbegründender Tatbestände zu reduzieren: den Beschaffenheitsmangel (§ 434 Abs. 1 BGB) (=für den Käufer ungünstige Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit), den Montage- bzw. Montageanleitungsmangel (§ 434 Abs. 2 BGB) und die Aliud- bzw. Mankolieferung (§ 434 Abs. 3 BGB). Diese drei Tatbestände wollen wir nun näher betrachten:

a. Der Beschaffenheitsmangel

Gemäß § 434 Abs. 1 BGB haftet der Verkäufer einer Sache, wenn ihre Ist-Beschaffenheit zur Zeit des Gefahrübergangs (§§ 446, 447 BGB) ungünstig von ihrer Soll-Beschaffenheit abweicht. Die Soll-Beschaffenheit ist nach § 434 Abs. 1 BGB anhand eines dreistufigen Prüfungsrasters wie folgt zu ermitteln: Haben die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache ausdrücklich oder konkludent vereinbart, so bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit alleine nach dieser Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Falls es dagegen nicht zu einer derartigen Beschaffenheitsvereinbarung gekommen ist, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit nach der Eignung der Kaufsache für ihre vertraglich vorausgesetzte Verwendung (Verwendungszweckvereinbarung) (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Ist schließlich, wie häufig bei kleineren Bargeschäften des täglichen Lebens, auch eine solche Verwendungszweckvereinbarung nicht getroffen worden, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit nach der Eignung der Kaufsache für ihre gewöhnliche Verwendung und den Beschaffenheitsmerkmalen, die bei Sachen der gleichen Art üblich sind und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).

Allerdings fällt unter den auf diese Weise charakterisierten Beschaffenheitsmangel nicht jede solche Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, da die Verfehlung der Soll-Beschaffenheit auch darauf beruhen kann, dass eine andere als die geschuldete Leistung (aliud) erbracht wurde. Bei einer solchen Falschlieferung griffen im früheren Recht nach allgemeiner Ansicht nicht die Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung, sondern die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen ein (BGH NJW 1979, 811), sodass im Hinblick auf die damit verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen im Einzelfall eine saubere Abgrenzung zwischen Sachmangel und Falschlieferung erfolgen musste. Im neuen Recht ist man dieser Notwendigkeit regelmäßig deshalb entgangen, weil § 434 Abs. 3 BGB die Falschlieferung dem Sachmangel gleichstellt, sodass man künftig in der Fallbearbeitung, wenn feststeht, dass entweder ein Sachmangel oder eine Falschlieferung vorliegt, die Abgrenzung im Hinblick auf diese Gleichstellung dahingestellt sein lassen kann. Wir wollen uns zunächst dem Sachmangel auf Grund Nichteinhaltung der Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) zuwenden:

i. Sachmangel kraft Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB)

Haben die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung geschlossen, so ist diese alleiniger Maßstab für die Soll-Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit hat

der Gesetzgeber den im früheren Recht herrschenden Streit, ob die Soll-Beschaffenheit subjektiv nach den Parteivereinbarungen (sogen. subjektiver Fehlerbegriff) oder objektiv nach den im Verkehr vorherrschenden Auffassungen über die Qualität bestimmter Sachen (sogen. objektiver Fehlerbegriff) zu bestimmen ist, zu Gunsten des Vorranges des auch schon im früheren Recht herrschenden subjektiven Fehlerbegriffs entschieden. Welche Merkmale dabei alle unter den vom Gesetz benutzten Begriff der „Beschaffenheit“ fallen sollen, hat der Gesetzgeber nicht abschließend entscheiden wollen:

„Der Begriff der „Beschaffenheit“ soll nicht definiert werden. Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften erfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 213).

Die Entscheidung dieser Frage hat der Gesetzgeber demnach Rechtsprechung und Lehre überlassen. Als kleinster gemeinsamer Nenner hierzu hat sich inzwischen die Überzeugung herauskristallisiert, man müsse den Begriff der Beschaffenheit möglichst weit verstehen, um dem gesetzgeberischen Anliegen der weitestgehenden Beseitigung von Abgrenzungsproblemen zwischen Sachmängelgewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht gerecht zu werden. Ob man bei diesem großzügigen Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs wirklich so weit gehen soll, auf jeden Bezug des vereinbarten Merkmales zur Kaufsache zu verzichten (in diese Richtung gehen die Ausführungen von Malzer, in: Hoeren/Martinek, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, § 434 Rdnrn. 14 ff.), ist zwar noch offen, im Ergebnis aber nicht zu befürworten, da dem der Gesetzeswortlaut „Sachmangel“ entgegensteht und insoweit angesichts des Eingreifens des allgemeinen Leistungsstörungenrechts kein praktisches Bedürfnis für eine solch extreme Ausweitung des Beschaffenheitsbegriffs besteht (a.A. mit beachtlichen Erwägungen Berger, JZ 2004, 276). Es ist daher damit zu rechnen, dass sich ein etwas engeres Verständnis durchsetzen wird, wonach zur (Sach-)Beschaffenheit alle Eigenschaften, die der Sache anhaften und jeder tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand, der in ihr wurzelt oder auf sie Bezug hat, gehören (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnrn. 10 und 14; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 9). Völlig außerhalb der Sache liegende Umstände, die etwa alleine in der Person des Käufers wurzeln, bleiben mithin auch weiterhin dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht vorbehalten (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 11).

Damit ein so verstandenes Beschaffenheitsmerkmal zum Inhalt der Soll-Beschaffenheit wird, müssen die Parteien es vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung muss nicht ausdrücklich geschlossen werden. Dies wird wohl auch in

der Praxis eher selten vorkommen. Im Rechtsalltag wird daher die konkludent (stillschweigend) zustande gekommene Beschaffenheitsvereinbarung im Vordergrund stehen. Eine solche kann man etwa bejahen, wenn der Verkäufer die Eigenschaften der Ware beschreibt und der Käufer - für den Verkäufer erkennbar - auf der Grundlage dieser Beschreibung seine Kaufentscheidung trifft oder wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber zum Ausdruck bringt, welche Eigenschaften er erwartet und der Verkäufer ihm daraufhin, ohne auf diese Ausführungen des Käufers ausdrücklich einzugehen, eine Sache verkauft (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 8). Kein Raum für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist lediglich dann, wenn der Kaufvertrag (z.B. nach § 311b Abs. 1 BGB) formbedürftig ist. In diesem Fall muss auch die Beschaffenheitsvereinbarung (z.B. die Beschreibung der Kaufsache) formgerecht zustande gekommen sein, beim Grundstückskaufvertrag also etwa mit beurkundet sein. Ist dies nicht der Fall, kommt aber meist noch eine Heilung des Formmangels durch Erfüllung in Betracht (beim Grundstückskauf etwa nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB), die sich dann auch auf die Beschaffenheitsvereinbarung erstreckt (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 18).

Die Beschaffenheitsvereinbarung kann sich auf beliebig viele Eigenschaften beziehen. Entscheidend ist nur, dass die jeweiligen Eigenschaften hinreichend bestimmt waren und auch von den Parteien verbindlich gemeint waren. Erkennbar scherzhaft gemeinte und übertriebene Anpreisungen (etwa nach der Art des „Hamburger Fischmarktes“) scheiden demnach als Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung ebenso aus wie bloße Wertungen („Der Pullover ist topmodern“). Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass Beschaffenheitsvereinbarungen bei unklaren Formulierungen nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB nach dem Horizont des jeweiligen Erklärungsempfängers nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen sind (Malzer: Martinek/Hoeren, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, § 434 Rdnr. 20).

(1) Beschaffenheitsvereinbarung und Umweltbeziehungen

Wie bereits erörtert wollte der Gesetzgeber den Begriff der Beschaffenheit in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht abschließend definieren. Dazu hat er ausgeführt: „Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften erfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen“ (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Damit hat der Gesetzgeber die Bestimmung der äußeren Grenzen des Beschaffenheitsbegriffes Rechtsprechung und Lehre überlassen. Bei der Lösung dieses Problems ist zu bedenken, dass der Käufer einer Kaufsache, die in

bestimmten Aspekten hinter dem vertraglich vereinbarten Pflichtenprogramm zurückbleibt, auch dann nicht schutzlos gestellt ist, wenn man einigen dieser Aspekte die Eigenschaft, Beschaffenheitsmerkmal zu sein, abspricht. Im Gegenteil: Der Verkäufer haftet dann nämlich unmittelbar nach §§ 280 ff. BGB, also nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht, welches - etwa hinsichtlich der verkürzten Verjährungsfrist im kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht (vgl. § 438 BGB) - grundsätzlich käuferfreundlicher ist als das allgemeine Leistungsstörungenrecht modifizierende Gewährleistungsrecht. Die mit diesen Modifizierungen verbundenen spezifisch kaufrechtlichen Wertungen gebieten es aber gerade, den Beschaffenheitsbegriff nicht einer konturenlosen Ausuferung preiszugeben: Sie machen nämlich nur dann Sinn, wenn die haftungsbegründende Pflichtverletzung ihren tieferen Grund in der Kaufsache selbst hat. Demnach ist es auch im neuen Recht erforderlich, den Begriff der Beschaffenheit der Kaufsache konturenscharf zu definieren (a.A. mit beachtlichen Erwägungen Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnrn. 306 ff.; Berger, JZ 2004, 276).

Zur Beschaffenheit der Kaufsache zählen in erster Linie und unproblematisch die körperlichen Merkmale der Sache. Unkörperliche Eigenschaften der Sache können - entsprechend der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung zum Fehlerbegriff des alten Rechts - nur dann Beschaffenheitsmerkmale sein, wenn es sich bei ihnen um Beziehungen der Sache zur Umwelt handelt, die wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen. Dabei kann es sich um tatsächliche, wirtschaftliche, rechtliche oder soziale Umweltbeziehungen handeln (Weidenkaff, in: Palandt, Rdnrn. 11 und 14). Typische Beispiele für tatsächliche Umweltbeziehungen, die Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können, sind etwa die Lage des verkauften Grundstückes oder die Herkunft der verkauften Sache. Dabei ist mit Herkunft sowohl die geographische Herkunft eines Argarprodukts als auch die Herstellung eines Werkes durch einen bestimmten Künstler gemeint. Stammt etwa der gelieferte Wein aus einem anderen Anbaugebiet als vereinbart und führt dies nicht zur Annahme einer Falschlieferung gemäß § 434 Abs. 3 BGB, so weist der Wein nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf. Ebenso entspricht ein Bild, das nicht von dem Künstler stammt, den beide Parteien gemeinsam als Maler vorausgesetzt haben, nicht der vereinbarten Beschaffenheit (OLG Frankfurt, NJW 1993, 1477).

Bei den einen Sachmangel begründenden rechtlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt stellt sich das bereits angesprochene Problem der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel. Dabei gestaltet sich die Abgrenzung insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen besonders schwierig. Allerdings ist die Abgrenzung im Hinblick auf die in der Schuldrechtsreform vorgenommene Angleichung der Rechtsfolgen der Haftung für Sach- und Rechtsmängel nicht mehr von praktischer Relevanz. Wenn man bei Fallbearbeitungen nach neuem

Recht die Frage, ob ein bestimmter vertragswidriger Umstand einen Sachmangel oder einen Rechtsmangel bildet, nicht offen lassen möchte (obwohl dies im Hinblick auf die Rechtsfolgenparallelität der Sach- und Rechtsmangelhaftung ohne weiteres möglich wäre), bietet es sich an, an die zum alten Recht zur Abgrenzung entwickelten Lösungen anzuknüpfen.

Hier hatte sich in der Lehre überwiegend der Ansatz durchgesetzt, der eine rechtliche Beziehung der Sache zur Umwelt dann zur Beschaffenheit rechnetete, wenn sie ihrerseits mit der Beschaffenheit der Sache oder deren Lage zusammenhing, also letztlich in der Sache wurzelte. Unter dieser Voraussetzung hielt man nämlich zu Recht die spezifisch kaufrechtlichen Wertungen des Sachmängelrechts (und insbesondere die kurze Verjährung nach § 477 BGB a.F.) für einschlägig.

Nach dieser aufs neue Recht ohne weiteres übertragbaren Lösung ist z.B. bei bauplanungsrechtlich begründeten Baubeschränkungen von einem Sachmangel auszugehen, da die bauplanungsrechtliche Bebaubarkeit eines Grundstücks an die Lage des Grundstücks anknüpft (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 9; vgl. auch die Rechtsprechung zum alten Recht: RGZ 131, 343, 348 f.; BGH NJW 1969, 837; BGHZ 117, 159, 162 f.; vgl. auch Johlen, NJW 1979, 1531 m.w.N.). Das Gleiche muss auch für behördliche Eingriffe und Beschränkungen in Bezug auf ein Grundstück gelten, das mit Altlasten verseucht ist, da auch hier die Eingriffsbefugnis der Behörden ihren Grund in der physischen Beschaffenheit des Bodens in Form von Verunreinigungen hat (Knoche, NJW 1995, 1985, 1986). Ferner vertrat der BGH auch zum alten Recht die aufs neue Recht übertragbare Ansicht, dass solche Mängel, die die Befugnis einer Behörde zur Beschlagnahme der verkauften Sache begründen, einen Rechtsmangel darstellen, da sie dadurch gekennzeichnet seien, dass der Verkäufer dem Käufer nur Eigentum ohne rechtlichen Bestand verschaffen könne (BGHZ 113, 106, 112; BGH NJW 1983, 275).

Ein Beispiel für eine einen Beschaffenheitsmangel begründende soziale Beziehung einer Sache zur Umwelt ist der schlechte Ruf, der dem Kaufgegenstand (z.B. einem Gewerbebetrieb) als Makel anhaftet. So hat das RG etwa einen Beschaffenheitsmangel bejaht, wenn sich nach dem Kauf herausstellt, dass ein als „Pension“ verkaufter Geschäftsbetrieb „in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier“ ist (RGZ 67, 86, 90).

Die Frage, ob unrichtige Angaben über die vor der Veräußerung erzielten Umsätze eines Unternehmens als von der Sollbeschaffenheit ungünstig abweichende wirtschaftliche Beziehungen einer Sache zur Umwelt einen Beschaffenheitsmangel begründen, war im alten Recht umstritten. Dieser Streit wird wohl auch im neuen Recht mit den gleichen Argumenten ausgetragen werden. Im alten Recht war der

Meinungsstand wie folgt: Der BGH sah in der Angabe über den vergangenen Umsatz oder Ertrag eines Unternehmens keine Beschaffenheitsvereinbarung, da der Umsatz auch stark von der Marktlage und vom Unternehmer selbst abhängig sei und daher nicht definitionsgemäß in der Sache wurzele (BGH NJW 1970, 653, 654 m. kritischer Anmerkung von Putzo). Dem ist in der Literatur entgegengehalten worden, dass aussagekräftiges Zahlenmaterial durchaus Aufschluss über die Funktionstauglichkeit des Unternehmens geben könne, sodass insoweit für den Käufer ungünstige Abweichungen von der Wirklichkeit der Risikosphäre des Verkäufers zugerechnet werden müsse. Die durch Vorlage von Bilanzen gemachten Angaben über vergangenen Umsatz und Ertrag waren dieser Ansicht nach Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung, wenn sie erkennbar den Vertragszweck des Käufers bestimmen (MüKo/H.P. Westermann, § 459 Rdnr. 54).

(2) Verdacht eines Beschaffenheitsmangels

In einigen Fällen taucht die schwierige Frage auf, ob bereits der Verdacht, dass eine Sache mit einem Beschaffenheitsmangel behaftet ist, zur Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes führt. Der BGH hat sich mit dieser Frage grundlegend in BGHZ 52, 51 ff. auseinandergesetzt. Dieser Entscheidung lag folgender, leicht abgewandelter Sachverhalt zugrunde (vgl. dazu auch die - allerdings auf altem Recht basierende - Klausur von Rüßmann/Lange, in: JuS 2001, 980 ff.):

V ist eine Handelsgesellschaft, die vor allem auf den Import von Wild spezialisiert ist. K, der ein Selbstbedienungslager betreibt, erwirbt von V einen Posten gespickter Hasenkeulen und Hasenrücken, ohne dass beim Abschluss des Kaufvertrages über das Ursprungsland der Ware gesprochen wird. Am Tag der Auslieferung der Ware berichtet die Bild-Zeitung unter Schlagzeilen, dass etwa 50.000 mit Salmonellen verseuchte tiefgefrorene Hasen von Argentinien nach Deutschland eingeführt worden seien. Daraufhin fragt K bei V nach, ob die von V gelieferten Hasen auch aus Argentinien stammten, was V bejaht. Auf diese Bestätigung hin verlangt K die Rücknahme der Ware und Lieferung eines entsprechenden Postens gespickter Hasenkeulen und Hasenrücken aus einem anderen Herkunftsland, da der gelieferte Posten nicht verkäuflich sei und das Ordnungsamt ihm bis auf weiteres den Verkauf der Hasen untersagt habe. Da V nicht auf das Verlangen des K eingeht und Zahlung des Kaufpreises verlangt, verdirbt das eingelagerte Hasenfleisch schließlich infolge überlanger Lagerung und wird vernichtet. V nimmt K auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Mit Recht?

Es ist zu prüfen, ob K dem aus § 433 Abs. 2 BGB begründeten Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 Abs. 1 BGB entgegenhalten kann. Dies setzt hier voraus, dass V seine Pflicht zur sachmängelfreien Leistung gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfüllt hat, weil das gelieferte Fleisch mit einem Beschaffenheitsmangel im Sinne des § 434 Abs. 1

BGB behaftet war. Wenn nachgewiesen wäre, dass die Hasen salmonellenverseucht waren, dann könnte man einen Beschaffenheitsmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB unproblematisch bejahen, da die Parteien stillschweigend vereinbart hatten, dass das Hasenfleisch jedenfalls auf Grund seiner Beschaffenheit zum gesundheitlich unbedenklichen Verzehr und damit auch zum Verkauf als Lebensmittel geeignet sein sollte (vgl. BGHZ 52, 51, 53). Der Salmonellenbefall des Fleisches steht aber gerade nicht fest und kann wegen der zwischenzeitlich erfolgten Vernichtung des Fleisches auch nicht mehr festgestellt werden. Daher stellt sich nun die Frage, ob auch der Verdacht des Salmonellenbefalls einen Beschaffenheitsmangel darstellt. Der BGH ist der Auffassung, dass auch der auf konkrete Tatsachen gestützte, nahe liegende Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit, den der Käufer nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen kann, als Beschaffenheitsmangel gewertet werden kann, da er den Vertragszweck „Weiterveräußerung der Ware“ vereitelt (BGHZ 52, 51, 53 f.; BGH NJW 1989, 218, 219 f.). Bei dem auf der Herkunft der Ware beruhenden, praktisch nicht ausräumbaren Verdacht handelt es sich dann um eine den Beschaffenheitsmangel begründende soziale Beziehung des Kaufgegenstandes zur Umwelt. Allerdings musste der BGH im konkreten Fall noch prüfen, ob der Käufer den Verdacht nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen konnte. Hierfür war nach seiner Auffassung die Untersuchung der gesamten Lieferung durch einen Sachverständigen erforderlich. Da diese Untersuchung den K mehr gekostet hätte als die Ware selbst, hielt der BGH sie für unzumutbar (BGHZ 52, 51, 54). Somit war das Hasenfleisch nach der Auffassung des BGH mangelhaft und K konnte die Zahlung des Kaufpreises gestützt auf § 320 Abs. 1 BGB verweigern.

Zusammenfassend kann man zu dem Problem, ob der Verdacht eines Fehlers einem Fehler gleichgestellt werden kann, sagen, dass der BGH hierfür einen auf konkrete Tatsachen gestützten, nahe liegenden Verdacht verlangt, den der Käufer nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen kann. Dies gilt aber nur, wenn der Verdacht später (d.h. vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung) nicht ausgeräumt wird. Stellt sich dagegen später heraus, dass der Verdacht unbegründet war, so will der BGH einen Beschaffenheitsmangel verneinen, da die Ware nie mangelhaft war (BGH NJW 1972, 1462, 1463; NJW 1989, 218, 220). Das wird man aber so verstehen müssen, dass die Verneinung eines Beschaffenheitsmangels bei nachträglicher Widerlegung des Verdachts nur gilt, wenn die Ware danach wieder unbedenklich verzehrt und/oder verkauft werden kann. Ist sie zwischenzeitlich aber, wie in dem Fall der argentinischen Hasen, ungenießbar geworden, so war sie bis zuletzt auf Grund des Verdachts unverkäuflich und damit für den K unbrauchbar. Nach § 434 Abs. 1 BGB muss die Sache jedoch bei Gefahrübergang, d.h. grundsätzlich bei Übergabe der Sache (§ 446 BGB), die vereinbarte

Beschaffenheit nicht aufweisen und dies könnte oft zur Verneinung eines Beschaffenheitsmangels führen, da der Verdacht als mangelbegründende Umweltbeziehung meist erst nach Gefahrübergang auftauchen wird. Um die Rechtsposition des Käufers zu stärken, bejaht der BGH das Tatbestandsmerkmal „bei Gefahrübergang“ daher bereits dann, wenn der Verdacht erst nach Gefahrübergang entsteht, aber auf Tatsachen beruht, die vor Gefahrübergang bereits gegeben, jedoch noch nicht erkannt waren (BGH NJW 1972, 1462, 1463; 1989, 218, 220). Dies ist auch dogmatisch vertretbar, da der den Mangel begründende Verdacht (genauer gesagt: die verdachtauslösenden Tatsachen) bereits bei Gefahrübergang in der Sache angelegt war (vgl. Rüßmann/Lange, in: JuS 2001, 980, 983).

Ist die Frage, ob auch der nicht ausräumbare Verdacht eines Fehlers einen Fehler darstellt, in der Rechtsprechung zunächst bei Lebensmitteln, die in dem Verdacht der Gesundheitsschädlichkeit standen und zum Wiederverkauf bestimmt waren, aufgetaucht, so dürften in Zukunft Fälle von Grundstücken mit Altlastenverdacht zunehmend relevant werden. Hier wird vorgeschlagen einen mangelbegründenden Verdacht bei Grundstücken anzunehmen, bei deren früherer industrieller Nutzung mit Stoffen gearbeitet wurde, deren Vorhandensein im Boden unstreitig eine behandlungsbedürftige Altlast darstellen würden. Ist das nicht der Fall, so soll ein entsprechender Verdacht nach Teilbeprobungen zu bejahen sein, die auf eine sanierungsbedürftige Altlast hindeuten (Knoche, NJW 1995, 1985, 1988). Besonders dringend wird sich hier die Frage stellen, bis zu welcher Summe dem Käufer Untersuchungskosten zur Ausräumung des Verdachts zugemutet werden können. Dabei wird im Hinblick auf die hohen Immobilienpreise vorgeschlagen, nicht wie in der BGH-Entscheidung zum argentinischen Hasenfleisch darauf abzustellen, ob die Untersuchungskosten dem Kaufpreis entsprechen, sondern eine Obergrenze festzulegen (vgl. Knoche, NJW 1995, 1985, 1988, der damals 20.000 bis 30.000 DM für zumutbar hielt).

ii. Sachmangel kraft Nichteignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB)

Nur wenn die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung im soeben umschriebenen Sinne getroffen haben, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit danach, ob sich die Kaufsache zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Dabei hat der Gesetzgeber die praktisch bedeutsame Fallgestaltung im Auge, dass die Parteien sich über bestimmte Eigenschaften der Kaufsache keine Gedanken gemacht haben, weil ihre Aufmerksamkeit statt dessen auf einen bestimmten mit der Kaufsache bezweckten Erfolg (=Verwendungszweck) gerichtet war, der allerdings seinerseits nur beim Vorliegen gewisser Eigenschaften eintreten kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 213). So

liegt es etwa, wenn ein Buchautor sich einen Laptop zulegen will und dem Verkäufer gegenüber beim Verkaufsgespräch deutlich macht, dass der Laptop ausschließlich dazu dienen soll, dem Autor bei der Schaffung eines großen Romanwerks als „moderne Schreibmaschine“ zur Verfügung zu stehen. Kommt es vor dem Hintergrund dieses konkreten Verwendungszwecks schließlich zum Abschluss eines Kaufvertrages, so haben die Parteien keine unmittelbare Vereinbarung über die Beschaffenheit des Laptops getroffen. Dennoch sind bestimmte, konkrete Beschaffenheitsmerkmale geschuldet. Welche das sind, ergibt sich allerdings nicht aus einer primär auf bestimmte Beschaffenheitsmerkmale bezogenen Vereinbarung, sondern aus dem vereinbarten Verwendungszweck, der seinerseits das Vorliegen bestimmter Merkmale als „selbstverständlich“ voraussetzt. Ein Laptop, der als „moderne Schreibmaschine“ bei der Erstellung eines großen Romanwerkes genutzt werden soll, muss z.B. über eine große Speicherkapazität verfügen und zur Verwendung gängiger, auch anspruchsvoller, Textverarbeitungsprogramme geeignet sein. Er muss statt über filigrane technische Feinheiten zu verfügen, wenig reparaturanfällig und benutzerfreundlich sein, um dem Autor während seiner Schaffensphase möglichst ununterbrochen zur Verfügung zu stehen.

Nach dem Wortlaut des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB muss der Verwendungszweck „nach dem Vertrag vorausgesetzt“ sein. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber die Frage, ob „es sich dabei um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht“, gar nicht entscheiden (BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Man wird jedoch bereits bloße Vorstellungen, auf die sich der Kaufentschluss des Käufers gründet und die dem Vertragsschluss als selbstverständlich zugrunde lagen, ausreichen lassen müssen. Denn wenn der Verkäufer in Kenntnis einer vom Käufer geäußerten Verwendungsabsicht eine Sache verkauft, kann er, wenn sich die Sache dann nicht zu diesem Zweck eignet, nicht nur deswegen der Haftung enttrinnen, weil die Parteien die Eignung der Kaufsache für einen bestimmten Zweck für so selbstverständlich hielten, dass sie gar nicht daran dachten, diese Eignung zum Inhalt ihrer vertraglichen Vereinbarung zu machen. Entscheidend ist allerdings, dass der vorgesehene Verwendungszweck nicht in dem Sinne „einseitig“ geblieben ist, dass er dem Verkäufer gar nicht bekannt wurde und auch für diesen nicht erkennbar war. Denn solche nicht geäußerten und auch nicht erkennbaren Verwendungszwecke sind schon begrifflich nicht „nach dem Vertrag vorausgesetzt“. Sie sind ferner im Sinne einer gerechten Risikoverteilung alleine dem Käufer anzulasten, da es diesem ja offen stand, seine Vertragserwartungen dem Verkäufer gegenüber zum Ausdruck zu bringen.

iii. Sachmangel kraft Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung oder Abweichung von der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB)

Haben die Parteien weder eine Beschaffenheitsvereinbarung noch eine bestimmte Verwendung der Kaufsache vorausgesetzt, kommen als Maßstab für die Soll-Beschaffenheit alleine noch die Eignung der Kaufsache zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche Beschaffenheit der Kaufsache in Betracht (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Nur wenn beides, Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und übliche Beschaffenheit, bejaht werden kann, ist die Kaufsache mangelfrei. Deshalb handelt es sich bei der Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung und der Abweichung von der üblichen Beschaffenheit auch um zwei selbständige Mangeltatbestände. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist auf Grund des Anwendungsvorranges der §§ 434 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 BGB als klassischer Auffangtatbestand konzipiert, der sich an den zum früheren Recht gelegentlich vertretenen objektiven Fehlerbegriff anlehnt.

Die gewöhnliche Verwendung des Kaufgegenstandes ist objektiv anhand der Art der Sache und dem Verkehrskreis, dem der Käufer angehört, zu bestimmen. Dabei soll es insbesondere eine Rolle spielen, ob der Käufer die Sache erkennbar als Verbraucher (§ 13 BGB) oder als Unternehmer (§ 14 BGB) kauft (Beispiel: Kleidung für private oder berufliche Zwecke) (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 27).

Bei der üblichen Beschaffenheit ist sowohl nach dem Gesetzeswortlaut als auch nach dem Willen des Gesetzgebers auf „Sachen gleicher Art“ als Vergleichsmaßstab abzustellen. Dabei gilt es, genau zu sein: Eine Sache „gleicher Art“ muss in den für die jeweils in Rede stehende Beschaffenheit relevanten Merkmalen mit der Kaufsache übereinstimmen, d.h. etwa bezüglich des Herstellungsmaterials, wenn über die Karosseriebeschaffenheit eines Pkw gestritten wird oder im Baujahr, wenn es um die Üblichkeit bestimmter Verschleißerscheinungen geht (vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 29). Das bedeutet, dass man etwa bei gebrauchten Sachen nicht die übliche Beschaffenheit eines neuwertigen Gegenstandes zugrunde legen darf, sondern diejenige Beschaffenheit, die eine gepflegte gebrauchte Sache gleicher Art aufweisen müsste. Bei einem Gebrauchtwagen wird man daher zur Ermittlung der üblichen Beschaffenheit als Vergleichsfahrzeug ein durchschnittliches Fahrzeug gleichen Alters und gleicher Laufleistung heranziehen müssen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Wenn das Gesetz zusätzlich für die „Üblichkeit der Beschaffenheit“ Sachen gleicher Art auf die berechtigten Erwartungen des Käufers abstellt, ist damit keine Versubjektivierung der Soll-Beschaffenheit beabsichtigt. Es kommt nämlich nicht auf die Sicht des konkreten Käufers, sondern auf den objektiven „Erwartungshorizont“ eines vernünftigen Durchschnittskäufers an (BT-Drucks. 14/

6040, S. 214). Da es auf Grund der Produktvielfalt und unterschiedlichen Kundenkreise „den“ Durchschnittskäufer nicht gibt, ist Durchschnittskäufer ein repräsentativer Vertreter des am jeweiligen Geschäftstyp (Handelskauf, Verbrauchsgüterkauf, grenzüberschreitender gewerblicher Kauf) üblicherweise beteiligten Personenkreises (Malzer, in: Martinek/Hoeren, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, § 434 Rdnr. 56). Ist demnach beispielsweise bei einem auf die Belieferung von Kantinen spezialisierten Unternehmen der durchschnittliche Kantinenbetreiber „Durchschnittskäufer“, so ist bei einem auf die Belieferung von exquisiten Gourmetlokalen spezialisierten Feinkosthändler der durchschnittliche Gourmetlokalinhaber „Durchschnittskäufer“, nach dessen vernünftigen Erwartungen sich die Beschaffenheit der Ware bestimmt, wenn die Parteien vor der Lieferung weder über die Beschaffenheit der Ware noch über den konkreten Verwendungszweck gesprochen haben.

§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB erweitert im Falle des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (also wenn weder eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen noch eine bestimmte Verwendung vertraglich vorausgesetzt wurde) die Soll-Beschaffenheit um Eigenschaften, die zwar nicht zur üblichen Beschaffenheit gehören, deren Vorliegen der Käufer aber gleichwohl auf Grund öffentlicher Äußerungen des Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen, insbesondere in der Werbung, erwarten kann. Hintergrund dieser - in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfolgten - Regelung ist Folgendes: Der Käufer, dem der Verkäufer bestimmte Eigenschaften einer Kaufsache im Rahmen des Verkaufsgesprächs zusagt, wird durch § 434 Abs. 1 S. 1 BGB geschützt. Häufig aber kommt es erst gar nicht mehr zu einem solchen Verkaufsgespräch, weil der Käufer bereits auf Grund von Werbeaussagen des Verkäufers oder des Herstellers vom Vorliegen bestimmter Eigenschaften wie selbstverständlich ausgeht. In diesem Fall soll er durch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der Werbeaussage geschützt werden. Dieser Regelungszweck ist zwar in erster Linie durch den Verbraucherschutz motiviert. Dennoch hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, den Schutz nur auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken. Denn auch bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern sind ohne weiteres Fälle denkbar, in denen die Kaufentscheidung durch eine Werbeaussage beeinflusst worden ist, sodass der Käufer, auch wenn er kein Verbraucher ist, in gleichem Maße schutzbedürftig ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Eine entscheidende Eingrenzung erfährt der Tatbestand des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB durch das Merkmal der „Öffentlichkeit“ der Äußerung. Öffentlich ist eine Äußerung, wenn sie potentiell für eine unbestimmte Vielzahl von Personen wahrnehmbar ist (ähnlich: Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 34). Das ist insbesondere bei Anzeigen und Werbespots in Druckschriften (Zeitungsannoncen, Warenkataloge etc.), Radio- und Fernsehsendungen oder dem Internet der Fall.

Eine weitere Eingrenzung folgt daraus, dass nur Werbeaussagen über konkrete Eigenschaften zu einer Haftung des Verkäufers führen und nicht etwa auch „reißerische Anpreisungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf nachprüfbare Aussagen über die Beschaffenheit der Kaufsache“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Schließlich greift die Erweiterung der Soll-Beschaffenheit über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB dann nicht ein, wenn der Verkäufer die fragliche Werbeaussage nicht kannte und auch nicht kennen musste (§ 122 Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB: auch leichte Fahrlässigkeit schadet!), sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war (z.B. durch eine breit angelegte Rückrufaktion des Herstellers) oder wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte (§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.E.). Für das Eingreifen eines dieser Ausnahmetatbestände trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Verkäufer die Beweislast. Diese im Gesetzeswortlaut durch die negative Formulierung angelegte Beweislastverteilung („...es sei denn...“) beruht auf der Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (BT-Drucks. 14/6040, S. 214 f.).

b. Der Montage- und Montageanleitungsmangel (§ 434 Abs. 2 BGB)

Der mit der Schuldrechtsreform in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie neu eingeführte § 434 Abs. 2 BGB dehnt das Sachmangelgewährleistungsrecht auch auf vom Verkäufer oder seinem Erfüllungsgehilfen unsachgemäß ausgeführte Montagen (Montagemangel, § 434 Abs. 2 S. 1 BGB) und mangelhafte Montageanleitungen (Montageanleitungsmangel, § 434 Abs. 2 S. 2 BGB) aus. Dabei hat man unter Montage alle zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache notwendigen Handlungen, insbesondere den Zusammenbau von Einzelteilen, den Einbau am vereinbarten Einsatzort etc., zu verstehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 40).

§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB stellt den Montagemangel dem Sachmangel für den Fall gleich, dass die Montage vertraglich vereinbart ist. Dabei darf die Montageverpflichtung allerdings nicht den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bilden, da der Vertrag sonst nicht als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, sondern als Werkvertrag zu qualifizieren ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 215). Ein Beispiel für einen solchen Vertrag, der auf Grund des Schwerpunktes des werkvertraglichen Elementes als Werkvertrag zu qualifizieren ist, wäre etwa ein Vertrag, in dem sich der Schuldner zur Herstellung und zum Einbau einer Treppe in ein Gebäude verpflichtet (Sprau, in: Palandt, § 651 Rdnr. 4). Die unsachgemäße Montage muss sich, um einen Mangel zu begründen, in einer für den Käufer ungünstigen Weise auf die Kaufsache ausgewirkt haben. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn eine zunächst sachmangelfreie Sache geliefert wird, die dann infolge unsachgemäßen Einbaus beschädigt wird (Beispiel: Beschädigung einer Waschmaschine auf Grund unsachgemäßen

Wasseranschlusses, sodass Wasser in Teile der Maschine eindringt, die trocken bleiben müssen). Zum anderen ist das der Fall, wenn lediglich die Montage selbst fehlerhaft ist, ohne dass sich dies auf die Beschaffenheit der Sache negativ auswirkt (Beispiel: Der Verkäufer bringt die Schränke einer Einbauküche schief an der Wand an, ohne dass dies zu Qualitätseinbußen bei den Schränken (Risse, Kratzer etc.) führt) (Beispiele nach BT-Drucks. 14/6040, S. 215).

Wird bei einer montagebedürftigen Kaufsache anstatt der Vereinbarung des Einbaus durch den Verkäufer oder einen seiner Erfüllungsgehilfen eine Montageanleitung mitgesandt, so greift § 434 Abs. 2 S. 2 BGB (sogen. „IKEA-Klausel“). Montagebedürftig („zur Montage bestimmt“) ist eine Kaufsache, wenn für ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch der Zusammenbau ihrer Einzelteile, ihre Aufstellung, ihr Einbau oder ihr Anschluss erforderlich ist (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 47). Mangelhaft ist eine solche Montageanleitung, wenn sie bei der Verwendung durch einen durchschnittlich begabten Käufer des vom Kauf regelmäßig betroffenen Personenkreises nicht zu einer sachgemäßen Montage führen kann, wenn sie also zwangsläufig dazu führt, dass die Montage nicht oder nicht fehlerfrei durchgeführt werden kann oder dass die Kaufsache bei der Montage beschädigt oder zerstört wird. Typische Beispiele hierfür sind unvollständige Anleitungen, Anleitungen in einer fremden Sprache, Anleitungen, die nur einem Fachmann verständlich sind oder Anleitungen, die sich auf ein anderes Produkt beziehen. Kommt es trotz der Mangelhaftigkeit der Montageanleitung im Ergebnis zu einer fehlerfreien Montage, so greift § 434 Abs. 2 S. 2 BGB nicht ein. Das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestandes hat der Verkäufer zu beweisen (vgl. die negative Formulierung des Gesetzeswortlautes: „es sei denn“). Das Entfallen eines Sachmangels bei fehlerfreier Montage ist rechtspolitisch umstritten. So empfinden es z.B. Olzen/Wank, Schuldrechtsreform, Rdnr. 359 als unbefriedigend, dass der Mangel ausgeschlossen sein soll, wenn die Montage etwa nach dem Einsatz von Handwerkern oder dem Kauf besonderer Materialien im Ergebnis vom Käufer erfolgreich herbeigeführt wird, ohne dass er für diese durch die mangelhafte Montageanleitung verursachten Aufwendungen einen Ersatzanspruch erhält.

c. Die Aliud- und Mankolieferung (§ 434 Abs. 3 BGB)

§ 434 Abs. 3 unterstellt auch die Aliud- und die Mankolieferung, also die Lieferung einer anderen als der gekauften Sache und die Lieferung einer geringeren als der vereinbarten Menge, dem Sachmängelgewährleistungsrecht.

§ 434 Abs. 3 BGB stellt ein aliud dem Sachmangel gleich. Auch die Lieferung einer anderen Sache bewirkt also den Übergang des Erfüllungsanspruchs zum Nacherfüllungsanspruch - eine für den Verkäufer durchaus günstige Veränderung

der Rechtslage, denn in diesem Moment beginnt die kürzere und vor allem objektive Verjährungsfrist von § 438 BGB zu laufen und dem Verkäufer kommt die gegenüber § 275 Abs. 2 BGB wesentlich günstigere Einrede des § 439 Abs. 3 S. 3 zugute. Der Gesetzgeber wollte mit der Gleichstellung die Probleme beheben, die sich im früheren Recht beim Gattungskauf aus der überaus schwierigen Frage ergaben, ob eine Sache nun mangelhaft war (peius) oder ob sie schon einer anderen Gattung angehörte (aliud). Werden zum Beispiel statt der bestellten Kacheln mit einer Größe von 30 cm² Kacheln mit 35 cm² geliefert, so fragt sich, ob dies nun einfach andere oder zu große Kacheln sind. Aus dieser Zielsetzung ergibt sich jedoch nicht zwingend, warum ein aliud auch beim Stückkauf (Identitätsaliud) dem Sachmangel gleich stehen soll. Haben sich die Parteien auf eine bestimmte Sache geeinigt und wird eine andere geliefert, so ist dies eindeutig ein aliud und kein Sachmangel. Man kann sich also fragen, ob es sich bei der weiten Fassung von § 434 Abs. 3 BGB um ein Redaktionsversehen handelt. Die Gesetzesmaterialien geben in dieser Hinsicht wenig Aufschluss. Dort heißt es: „Wird beim Stückkauf ein Identitätsaliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung ein davon verschiedener Nacherfüllungsanspruch nicht in Betracht“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 216). Hieraus kann man nun entweder lesen, dass das Identitätsaliud nicht einbezogen werden sollte oder dass der Nacherfüllungsanspruch den gleichen Inhalt hat wie der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (siehe zur ersten Interpretation: Oechsler, Vertragsrecht, Rn. 114 und zur zweiten: Lorenz, JuS 2003, 38). Entscheidend dürfte jedoch Folgendes sein. Beim Gattungskauf rechtfertigt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit die Gleichstellung von aliud und peius. Die Situation beim Stückkauf ist hingegen völlig anders. Verdeutlichen lässt sich dies an folgendem Beispiel. V verkauft K ein Bild, von dem es zwei Versionen gibt, und liefert eine der Versionen. Anschließend streiten die Parteien darum, ob V nun die richtige Version geliefert hat. Dieser Streit kann zwei Gründe haben. Zum einen ist es möglich, dass aus dem Vertrag nicht klar hervorgeht, welche Version gemeint war. Zum anderen könnte es sein, dass die zwei Versionen derartig schwer zu unterscheiden sind, dass eine Verwechslung stattgefunden hat. Eine Rechtsunsicherheit besteht in solchen Fällen nicht. Wir haben es vielmehr mit Beweisschwierigkeiten entweder hinsichtlich des Inhaltes des Vertrages oder der Identität der Sache selbst (wobei letzteres sehr schwer vorstellbar ist) zu tun. Es kann hier keine Unsicherheit im Recht geben, die es rechtfertigen würde, den Käufer auf den für ihn ungünstigeren Nacherfüllungsanspruch zu verweisen. Demzufolge ist eine teleologische Reduktion von § 434 Abs. 3 BGB dahingehend vorzunehmen, dass dieser auf die Stückschuld keine Anwendung findet, sondern nur auf die Gattungsschuld.

Doch auch wenn man § 434 Abs. 3 BGB nur auf die Gattungsschuld anwendet, so verwundert doch die sehr weite Fassung dieser Norm. Sind etwa Legosteine, die anstatt der bestellten Kacheln geliefert werden, mangelhafte Kacheln? So überspitzt diese Frage scheinen mag, beim ersten Lesen des Gesetzestextes ist man versucht, sie zu bejahen. Dies erscheint jedoch schon deshalb bedenklich, weil der Verkäufer mit der Lieferung einer beliebigen Sache die Anwendung der für ihn günstigen kaufvertraglichen Gewährleistungsregeln auslösen könnte. Der Übergang vom Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn der Verkäufer einen Erfüllungsversuch vorgenommen hat. Ob ein solcher Erfüllungsversuch vorliegt, richtet sich nach der Erfüllungs- bzw. Tilgungsbestimmung. Diese ist als rechtsgeschäftsähnliche Handlung nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen. Von einem Erfüllungsversuch kann somit nur dort ausgegangen werden, wo das Handeln des Verkäufers aus der Sicht des objektiven Empfängers auch als solcher zu verstehen ist (Oechsler, Vertragsrecht, Rn. 107). Liefert der Verkäufer Legosteine statt Kacheln, wird ein objektiver Empfänger hierin entweder einen Scherz oder ein Versehen erblicken, keinesfalls aber einen ernsthaften Erfüllungsversuch. Der Erfüllungsanspruch bleibt in einem solchen Fall bestehen.

Anwendung findet § 434 Abs.3 BGB also nur, wenn der Verkäufer eine andere Gattungssache liefert und diese Lieferung für den Käufer auch als Erfüllungsversuch erkennbar ist. Auf ein aliud finden in diesem Fall die Regeln der §§ 437 ff. BGB Anwendung. Der Käufer kann also den Nacherfüllungsanspruch geltend machen und, wenn der Verkäufer die Nacherfüllungsfrist verstreichen lässt, die übrigen Rechtsbehelfe.

Was aber geschieht, wenn der Verkäufer eine wertvollere Sache liefert? Man stelle sich vor, Käufer K habe Kacheln à 30 cm² bestellt. V verwechselt die Bestellung des K mit der des B und liefert ihm Kacheln à 35 cm². K bemerkt dies zunächst nicht. Als er den Fehler sieht, ist er hoch zufrieden, denn die gelieferten Kacheln sind ein wenig teurer. V hat den Fehler inzwischen auch bemerkt und verlangt die Kacheln von K heraus. Das Problem dieses Beispielsfalles wird unter dem Schlagwort *betteres aliud* diskutiert. Das in den §§ 437 ff. BGB normierte Sachmängelgewährleistungsrecht gibt nur dem Käufer Rechte nicht aber dem Verkäufer. Zwar wird manchmal von einem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung gesprochen, dies ist indes terminologisch nicht korrekt. Es ist der Käufer, der zunächst Nacherfüllung verlangen muss, bevor er andere Gewährleistungsrechte geltend machen kann. Folglich handelt es sich bei der Nacherfüllung nicht um ein Recht des Verkäufers im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr um eine Begrenzung der Käuferrechte, die dem Verkäufer zu Gute

kommt. Solange der Käufer die Nacherfüllung nicht verlangt, kann sie ihm vom Verkäufer nicht aufgedrängt werden. Das Gewährleistungsrecht kommt dem Verkäufer daher nicht zur Hilfe.

Aber gibt der Kaufvertrag dem Käufer tatsächlich auch das Recht, die bessere Sache zu behalten, oder ist die Lieferung einer anderen Sache vielmehr ein *indebitum*, das der Verkäufer gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB herausfordern kann? Das *aliud* war jedenfalls zunächst nicht die Sache, die geschuldet wurde. Hieraus folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass es ohne Rechtsgrund erlangt wurde. Eine mangelhafte Sache darf der Käufer grundsätzlich behalten, denn es steht in seinem Belieben, ob er den Nacherfüllungsanspruch geltend macht oder nicht. Auch die Leistung einer mangelhaften Sache erfolgt daher nicht ohne Rechtsgrund, das Gewährleistungsrecht vermittelt in diesem Fall den Rechtsgrund (Musielak, NJW 2003, 90; anders Lorenz, JuS 2003, 38). Aufgrund der Gleichstellung von *aliud* und Sachmangel durch § 434 Abs. 3 BGB muss dies auch für die Lieferung einer anderen Sache gelten. Auch die Leistung eines *aliud* ist demzufolge zunächst nicht rechtsgrundlos. Es scheint, als wäre dem Verkäufer auch der Weg über die *condictio indebiti* versperrt. Hat also der Gesetzgeber eine Vorschrift geschaffen, die in ihrer strikten Anwendung zu einem völlig untragbaren Ergebnis führt (so Musielak, NJW 2003, 92)?

Man kann die Problematik des besseren *aliud* jedoch nicht rein abstrakt, losgelöst von der Situation, in der sie auftritt, betrachten. Tatsächlich wird die Lieferung einer anderen besseren Sache immer auf einen Irrtum des Verkäufers zurückzuführen sein. Entweder wird er wie in unserem Beispiel zwei Kunden verwechselt haben oder er hat die zu liefernde Sache selbst mit einer anderen verwechselt. Dieser Irrtum haftet dann der Tilgungsbestimmung an. Als rechtsgeschäftsähnliche Handlung ist die Tilgungsbestimmung den allgemeinen Regeln unterworfen und demzufolge auch analog §§ 119 Abs. 2, 142 BGB anfechtbar. Die Anwendung von § 119 Abs. 2 BGB auf einen Irrtum des Verkäufers wird durch das Gewährleistungsrecht schon deshalb nicht ausgeschlossen, weil dieses keine Rechte des Verkäufers, sondern nur Rechte des Käufers regelt. Die Lieferung eines *aliud* berechtigt den Verkäufer daher regelmäßig zur Anfechtung der Tilgungsbestimmung. Durch die Anfechtung entfällt der Rechtsgrund seiner Leistung *ex tunc* und der Weg für die *condictio indebiti* ist frei. Das bessere *aliud* stellt den Rechtsanwender also keineswegs vor ein unlösbares Problem.

Bei § 434 Abs. 3 2. Alt BGB ist zu beachten, dass diese Vorschrift trotz ihres umfassenden Wortlauts nur den Fall erfasst, dass der Verkäufer nach dem Empfängerhorizont des Käufers die zu geringe Menge zum Zwecke der Erfüllung seiner ganzen Verbindlichkeit liefert und dabei ausdrücklich oder konkludent zum

Ausdruck bringt, dass die Lieferung in der Absicht erfolgt, die Verbindlichkeit vollständig zu erfüllen. Demgegenüber erfasst sie nicht auch den Fall der bewusst als solcher erbrachten Teilleistung, die der Käufer regelmäßig nach § 266 BGB zurückweisen darf und bei der er gemäß § 323 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten oder gemäß §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung oder gemäß § 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB Verzugsschaden geltend machen kann. Mit anderen Worten: § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB erfasst nur den Fall der verdeckten oder unbewussten Mankolieferung und nicht auch den Fall der offenen oder bewussten Mankolieferung (BT-Drucks. 14/6040, S.216; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 496).

Im Gegensatz zur Zuweniglieferung (Mankolieferung) wird die Zuviellieferung nicht von § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB erfasst. Im Fall der Lieferung einer zu großen Menge kann der Verkäufer das zuviel Geleistete im Wege der Leistungskondition § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, 818 Abs. 1 BGB herausverlangen. Ist die Herausgabe nicht möglich, so hat er einen Anspruch auf Wertersatz § 818 Abs. 2 BGB. Ein vertraglicher Anspruch auf Kaufpreiszahlung für das zuviel Geleistete wird dagegen, auch beim bewussten Schweigen des Käufers auf die Zuvielleistung, nicht begründet (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 496; Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 53a).

2. Rechtsmangelgewährleistung im Kaufrecht (§§ 435, 437 ff. BGB)

In dem durch die Schuldrechtsreform reformierten Kaufrecht sind die Rechtsfolgen der Gewährleistung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel identisch: In beiden Fällen haftet der Käufer gemäß §§ 437 ff. BGB, also nach kaufrechtlich modifiziertem allgemeinem Leistungsstörungenrecht. Dies ist die logische Konsequenz aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Demgegenüber war im alten Recht die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel sehr unterschiedlich ausgestaltet: Während der Verkäufer für Sachmängel nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht mit kurzer 6-monatiger Verjährung und stark begrenzter Schadensersatzpflicht (vgl. § 463 BGB a.F.) haftete, kamen im Falle eines Rechtsmangels die Vorschriften des Leistungsstörungenrechts des allgemeinen Schuldrechts mit einer Verjährungsfrist von 30 Jahren und einer weitaus schärferen Schadensersatzhaftung (vgl. §§ 440, 325, 326 BGB a.F.) zur Anwendung. Wegen dieser höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen kam der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln sehr große praktische Bedeutung zu. „Hauptschlachtfeld“ für diese Abgrenzung waren dabei öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen, für deren Einordnung im Einzelfall sich eine

reichhaltige rechtsprechungsgeprägte Kasuistik entwickelt hatte. Durch die rechtsfolgenmäßige Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln hat diese Abgrenzungsproblematik erheblich an praktischer Bedeutung verloren und ist nur noch von akademischem Interesse.

Gemäß § 435 S. 1 BGB ist eine Sache oder ein Recht (§ 453 BGB) frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf den Kaufgegenstand keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Danach liegt ein Rechtsmangel vor, wenn das Eigentum (bzw. die Rechtsinhaberschaft), der Besitz oder der unbeschränkte Gebrauch des Kaufgegenstandes auf Grund eines privaten oder eines öffentlichen Rechts eines Dritten beeinträchtigt werden kann (Weidenkaff, in: Palandt, § 435 Rdnr. 5). Dabei kommt es nach dem Willen des Gesetzgebers - anders als beim primär subjektiv durch die vereinbarte Beschaffenheit oder den vereinbarten Verwendungszweck bestimmten Sachmangelbegriff des § 434 Abs. 1 BGB - alleine auf eine objektive Betrachtung an, d.h. „ein Recht, das ein Dritter hinsichtlich der Sache gegen den Käufer geltend machen kann, stellt auch dann einen Rechtsmangel dar, wenn es den Käufer bei seiner konkret vorgesehenen Verwendung der Sache nicht beeinträchtigen kann“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 218). Als solche private Rechte kommen neben absoluten Rechten (dingliche Rechte wie z.B. Pfandrechte; Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte wie z.B. Patentrechte, Geschmacksmusterrechte, Urheberrechte, das Namensrecht oder das Recht am eigenen Bild) unter Umständen auch obligatorische Rechte in Betracht. Obligatorische, also relativ (von Person zu Person) wirkende, Rechte können nach der obigen Umschreibung dann einen Rechtsmangel begründen, wenn sie zum Besitz der Sache berechtigen, dem Käufer gegenüber (etwa bei Erhebung einer Herausgabeklage aus § 985 BGB) als Einwendung wirken und ihn in seiner Verfügungsbefugnis über die Sache oder in seiner Nutzung beeinträchtigen (Weidenkaff, in: Palandt, § 435 Rdnr. 10). Typisches Beispiel hierfür ist ein zwischen dem Verkäufer und einem Dritten bestehendes Mietverhältnis über Wohnraum, in das der Käufer kraft Gesetzes gemäß § 566 BGB eintritt. Als öffentlich-rechtliche Rechtsmängel kommen Eingriffs- und Beschlagnahmerechte des Staates oder unterstaatlicher öffentlicher Rechtsträger in Betracht, die den Käufer entgegen § 903 BGG in seiner Nutzungs- oder Verfügungsbefugnis beschränken. Das Problem, wann eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung einen Sach- und wann einen Rechtsmangel darstellt, hat - wie bereits ausgeführt - an praktischer Bedeutung verloren. Der Gesetzgeber wollte die Lösung dieses Abgrenzungsproblems ausdrücklich Rechtsprechung und Lehre überlassen (BT-Drucks. 14/6040, S. 217).

Es bietet sich an, zur Abgrenzung in Anlehnung an die h.M. zum alten Recht darauf abzustellen, ob die öffentlich-rechtliche Beschränkung auf einem Umstand beruht, der in der Beschaffenheit der Kaufsache wurzelt (Beispiel: Bebauungsplan, der auf dem als „Baugrundstück“ zur Bebauung mit einem Wohnhaus verkauften Grundstück keine Wohnbebauung erlaubt, begründet einen Sachmangel, da die öffentlich-rechtliche Beschränkung an die Lage des Grundstücks in einem bestimmten Planungsgebiet anknüpft).

Da nach § 435 S. 1 BGB nur tatsächlich bestehende Rechte einen Rechtsmangel begründen, wird der Käufer durch die Rechtsmängelhaftung grundsätzlich nicht davor geschützt, dass ein Dritter gegen ihn wegen der Kaufsache in Wirklichkeit nicht existierende Rechte geltend macht (BT-Drucks. 14/6040, S. 217 f.). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz regelt § 435 S. 2 BGB, wonach nicht bestehende, im Grundbuch aber eingetragene Rechte, einem Rechtsmangel gleichstehen. Der Grund für diese Ausnahme ist darin zu sehen, dass eine unrichtige Grundbucheintragung für den Käufer weitaus nachteiligere Folgen mit sich bringt, als sie sonst üblicherweise mit der Geltendmachung eines nicht bestehenden Rechts durch einen Dritten verbunden sind. So wird im Rahmen eines eventuellen Rechtsstreits mit dem eingetragenen Dritten zu dessen Gunsten die Richtigkeit der Eintragung vermutet (§ 891 Abs. 1 BGB), es besteht die Gefahr, dass ein Vierter von dem Dritten das Recht gutgläubig erwirbt und schließlich leidet im Hinblick auf die buchmäßige Belastung des Grundstücks dessen Verkäuflichkeit und „Beleihbarkeit“ mit Grundpfandrechten.

3. Der Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB)

Im alten Recht konnte der Käufer sich bei Vorliegen eines Sachmangels sofort mittels der Wandelung vom Vertrag lösen. Die Wandelung war damit der eigentlich prägende Rechtsbehelf des auf rasche Abwicklung (vgl. die kurze Verjährung von 6 Monaten im alten Recht) und Rückabwicklung ausgerichteten Sachmängelgewährleistungsrechts des früheren Rechts. Diese Konzeption war für den Käufer, der zwischenzeitlich den Abschluss des Kaufvertrages bereute, von unschätzbarem Vorteil, da sie es ihm ermöglichte, sich sozusagen aus „Anlass“ eines Sachmangels von dem Vertrag zu lösen (vgl. dazu den insgesamt lesenswerten Aufsatz von Lorenz, JZ 2001, 742, 743). Demgegenüber war diese Konzeption für denjenigen Käufer einer Sache nachteilig, der gegen Nachbesserung an dem Kaufvertrag festhalten wollte. Denn einen Anspruch auf Nachbesserung - im Sinne von Beseitigung des Mangels - kannte das ehemalige kaufrechtliche Gewährleistungsrecht im Gegensatz zum Werkvertragsrecht nicht.

Einen solchen Anspruch konnte der Käufer daher lediglich dann haben, wenn er ihn vertraglich vereinbart hatte.

Mit dem neuen Gewährleistungsrecht hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der soeben aufgezeigten Konzeption des alten Rechts einen Paradigmenwechsel vollzogen. Im Falle des Vorliegens eines Mangels steht nunmehr nicht mehr das rasche Loslösen vom Vertrag, sondern das Festhalten an demselben unter Herbeiführung eines vertragsgerechten Zustandes im Vordergrund. Dreh- und Angelpunkt dieser Neuausrichtung des Gewährleistungsrechts ist der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB, der die Wandlung als zentralen Rechtsbehelf des Gewährleistungsrechts abgelöst hat. Rechtstechnisch hat der Gesetzgeber dies dadurch bewerkstelligt, dass er sämtliche anderen gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe des Käufers (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung) grundsätzlich davon abhängig gemacht hat, dass eine vom Käufer gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos abgelaufen ist (vgl. §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 441 Abs. 1 („statt zurückzutreten“, was soviel heißt wie „unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 1“) BGB). In dieser Regelungstechnik kommt der das neue Gewährleistungsrecht prägende Grundsatz des „Vorrangs der Nacherfüllung“, wonach die Rechtsbehelfe Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung gegenüber dem primären Rechtsbehelf der Nacherfüllung sekundäre Rechtsbehelfe darstellen, klar zum Ausdruck (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 504). Man kann diese Neukonzeption des Mängelgewährleistungsrechts auch mit dem Begriff des „zweistufigen Rechtsbehelfssystems“ umschreiben (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 9).

Der Rechtsfolge nach geht der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach Wahl des Käufers entweder auf Beseitigung des Mangels oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Ein echtes Wahlrecht in diesem Sinne hat der Käufer aber nur im Fall des Gattungskaufs. Beim Stückkauf ist nämlich infolge der von Anfang an vereinbarten Beschränkung der Leistungspflicht auf einen bestimmten Kaufgegenstand die Lieferung einer mangelfreien Sache objektiv unmöglich, sodass der Verkäufer insoweit gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Nacherfüllungspflicht frei ist und von vorneherein nur Beseitigung des Mangels schuldet (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 505; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 20; a.A. z.B. Schubel, in: JuS 2002, 313, 316 m.w.N, für den Fall des „Stückkaufs über vertretbare Sachen“, der allerdings - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen - den Begriff des Stückkaufs zu weit fasst; a.A. jetzt auch der Bundesgerichtshof, Urteil vom 7. Juni 2006, VIII ZR 209/05). Dabei ist natürlich im Einzelfall durch Auslegung der Willenserklärungen der Parteien sorgfältig zu ermitteln, ob wirklich ein Stückkauf

oder ein Gattungskauf vorliegt. Beim Kauf von Massenware hängt dies davon ab, ob eine der Parteien für die andere erkennbar Wert darauf legt, dass sich der Vertrag ausschließlich auf einen individualisierten Gegenstand als solchen bezieht. Um ein Beispiel von Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 506 aufzugreifen, ist das etwa dann zu bejahen, wenn der Verkäufer einen solchen Artikel wegen Geschäftsaufgabe oder Abstoß eines schwer verkäuflichen Restpostens verkauft. Dann kann man nämlich anders als beim üblichen Verkauf einer vertretbaren Sache im Kaufhaus nicht annehmen, der Verkäufer könne und wolle jederzeit einen anderen Gegenstand aus der Gattung nachliefern. Hat aber im Falle des Kaufs eines Massenartikels im Kaufhaus keine der beiden Parteien ein solches besonderes Interesse an der Beschränkung der Leistungspflicht auf einen bestimmten Gegenstand, so liegt kein „Stückkauf über eine vertretbare Sache“ vor, sondern ein Gattungskauf, bei dem der Nacherfüllungsanspruch des Käufers gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach dessen Wahl auf Nachbesserung oder Nachlieferung gerichtet ist.

Neben der Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf ist für den Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs auch die Art des jeweiligen Mangels von erheblicher Bedeutung. Beim Montagemangel nach § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt beim Stückkauf - aus den oben genannten Gründen - nur Nachbesserung in Betracht, während beim Gattungskauf, vorbehaltlich des Eingreifens von § 439 Abs. 3 BGB, nach Wahl des Käufers Nachbesserung oder Ersatzlieferung nebst deren Montage in Betracht kommt, weil das Gesetz den Montagemangel einem echten Sachmangel gleichstellt. Besonders problematisch ist der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs im Fall des Montageanleitungsmangels nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB. Hier scheidet als möglicher Anspruchsinhalt die Ersatzlieferung nebst Montage durch den Verkäufer aus, da der Anspruch auf Nacherfüllung dogmatisch betrachtet nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch ist und im Fall des § 434 Abs. 2 S. 2 BGB der Verkäufer die Montage gerade nicht als Erfüllung schuldet. In Betracht kommt hier also entweder nur die Lieferung einer fehlerfreien Montageanleitung (Nachbesserung) oder im Falle eines Gattungskaufs die Lieferung einer neuen Kaufsache nebst fehlerfreier Montageanleitung (Ersatzlieferung) (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 21). Beim Aliudmangel nach § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB kommt als Nacherfüllung beim Stückkauf nur Ersatzlieferung in Form der vertraglich geschuldeten Sache in Betracht. Auch beim Gattungskauf wird regelmäßig nur Ersatzlieferung in Form der Lieferung von Sachen mittlerer Art und Güte aus der geschuldeten Gattung in Betracht kommen und Nachbesserung als unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausscheiden: Wie sollte eine Nachbesserung auch aussehen, wenn statt der vertraglich vereinbarten 20 kg Tomaten die gleiche Menge Äpfel geliefert wird? Dennoch sind beim Gattungskauf Fälle denkbar, in denen die gelieferte Sache durch Nachbesserung

vom aliud zur vertraglich geschuldeten Leistung wird. Die Gesetzesmaterialien nennen als Beispiel hierfür den Fall, dass eine gelieferte Maschine durch Einbau eines Aggregates zu einer Sache umgerüstet werden kann, die einer anderen Gattung angehört (BT - Drucks. 14/6040, S. 216). Bei der Mankolieferung nach § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB schließlich kommt Nachbesserung durch Lieferung der fehlenden Menge und Ersatzlieferung durch Neulieferung der geschuldeten Menge in Betracht (Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 216 und Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 509).

Der Anspruch auf Nacherfüllung in Form von Nachbesserung oder Ersatzlieferung kann wie gezeigt nach § 275 Abs. 1 auf Grund von Unmöglichkeit ausgeschlossen sein. Ebenso kann der Verkäufer den Anspruch bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen auch durch Erhebung der Einrede aus § 275 Abs. 2 oder 3 zum Erlöschen bringen. Schließlich hat der Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der gewählten Art der Nacherfüllung aus § 439 Abs. 3 BGB, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Bei der insoweit anzustellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sind neben anderen Abwägungsgesichtspunkten kraft § 439 Abs. 3 S. 2 BGB insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Bei diesen Kriterien wird für die praktische Fallbearbeitung das Zusammenspiel des Werts der Sache zum Interesse des Käufers gerade an der konkret gewählten Art der Nacherfüllung eine große Rolle spielen. So wird man bei geringwertigen vertretbaren Konsumgütern die Nachbesserung regelmäßig als unverhältnismäßig qualifizieren können (Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, S. 232: Schraube mit Gewindefehler; weiteres Beispiel: die als Mineralwasser mit Kohlensäure gekaufte Wasserflasche enthält nur stilles Wasser). Umgekehrt wird bei hochwertigen Gütern mit leicht behebbaren Mängeln die Ersatzlieferung in der Regel unverhältnismäßig sein (Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, S. 232: Mangel einer Waschmaschine kann durch bloßes Austauschen einer Schraube behoben werden). Darüber hinaus ist jedoch bereits jetzt umstritten, welche Rolle es für die Unverhältnismäßigkeit spielt, ob der Verkäufer eigene Reparaturmöglichkeiten hat bzw. zu welchen Bedingungen er sie sich beschaffen könnte. Dabei dürfte unstrittig sein, dass man die geringsten Anforderungen insoweit an den privaten, nicht gewerblichen Verkäufer stellen kann (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Aber auch bei ihm ist die Nachbesserung nicht per se unverhältnismäßig. Vielmehr kommt es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei ihm darauf an, zu welchem Preis er die Nachbesserung am Markt „einkaufen“ kann.

Besonders umstritten ist demgegenüber die Situation des „Händlers ohne Reparaturwerkstatt“. Bei diesem per se ebenfalls niedrigere Maßstäbe anzulegen

(in diese Richtung: BT-Drucks. 14/6040, S. 232), scheint verfehlt, da er sich auf die Verkäuferpflichten aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 2, 439 Abs. 1 BGB einstellen kann und muss. Das bedeutet konkret, dass er für den Fall des Nacherfüllungsbegehrens Vorsorge treffen kann, indem er etwa bei langfristigen Lieferverträgen mit großen Unternehmen vertragliche Vereinbarungen mit denselben über einen Nachbesserungsservice seitens des Unternehmens trifft oder einen günstigen Dauervertrag mit auf die Reparatur der Kaufsache spezialisierten Werkunternehmern abschließt, auf den er im Nacherfüllungsfall zurückgreifen kann. Tut er dies nicht, so kann er sich bei Inanspruchnahme auf Nachbesserung aus § 439 Abs. 1 BGB im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 439 Abs. 3 BGB nicht auf den marktüblichen Reparaturpreis berufen, sondern muss sich den bei entsprechender Vorsorge erzielbaren günstigeren Werklohn entgegenhalten lassen (vgl. Schubel, in: JuS 2002, 313, 316; Bitter/Meidt, in: ZIP 2001, 2114, 2122).

Der Vorrang der Nacherfüllung entfällt, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind, vom Verkäufer gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert werden oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist (§ 440 BGB). Dabei gilt eine Nachbesserung nach der gesetzlichen Vermutung des § 440 S. 2 BGB nach dem erfolglosen zweiten Versuch der Nacherfüllung als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Bei der Prüfung des Merkmales der „Unzumutbarkeit“ soll nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere auf die Art der Sache und den vom Käufer mit ihr verfolgten Zweck abgestellt werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 233 f.). Hierbei wird insbesondere auch die Frage eine Rolle spielen, ob es dem Käufer nach dem von ihm mit der Kaufsache verfolgten Zweck auf eine rasche Verfügbarkeit der Kaufsache ankam und wie viel Zeit die ihm zustehende Art der Nacherfüllung voraussichtlich in Anspruch nehmen wird (vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 440 Rdnr. 8).

Wenn der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, so stellt sich die Frage, was mit der mangelhaften Sache werden soll. Die Antwort gibt § 439 Abs. 4 BGB. Der Verkäufer kann vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 BGB bis § 348 BGB verlangen. Damit schuldet der Käufer auch Nutzungsersatz für die Zeit der Nutzung der mangelhaften Sache. Es ist umstritten, ob diese Regelung für den Verbrauchsgüterkauf mit der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf vereinbar ist, die dem Käufer die Geltendmachung der Mängelrechte ohne Kosten einräumt. Der Bundesgerichtshof hat die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur

Entscheidung vorgelegt (BGH, Beschluss vom 16. August 2006, VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200).

4. Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5 BGB

Das Rücktrittsrecht ist einer der gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung subsidiären Rechtsbehelfe des Mangelgewährleistungsrechts. Infolge der mit der Schuldrechtsreform vollzogenen Einbettung des Gewährleistungsrechts ist es bis auf wenige Modifikationen nach den §§ 438 ff. BGB sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen mit den gesetzlichen Rücktrittsrechten des allgemeinen Schuldrechts identisch. Damit hat das Gewährleistungsrecht gegenüber der alten Rechtslage, die mit der Wandlung nach § 462 BGB a.F. einen eigenständigen auf Rückabwicklung gerichteten gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelf kannte, eine Kehrtwende vollzogen. Alle mit der speziellen Ausgestaltung dieses spezifisch kaufrechtlichen Rechtsbehelfs verbundenen Probleme des alten Rechts, die daraus resultierten, dass dieser Rechtsbehelf nicht wie das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht, sondern als gegen den Verkäufer gerichteter Anspruch auf Begründung eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses ausgestaltet war (Stichwort: Wandelungstheorien), sind dadurch erledigt. Zugleich führt die Tatsache, dass das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht ist, dazu, dass die Rechtsfolgen unmittelbar durch die (wirksame) Rücktrittserklärung ausgelöst werden mit der Folge, dass der Käufer vom (wirksam) erklärten Rücktritt nicht mehr einseitig auf den Anspruch auf Nacherfüllung oder auf die Minderung übergehen kann (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 522).

Wie beim Rücktritt wegen Pflichtverletzung nach allgemeinem Schuldrecht muss man auch beim Rücktritt wegen Mangels der Kaufsache zwischen den beiden Rechtsgrundlagen § 323 BGB einerseits und § 326 Abs. 5 BGB andererseits unterscheiden. Dabei erfolgt die Abgrenzung zwischen diesen beiden Vorschriften bezogen auf den Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB: Ist der Anspruch auf Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB erloschen, kann der Käufer unter den Voraussetzungen des 326 Abs. 5 zurücktreten. Im übrigen ist bei einem Mangel der Rücktritt gemäß §§ 440, 323 BGB eröffnet. Nachfolgend sollen die Voraussetzungen dieser Rücktrittsrechte kurz dargestellt werden.

Beim Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB sind folgende Merkmale zu prüfen:

- Rücktrittserklärung (§ 349 BGB):

Der Käufer muss sein Rücktrittsrecht durch Abgabe der Rücktrittserklärung, einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, ausgeübt haben und diese muss dem Verkäufer zugegangen sein.

- Fälliger durchsetzbarer Anspruch des Käufers auf Leistung eines mangelfreien Kaufgegenstandes aus Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 BGB):

Zwischen den Parteien muss selbstverständlich ein Kaufvertrag bestehen, aus dem dem Käufer ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf Leistung eines mangelfreien Kaufgegenstandes gegen den Verkäufer erwächst. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Anspruch nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist, weil die geschuldete Leistung einschließlich Nacherfüllung anfänglich oder nachträglich unmöglich ist oder der Verkäufer mit Recht die Einreden aus § 275 Abs. 2 bzw. 3 BGB erhoben hat. Es ist aber auch ferner nicht der Fall, wenn der Anspruch nach den vertraglichen Abreden noch nicht fällig ist (vgl. § 271 BGB) oder fällig, aber nicht durchsetzbar ist, weil der Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt hat oder der Käufer - sofern keine Vorleistungspflicht vereinbart worden ist - die eigene Gegenleistung noch nicht angeboten hat, sodass dem Verkäufer die Einrede aus § 320 BGB zusteht (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 191).

- Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes gemäß § 434 bzw. 435 BGB:

§ 323 Abs. 1 BGB setzt weiter voraus, dass die vom Verkäufer erbrachte Leistung „nicht vertragsgemäß“ ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie einen Sach- oder Rechtsmangel im Sinne des § 434 bzw. § 435 BGB aufweist.

- Fruchtloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist zur Nacherfüllung:

Wegen des Vorranges der Nacherfüllung kann der Käufer regelmäßig nicht sofort nach Erhalt einer mangelhaften Leistung vom Vertrag zurücktreten, sondern muss zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen. Diese Fristsetzung muss keine Ablehnungsandrohung mit konkreter Inaussichtstellung der mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist eintretenden Rechtsfolgen enthalten. Einzig erforderlich ist, dass der Verkäufer der Fristsetzung entnehmen kann, dass der Käufer das Nacherfüllungsbegehren ernst meint. Dem werden etwa Formulierungen wie „höfliche Bitte, die Leistung in den nächsten Wochen zu erbringen“ etc. nicht gerecht (vgl. hierzu: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 196; Grüneberg, in: Palandt, § 323, Rdnr. 13). Schließlich muss die Aufforderung zur Nacherfüllung entweder die begehrte Leistung in der Weise hinreichend klar bestimmen, dass der Verkäufer über den Inhalt des Begehrens nicht im Zweifel sein kann, oder aber so allgemein gehalten sein, dass der

Verkäufer der Aufforderung entnehmen kann, dass der Käufer konkludent auf die Ausübung seines Wahlrechts verzichtet und ihm die Wahl zwischen den verschiedenen Varianten der Nacherfüllung überlässt (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 66). Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Fristsetzung ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer trotz Fälligkeit nicht vertragsgemäß geleistet hat. Daher ist die Angemessenheit nicht danach auszurichten, wie viel Zeit der Verkäufer unter normalen Umständen zur vollständigen Erbringung der Leistung benötigen würde, sondern danach, wie lange der Verkäufer dafür benötigt, eine bereits begonnene und im wesentlichen bereits abgeschlossene Leistung zu Ende zu bringen. Insbesondere bei sogenannten „Alltagsgeschäften“ kann dies, wenn sie nicht ohnehin schon unter § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen, zu sehr kurzen Fristen führen (BT-Drucks. 14/6040, S. 234). Ist die Fristsetzung auch an diesen Maßstäben gemessen unangemessen, so ist sie gleichwohl nicht unwirksam. An ihre Stelle tritt dann lediglich eine vom Gericht für angemessen gehaltene Frist (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 198).

Allerdings kann das Erfordernis der Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung auch gemäß § 323 Abs. 2 bzw. § 440 S. 1 BGB entfallen. Gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn der Verkäufer die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. An das Vorliegen dieses Merkmales sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen. Sie lassen sich auf die griffige Kurzformel bringen, dass die Weigerung des Schuldners als sein letztes Wort aufzufassen sein muss (Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 18). Nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn im Vertrag ein bestimmter Termin oder eine bestimmte Frist zur Leistungserbringung bestimmt war und der Käufer den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Damit wird für den Fall des relativen Fixgeschäftes ein sofortiges Rücktrittsrecht begründet. Das in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB geregelte relative Fixgeschäft ist von dem bereits besprochenen absoluten Fixgeschäft zu unterscheiden, bei dem die die Leistungszeit derart in den Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung einbezogen ist, dass die Überschreitung der Leistungszeit bereits zur Unmöglichkeit der Leistung führt, sodass das Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB folgt. Die vertragliche Vereinbarung eines solchen relativen Fixgeschäftes kann nur bejaht werden, wenn die Einhaltung der Leistungszeit für den Verkäufer erkennbar für den Käufer so wesentlich ist, dass mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft „stehen und fallen soll“. Typische Beispiele für einen solchen Willen zum Ausdruck bringende Formulierungen in Vertragstexten sind Formulierungen wie „fix“, „genau“, „präzise“, „prompt“ oder „Lieferung zum Verkauf für Weihnachten/Ostern“ etc. (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 20).

Ferner ist die Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Durch diesen bewusst weit gefassten Tatbestand werden insbesondere die Fälle erfasst, in denen die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs des Verkäufers kein Interesse mehr hat. Ein typisches Beispiel hierfür ist, dass der Verkäufer mangelhafte Saisonware liefert und die Nacherfüllung in einen Zeitraum fallen würde, in der der Käufer infolge Ablaufes der Saison kein Interesse mehr an der Ware hätte. Das Abstellen auf die beiderseitigen Parteiinteressen in § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist so zu verstehen, dass das Interesse des Käufers an sofortigem Rücktritt jedenfalls in den Fällen, in denen sein Interesse an Erfüllung vollkommen wegfallen ist, das Interesse des Verkäufers an dem Festhalten am Vertrag überwiegt (Huber/Faust, 13. Kapitel, Rdnr. 31).

Ferner hält der Gesetzgeber sogenannte „Alltagsgeschäfte“, bei denen der Käufer meist ein Interesse an sofortiger Nutzung der Sache hat, für einen typischen Anwendungsbereich des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB (Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 234).

Gemäß § 440 S. 1 1. Alt. BGB ist die Nachfristsetzung speziell im Kaufrecht dann entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert. Dem ist im Wege des Analogieschlusses der Fall gleichzusetzen, dass die eine Art der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist und der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert (Weidenkaff, in: Palandt, § 440 Rdnr. 5). Ferner ist die Fristsetzung gemäß § 440 S. 1 2. Alt. BGB entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Ein solches Fehlschlagen kommt in Betracht bei Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und misslungener Versuche der Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung (Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233). Gerade für letzteren Fall enthält § 440 S. 2 eine gesetzliche Vermutung: Danach gilt die Nachbesserung nach dem zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Schließlich ist die Fristsetzung gemäß § 440 S. 1 3. Alt. BGB entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Ersatzlieferung ihm unzumutbar ist. Dies kann nur auf Grund einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalles bejaht werden. Danach kann sich die Unzumutbarkeit etwa daraus ergeben, dass die allein in Frage kommende Nachbesserung zu einer übermäßigen Lärm- oder Schmutzbelästigung des Käufers führt oder aber mit erheblichem Zeitaufwand verbunden wäre, der dem Käufer nicht durch einen entsprechenden Verzögerungsschaden ausgeglichen wird (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 71).

- Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 bzw. Abs. 6 BGB (Beweilast: Verkäufer!):

Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Dieses Merkmal ist eng auszulegen und soll nur Bagatellfälle erfassen, bei denen die Ausübung des Rücktrittsrechts rechtsmissbräuchlich erschiene (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 75). Ferner ist der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer für den Mangel allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Mangel zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Käufer sich im Annahmeverzug befindet. Damit § 323 Abs. 6 1. Alt. BGB im Hinblick auf das Verschulden des Käufers eingreifen kann, muss dieses so sehr überwiegen, dass die „Anspruchskürzung“ gemäß § 254 BGB im Falle eines Schadensersatzverlangens des Käufers den Schadensersatzanspruch ganz ausschließen würde (BT-Drucks. 14/6040, S. 187). Dafür ist eine Mitverschuldensquote des Käufers von mindestens 90% erforderlich (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 29, der unter Umständen sogar eine Mitverschuldensquote von 80% ausreichen lassen möchte).

Bei dem Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB ist die Prüfung wie folgt modifiziert:

- Rücktrittserklärung des Käufers (§ 349 BGB)
- Kaufvertrag, den der Verkäufer nicht erfüllt, weil er eine gemäß §§ 434 bzw. 435 BGB mangelhafte Sache geliefert hat und bei dem der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist
- Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 323 Abs. 6 BGB

Eine Darstellung der Rechtsfolgen des erklärten Rücktritts ist an dieser Stelle entbehrlich, da wir diese bereits an anderer Stelle ausführlich behandelt haben.

5. Minderung

Gemäß § 441 Abs. 1 BGB kann der Käufer, „statt zurückzutreten“, den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Durch die Bezugnahme auf den Rücktritt wird deutlich, dass die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts wegen Mängeln des Kaufgegenstandes und des Minderungsrechts identisch sind. Alle dort angesprochenen Merkmale sind also auch bei der Minderung zu prüfen, die nach alledem auch als gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung sekundärer

Rechtsbehelf zu qualifizieren ist. Die einzige Ausnahme hiervon ist in § 441 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt, wonach der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bei der Minderung keine Anwendung findet. Daher berechtigen auch als unerheblich zu wertende Mängel, bei denen sowohl der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 Abs. 1 S. 3 BGB ausgeschlossen sind, zur Minderung.

Bei der Minderung bleibt der Kaufvertrag - anders als beim Rücktritt - erhalten. Es wird allerdings der Preis herabgesetzt. Die Berechnungsformel für den geminderten Preis ergibt sich aus § 441 Abs. 3 S. 1 BGB wie folgt:

$$\text{Minderungspreis} = \frac{\text{WertdermangelhaftenSache}}{\text{WertdermangelfreienSache}} \cdot \text{Kaufpreis}$$

Diese zunächst etwas umständlich anmutende Berechnung wurzelt in dem Gedanken, dass das ursprünglich von den Parteien vereinbarte Verhältnis von Wert und Preis sich auch nach der Minderung noch fortsetzen soll. Insbesondere soll dem Käufer ein eventueller Vorteil, günstig gekauft zu haben, verhältnismäßig erhalten bleiben.

Beispiel: Gesetzt den Fall, in einem Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen, der ohne Mangel 10.000 € wert gewesen wäre, wurde ein Preis von 8.000 € vereinbart. Der Wagen hat jedoch einen Mangel, mit welchem der Wert auf 8.000 € sinkt. Nun kann der Verkäufer nicht etwa die Minderung mit der Begründung verweigern, der Wagen sei trotz des Mangels die vom Käufer gezahlten 8.000 € wert. Der Preis ist vielmehr in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert der mangelfreien Sache zum Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde. Der geminderte Preis berechnet sich also wie folgt:

$$8.000 \text{ €} \times \frac{8.000 \text{ €}}{10.000 \text{ €}} = 6.400 \text{ €}$$

Damit bleibt dem Käufer der ursprüngliche Vorteil, den Wagen zu 4/5 seines Wertes gekauft zu haben, erhalten, da er auch nach der Minderung nur 4/5 des tatsächlichen Wertes (mit Mangel) zahlt.

Bei einem für den Käufer ungünstigen Kauf bleibt das für ihn ungünstige und für den Verkäufer günstige Verhältnis ebenfalls erhalten, nur wird in einem derartigen Fall der Käufer zumeist den Mangel nach fruchtlosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist bzw. bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung sofort zum Rücktritt

ausnutzen und sich so von dem ungünstigen Geschäft lösen. Stimmt der vereinbarte Kaufpreis und der Wert der mangelfreien Sache überein, so ist der geminderte Kaufpreis gleich dem Wert der mangelhaften Sache.

Bei der Berechnung ist zu beachten, dass § 441 Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt. Hierdurch sollen Wertänderungen der Sache, die nach dem Vertragsschluss ohne Rücksicht auf den Mangel eintreten, neutralisiert werden. Dies ist insbesondere für nachträgliche Preissteigerungen von Bedeutung, die dem Verkäufer nicht schaden sollen, sowie für Einbußen durch Gebrauch und Beschädigung der Sache, die ebenso wenig wie ein Weiterverkauf das Minderungsrecht beeinträchtigen.

Probleme kann in der Praxis die Bestimmung des Wertes der mangelhaften Sache bereiten, da es für mangelbehaftete Sachen selten einen Marktpreis gibt, an dem man sich orientieren könnte. Hier hilft sich die Praxis zumeist, indem sie den Minderwert aus den Kosten errechnet, die für die Reparatur des Mangels notwendig sind.

Auch die Minderung tritt - ebenso wie der Rücktritt - nicht automatisch ein, sondern bedarf als Gestaltungsrecht der Abgabe einer die Rechtslage umgestaltenden Minderungserklärung, die als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Verkäufer zugehen muss, um wirksam zu werden. Damit ist ebenso wie beim Rücktritt wegen Mängeln des Kaufgegenstandes die Rechtsnatur des Minderungsrechts, das im alten Recht als Anspruch des Käufers auf Herabsetzung des Kaufpreisanspruchs gegen den Verkäufer ausgestaltet war, durch die Schuldrechtsreform umgestaltet worden.

Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht entrichtet, so muss er nach Erklärung der Minderung nur noch den geminderten Preis zahlen. Hat er hingegen den Kaufpreis schon gezahlt, so kann er die Differenz zwischen gemindertem und ursprünglich vereinbartem Preis vom Verkäufer zurückverlangen gemäß §§ 441 Abs. 4, 346 Abs. 1 (ggf. verzinst gemäß §§ 441 Abs. 4, 347 Abs. 1 BGB). Auch wenn die gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe bereits verjährt sind, kann der Käufer die Minderung gegenüber dem Kaufpreisbegehren des Verkäufers noch gemäß §§ 438 Abs. 5, Abs. 4 S. 2 BGB einredeweise geltend machen.

6. Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüche des Käufers wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes (§§ 437 Nr. 3, 440, 280,

281, 283, 284, 311a BGB)

Durch die Schuldrechtsreform wurden die schadensersatzrechtlichen Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts sämtlich in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert, sodass es keine genuin kaufrechtlichen Schadensersatzansprüche mehr gibt. Allerdings werden die bei Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes einschlägigen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche des allgemeinen Schuldrechts (§§ 280, 281, 283, 284 und 311 a BGB) ebenso wie die Rücktrittsrechte durch das Gewährleistungsrecht modifiziert (vgl. insbesondere §§ 438, 440 BGB).

Um die einschlägige Anspruchsgrundlage aufzufinden, muss man zwischen den beiden Schadensarten „einfacher Schadensersatz“ und „Schadensersatz statt der Leistung“ unterscheiden. Man muss die einschlägige Anspruchsgrundlage also von der Rechtsfolge her bestimmen. Der „Schadensersatz statt der Leistung“ (=Schadensersatz wegen Nichterfüllung) umfasst alle dem Käufer infolge der Schlechtleistung entgangenen Vermögensvorteile, also insbesondere den entgangenen Gewinn, das Interesse am Erhalt eines mangelfreien Kaufgegenstandes und den Nutzungsausfallschaden. Der „einfache Schadensersatz“ dagegen erfasst den Schaden, der infolge der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes an anderen Rechten, Rechtsgütern und Interessen des Käufers gemäß § 241 Abs. 2 BGB eingetreten ist, also insbesondere die so genannten „Mangelfolgeschäden“ (Bsp.: mangelhaftes Pferdefutter führt zum Tod eines Pferdes) und die vergeblichen Vermögensaufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der Kaufsache getätigt hat (Bsp: Kosten für den Einbau einer mangelhaften Telefonanlage) (vgl. zur Abgrenzung der beiden Schadensarten: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 105 f.; gegen diese von der ganz h.M. vertretene Abgrenzung: Recker, in: NJW 2002, 1247 f., der dafür plädiert den Mangelfolgeschaden unter den „Schadensersatz statt der Leistung“ zu subsumieren und § 280 Abs. 1 BGB auf die Fälle der Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten zu begrenzen). Soll der geltend gemachte Schaden ein „Schadensersatz statt der Leistung“ sein, so sind die §§ 437 Nr. 3, 440 i.V.m. §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 bzw. 283 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB einschlägig. Begehrt der Käufer dagegen wegen eines Mangels einfachen Schadensersatz, so ist §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage.

Um innerhalb der für den Schadensersatz statt der Leistung einschlägigen Anspruchsgrundlagen die für den jeweiligen Mangel Fall richtige Anspruchsgrundlage zu finden, muss man weitergehend danach unterscheiden, ob

der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist und wann das den Anspruch ausschließende Leistungshindernis eingetreten ist:

- Bei einem schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht durch Nacherfüllung behebbaren Mangel, ist § 311a Abs. 2 BGB die richtige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz statt der Leistung. Beispiele hierfür sind der Stückkauf, bei dessen Abschluss der Kaufgegenstand bereits mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet war (Bsp.: Ein Gebrauchtwagen hat schon bei Vertragsschluss einen nicht reparablen Getriebeschaden) oder der Gattungskauf, bei dem die gesamte Gattung mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet ist (Bsp.: Ein Modell einer Automarke hat - technisch unbehebbar - einen erheblich höheren Benzinverbrauch als vertraglich vereinbart).
- Bei einem nach Vertragsschluss und vor Erfüllung eingetretenen nicht behebbaren Mangel ist §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB die richtige Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung. Beispiele hierfür sind bei einem Stückkauf etwa der Unfall des verkauften Pkw vor Übereignung an den Käufer und beim Gattungskauf etwa der Pilzbefall des gesamten Obstbestandes eines Landwirtes, der schon vor der Ernte eine bestimmte Menge seines Obstes (beschränkte Gattungsschuld oder Vorratsschuld !) an einen Lebensmittelhändler verkauft hatte.
- Bei einem durch Nacherfüllung behebbaren Mangel ist §§ 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 die richtige Anspruchsgrundlage. Hier gilt also - mit Ausnahme der Durchbrechungen dieses Prinzips in § 281 Abs. 2 und § 440 S. 1 BGB - der Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung, sodass der Schadensersatzanspruch regelmäßig erst entsteht, wenn eine vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstrichen ist.

Begehrt der Käufer schließlich Ersatz einer Aufwendung, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Sache gemacht hat, so kann er diese gemäß § 284 BGB „anstelle des Schadensersatzes“ ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Rentabilität, die diese Aufwendung bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung für den Käufer mit sich gebracht hätte, ersetzt verlangen, wenn er die Aufwendungen „billigerweise machen durfte“. Gegenüber diesen Anspruchsvoraussetzungen kann der Verkäufer anspruchshindernd einwenden, dass der vom Käufer mit den Aufwendungen verfolgte, nicht notwendig wirtschaftliche, Zweck auch ohne die Pflichtverletzung nicht erreicht worden wäre.

Hinsichtlich des Inhaltes des Schadensersatzanspruches statt der Leistung ist noch aus spezifisch kaufrechtlicher Sicht Folgendes zu bemerken:

Der Käufer kann als Schadensersatz statt der Leistung entweder „großen“ oder „kleinen“ Schadensersatz anstreben. Großer Schadensersatz bedeutet, dass der Käufer den mangelhaften Kaufgegenstand zurückgewährt und an seiner Stelle den gesamten Wert der Sache (nebst Vermögensfolgeschäden wie entgangenem Gewinn) ersetzt bekommt. Kleiner Schadensersatz bedeutet demgegenüber, dass der Käufer den mangelhaften Kaufgegenstand behält und nur Schadensersatz in Höhe der Wertdifferenz zwischen dem Wert des Kaufgegenstandes im mangelfreien Zustand und seinem tatsächlichen Wert (nebst etwaigen Vermögensfolgeschäden) bekommt. Die Geltendmachung des großen Schadensersatzes (das Gesetz spricht von „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“) kann der Verkäufer durch die anspruchshindernde Einwendung bekämpfen, dass die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB: vgl. die Parallele zu § 323 Abs. 5 S. 2 BGB!). Ist für den Käufer abzusehen, dass die Pflichtverletzung unerheblich ist und dass dem Verkäufer der Beweis der dieser Wertung zugrunde liegenden Tatsachen im Prozess voraussichtlich gelingen wird, wird er sich von vorneherein auf die Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes beschränken. Dabei muss er allerdings Folgendes beachten: Grundsätzlich lässt § 325 BGB - im Unterschied zum alten Recht - die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung trotz gleichzeitigen Rücktritts zu. Das Schadensersatzbegehren darf also mit den Rücktrittsfolgen kumuliert werden. Allerdings gilt dies nur für den großen Schadensersatz. Demgegenüber kann der kleine Schadensersatz bei gleichzeitigem Rücktritt nicht mehr begehrt werden, da durch den Rücktritt der Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird und damit der Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Kaufgegenstandes aus Käufersicht entfällt. Im Falle des Eingreifens des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB ist der Käufer, der Schadensersatz begehrt, also gut beraten, nicht zugleich den Rücktritt zu erklären (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 541).

7. Beweislastverteilung

Grundsätzlich hat im Prozess eine Partei die Voraussetzungen der Rechtsnormen zu beweisen, die sie angewendet wissen möchte.

Hinsichtlich der Beweislast bezüglich der Mangelhaftigkeit bzw. Mangelfreiheit der Kaufsache bei Gewährleistungsansprüchen ist zunächst einmal an § 476 BGB zu denken, der für den Verbrauchsgüterkauf eine außerordentlich praxisrelevante Sonderregelung darstellt. Der Sinn dieser Vorschrift erschließt sich daraus, dass alle gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe voraussetzen, dass der Kaufgegenstand bereits im Zeitpunkt des Gefahrüberganges, also regelmäßig im

Zeitpunkt der Übergabe (§ 446 BGB), mangelbehaftet war. Für das Vorliegen dieses dem Käufer günstigen Merkmales trifft ihn die Beweislast, was insbesondere dann misslich ist, wenn der Mangel erst einige Zeit nach der Übergabe und der Ingebrauchnahme durch den Käufer entdeckt wird. Um dem Käufer aus der damit verbundenen Beweisnot herauszuhelfen, wird beim Verbrauchsgüterkauf gemäß § 476 BGB die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vermutet, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Damit wird für den Regelfall beim Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang dem Verkäufer die Beweislast für seine Behauptung auferlegt, der Sachmangel sei erst nach Gefahrübergang, etwa infolge unsachgemäßer Benutzung durch den Käufer, aufgetreten.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 476 BGB muss danach differenziert werden, ob die Annahme des Kaufgegenstandes durch den Käufer bereits stattgefunden hat oder nicht. Die Annahme führt nämlich - soweit § 476 BGB nicht eingreift - eine Beweislastumkehr herbei: Nach der Annahme der Kaufsache hat der Käufer entgegen den allgemeinen Grundsätzen, nach denen der Verkäufer die Beweislast für die Erfüllung trägt, nämlich gemäß § 363 BGB im Falle der Geltendmachung eines gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfs im Prozess die Mangelhaftigkeit der Kaufsache zu beweisen, wobei es irrelevant ist, ob es sich um einen Stück- oder einen Gattungskauf handelt (vgl. H. P. Westermann, NJW 2002, 241, 250; ebenso: Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 363 Rdnr. 3, der zu Recht unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes darauf hinweist, dass § 363 BGB trotz seines engen Wortlauts („...eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig ist“) auch für die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes gilt; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 217). Hat dagegen der Käufer die Entgegennahme der Kaufsache abgelehnt oder die Sache nur unter Vorbehalt angenommen, so trifft im Rechtsstreit um die Pflicht zur Bezahlung und Abnahme die Beweislast für die behauptete Mangelfreiheit der Kaufsache den Verkäufer, soweit zwischen den Parteien nicht auch der Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung streitig ist. Denn für den - streitigen - Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung, aus dem der Käufer einen Sachmangel herleiten will, trägt der Käufer vor wie nach der Annahme des Kaufgegenstandes immer die Darlegungs- und Beweislast.

Für die übrigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen der gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe - wie etwa den Schaden beim Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB - trägt der Käufer nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls die Darlegungs- und

Beweislast. Eine Ausnahme stellt insoweit - wie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht auch - das Vertretenmüssen bei den Schadensersatzansprüchen dar (die übrigen Rechtsbehelfe sind verschuldensunabhängig ausgestaltet). Hier geht nämlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 S. 2 BGB hervor, dass nicht der Käufer das Vertretenmüssen darlegen und ggf. beweisen muss, sondern dass umgekehrt der Verkäufer zur Abwendung des Schadensersatzanspruches sein Nichtvertretenmüssen darlegen und ggf. beweisen muss.

8. Verjährung der kaufrechtlichen Sekundäransprüche

§ 438 BGB modifiziert die Verjährung gegenüber den für das allgemeine Leistungsstörungenrecht geltenden Bestimmungen des allgemeinen Verjährungsrechts (§§ 194 ff. BGB). Die Modifizierungen betreffen dabei zum einen die Länge der Verjährungsfrist und zum anderen den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung. Hinsichtlich des ersteren Gesichtspunktes beinhaltet § 438 Abs. 1 BGB eine differenzierte Regelung, die für bestimmte Mängel oder Kaufgegenstände eine Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 1: Mangel besteht in einem zur Herausgabe berechtigenden dinglichen Recht oder einem sonstigen im Grundbuch eingetragenen Recht) bzw. 5 Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB: Mangel bei einem Bauwerk oder einer bestimmungsgemäß für ein Bauwerk verwendeten Sache, die eine Mangelhaftigkeit des Bauwerks verursacht hat) anordnet und im übrigen eine regelmäßige Verjährungsfrist von 2 Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) vorsieht. Hinsichtlich des Beginns der Verjährung modifiziert § 438 Abs. 2 BGB das für die Regelverjährung vorgesehene subjektive System (vgl. § 199 Abs. 1 BGB, dessen Nr. 2 den Beginn der Verjährung an die Kenntnis bzw. grobfahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von anspruchsbegründenden Umständen knüpft) durch ein auf die Übergabe bzw. Ablieferung des Kaufgegenstandes abstellendes objektives System (vgl. ferner § 438 Abs. 3 BGB für den Fall des arglistigen Verschweigens eines Mangels durch den Verkäufer).

Die Verjährung kann unter den gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfen naturgemäß nur den Anspruch auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) und die Schadensersatzansprüche wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes (§ 437 Nr. 3 BGB) betreffen, da nur sie Ansprüche sind und als solche gemäß § 194 BGB der Verjährung unterliegen (§ 438 Abs. 1 BGB). Andererseits wäre es unsinnig, wenn der Käufer nach Ablauf der Verjährungsfrist für diese Sekundäransprüche einfach auf die als Gestaltungsrecht ausgestalteten Rechtsbehelfe des Rücktritts bzw. der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) „umsteigen“ könnte, um so der Verjährung zu „entinnen“. Der Gesetzgeber hat dieses Dilemma elegant durch die Anordnung

der Geltung des § 218 BGB für diese Gestaltungsrechte aufgelöst (§ 438 Abs. 4, 5 BGB). Danach ist der erklärte Rücktritt bzw. die erklärte Minderung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung bzw. auf Nacherfüllung verjährt ist und sich der Verkäufer darauf beruft (§ 218 Abs. 1 BGB). Ebenso elegant ist die Regelung des § 438 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 BGB, wonach dem Käufer, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat und dessen Rücktritt bzw. Minderung nach § 218 Abs. 1 BGB unwirksam ist, ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

Hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche auf Ersatz des durch den Mangel verursachten Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB) sei schließlich darauf hingewiesen, dass sie von § 438 Abs. 1 BGB miterfasst zu werden scheinen, sodass der Käufer sich insoweit nicht auf das für ihn gegenüber der Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB günstigere allgemeine Leistungsstörungenrecht (drei statt zwei Jahre, subjektives statt objektives System!) berufen können soll. Wir werden diese Frage später noch einmal aufwerfen und einen abweichenden Lösungsvorschlag unterbreiten.

9. Mangelbeseitigung durch den Käufer

Bisweilen meinen Käufer, sie könnten den Mangel selber beseitigen (lassen) und die Kosten der Mangelbeseitigung dem Verkäufer in Rechnung stellen. Dem steht indessen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs das Recht des Verkäufers entgegen, die Nacherfüllung durchzuführen. Der Käufer kann danach nur unter den Voraussetzungen des § 437 Nrn. 2 und 3 BGB Schadensersatz verlangen oder den Kaufpreis mindern. Und das setzt allemal eine Fristsetzung gegenüber dem Verkäufer vor der Beseitigung des Mangels voraus. Nur wenn die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist, hat der Käufer einen Anspruch aus Ausgleich der Kosten der von ihm selber vorgenommenen oder veranlassten Mangelbeseitigung (BGH NJW 2005, 1348). Die Literatur betrachtet diese Entscheidung sehr kritisch. Sie führe im Ergebnis zu einer Bereicherung des Verkäufers. Die ließe sich vermeiden, wenn man die Selbstvornahme als vom Gläubiger des Nacherfüllungsanspruchs zu vertretende Unmöglichkeit betrachtete, die von § 326 Abs. 2 BGB erfasst wird. Danach muss sich der Verkäufer das auf den Kaufpreis anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart. Die Ersparnis muss sich nicht mit den Kosten der Mangelbeseitigung durch den Käufer decken. Sie kann und wird bei einem Verkäufer mit eigener Werkstatt geringer sein. Es gibt aber keinen vernünftigen Grund, dem Verkäufer diese Ersparnis und damit den vollen Kaufpreis zu belassen (Lorenz NJW 2005, 1321).

VI. Positive Vertragsverletzung (pVV)

1. Entwicklung und Rechtsgrundlage

Die pVV wurde 1902 von Hermann Staub entwickelt, um schuldhaftige Verletzungen schuldrechtlicher Verpflichtungen, die nicht von den damals gesetzlich geregelten Leistungsstörungsinstituten (Unmöglichkeit, Verzug und Mängelgewährleistung) erfasst werden, zu regeln. Der von der positiven Vertragsverletzung betroffene Vertragsteil konnte unter gewissen Voraussetzungen Rechte geltend machen, die ihrem Inhalt nach den Rechten aus den §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. entsprachen. Aus diesem Grunde konnte man die Rechtsgrundlage der pVV in der analogen Anwendung dieser Vorschriften sehen. Der BGH hatte in BGHZ 11, 80 (84) festgestellt, dass der Rechtsgrund der pVV letztlich in § 242 BGB (Treu und Glauben) liege. Da die Grundsätze über die Haftung aus pVV seit 100 Jahren in ständiger Rechtsprechung angewendet wurden, hatten sie sicherlich den Rang des Gewohnheitsrechts erreicht. Seit dem 1. Januar 2002 haben sie eine gesetzliche Grundlage in §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 281, 282, 323 Abs. 1 sowie 324 BGB. Dabei handelt es sich um eine atypische Kodifikation von vormaligem Richterrecht, da keine besonderen Vorschriften geschaffen wurden, die unter der Überschrift „positive Forderungsverletzung“ im Gesetz aufzufinden sind (Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 189).

2. Voraussetzungen der pVV

Da es „die“ pVV nach ihrer Kodifikation im neuen Recht nicht mehr gibt, sondern vielmehr die unter dem Terminus pVV vormals zusammengefassten Fallgruppen und unterschiedlichen Rechtsfolgen über die §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 281, 282, 323 Abs. 1 sowie 324 BGB verteilt sind, gibt es auch keine einheitlichen Voraussetzungen, die alle Rechtsfolgen der „pVV“ im neuen Recht erfassen würden. Man kann vielmehr zwischen allgemeinen Voraussetzungen unterscheiden, die im Sinne eines Grundtatbestandes in allen Fällen der pVV vorliegen müssen sowie weiteren Voraussetzungen, die für die jeweilige spezifische Rechtsfolge (Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 Abs. 3, 281, 282 BGB; Rücktritt: §§ 323, 324 BGB) erfüllt sein müssen. Die allgemeinen Voraussetzungen, die seit jeher die pVV charakterisieren, entsprechen weitgehend den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB: Es handelt sich um das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien und die Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht durch ein Handeln oder Unterlassen.

a. Schuldverhältnis zwischen den Parteien

Grundlage der Haftung aus pVV ist das Bestehen eines Schuldverhältnisses. Zumeist handelt es sich hierbei um ein vertragliches Schuldverhältnis. Die pVV ist jedoch darauf nicht beschränkt und kann auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen (z.B. berechtigter GoA) Anwendung finden. Insoweit ist der Name „positive Vertragsverletzung“ also missverständlich, er hat sich jedoch in Wissenschaft und Praxis eingebürgert. Häufig liest man auch die Bezeichnung „positive Forderungsverletzung (pFV)“.

b. Pflichtverletzung durch ein Handeln oder Unterlassen

Es kommen nur Pflichtverletzungen in Betracht, die weder eine Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug bzw. Verzögerung der Leistung zur Folge haben, da diesbezüglich eigenständige Leistungsstörungstatbestände eingreifen. Ebenso scheidet Pflichtverletzungen aus, deren Folgen von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst werden. Diese verweisen zwar im Kauf- und Werkvertragsrecht im Sinne von Rechtsgrundverweisungen auf die Leistungsstörungsregeln des allgemeinen Schuldrechts und somit auch der pVV (vgl. §§ 437, 634 BGB), werden aber durch Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts nicht unerheblich modifiziert (vgl. etwa §§ 438, 440, 634a, 636 BGB).

3. Typen der pVV

Im Laufe der Zeit haben sich zwei Haupttypen der pVV herausgebildet, nämlich zum einen die Schlechtleistung und zum anderen die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten.

a. Schlechtleistung

Eine Schlechtleistung liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht wird. Beispiele aus der Rechtsprechung: Tod von Pferden des Käufers wegen Lieferung von Tierfutter, dem giftige Rizinuskörner beigemischt waren (RGZ 66, 289); Verderben von Wein wegen der vom Verkäufer gelieferten mangelhaften Korken (BGH NJW 1990, 908 - in diesem Falle waren die Ansprüche aus pVV jedoch verjährt). Die Schlechtleistung ist im Allgemeinen Schuldrecht in §§ 280 Abs. 1 BGB („Pflichtverletzung“), 280 Abs. 3 und 281 Abs. 1 BGB (“...der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet erbringt...“) und § 323 Abs. 1 BGB (“...der Schuldner eine fällige Leistung nicht vertragsgemäß

erbringt...“) geregelt. Auf Grund dieser Regelung im Allgemeinen Schuldrecht ist - wie auch bereits im früheren Recht - zwischen Verträgen ohne gesetzliche Gewährleistungsvorschriften und Verträgen mit solchen zu unterscheiden. Bei Verträgen ohne gesetzliche Gewährleistungsvorschriften - wie den Gesellschaftsverträgen (vgl. hierzu BGH NJW 1983, 1188), Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen und Auftragsverhältnissen - ist ein Fall der Schlechtleistung allein nach den §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB zu beurteilen. Bei Verträgen mit gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften ist im neuen Recht wiederum zu differenzieren. Da das Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertragsrechts im Sinne einer Rechtsgrundverweisung auf die §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB verweist (§§ 437, 634 BGB), sind diese Vorschriften unter Beachtung der gewährleistungsrechtlichen Modifikationen auf Schlechtleistungsfälle anzuwenden. Wo es aber an einer solchen Verweisung auf das Allgemeine Schuldrecht fehlt (z.B. im Mietrecht: §§ 536 bis 536d BGB) greift man bei mangelhafter Erfüllung nur dann auf die genannten Vorschriften über die Schlechtleistung im allgemeinen Schuldrecht zurück, wenn das Gewährleistungsrecht Regelungslücken enthält.

b. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten

Den zweiten Hauptanwendungsfall der pVV neben der Schlechtleistung stellt die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten dar. Die Palette der in Frage kommenden Nebenpflichtverletzungen ist sehr groß. Im Laufe der Zeit haben die Rechtsprechung und die Literatur einige typische Fallgruppen entwickelt. Einen Teil davon, die Schutzpflichten, hat der Gesetzgeber nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert. Die Aufzählung ist jedoch keineswegs abschließend.

i. Verletzung der Leistungstreuepflicht

Die Parteien haben die Pflicht, den Vertragszweck weder zu gefährden noch zu vereiteln. Es hängt vom Inhalt des Vertrages ab, welche Pflichten sich hier im Einzelfall ergeben. Eine Leistungstreuepflichtverletzung liegt z.B. vor, wenn der Verkäufer entgegen dem Vertrag auf einmal Barzahlung verlangt, anstatt wie bisher dem Käufer Kredit zu gewähren oder wenn er vor der Lieferung eines neuen Kraftfahrzeugs einzelne Teile gegen alte andere Teile austauscht. „Paradefall“ für die auf die Verletzung von Leistungstreuepflichten gestützte pVV war nach ständiger Rechtsprechung zum früheren Recht der Fall der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung (sogen. „Vertragsaufsage“) vor Eintritt der Fälligkeit der Hauptleistungspflicht. In diesem Fall erlaubte die Rechtsprechung dem Gläubiger nämlich die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den sofortigen Rücktritt analog § 326 BGB a.F. (BGH NJW

1986, 842, 843). Im neuen Recht ist dieser Fall der Vertragsaufsage vor Fälligkeit der Hauptleistungspflicht ebenso zu lösen: Das Recht zum sofortigen Rücktritt in diesem Fall folgt zwanglos aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1, 4 BGB: Bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Hauptleistungspflicht ist offensichtlich, dass die Rücktrittsvoraussetzungen beim Eintritt der Fälligkeit eintreten werden, weil der Schuldner nicht leisten wird und eine Nachfristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich sein wird. Aber auch ein Recht auf sofortigen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB lässt sich begründen: Die Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) liegt in der Verletzung der Leistungstreupflicht als vertraglicher Nebenpflicht. Sie ist auch zugleich die fällige Leistung im Sinne des § 281 Abs. 1 BGB, die der Schuldner nicht erbringt. Eine Fristsetzung ist ebenfalls im Hinblick auf die Vertragsaufsage gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich (ebenso: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 192 f.; ähnlich: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, Rdnr. 361, die allerdings anstelle von § 281 BGB den § 282 BGB anwenden wollen, wogegen jedoch spricht, dass die Leistungstreupflicht eine leistungsbezogene Nebenpflicht ist, während § 241 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers auf nicht leistungsbezogene Schutzpflichten beschränkt sein sollte).

ii. Verletzung der Schutzpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)

Die Parteien haben die Pflicht, sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass die Person, das Eigentum und sonstige Rechtsgüter der anderen Vertragspartei nicht verletzt werden. Die Verkehrssicherungspflicht ist innerhalb des Vertragsverhältnisses zugleich eine Vertragspflicht. Voraussetzung ist jedoch stets, dass die konkrete Rechtsgutverletzung in Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis steht. Solche Schutzpflichten bestehen z.B. darin, für den nach den Umständen erforderlichen Versicherungsschutz zu sorgen, oder in Geheimhaltungspflichten beim Chiffreanzeigenvertrag oder Bankvertrag. Seit der Schuldrechtsreform sind die Schutzpflichten in § 241 Abs. 2 BGB normiert.

iii. Verletzung von Mitwirkungspflichten

Die Parteien sind verpflichtet, mit dem Vertragspartner dergestalt zusammenzuwirken, dass die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages geschaffen werden oder etwaige Hindernisse beseitigt werden.

iv. Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten

Die Parteien haben die Pflicht, den anderen Vertragsteil unaufgefordert über erhebliche Umstände zu informieren. Diese Pflicht überschneidet sich mit der Schutzpflicht, wenn vor Gefahren zu warnen ist, die das Integritätsinteresse der anderen Partei berühren. Es ist stets zu prüfen, ob redlicherweise eine Information des Vertragspartners zu erwarten ist. Die Informationspflicht ist z.B. sehr hoch anzusetzen bei Lieferanten und Herstellern komplizierter und gefährlicher Produkte.

4. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden

Die Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei der Frage des Verhältnisses der Sachmängelgewährleistung zur Haftung aus positiver Vertragsverletzung zählte zu den umstrittensten und schwierigsten Fragen des alten Schuldrechts. Die Schuldrechtsreformkommission war angetreten, dem Streit ein Ende zu setzen und die Unterscheidung überflüssig zu machen (Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. vom Bundesministerium der Justiz 1992, S. 22 f., 32 f.). Die Schuldrechtsreform bot die beste Gelegenheit dazu (In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es denn auch, eines der wesentlichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung sei es die durch die Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschäden entstandenen vielfachen Unsicherheiten zu beseitigen BT-Drucks. 14/6040, S. 133). Viele glauben auch, dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das Ziel erreicht habe. Dieser Glaube erweist sich indessen als Irrglaube. Denn das Gesetz hat zwar einige, aber eben nicht alle Gründe dafür beseitigt, zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden und unter den Mangelfolgeschäden zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden zu unterscheiden. Am Ende werden wir zwar die früheren Differenzierungen aufgeben können, müssen uns dafür aber mit neuen Differenzierungen in der Schadensentwicklung anfreunden. Als Trost halten die Änderungen des neuen Rechts eine gegenüber dem alten Recht vereinfachte Handhabung der Unterscheidung in den Schadensentwicklungen bereit.

a. Gründe für die Schadensabgrenzungen im alten Recht

Die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden war im Kaufrecht, die Unterscheidung zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden war im Werkvertragsrecht von Bedeutung. In beiden Rechtsbereichen verfolgte man mit der Unterscheidung unterschiedliche Ziele. Im Kaufrecht ging es darum, eine allgemeine Schadensersatzhaftung für Schäden aus

verschuldeten Mängeln der Kaufsache zu etablieren und die Grenzen des § 463 BGB a.F. zu überwinden, der eine Schadensersatzhaftung nur bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder dem arglistigen Verschweigen eines Mangels vorsah. An diese Grenzen hielt man sich nur für Mangelschäden gebunden, während für Mangelfolgeschäden mit der positiven Vertragsverletzung der Weg zu einer allgemeinen Verschuldenshaftung geöffnet wurde, für die man allerdings verjährungsrechtlich das Korsett der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregelung beibehielt. Im Werkvertragsrecht ging es dagegen nicht um die Etablierung einer allgemeinen Schadensersatzhaftung für Schäden aus schuldhaft verursachten Mängeln der Werkleistung. Diese Haftung gab es schon in § 635 BGB a.F. Hier diente die Unterstellung der entfernten Mangelfolgeschäden unter das Haftungsregime der positiven Vertragsverletzung der Überwindung des gewährleistungsrechtlichen Verjährungskorsetts. An seine Stelle sollte das allgemeine Verjährungsregime treten, was zu jener Zeit eine Verjährung in dreißig Jahren bedeutete.

b. Die (teilweise) Überwindung der Gründe im neuen Recht

Das neue Recht behält im Werkvertragsrecht die aus dem alten Recht bekannte allgemeine Schadensersatzhaftung für schuldhaft verursachte Werkmängel bei und führt sie für schuldhaft verursachte Mängel der Kaufsache ein, indem es dem Besteller bzw. dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung das Recht gibt, nach den §§ 280, 281 283 und 311a BGB Schadensersatz zu verlangen (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB). Das Regime der Haftungsbegründung für Mangelschäden und Mangelfolgeschäden ist vereinheitlicht. Es unterscheidet sich nicht von der allgemeinen Haftung für (vermutet) schuldhaftes Vertragspflichtverletzungen. Von daher gibt es keinen Grund im neuen Recht an der alten Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden festzuhalten. Nicht vereinheitlicht sind dagegen das Verjährungsregime der allgemeinen Vertragshaftung und das Verjährungsregime der Mängelhaftung im Kauf- und Werkvertragsrecht. Und genau hier könnte der Grund für das Wiederaufleben der alten Abgrenzungsstreitigkeiten liegen.

i. Das allgemeine Verjährungsregime

Das allgemeine Verjährungsregime ist vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetz grundlegend verändert worden. Während das frühere Recht dem objektiven System verpflichtet war, nach dem die Verjährung eines Anspruchs unabhängig davon beginnt, ob der Anspruchsinhaber Kenntnis von dem Anspruch und dem Anspruchsgegner hat, folgt das neue Recht im Einklang mit den Vorstellungen der Lando-Kommission zum europäischen Vertragsrecht dem subjektiven System und

macht den Beginn der Verjährung zusätzlich von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Anspruchsinhabers abhängig (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Damit vermeidet man das konfiskatorische Zuschlagen der Verjährungsfalle, kann die Verjährungsfristen radikal vereinfachen und vereinheitlichen (so geschehen in §§ 195 bis 197 BGB) und entzieht jeglichem Streit über Zuordnungen und Abgrenzungen von Anspruchsgrundlagen den Boden, wenn man konsequent bei diesem Verjährungsmodell bleibt.

ii. Das Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist entgegen den Vorstellungen des Gutachtens von Peters/Zimmermann nicht bei diesem Verjährungsmodell geblieben, sondern hat für das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts wie des Werkvertragsrechts ein objektives Verjährungsmodell mit gegenüber dem allgemeinen Verjährungsrecht abweichenden Fristen eingeführt. Die Verjährung beginnt zu den in den §§ 438 Abs. 2, 634a Abs. 2 BGB festgelegten Zeitpunkten (Übergabe, Ablieferung, Abnahme) auch ohne die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anspruchsinhabers. Zwar droht das konfiskatorische Zuschlagen der Verjährungsfalle nicht schon (wie teilweise im früheren Recht) nach sechs Monaten, sondern frühestens in zwei Jahren und bei Bauwerken in fünf Jahren. Nach dem Ablauf dieser Zeiten aber soll dem Verkäufer und dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben werden, seine Bücher zu einem bestimmten Projekt zu schließen und sich nicht mehr mit Mängelrechten herumschlagen zu müssen.

So nachvollziehbar gerade dieser letzte Gesichtspunkt für die Einführung eines objektiven Modells im kauf- und werkvertragsrechtlichen Mängelrecht ist, mit unterschiedlichen Verjährungsregimen für allgemeine Haftungen und Mängelhaftungen weckt man mindestens bei denen Begehrlichkeiten, dem Mängelrecht zu entfliehen und sich in den Hafen der allgemeinen Haftung zu retten, deren Mängelrechte verjährt sind. Das Tor zu den alten Abgrenzungsstreitigkeiten ist aufgestoßen.

c. Lösung für das neue Recht

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, dem geschilderten Problem Herr zu werden.

i. Lösungsmodelle

Man könnte zu der Lösung greifen, die der Bundesgerichtshof zum alten Kaufrecht entwickelt hat. Danach unterfielen alle Schadensentwicklungen im Zusammenhang mit Mängeln der Vertragsleistung dem Verjährungsregime des

Gewährleistungsrechts. Diese Lösung besteht auf den ersten Blick durch ihre Eleganz und Einfachheit. Auf den zweiten Blick offenbart sie dagegen Schwächen. Sie zwingt dazu, wertungsmäßig Gleiches ungleich zu behandeln, wenn sie Folgeschäden des schuldhaft verursachten Mangels dem Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts und Folgeschäden aus der schuldhaft unterbliebenen Aufklärung über einen nicht schuldhaft verursachten Mangel dem allgemeinen Verjährungsregime unterstellt. Sie versperrt auch nicht den Weg in ein weiteres Haftungsrecht, das dem allgemeinen Verjährungsregime unterliegt, wenn der schuldhaft verursachte Mangel die Verletzung eines deliktisch geschützten Rechtsguts auslöst und der Geschädigte sein Heil in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung (oder Produkthaftung) sucht. Denn die deliktischen Schadensersatzansprüche werden auf keinen Fall durch das vertragliche Gewährleistungsrecht ausgeschlossen. Deshalb ist die Übernahme der Lösung des Bundesgerichtshofs zum alten Kaufrecht für das neue Recht zu verwerfen.

Man könnte zweitens zu einem ungestörten Nebeneinander der allgemeinen vertraglichen Schadensersatzhaftung mit der Mängelhaftung im Kauf- und Werkvertragsrecht greifen. Doch würde diese Lösung, da sie auch bloße Mängelschäden erfasste, der Anordnung des Gesetzgebers in den §§ 438 und 634a BGB widersprechen. Sie ist deshalb für das neue Recht als gesetzeswidrig zu verwerfen.

Man könnte drittens die Differenzierung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden wieder beleben oder doch etwas Ähnliches tun und die Mangelfolgeschäden der allgemeinen Vertragshaftung und damit dem allgemeinen Verjährungsregime unterstellen, während man die Mangelschäden dem gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregime unterwirft. Diese Lösung dürfte auf den ersten Blick auf den größten Widerstand treffen. Auf den zweiten Blick erweist sie sich allen anderen Lösungen als überlegen, wenn man zuvor eine Klarstellung bei dem Kriterium für die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden einführt. Diese Klarstellung sollte auf der Ebene der geschützten Interessen erfolgen. Auf der einen Seite steht das Leistungs- und Äquivalenzinteresse des Vertragspartners, auf der anderen Seite sein Integritätsinteresse. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse unterstehen dem Haftungs- und Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse unterstehen dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts. Dabei ist das allgemeine Haftungsrecht nicht nur das Deliktsrecht, sondern auch das in den §§ 241 Abs. 2,

280 Abs. 1 BGB kodifizierte vertragliche Schutzrecht, soweit es mit den deliktisch geschützten Interessen korreliert.

ii. Vorteile des vorgeschlagenen Modells

Die Vorteile des vorgeschlagenen Modells liegen auf der Hand. Das Modell führt keine neuen und schwer handhabbaren Differenzierungen von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden und unter den Mangelfolgeschäden zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden ein, sondern orientiert sich an einer für die deliktischen Ansprüche ohnehin vorzunehmenden Bestimmung der deliktisch geschützten Integritätsinteressen (Rechtsgüter). Nur für den Rechtsgüterschutz gilt mit dem allgemeinen Haftungsrecht das allgemeine Verjährungsregime. Zum allgemeinen Deliktsrecht tritt für den Rechtsgüterschutz das vertragliche Haftungsrecht hinzu, das den Rechtsgüterschutz verbessert, indem es die Enge der deliktischen Geschäftsherrhaftung überwindet und dem Geschädigten eine günstigere Beweislastverteilung bietet. Es gibt keinen Grund, diese Vorteile des vertragsrechtlichen Rechtsgüterschutzes in den Fällen zu versagen, in denen die Pflichtverletzung über einen Mangel der Vertragsleistung zur Rechtsgutsverletzung führt. Warum sollte mit Blick auf die Zurechnung des Gehilfenverschuldens und der Verjährung der, dem nach den mangelfrei durchgeführten Reparaturarbeiten an seinem Hause ein fahrlässig nicht entsorgter Stein auf den Kopf fällt, gegenüber dem besser gestellt sein, der sich eines Tages schwer verletzt in den Trümmern des von den Maurern fahrlässig mangelhaft errichteten Gebäudes findet? In den einen wie dem anderen Fall sind deliktisch geschützte Rechtsgüter durch schuldhaftige Vertragspflichtverletzungen betroffen.

iii. Einteilung von Schäden nach den geschützten Interessen

Wenn wir nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse dem Haftungs- und Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts und nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellen, bleiben noch die Angabe von Beispielen für die eine und die andere Schadenskategorie und schließlich ein Blick auf die Änderungen, die das neue Recht gegenüber den früheren Differenzierungen bringt.

Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse umfassen die Untauglichkeit zum Gebrauch, die Kosten zur Beseitigung des Mangels, die Aufwendungen für den Einsatz des nicht zum Einsatz kommenden Gegenstands, den Nutzungs- und Produktionsausfall, den Gewinnentgang. Die meisten dieser Schadensposten decken sich mit dem, was

man nach der Einteilung zum früheren Recht als Mangelschaden qualifiziert hat. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse sind Schadensfolgen, die aus der Verletzung eines nicht mit der Vertragsleistung identischen Rechtsguts entstehen: Herstellungskosten für die Herstellung des betroffenen Rechtsguts (Behandlungskosten bei Körperverletzungen, Reparaturkosten bei Sachbeschädigungen), der Vermögensverlust bei ausgeschlossener Herstellung, der entgangene Gewinn; kurzum: Personenschäden und Sachschäden und ein aus diesen Schäden resultierender Gewinnentgang.

iv. Änderungen gegenüber dem früheren Recht

Die Änderungen gegenüber dem früheren Kaufrecht liegen in einer neuen Grenzziehung und in der Unterstellung eines Teils der aus der mangelhaften Leistung resultierenden schädlichen Folgen unter das allgemeine Haftungs- und Verjährungsregime. Die Grenzziehung macht nicht mehr an der Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden fest, sondern unterscheidet nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse von nachteiligen Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse des Vertragspartners. Die Letzteren und nur sie werden dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellt.

Die Änderungen gegenüber dem früheren Werkvertragsrecht liegen ebenfalls in einer neuen Grenzziehung und damit verbunden der Unterstellung eines größeren Teils der nachteiligen Folgen unter das allgemeine Haftungs- und Verjährungsregime. Die Grenzziehung macht nicht mehr an der Unterscheidung zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden fest, sondern unterscheidet wie beim Kaufrecht nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse von nachteiligen Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse des Vertragspartners. Die Letzteren werden insgesamt dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellt. Das ist eine radikale Vereinfachung und scheint insbesondere die Architekten und Planer zu bedrohen, die im alten Recht in erster Linie die Nutznießer aus der Differenzierung naher und entfernter Mangelfolgeschäden waren. Denn die Musterkategorie naher und damit dem Gewährleistungsregime unterstellter Mangelfolgeschäden waren die Schäden am Bauwerk, die aus fehlerhaften Architekten- und Planungsleistungen resultierten. Doch besteht auch für die Architekten und Planer kein Grund zur Sorge. Denn ihrer hat sich der Gesetzgeber in § 634a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ausdrücklich angenommen

und ihre Haftung für Werkmängel, die aus Planungs- und Überwachungsmängeln entstehen, dem Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts unterstellt.

d. Ergebnis

Die Unterscheidungen zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden sowie nahen und entfernten Mangelfolgeschäden gehören nach der Schuldrechtsmodernisierung der Rechtsgeschichte an. Doch auch im neuen Schuldrecht werden wir uns mit einer Schadensdifferenzierung bei mangelhaften Vertragsleistungen im Kaufrecht und im Werkvertragsrecht anfreunden müssen. Es ist die Unterscheidung zwischen Schäden, die dem Leistungs- und Äquivalenzinteresse zuzurechnen sind, und Schäden, die dem Integritätsinteresse des Vertragspartners zugehören. Für die Ersteren gilt das Haftungs- und Verjährungsregime des kaufvertraglichen und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts, für die Letzteren das Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts.

5. Schaden und Kausalität

Dem Gläubiger muss selbstverständlich auch ein Schaden entstanden sein. Voraussetzung für die Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB ist, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.

6. Verschulden hinsichtlich der Pflichtverletzung

Eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für das Vertretenmüssen gelten die §§ 276 bis 278 BGB. Der Schuldner muss also ebenso wie bei Unmöglichkeit und Verzug für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einstehen. Wie sich aus der Formulierung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, wird das Verschulden des Schuldners im Falle einer Pflichtverletzung jedoch vermutet. Das Verschulden ist daher keine „Voraussetzung“ für den Haftungstatbestand, sondern das fehlende Verschulden ist eine rechtshindernde Einwendung, die die Haftung ausschließt und für deren Vorliegen den Schuldner die Darlegungs- und Beweislast trifft. Das Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 und §§ 324, 241 Abs. 2 BGB ist dagegen verschuldensunabhängig ausgestaltet.

7. Rechtsfolgen der pVV

Die Rechtsfolge einer pVV ist entweder ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB oder aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282 BGB. Auf ihn finden die §§ 249 ff BGB Anwendung. Bei gegenseitigen Verträgen ist der geschädigte Vertragsteil nicht auf die Geltendmachung seines Schadens beschränkt. Er kann vielmehr zugleich (§ 325 BGB) unter den Voraussetzungen des § 323 oder der §§ 324, 241 Abs. 2 BGB vom Vertrag zurücktreten.

8. Beweislastverteilung

Im Prozess hat eine Partei die Voraussetzungen der Rechtsnormen zu beweisen, die sie angewendet wissen möchte. Für eine gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche aus einer Haftung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 bzw. 282 BGB bedeutet dieser Grundsatz, dass der Gläubiger vor Gericht die Voraussetzungen Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, Schaden und Kausalzusammenhang darlegen und gegebenenfalls beweisen muss. Demgegenüber ist das Verschulden keine vom Gläubiger darzulegende und zu beweisende Anspruchsvoraussetzung, sondern vielmehr eine rechtshindernde Einwendung, die der Schuldner zu seiner Entlastung darlegen und gegebenenfalls beweisen muss.

Diese Beweislastverteilung bezüglich des Verschuldens stellt gegenüber dem alten Recht eine teilweise Neuerung dar. Im früheren Recht wendete der BGH den § 282 BGB a.F., der zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens führte, zwar auch auf die pVV analog an. Er machte die analoge Anwendung allerdings davon abhängig, dass die Schadensursache aus dem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den der Schuldner im Zweifel die Verantwortung trägt (BGH NJW 1980, 2186) (Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen). Da dieses zusätzliche Erfordernis für eine dem Gläubiger günstige Beweislastverteilung im neuen Recht entfallen ist, ist die Neuregelung insoweit „gläubigerfreundlicher“.

VII. Culpa in contrahendo (c.i.c.)

1. Entwicklung und Rechtsgrundlage

Die tatsächliche Anbahnung von Vertragsbeziehungen und der vorbereitende Geschäftskontakt begründen bereits Schutz- und Obhutspflichten zwischen den Parteien (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), deren Verletzung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) schadensersatzpflichtig machen kann. Dies findet seinen Grund darin, dass sich der Geschädigte zum Zwecke der Vertragsverhandlungen in den Einflussbereich des anderen Teils begeben hat und damit redlicherweise auf eine gesteigerte Sorgfalt seines Verhandlungspartners vertrauen kann. Durch die *c.i.c.* werden die vertragsorientierten Vermögensinteressen des Vertragspartners geschützt. Die Haftung aus *c.i.c.* ist vom tatsächlichen Zustandekommen eines Vertrages und seiner Wirksamkeit weitgehend unabhängig und stellt den Geschädigten gegenüber der allgemeinen deliktischen Haftung, etwa aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, im Hinblick auf die verschärfte Gehilfenhaftung (§ 278 BGB gegenüber § 831 BGB) und die andere Beweislastverteilung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) wesentlich günstiger.

Die Lehre von der *culpa in contrahendo* geht auf Rudolf v. Jhering zurück. Eine gesetzliche Regelung fand sich erstmals in I 5 § 284 ALR (Preußisches Allgemeines Landrecht). Im ursprünglichen BGB war die *c.i.c.* nirgends ausdrücklich geregelt, in einzelnen Vorschriften fand man jedoch ihren Rechtsgedanken wieder (z.B. § 122 BGB, § 307 BGB a.F.). Auch das vormalige AGBG (Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen) erwähnte in § 11 Nr. 7 die „Verletzung von Pflichten bei Vertragsverhandlungen“. Die *c.i.c.* war wie auch die *pVV* gewohnheitsrechtlich anerkannt, bevor sie mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz am 1. Januar 2002 in das BGB einzog (§ 311 Abs. 2 BGB).

2. Voraussetzungen der *c.i.c.*

Die Haftung aus *c.i.c.* (§ 311 Abs. 2 BGB) setzt - vergleichbar mit der Haftung aus *pVV* - das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses (a) und die Verletzung einer aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht voraus (b) (§ 280 Abs. 1 BGB).

a. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses

Die Frage, wann ein solches Schutzpflichten begründendes (§ 241 Abs. 2 BGB), vorvertragliches, gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, ist in § 311 Abs. 2 BGB geregelt. Dabei hat der Gesetzgeber drei Entstehungstatbestände geschaffen, die nachfolgend näher beleuchtet werden sollen.

i. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB regelt den Fall eines bereits sehr weit fortgeschrittenen vorvertraglichen Kontaktes zwischen den Parteien: Die Parteien kommunizieren miteinander mit dem Ziel, einen Vertrag abzuschließen. Dabei ist Kommunikation in einem weiten Sinne zu verstehen. Es ist also nicht erforderlich, dass sich die Parteien während des Verhandeln am gleichen Ort aufhalten oder dass sie direkt (etwa per Telefon etc.) miteinander sprechen. Erfasst wird der gesamte Zeitraum vom Beginn der Verhandlungen bis zu ihrem Abbruch bzw. dem Abschluss des Vertrages (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 10).

ii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Während der an der Spitze stehende § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB - gesetzes technisch etwas missglückt - den Spezialfall bereits stark konkretisierter rechtsgeschäftlicher Kontakte regelt, bringt Nr. 2 als wohl wichtigster Fall des § 311 Abs. 2 BGB den zentralen Grund der Haftung aus c.i.c. zum Ausdruck, nämlich den Grund der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen zwischen potentiellen Vertragspartnern (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 10). Die „Vertrauensinvestition“ des Gläubigers besteht nach dem Gesetzeswortlaut darin, dass dieser dem Schuldner die „Möglichkeit der Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut hat“. Der klassische Fall, den der Gesetzgeber damit insbesondere erfassen wollte, ist der Fall, dass der potentielle Kunde sich in einen von seinem potentiellen Vertragspartner beherrschten Gefahrenbereich begeben hat, um mit diesem in Vertragsverhandlungen einzutreten oder um sich ein Bild von den angebotenen Leistungen zu machen (z.B.: potentieller Gast betritt das Foyer eines Hotels, um sich über die Zimmerpreise zu informieren). Ein schönes Beispiel für diese von § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasste Fallgruppe ist der sogen. „Gemüseblattfall“ des BGH, in dem der BGH in einer noch nach altem Recht ergangenen Entscheidung über das Schadensersatzbegehren einer Person zu entscheiden hatte, die in einem Kaufhaus auf einem Gemüseblatt ausgerutscht war und sich dabei verletzte

(BGHZ 66, 51). Bereits mit dem Betreten des Kaufhauses bahnt sich ein rechtsgeschäftlicher Kontakt an, zumindest dann, wenn der Verletzte es auch in Betracht gezogen hat, möglicherweise einen Kaufvertrag abzuschließen. Es ist nicht erforderlich, dass er eine konkrete Kaufabsicht hatte. Anders ist es hingegen, wenn er das Kaufhaus nur betreten hat, um sich aufzuwärmen oder vor dem Regen zu schützen. Ein solcher bloßer „sozialer“ Kontakt, der in keinem Zusammenhang mit einem eventuellen Vertragsschluss stehen kann, fällt nicht unter § 311 Abs. 2 Nr. 2 (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 369).

iii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft eines ähnlichen geschäftlichen Kontaktes

Da ein Großteil der bisher unter die c.i.c. gefassten Fälle nunmehr von § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB erfasst werden, wird vertreten, § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB habe keinen eigenständigen Anwendungsbereich (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 11). Dem kann nicht gefolgt werden, da man bei der Gesetzesauslegung, insbesondere eines noch jungen Gesetzes, möglichst Ergebnisse vermeiden sollte, nach denen eine Gesetzesvorschrift vollkommen leer läuft und damit überflüssig wäre. Erklärtermaßen war der Wille des Gesetzgebers darauf gerichtet, die c.i.c. ohne sachliche Änderung des bisherigen Rechtszustandes zu kodifizieren, zugleich aber mit Hilfe generalklauselartiger Formulierungen die Möglichkeit einer Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Lehre zu gewährleisten (vgl. Canaris, JZ 2001, 499, 520). Diese Funktion kann insbesondere der Auffangtatbestand des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB übernehmen (ähnlich: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 369 f.).

Die Rechtsprechung hat anerkannt, dass unter besonderen Voraussetzungen auch außen stehende, am Vertragsschluss selbst nicht beteiligte Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen sind mit der Folge, dass ihnen zwar kein Anspruch auf Erfüllung der primären Vertragspflicht, wohl aber auf den durch den Vertrag gebotenen Schutz und die Fürsorge zusteht, und dass sie aus der Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflichten Schadensersatzansprüche im eigenen Namen geltend machen können (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Davon ausgehend muss man nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch Dritte in das vorvertragliche Schuldverhältnis mit einbeziehen. Der Gemüseblattfall (BGHZ 66, 51) betraf eine derartige Konstellation, da nicht die Kundin selbst, sondern ihre Tochter ausgerutscht war. Heute finden wir die entsprechende gesetzliche Anordnung in § 311 Abs. 3 BGB.

Bei der Haftung beschränkt geschäftsfähiger Personen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) sind die §§ 104 ff. BGB analog heranzuziehen. Wäre der entsprechende Vertrag für den beschränkt Geschäftsfähigen wirksam zustande gekommen, so besteht auch eine mögliche Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen aus c.i.c.. Der Verhandlungspartner haftet jedoch unabhängig von der möglichen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit (im Hinblick auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners) des Vertrages aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.).

b. Pflichtverletzung

Ebenso wie bei der pVV muss auch bei der c.i.c. eine bestimmte Verhaltenspflicht seitens des Schädigers verletzt worden sein (§§ 311 Abs. 2 i.V.m. 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB). Die Abgrenzung zur pVV erfolgt nach dem Zeitpunkt der Verletzungshandlung. Bei einer Verletzungshandlung zur Zeit eines bestehenden Vertrages ist die pVV einschlägig, während man auf die c.i.c., respektive auf das vorvertragliche Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2 BGB, zurückgreift, wenn die Verletzungshandlung vor oder bei Vertragsschluss oder im Rahmen eines nichtigen Vertrages stattfand.

3. Fallgruppen der c.i.c.

Ebenso wie bei der pVV haben sich auch bei der c.i.c. im Laufe der Jahre Fallgruppen herausgebildet, die auch für das neue Recht ihre Berechtigung haben. Die nachfolgende Aufzählung ist jedoch keineswegs abschließend. Der Gesetzgeber wollte bewusst nicht lediglich den bisherigen Rechtszustand festschreiben.

a. Schutzpflichten gegenüber gefährdeten Rechtsgütern (§ 241 Abs. 2 BGB)

Bereits im Vorfeld eines Vertrages treffen die Parteien gewisse Schutzpflichten hinsichtlich Rechten, Rechtsgütern (Freiheit, körperliche Unversehrtheit, Leben etc.) und sonstiger Interessen des Vertragspartners (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Verstößt eine Partei gegen diese Schutzpflichten, sodass der Vertragspartner eine Rechtsgutsverletzung erleidet, begründet dies neben konkurrierenden deliktischen Ansprüchen einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Dies entschied bereits das Reichsgericht im Linoleumrollenfall in RGZ 78, 239. Eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht nicht nur gegenüber den Kaufinteressenten selbst, es werden auch Dritte unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den

Schutzbereich miteinbezogen. So entschied der BGH, als ein Kind seine Mutter in einen Supermarkt begleitete und auf einem Gemüseblatt ausrutschte, noch bevor es zum Kauf kam (BGHZ 66, 51). Der Gesetzgeber hat dies zwischenzeitlich in § 311 Abs. 3 BGB ausdrücklich angeordnet. Personen, die sich ohne Kaufabsicht in einem Kaufhaus aufhalten und dabei zu Schaden kommen, haben hingegen keine Ansprüche aus c.i.c..

b. Abbruch von Vertragsverhandlungen

Die Vertragsfreiheit garantiert jedem Vertragspartner bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht gestellten Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Macht ein Vertragsteil in Erwartung des Vertragsabschlusses Aufwendungen, so tut er dies in aller Regel auf eigenes Risiko. Wenn jedoch der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese von dem Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu erstatten sein, wenn er den Vertragsschluss später ohne triftigen Grund ablehnt. Dies wirft bei formbedürftigen Verträgen das Problem auf, dass die Vertragsparteien bereits vor Abschluss des formgerechten Vertrages zumindest indirekt gebunden wären. Die Formvorschriften verfolgen jedoch den Zweck, den Parteien das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts zu verdeutlichen und sie vor einem vorschnellen Vertragsabschluss zu bewahren. Im Bereich derartiger Formvorschriften (z.B. § 311b BGB) kann der Abbruch von Vertragsverhandlungen, deren Erfolg als sicher anzunehmen war, durch einen Vertragspartner auch dann keine Schadensersatzansprüche auslösen, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch fehlt. Eine Ausnahme ist allerdings in den Fällen zu machen, in denen das Verhalten des Abbrechenden einen schweren Verstoß gegen die Verpflichtung zu redlichem Verhalten bei den Vertragsverhandlungen bedeutet, was in der Regel die Feststellung vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhaltens erfordert (BGH NJW 1996, 1884).

c. Verhinderung wirksamer Verträge

Beruhet die Unwirksamkeit auf einem Wirksamkeitshindernis, das aus der Sphäre einer Partei stammt, so kann diese wegen der Verursachung der Unwirksamkeit oder wegen einer mangelnden Aufklärung über das Wirksamkeitshindernis aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) schadensersatzpflichtig sein (BGHZ 99, 101 ff.). Eine Schadensersatzpflicht kommt z.B. in Betracht bei unterlassener Aufklärung über das Fehlen einer gültigen Vollmacht oder über die

gesetzliche oder vertragliche Formbedürftigkeit eines Vertrages. Ebenso kann sich der Verwender unwirksamer Geschäftsbedingungen bei Verschulden seinem Vertragspartner gegenüber schadenersatzpflichtig machen, wenn dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Klausel oder des ganzen Vertrages nutzlose Aufwendungen tätigt.

d. Verletzung von Aufklärungspflichten

Bei Vertragsverhandlungen trifft grundsätzlich jeden Beteiligten die Pflicht, die andere Partei über Umstände aufzuklären, die für sie hinsichtlich des Vertragsschlusses von gehobener Bedeutung sind. Über das Ausmaß der Aufklärungspflicht ist gesondert für jeden Einzelfall und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu entscheiden. In Betracht kommen insbesondere Umstände, die der Wirksamkeit des Vertrages entgegenstehen, besondere Eigenschaften des Vertragsgegenstandes und sonstige besondere Umstände, die für den Entschluss des Vertragspartners maßgebend sind, etwaige Erfüllungshindernisse sowie Inhalt und Tragweite umfangreicher Geschäftsbedingungen und Formularverträge, vor allem, wenn der Vertragspartner geschäftsunerfahren ist.

Beispiel: K begibt sich zum Autohändler V und interessiert sich für einen ganz bestimmten Fahrzeugtyp. Der Händler bietet ihm eine Probefahrt mit einem Fahrzeug dieses Typs an, für das eine Kaskoversicherung nicht besteht. K tritt die Probefahrt an. Die Fahrt verläuft unglücklich. K wird wegen einer leichten Unaufmerksamkeit in einen Unfall verwickelt, bei dem ein Schaden an dem Fahrzeug entsteht.

Dem V stehen in einem solchen Fall neben Ansprüchen aus Delikt regelmäßig auch solche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) zu. Kraft der Vertragsanbahnung, bei welcher der Händler dem K die Möglichkeit der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Fahrzeug gewährt hat, ist gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB zwischen K und V ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden, das dem Kaufinteressenten Schutz- und Sorgfaltspflichten in Bezug auf den zur Probefahrt überlassenen PKW auferlegt (§ 241 Abs. 2 BGB). Andererseits vertraut der Kaufinteressent darauf, dass er für leicht fahrlässiges Verhalten nicht haften muss, weil er davon ausgeht, dass der Verkäufer zum Schutze des Kunden eine Vollkaskoversicherung abgeschlossen hat. Dies darf er nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH NJW 1979, 643 (644)) auch, zumindest, wenn der Verkäufer ein Kfz-Händler und keine Privatperson ist. Eine Ausnahme besteht allerdings dann, wenn der Händler ihn vor der Probefahrt darauf aufmerksam macht, dass gerade keine Kaskoversicherung besteht. Schließt also ein Kfz-Händler keine Kaskoversicherungen für die Kunden ab, dann trifft ihn -

ebenfalls aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB - eine Aufklärungspflicht. Dahinter steht der Gedanke, dass der Kfz-Händler, der Probefahrten im Rahmen seines Geschäftsbetriebes als werbewirksame Maßnahme veranstaltet, einen Vertrauenstatbestand erweckt. Der Händler kann durch den Abschluss einer Kaskoversicherung das Risiko einer leicht fahrlässigen Beschädigung des Vorführwagens begrenzen, während dem Kunden der Abschluss einer Versicherung gegen die besonderen Risiken einer Probefahrt praktisch nicht möglich ist. Bei einem Verkauf unter Privaten besteht eine andere Situation. Das Argument der leichten Versicherbarkeit seitens des Verkäufers kann nicht herangezogen werden. In einem solchen Fall kann sich der Kaufinteressent - im Gegensatz zum Kauf von einem Händler - nicht auf eine Kaskoversicherung verlassen (OLG Köln NJW 1996, 1288 (1289)).

Hinsichtlich der Rechtsfolge ergeben sich bei der Verletzung von Aufklärungspflichten Besonderheiten, wenn es im Anschluss an die Aufklärungspflichtverletzung zum Vertragsschluss kommt. In der Sache gibt es drei verschiedene Möglichkeiten: Entweder es wäre bei ordnungsgemäßer Aufklärung zum Abschluss desselben, zum Abschluss eines anderen oder überhaupt nicht zum Abschluss eines Vertrages gekommen. Da dem Geschädigten der Nachweis, wie er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte und wie der Vertragspartner auf dieses Verhalten reagiert hätte, in aller Regel nicht gelingen wird, hat die Rechtsprechung insoweit eine Beweislastumkehr anerkannt. Derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, ist dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte (BGHZ 124, 151 (159)). Es spricht also eine durch den Verletzer zu widerlegende Vermutung dafür, dass der Aufgeklärte nicht denselben Vertrag abgeschlossen hätte (Kausalitätsvermutung). Kann der Aufklärungspflichtige diese Vermutung nicht widerlegen, steht der anderen Partei ein Wahlrecht zwischen Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung zu. Der insoweit Berechtigte muss also nicht nachweisen, wie er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte.

e. Sachwalterhaftung

Unter bestimmten Umständen kommt auch eine Eigenhaftung eines Vertreters oder Verhandlungsgehilfen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) in Betracht, der ansonsten lediglich aus Delikt in Anspruch genommen werden kann. Ursprung dieser Haftung waren Fallgestaltungen, in denen der Vertreter der eigentliche Vertragsinteressent war und nur aus formalen Gründen nicht selbst als Vertragspartei, sondern als Vertreter auftrat. Die Eigenhaftung erfordert, dass die haftende Person ein unmittelbar eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt oder ein

besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, wodurch die Vertragsverhandlungen erheblich beeinflusst wurden (BGHZ 14, 313, 318). Der Gesetzgeber hat diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Erstreckung der Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen auf Dritte nunmehr in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB verankert. Dabei ist diese Vorschrift (vgl. den Wortlaut: „insbesondere“) so zu verstehen, dass die dort angeführte Haftung für Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nur als nicht abschließend gemeintes Beispiel für die Haftungserstreckung auf Dritte gemeint ist (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 376). Die Grundsätze, die zu dieser Haftung führen, sind auch auf so genannte Sachwalter anzuwenden, die zwar Vertretungsmacht haben und für einen anderen auftreten, trotzdem aber bei den Verhandlungen Vertrauen in besonderem Maße persönlich in Anspruch nehmen. Ein Sachwalter ist beispielsweise ein Gebrauchtwagenhändler, der nicht als Verkäufer auftritt, sondern als bloßer Vermittler für den Vorbesitzer. Ein Grenzfall bezüglich der Eigenhaftung ist die Frage nach der Haftung eines Geschäftsführers einer GmbH. Früher wurde ein die Haftung begründendes Eigeninteresse bereits angenommen, wenn der Geschäftsführer maßgeblich, vor allem als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, an der GmbH beteiligt war. Später wurde das Vorliegen zusätzlicher Umstände gefordert, die die Annahme rechtfertigen können, der Vertreter habe „gleichsam in eigener Sache“ gehandelt. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft zusätzlich zu seiner Kapitalbeteiligung persönliche Bürgschaften zur Verfügung stellt oder wenn er bei Abschluss eines Vertrages die Absicht hat, die vom Vertragspartner zu erbringenden Leistungen nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zu eigenem Nutzen dafür geeigneten Zwecken zuzuführen. Seit BGHZ 126, 181 ist für das persönliche Vertrauen, das zu einer Eigenhaftung des Geschäftsführers führt, ein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen erforderlich. Es handelt sich dabei im Allgemeinen um Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage. Nicht ausreichend ist es, wenn er lediglich vorvertragliche Aufklärungspflichten der Gesellschaft verletzt hat.

4. Konkurrenzen

Die c.i.c. wirft als Rechtsinstitut des allgemeinen Schuldrechts vielfältige Konkurrenzfragen auf.

a. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 434 ff BGB

Im alten Recht war umstritten, ob und inwieweit eine Haftung aus c.i.c. neben den Vorschriften des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts treten konnte. Das Reichsgericht hatte dazu in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff BGB a.F. eine Haftung für fahrlässige Angaben oder Nichtangaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache nach Gefahrübergang ausschließe (vgl. RGZ 135, 339 (346)). Der BGH hatte sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (BGHZ 60, 319).

Auch im neuen Recht stellt sich die Konkurrenzfrage, da das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts gegenüber der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB für den Käufer deutlich ungünstiger ausgestaltet ist (vgl. §§ 195, 199 BGB mit § 438 BGB, sowie die §§ 442, 445 BGB mit der Regelung in den §§ 280 ff. BGB, wo es solche Ausschlussgründe nicht gibt). Sie ist ebenso zu beantworten wie schon zum bisherigen Recht, da auch im neuen Recht das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht als abschließende Sonderregelung ausgestaltet wird, deren Wertungen nicht durch die allgemeinen Regeln der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB unterlaufen werden dürfen. Dabei betreffen diese Sonderregelungen nur solche vorvertraglichen Pflichtverletzungen des Verkäufers, die sich auf Eigenschaften der Kaufsache beziehen, die grundsätzlich geeignet sind, eine Mängelhaftung gemäß §§ 434, 435 BGB auszulösen. Ferner betrifft das Exklusivitätsverhältnis des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, das auch dem Schutz des Verkäufers dient, lediglich fahrlässige Pflichtverletzungen in Bezug auf Eigenschaften im Sinne der §§ 434, 435 BGB, da der Verkäufer, der vorsätzliche Pflichtverletzungen begeht, keinen Schutz verdient. Zusammenfassend lässt sich die Konkurrenzfrage auch im neuen Recht also dahingehend beantworten, dass die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB neben den §§ 434 ff. BGB nicht anwendbar sind, wenn die vorvertragliche Pflichtverletzung eine fahrlässige Pflichtverletzung war und Eigenschaften im Sinne der §§ 434, 435 BGB betraf (vgl. umfassend: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 14. Kapitel, Rdnrn. 24 bis 29).

b. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 536, 536a BGB

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung zum früheren Recht für das Verhältnis der c.i.c. zu den §§ 459 ff BGB a.F., schloss der BGH in NJW 1980, 777 (780) auch die Anwendbarkeit der c.i.c. im Rahmen des mietrechtlichen

Gewährleistungsrechts aus, jedenfalls nachdem die Sache dem Mieter überlassen ist. Dies gilt auch für das Verhältnis der §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 536, 536 a BGB. Denn auch die §§ 536, 536a BGB enthalten eine detaillierte Regelung für den Fall, dass die Mietsache bestimmte für den Mieter wichtige Eigenschaften nicht besitzt. Einerseits räumt diese Regelung dem Mieter eine günstige Stellung ein, wenn sie den Vermieter bei § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB auch ohne Verschulden haften lässt, andererseits wird eine Haftung für einen Mangel der in § 536 Abs. 1 BGB bezeichneten Art unter den in § 536b BGB genannten Voraussetzungen auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter fahrlässig unrichtige Angaben macht, bzw. (richtige) Angaben über vorliegende Mängel unterlassen hat. Diese sich aus § 536b BGB ergebende Beschränkung wäre weitgehend gegenstandslos, wenn neben der Haftung aus §§ 536 ff BGB auch eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht käme.

c. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 633 ff BGB

Auch für das werkvertragliche Gewährleistungsrecht erkannte der BGH beim alten Recht einen Vorrang für den Fall an, dass der Unternehmer vorvertragliche Sorgfaltspflichten verletzt, die sich auf Mängel des Werkes beziehen. Da die Regelungsstrukturen des kauf- und des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts nach der Reform einander noch stärker angenähert worden sind, müssen die zum Konkurrenzverhältnis der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Gewährleistungsrecht des Kaufrechts gemachten Ausführungen auch beim Werkvertragsrecht gelten. Demnach sind die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB neben den §§ 633 ff. BGB nicht anwendbar, wenn die in Rede stehende vorvertragliche Pflichtverletzung fahrlässig begangen wurde und sich auf einen Mangel im Sinne des § 633 BGB bezieht.

d. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Anfechtungsrecht

Die Rechtsprechung zum früheren Recht gewährte für die Fälle der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung neben dem Anfechtungsrecht auch einen Anspruch wegen c.i.c. (BGH NJW 1979, 1983 (1983)). Daran hat sich durch die Kodifikation der c.i.c in § 311 Abs. 2 BGB nichts geändert.

e. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Deliktsrecht

Auch deliktsrechtliche Ansprüche sind neben dem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ohne Weiteres anwendbar.

5. Schaden, Kausalität, Verschulden

Dem Anspruchsteller muss durch das pflichtwidrige Verhalten des Schuldners ein Schaden entstanden sein (§ 280 Abs. 1 BGB).

Hinsichtlich des Verschuldens sind die §§ 276 bis 278 BGB anwendbar. Der Geschäftsherr muss gemäß § 278 BGB für alle Personen eintreten, deren er sich bedient. Allerdings wird das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, sodass es dem Schuldner obliegt, den Entlastungsbeweis zu führen, wenn er sich von der Haftung befreien will.

6. Rechtsfolgen der c.i.c.

Im Falle der Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses hat der Geschädigte einen Anspruch auf Schadensersatz (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). Der Anspruch geht in der Regel auf Ersatz des Vertrauensschadens mit der Besonderheit, dass er der Höhe nach nicht auf das Erfüllungsinteresse beschränkt ist (wie z.B. bei §§ 122, 179 BGB). Steht fest, dass es ohne die Pflichtverletzung zum Abschluss eines bestimmten Vertrages oder zu einem günstigeren Vertragsschluss gekommen wäre, so kann der Geschädigte auch Ersatz für den ihm dadurch entstandenen Schaden in Form des ihm entgangenen Gewinns verlangen (Erfüllungsinteresse). Besteht der Schaden in der Eingehung einer Verbindlichkeit, dann kann der Geschädigte vom Schädiger die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist der Vertrag infolge des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu ungünstigeren Bedingungen zustande gekommen, hält der Geschädigte aber am Vertrag fest, so bleibt ihm noch die Möglichkeit der Vertragsanpassung.

7. Verteilung der Behauptungslast und der Beweislast

Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Beweislast der anspruchsbegründenden Tatsachen. Das bedeutet für die c.i.c. konkret, dass der Anspruchsteller die

Beweislast für das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, die Verletzung einer aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht, den Eintritt eines Schadens und für die Kausalität zwischen Schaden und Pflichtverletzung trägt, während den Anspruchsgegner gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Beweislast dafür trifft, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Zum alten Recht nahm die Rechtsprechung jedoch an, dass die Darlegungslast für die Pflichtverletzung und für ihre Kausalität für die Schadensentstehung in bestimmten Fällen modifiziert werden konnte. So wurde im Rahmen der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten angenommen, dass es dem Geschädigten obliege, darzulegen, dass die Schadensursache in den Risikobereich des Schädigers falle. Der Schädiger müsse dann seinerseits darlegen, dass er seiner Schutzpflicht nachgekommen sei. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum diese Modifizierung der Darlegungslast nicht auch im neuen Recht gelten sollte. Konkret bedeutet dies, dass der Geschädigte beispielsweise lediglich darzulegen hat, dass er in den Verkaufsräumen eines Schädigers auf einer liegen gebliebenen Bananenschale ausgerutscht sei, der Geschäftsinhaber dann vortragen muss, dass er in ausreichend kurzen Abständen die Geschäftsräume reinigt, die Bananenschale also unmittelbar vor dem Unfall von jemandem auf den Boden geworfen worden war, sodass er die ihm obliegenden Schutzpflichten gerade nicht verletzt habe.

Noch offen ist, wie sich die Beweislastverteilungsanordnung in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung auswirken wird. Dies kann im Rahmen der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB dann problematisch werden, wenn bei der Fahrlässigkeitshaftung „objektive Pflichtverletzung“ im Sinne des Haftungstatbestandes aus § 280 Abs. 1 BGB und „objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ im Sinne des § 276 BGB zusammenfallen. Dann trägt der Anspruchsteller für die Pflichtverletzung und der Anspruchsgegner für die Sorgfaltspflichtverletzung die Beweislast, wiewohl diese beiden Merkmale im gegebenen Fall inhaltlich identisch sind. Gelegentlich mag man das Problem dadurch entschärfen können, indem man die Pflichtverletzung von der Sorgfaltspflichtverletzung begrifflich abzugrenzen vermag (etwa: objektiver Pflichtverstoß = Bananenschale liegt auf Kaufhausboden; Sorgfaltspflichtverletzung = Unterlassen regelmäßiger Säuberungen bzw. Kontrollen). Oft wird dies aber nicht möglich sein (Kunde behauptet, er habe einen Vertrag auf Grund einer fahrlässig erteilten fehlerhaften Auskunft seines Vertragspartners abgeschlossen). Es steht zu erwarten, dass man in diesen Fällen daran festhalten wird, dass der Anspruchsteller die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung trägt.

8. Verjährung

Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verjähren grundsätzlich gemäß § 195 BGB in drei Jahren. Von der Geltung der Regelverjährung für Ansprüche aus c.i.c. wurde zum früheren Recht, als die Regelverjährung noch 30 Jahre betrug, eine Reihe von Ausnahmen vertreten, die teilweise sehr umstritten waren. Im neuen Recht spricht sich Emmerich (in: Münchner Kommentar zum BGB, § 311, Rdnr. 254) dafür aus, die Ausnahmen aufzugeben. Er befürchtet jedoch, dass die Rechtsprechung an den Ausnahmen auch im neuen Recht festhalten wird.

Am wenigsten problematisch ist die analoge Anwendbarkeit des § 438 BGB auf den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen einer mangelhaften Aufklärung des Verkäufers über Eigenschaften einer Kaufsache. Durch § 438 BGB soll vermieden werden, dass der Verkäufer unangemessen lange damit rechnen muss, der Sachmängelhaftung ausgesetzt zu sein. Dies passt auch, wenn er in den genannten Fällen aus c.i.c. haftet. Daher hat die Rechtsprechung zum alten Recht § 477 Abs. 1 BGB a.F. bei der c.i.c. immer dann angewendet, wenn sie auf Sachmängeln beruht, vorausgesetzt natürlich, dass die c.i.c. überhaupt Anwendung findet (siehe oben: nur bei Arglist!). Dies gilt auch für §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

Äußerst umstritten dürfte auch die von der Rechtsprechung zum früheren Recht abgelehnte analoge Anwendung der §§ 121 und 124 BGB im Rahmen der Verjährung bei der c.i.c. bleiben (BGHZ 42, 37, 42). So macht Kramer (in: Münchner Kommentar zum BGB, § 123 Rdnr. 35a) geltend, dass bei fahrlässiger und vorsätzlicher Irreführung eine Ungereimtheit zwischen den Anfechtungsfristen und der dreijährigen Verjährungsfrist für die Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB bestünde, sodass bei fahrlässiger Irreführung § 121 BGB analog bei der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB angewendet werden müsse, bei der vorsätzlichen Irreführung eben § 124 BGB analog (kritisch Emmerich in: Münchner Kommentar zum BGB, § 311, Rdnrn. 117 bis 120).

VIII. Vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit

Die beiderseits also vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit hat im alten Recht der Rechtsprechung und der Literatur immer wieder Kopfzerbrechen bereitet (dazu instruktiv Faust, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, 133 und umfassend Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, Handbuch des Schuldrechts, 1999, § 57). Im Recht der Leistungsstörungen nach der Schuldrechtsmodernisierung haben sich die früher problematischen Fragen nicht mit einem Schlag erledigt. Der Gesetzgeber hat die Lösung der mit der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit auftretenden Probleme Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen. Es fehlt noch an allgemein akzeptierten Lösungsvorschlägen. Ich habe in einem Beitrag zur Festschrift für Eike Schmidt im Jahre 2005 zu zeigen versucht, dass es eine Lösung aus dem Zusammenspiel und der konsequenten Anwendung der unterschiedlichen Haftungsregelungen des neuen Leistungsstörungsrechts gibt. Auf dieser Darstellung aufbauend schließen wir das vertragliche Haftungsrecht ab und nutzen die Chance, die Entwicklungen zu wiederholen und anzuwenden.

1. Eckpunkte eines nicht gesetzgebundenen Regelungsmodells

Doch nehmen wir einmal an, es gäbe keine Regeln und wir wären dazu aufgerufen, Regeln für die Bewältigung der Folgen der vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit erst noch zu entwickeln, dann würden wir uns wahrscheinlich schnell über einige Eckpunkte einigen können:

1. Die Regeln müssen für jede Art der Verteilung der Vertretensanteile zu akzeptablen Ergebnissen führen.
2. Die Regeln müssen unabhängig davon passen, ob im konkreten Geschäft Leistung und Gegenleistung sich im Wert entsprechen oder ob die eine oder die andere Seite ein für sich günstiges Geschäft abgeschlossen hat.
3. Im Ergebnis müssen die Regeln dazu führen, dass niemand aus seinem Vertretensbeitrag Vorteile zieht und alle Beteiligten aus ihren Vertretensanteilen Nachteile haben, die den Vertretensanteilen proportional sind.

Die Ergebnisse gestalten sich alsdann wie folgt:

4. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €1.000 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer

gegen den Käufer einen Anspruch auf €500 haben, während der Käufer leer ausgeht, es sei denn, er könne einen über die Nulldifferenz hinaus gehenden Schaden (etwa in Form des entgangenen Veräußerungsgewinns) geltend machen. Sollte ein Veräußerungsgewinn entgangen sein, so kann der Käufer die Hälfte davon beim Verkäufer liquidieren und gegen den Anspruch des Verkäufers absetzen.

5. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €1.200 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf €600 haben, während der Käufer leer ausgeht, es sei denn, er könne einen über die fehlende Differenz zu seinen Gunsten hinaus gehenden Schaden (etwa in Form des entgangenen Veräußerungsgewinns) geltend machen. Sollte ein Veräußerungsgewinn (etwa bei einem Weiterverkauf zum Preise von €1.400) entgangen sein, so kann der Käufer die Hälfte davon (€100) beim Verkäufer liquidieren und gegen den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung von €600 absetzen.
6. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €800 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf €400 haben, während der Käufer ohne Berücksichtigung eines entgangenen Veräußerungsgewinns einen Differenzschaden von €200 hat, den er zur Hälfte beim Verkäufer liquidieren und vom Anspruch des Verkäufers absetzen kann.

Die Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer müssen auch dann Bestand haben, wenn der Käufer zurücktritt. Es darf auch keine Rolle spielen, ob der Käufer seine Leistung schon erbracht hat und/oder schon den Besitz am gekauften Fahrzeug erlangt hat. Hat er seine Leistung erbracht, so erhöht sich sein Schaden um die Leistung. Die Hälfte seines Schadens kann er gegen den Verkäufer geltend machen. Die andere Hälfte muss er dem Verkäufer belassen.

Es erfordert nicht allzu viel Phantasie und auch kein übermäßiges Kombinationsgeschick, sich die Ergebnisse mit den unterschiedlichsten Vertretensanteilen auszumalen.

Eckpunkte und Ergebnisse sind von solcher Plausibilität und wertungsmäßiger Evidenz, dass sie sich in jedem praktischen Diskurs verständiger Schuldrechtslehrer durchsetzen müssten. Man streitet ja auch gar nicht über die Eckpunkte und Ergebnisse. Man streitet über die Regeln, deren Anwendung diese Ergebnisse ergeben.

2. Modelle gesetzgebundener Umsetzung der Eckpunkte und Ergebnisse

Für Ulrich Huber ist es der nach der Differenztheorie berechnete und um den Mitverschuldensanteil nach § 254 BGB direkt gekürzte Schadensersatzanspruch des Käufers kombiniert mit dem nach § 254 BGB analog gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers und die Beschränkung der Rücktrittswirkungen eines Käuferrücktritts auf den Verschuldensanteil des Verkäufers. Für Faust ist es die Aufspaltung des Vertrages in zwei Verträge nach Maßgabe der Vertretensanteile und die Abwicklung der Teilverträge nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit einerseits und der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit andererseits. Für Jörg Martin Schultze (Die Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1987, 177) ist es der Ausschluss des Rücktritts, die Annahme des Anspruchs des Verkäufers auf die Gegenleistung und die Berechnung des Schadensersatzanspruchs des Käufers nicht nach der Differenztheorie, sondern nach der Surrogations- oder Austauschtheorie.

Im ersten unserer Fälle kommen die drei Auffassungen tatsächlich zu denselben Ergebnissen.

Für Huber gibt es mangels Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung keinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wohl aber einen analog § 254 BGB um die Hälfte gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers in Höhe von €500. Sollte K seinerseits bereits geleistet haben, bekommt er entweder einen Schadensersatzanspruch auf die Hälfte des Geleisteten oder einen entsprechenden Rückgewähranspruch aus Rücktritt, der ebenfalls auf die Hälfte des Geleisteten beschränkt ist.

Für Faust haben wir es in der Abwicklung mit zwei Verträgen zu tun. Beide haben eine Gegenleistung von €500. In dem Vertrag mit der vom Schuldner (Verkäufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer einen Schadensersatzanspruch, aber mangels Differenz keinen Schaden, wenn er noch nicht geleistet hatte. Hatte er geleistet, so hat er nun einen im Teilvertrag ungekürzten Schadensersatzanspruch oder nach Rücktritt einen Rückgewähranspruch auf €500. In dem Vertrag mit der vom Gläubiger (Käufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch und der Verkäufer einen ungekürzten Anspruch auf die Gegenleistung von €500. Ein Rücktritt des Käufers ist ausgeschlossen.

Für Schultze gibt es den Anspruch des Verkäufers auf die Gegenleistung. Ein Rücktritt ist ausgeschlossen. Es bleibt ein Schadensersatzanspruch des Käufers

berechnet nach der Surrogationstheorie. Danach kann der Käufer die erbrachte Gegenleistung nicht zurückfordern, er muss die nicht erbrachte Gegenleistung erbringen und bekommt einen Schadensersatzanspruch über die Hälfte des Wertes der Hauptleistung. Das sind €500. Nach allen drei Modellen wird im Ergebnis der Käufer mit €500 belastet. Denn er bekommt kein Fahrzeug und muss dem Verkäufer €500 zahlen oder belassen.

Wenn es in allen Konstellationen bei der Gleichartigkeit der Ergebnisse bliebe, reduzierte sich die Frage nach dem zutreffenden Regelsystem darauf, welches der Regelsysteme gesetzeskonform und methodengerecht begründet werden kann. Offenbar ist keines durch die gesetzlichen Regeln geboten. Alle beruhen auf Rechtsfortbildungen. Huber muss zur Analogie greifen, Schultze schließt gesetzliche Regeln von der Anwendung aus. Und Faust präsentiert ein Modell der Vertragsspaltung, für das es keine Grundlage im Gesetz gibt.

Es bleibt indessen nicht in allen Konstellationen bei der Gleichartigkeit der Ergebnisse. Das lässt sich am Beispiel des für den Verkäufer günstigen Geschäfts zeigen. In ihm hat der Verkäufer ein Fahrzeug, das objektiv €1.000 wert ist, für €1.200 verkauft.

Für Huber gibt es mangels Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung zugunsten des Käufers keinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wohl aber einen analog § 254 BGB um die Hälfte gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers in Höhe von €600. Sollte K seinerseits geleistet haben, bekommt er entweder einen Schadensersatzanspruch auf die Hälfte des Geleisteten oder einen entsprechenden Rückgewähranspruch aus Rücktritt, der ebenfalls auf die Hälfte des Geleisteten beschränkt ist. Dem Verkäufer bleiben nach Huber €600.

Für Faust haben wir es in der Abwicklung mit zwei Verträgen zu tun. Beide haben eine Gegenleistung von €600 für eine fiktive Sachleistung im Werte von €500. In dem Vertrag mit der vom Schuldner (Verkäufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, aber mangels Differenz zu seinen Gunsten keinen Schaden, wenn er noch nicht geleistet hatte. Hatte er geleistet, so hat er nun einen im Teilvertrag ungekürzten Schadensersatzanspruch auf €500 oder nach Rücktritt einen Rückgewähranspruch auf €600. In dem Vertrag mit der vom Gläubiger (Käufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch und der Verkäufer einen ungekürzten Anspruch auf die Gegenleistung von €600. Ein Rücktritt des Käufers ist ausgeschlossen. Im Ergebnis bleiben dem Verkäufer nach Faust ebenfalls €600, wenn der Käufer noch nicht geleistet hatte oder zurücktritt. Hatte der Käufer dagegen geleistet und tritt er nicht zurück, so macht er Schadensersatz

nach der Surrogationstheorie geltend und belässt dem Verkäufer €700 (€100 aus dem ersten Vertrag und €600 aus dem zweiten Vertrag).

Für Schultze gibt es den Anspruch des Verkäufers auf die Gegenleistung von €1.200. Ein Rücktritt ist ausgeschlossen. Es bleibt ein Schadensersatzanspruch des Käufers berechnet nach der Surrogations- oder Austauschtheorie. Danach kann der Käufer die erbrachte Gegenleistung von 1.200 nicht zurückfordern, er muss die nicht erbrachte Gegenleistung erbringen und bekommt einen Schadensersatzanspruch über die Hälfte des Wertes der Hauptleistung. Das sind €500, was im Ergebnis den Käufer mit €700 belastet.

Nach den Modellen von Huber und teilweise auch von Faust wird im Ergebnis der Käufer mit €600 belastet. Denn er bekommt kein Fahrzeug und muss €600 zahlen. Nach dem Modell von Schultze und bei einer Abwandlung auch nach dem Modell von Faust wird der Käufer im Ergebnis mit €700 belastet. Dabei streicht der Verkäufer die Gewinndifferenz des für ihn günstigen Geschäfts ohne jede Kürzung ein. Da es dafür keinen vernünftigen Grund gibt, ist das Regelsystem, das zwingend zu diesem Ergebnis führt, zu verwerfen. Es bleiben die Modelle von Huber und Faust.

Der Leser wird registriert haben, dass die bisherigen Entwicklungen ohne Nennung von Paragraphen ausgekommen sind. Das ist, wenn es um die Verträglichkeit von Regelungsmodellen mit den gesetzlichen Vorgaben geht, kein guter Stil und hier allein der Tatsache geschuldet, dass das Leistungsstörungenrecht einen Umbruch erfahren hat und die diskutierten Modelle vor dem Hintergrund des alten Leistungsstörungenrechts entwickelt worden sind. Dort reduzierte sich die Entscheidung in der Tat auf die Modelle von Huber und Faust. Das mag aber mit dem neuen Leistungsstörungenrecht anders geworden sein.

3. Problementwicklung auf der Grundlage der gesetzlich vorgegebenen Möglichkeiten im neuen Schuldrecht ohne Vertragsaufspaltung

Im Folgenden versuche ich, alle Rechtsfolgen der vom Gläubiger und Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit durch Zerstörung des Vertragsgegenstandes eines Kaufvertrages auszuloten, um zu prüfen, ob das jetzt geltende Recht Regeln zur Verfügung stellt, die die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit angemessen bewältigen, d.h. am Ende zu den Ergebnissen führen, die anfangs als Resultat eines nicht durch gesetzliche Anordnungen gestörten Diskurses dargelegt worden sind.

a. Vom Vertretenmüssen unabhängige Rechtsfolgen

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, wenn der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner (Verkäufer) nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger (Käufer) im Verzug der Annahme ist. Bei nur hälftigem Anteil an der Ursache für die Unmöglichkeit kann der Gläubiger also zurücktreten und die Rücktrittsfolgen auslösen. Die weit überwiegende Verantwortung des Gläubigers hält der Gesetzgeber für gegeben, wenn eine Abwägung der beiderseitigen Beiträge zur Unmöglichkeit ergibt, dass der Beitrag des Schuldners vollständig hinter den Beitrag des Gläubigers zurücktritt. Trotz dem missverständlichen Wortlaut hat der Gesetzgeber damit nicht einen Fall der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit geregelt und regeln wollen, sondern nur Fälle der vom Gläubiger (im Ergebnis allein) zu vertretenden Unmöglichkeit (BT-Drs. 14/6040, S. 187).

i. Rechtsfolgen des Rücktritts

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann (§ 346 Abs. 1 BGB). Da der Rücktritt und seine Folgen unabhängig vom Vertretenmüssen des Rücktrittsgrundes ausgestaltet sind, bietet das neue Recht im ersten Zugriff keinen Ansatz zu einer Korrektur der Rücktrittsfolgen nach Maßgabe des Vertretensanteils, wie sie von Ulrich Huber für das alte Recht vorgeschlagen wurde. Darüber wird man erst nachdenken können und müssen, wenn zuvor alle mit dem neuen Rücktrittsrecht verbundenen Folgen ausgelotet worden sind und sich diese Folgen als konträr zu den zuvor entwickelten Eckpunkten und Ergebnissen erweisen sollten.

Es stellt sich die weitere Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der

Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Wertersatz ausgeschlossen, soweit der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das Wort „soweit“ (im Gegensatz zu den in den Nrn. 1 und 3 verwendeten „wenn“) eröffnet eine elegante Möglichkeit, den Anteil des Verkäufers am Untergang der Sache zu berücksichtigen (Faust in: jurisPK Zivilrecht, § 346 Rdnr. 60 mit weiteren Nachweisen; diese Möglichkeit hatte ich in meinem Beitrag zur Festschrift für Eike Schmidt noch nicht in Erwägung gezogen und dort eine kompliziertere Lösung entwickelt). Der Wertersatzanspruch mindert sich um 50% auf €500.

Nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ist der Wertersatz ausgeschlossen, wenn der Rückgewährschuldner die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat. Unterstellen wir einmal diese Möglichkeit, so bliebe nur noch ein Schadensersatzanspruch.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Rückgewährschuldner, den Käufer, kein Verschulden am Untergang der zurück zu gewährenden Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Da der Rückgewährschuldner die die Rücktrittsmöglichkeit erst auslösende Unmöglichkeit zu vertreten hatte, sollte man konsequenterweise auch ein Vertretenmüssen der Unmöglichkeit der Rückgewähr annehmen. Mindestens ist eine Schutzpflicht gegenüber den Eigentums- und Vermögensinteressen des Verkäufers (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt. Das bedeutet, dass der Rückgewährschuldner, der Käufer, nach § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz leisten muss. Allerdings mindert sich seine Ersatzverpflichtung um den Mitverschuldensanteil der anderen Seite. Er muss lediglich die Hälfte des Schadens ersetzen.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und für den Fall, dass der Kaufgegenstand bei ihm untergegangen ist, die Hälfte des Wertes als Wertersatz oder als Schadensersatz leisten muss. Der Käufer ist im Ergebnis mit €500 belastet.

ii. Rechtsfolgen der Abstandnahme

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden. Ausgeschlossen sind die bezeichneten Folgen nur, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung die Unmöglichkeit weit überwiegend oder allein zu vertreten hat (§ 326 Abs. 2 BGB). Das deckt sich in der Wertung mit dem, was wir für das Rücktrittsrecht kennen gelernt haben. Für eine Korrektur dieses Ergebnisses durch eine analoge Anwendung des § 254 BGB auf den Gegenleistungsanspruch besteht vor der Ausschöpfung der gesetzlich eröffneten Möglichkeiten kein Raum.

b. Vom Vertretenmüssen abhängige Rechtsfolgen

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger (Käufer) steht dem Grunde nach ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu, der gemäß § 254 BGB um seine Mitverschuldensquote gemindert wird. Einen Schaden hat der Käufer aber nach der Differenztheorie nur, wenn er die Gegenleistung schon erbracht hat und nicht zurückfordern kann. Da er aber auch die erbrachte Gegenleistung nach dem im vorigen Absatz Ausgeführten zurückverlangen kann, entfällt mit dem Schaden der Schadensersatzanspruch. Das wäre anders bei der Schadensberechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€1.000) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Auch das führt zu einer Belastung des Käufers mit €500.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich Folgendes. Mangels Differenz bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus. Der Schaden liegt beim Verkäufer, denn er hat sein Eigentum verloren. Das ist aber nicht das letzte Wort. Denn der Verkäufer hat seinerseits

einen Schadensersatzanspruch entweder aus der Verletzung der Rückgewährverpflichtung oder aus der Verletzung seines Integritätsinteresses (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB). Diesen Anspruch muss er sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Danach bleibt auch hier eine Belastung des Käufers mit €500.

Die vorstehenden Erwägungen lassen den Eindruck entstehen, als seien die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten gelöst.

4. Variationen über die Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung

Überprüfen wir, ob das Ergebnis auch dann noch gilt, wenn Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig sind. Es mag der Fall sein, dass der Käufer ein Schnäppchen gemacht hat und für €800 eine Sache im Wert von €1.000 bekommen hätte. Es mag aber auch sein, dass der Käufer sich auf ein schlechtes Geschäft eingelassen hat und für €1.200 eine Sache im Wert von €1.000 bekommen hätte. Wenn wir auch in diesen Fällen zu angemessenen Lösungen kommen, kann das Modell, das zu keinerlei Korrekturen an den gesetzlichen Vorgaben zwingt, akzeptiert werden. Dabei brauchen wir die allgemeinen Rechtsfolgen des Rücktritts und der Abstandnahme nicht noch einmal im Einzelnen zu entwickeln. Wir konzentrieren uns auf die Bereiche, bei denen es Unterschiede geben kann. Und das sind die durch Schadensersatzansprüche dominierten Bereiche.

a. Das gute Geschäft für den Käufer

i. Rechtsfolgen des Rücktritts

Ein Wertersatzanspruch des Verkäufers aus § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre nach § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf €400 begrenzt.

Für den Schadensersatzanspruch des Verkäufers gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft. Ihn trifft aber ein 50%iges Verschulden am Untergang der Sache. Das bedeutet, dass der Käufer Schadensersatz leisten muss. Allerdings mindert sich seine Ersatzverpflichtung um den Mitverschuldensanteil der anderen Seite. Er muss lediglich die Hälfte ersetzen.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt zwar den Kaufpreis nicht leisten muss, jedoch die Hälfte des Wertes der Kaufsache als Schadensersatz leisten muss. Die Kaufsache war objektiv €1.000 €wert. Das könnte zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer in Höhe von €500 führen. Man muss sich allerdings fragen, ob nicht bei der Schadensberechnung in Rechnung zu stellen ist, dass der Verkäufer die Kaufsache für €800 verkauft hatte. Da der Verkäufer schadensrechtlich so zu stellen ist, wie er stünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB), sollte man zur Berechnung des Verlustes nicht den objektiven Wert zugrunde legen, sondern das, was der Verkäufer selbst dafür erhalten hätte: €800. Dann ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers in Höhe von €400. Aber das ist noch nicht das letzte Wort. Auch der Käufer hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer aus § 280 BGB, § 283 BGB. Der kann wegen des Entfallens der Entgeltzahlungsverpflichtung des Käufers nur nach der Differenzmethode berechnet werden. Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200. Der Käufer hat einen Schadensersatzanspruch von €100. Verrechnet man beide Schadensersatzansprüche miteinander, so ist der Käufer im Ergebnis mit €300 belastet.

ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt

Ohne Rücktritt greift die vom Vertretenmüssen unabhängige Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB).

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger (Käufer) steht dem Grunde nach ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu, der gemäß § 254 BGB um seine Mitverschuldensquote gemindert wird. Bei der Schadensberechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€800) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Auch das führt zu einer Belastung des Käufers mit €300.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich Folgendes. Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200. Der Käufer hat einen nach § 254 BGB gekürzten Schadensersatzanspruch in Höhe von €100. Auch der Verkäufer hat seinerseits einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung seines Integritätsinteresses und seines Interesses an der Durchführung des Vertrages (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB) in Höhe von €800. Diesen Anspruch muss er sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Der Anspruch geht auf €400. Danach bleibt auch hier nach Verrechnung der Schadensersatzansprüche eine Belastung des Käufers mit €300.

Drei unterschiedliche Ansätze, drei einheitliche Ergebnisse. Die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit scheinen bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten gelöst.

b. Das schlechte Geschäft für den Käufer

i. Rechtsfolgen des Rücktritts

Für den Fall des dem Käufer ungünstigen Geschäfts bedeuten die gerade entwickelten Regeln:

Ein Wertersatzanspruch des Verkäufers aus § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre nach § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf €400 begrenzt.

Der Käufer muss nach dem Rücktritt zwar den Kaufpreis nicht bezahlen, aber die Hälfte des Wertes des Kaufgegenstandes als Schadensersatz leisten. Die Kaufsache war objektiv €1.000 wert. Das könnte zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer in Höhe von €500 führen. Man muss sich allerdings fragen, ob nicht bei der Schadensberechnung in Rechnung zu stellen ist, dass der Verkäufer die Kaufsache für 1.200 € verkauft hatte. Da der Verkäufer schadensrechtlich so zu stellen ist, wie er stünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB), sollte man zur Berechnung des Verlustes nicht den objektiven Wert zugrunde legen, sondern das, was der Verkäufer selbst dafür erhalten hätte: €1.200. Dann ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers in Höhe von €600. Das ist auch das letzte Wort. Zwar hat der Käufer dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer aus § 280 BGB, § 283 BGB. Der kann wegen des Entfallens der Entgeltzahlungsverpflichtung des Käufers nur nach der Differenzmethode berechnet werden. Es gibt aber keine Differenz zwischen Leistung und

Gegenleistung zugunsten des Käufers. Der Käufer bleibt im Ergebnis mit €600 belastet.

ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt

Ohne Rücktritt greift der vom Vertretenmüssen unabhängige § 326 Abs. 1 BGB. Das bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB).

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) der unmöglich gewordenen Leistung aus § 280 BGB, § 283 BGB. Bei einer Berechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€1.200) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Das führt zu einer Belastung des Käufers mit €700. Der Verkäufer erhält den Gewinn aus dem Geschäft ohne jede Kürzung!

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich Folgendes. Mangels Differenz zugunsten des Käufers hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus. Der Schaden liegt beim Verkäufer, denn er hat sein Eigentum und den Anspruch auf die Gegenleistung verloren. Das ist aber nicht das letzte Wort. Denn er hat seinerseits einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung seines Integritätsinteresses und seines Interesses an der Durchführung des Vertrages (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB). Der Schaden beträgt trotz dem objektiven Wert der Kaufsache von nur €1.000 wegen des günstigen Verkaufs €1.200. Diesen Anspruch muss der Verkäufer sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Danach bleibt eine Belastung des Käufers mit 600 €

Wir stehen vor unterschiedlichen Ergebnissen und müssen feststellen: Die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit sind bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten keineswegs gelöst. Allerdings dürfen wir auch schon auf die Wurzel des Übels deuten. Sie liegt in der Anwendung der

Surrogations- und Austauschtheorie auf den Schadensersatzanspruch des Gläubigers (Käufers).

5. Die Abwicklung nach dem Modell der Vertragsspaltung

Das wirft die Frage nach einem weiteren Abwicklungsmodell auf. Ein solches hat Faust für das alte Recht entwickelt. Es erweist sich, wenn die nicht untergegangene Leistung eine teilbare Leistung ist, im ersten Zugriff auch als für das neue Recht tragfähig.

Die Grundidee dieses Modells ist die der Vertragsspaltung. Man teilt den Vertrag entsprechend den Vertretensbeiträgen in zwei Verträge und wickelt den einen konsequent nach den Regeln ab, die für die vom Gläubiger allein zu vertretende Unmöglichkeit gelten, und den anderen konsequent nach den Regeln, die für die vom Schuldner allein zu vertretende Unmöglichkeit gelten.

a. Demonstration im Fall 1 (Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung)

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich Leistung und Gegenleistung im Wert von je 500 € gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.

i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also €500 zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabepflicht auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden

am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationsmethode zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (500 €) steht ein nach der Surrogationsmethode berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (500 €) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) muss keine Seite etwas zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationsmethode, sondern nach der Differenzmethode berechnet, so ergibt dasselbe Ergebnis: Mangels Differenz bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

K schuldet dem V noch €500, wenn er noch nicht geleistet hat. Sollte er geleistet haben, muss er dem V €500 belassen.

b. Demonstration im Fall 2 (vorteilhaftes Geschäft für den Käufer)

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich jeweils eine Leistung im Wert von €500 und eine Gegenleistung im Wert von €400 gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.

i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also 400 € zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationstheorie zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der

Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (€400) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) muss V noch €100 zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt dasselbe Ergebnis: Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €100 zugunsten des Käufers. K hat einen Schadensersatzanspruch gegen V in Höhe von €100.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

K schuldet dem V noch €300. Darin kommt die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts für K angemessen zum Ausdruck.

c. Demonstration im Fall 3 (vorteilhaftes Geschäft für den Verkäufer)

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich je eine Leistung im Wert von €500 und eine Gegenleistung im Wert von €600 gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.

i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also €600 zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationstheorie zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (€600) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) hätte K noch €100 zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich an abweichendes Ergebnis: Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200 zuungunsten des Käufers. Weil es keine Differenz zugunsten des K gibt, hat K auch keinen Schadensersatzanspruch gegen V.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

Bei Anwendung der Surrogationstheorie schuldet K dem V noch €700, bei Anwendung der Differenztheorie €600. Im letzten Betrag kommt die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts für V angemessen zum Ausdruck; der erste würde

dem V den ungeschmäleren Gewinn belassen. Für die Belassung des ungeschmäleren Gewinns aber gibt es keinen Grund.

6. Die Entscheidung für ein Modell

Sowohl die konsequente Ausschöpfung der im neuen Schuldrecht gesetzlich angelegten Möglichkeiten als auch das Modell der Vertragsspaltung haben eine Schwäche. Sie lösen den Fall des für den Verkäufer günstigen Geschäfts dann unangemessen, wenn man den Schadensersatzanspruch des Käufers nach der Surrogationstheorie berechnet. Nun gibt es keinen Zwang, den Schadensersatzanspruch des Käufers nach der Surrogationstheorie zu berechnen. Im Gegenteil: Dem Käufer wird von der herrschenden Meinung für das alte Recht ein echtes Wahlrecht zugestanden und von Ulrich Huber (Leistungsstörungen II, §§ 36 I 3 und 4, 54 II, 57 II 6 c) sogar die Berechnung nach der Surrogationstheorie verwehrt. Auch im neuen Recht sollte man der Surrogationstheorie nur dort Raum geben, wo der unmöglich gewordenen Leistung eine andere als eine Geldleistung gegenübersteht (Arnold, Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2003, 427 (429 ff.)). Das ist namentlich beim Tauschgeschäft der Fall. Hier mag es ein anerkennenswertes Interesse des Tauschpartners mit der unversehrten Tauschsache geben, seine Sache gegen einen Ersatzanspruch auf den Wert der im Wertvergleich minderwertigen Tauschsache „einzutauschen“, was ihm anders als durch die Abwicklung nach der Surrogationstheorie nicht möglich ist. Das möge ein Beispiel verdeutlichen.

A, Eigentümer eines Golfs, einigt sich mit B über den Tausch seines Golfs im Werte von €1.200 gegen den Fiat des B im Werte von €1.000. Der Fiat wird durch beiderseitiges Verschulden der Vertragspartner zerstört. Wenn A seinen Golf behalten will, kann er zurücktreten oder sich zur Abstandnahme entschließen. In beiden Fällen bräuchte er nicht zu liefern. Sollte er schon geliefert haben, stünde ihm ein Rückforderungsrecht zu Gebote. Sollte auch B schon geliefert haben, entfiere zwar der Wertersatzanspruch des B. B hätte aber einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB gegen A auf €600, denn das ist die Hälfte des dem A durch die Zerstörung seines Eigentums entgangenen Werts. Auch A hätte dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen B. Wird dieser Schadensersatzanspruch nach der Differenztheorie berechnet, so fehlt es an einem Schaden, weil das Fahrzeug des A mehr wert war als das Fahrzeug des B. Wird der Schadensersatzanspruch nach der Surrogationstheorie berechnet, muss A den Golf im Werte von €1.200 herausgeben und bekommt dafür bei gleichzeitigem Entfallen des Schadensersatzanspruchs des A in Höhe von €600 einen Schadensersatzanspruch gegen B in Höhe von €500. Wie beim Kauf

erleidet A bei der Abrechnung nach der Differenztheorie einen Verlust von €600 und bei der Abrechnung nach der Surrogationstheorie einen Verlust von €700. Im letzteren Fall verschafft er dem Vertragspartner den gesamten Gewinn. Doch das beruht auf seiner freiwilligen Entscheidung für eine bestimmte Abrechnungsart und gegen das Fahrzeug.

Die Grundlagen für eine abschließende Bewertung sind gelegt. Das zum alten Modell entwickelte Regelungsmodell von Ulrich Huber ist auf eine Rechtsfortbildung durch analoge Anwendung des § 254 BGB auf den Gegenleistungsanspruch angewiesen. Da das neue Recht durch konsequente Ausschöpfung der in ihm angelegten Möglichkeiten ohne eine Rechtsfortbildung auskommt, besteht im neuen Recht für das in seiner Eleganz bestechende Hubersche Modell kein Raum. Von vergleichbarer Eleganz und Einfachheit ist das von Faust entwickelte Modell der Vertragsaufspaltung, weil man nach der Aufspaltung nur noch die Regeln der vom Schuldner zu vertretenden und der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit anwenden und die Ergebnisse zusammen fassen muss. Der Nachteil dieses Modells ist, dass es nur auf die - zugegeben große - Teilmenge der Verträge angewendet werden kann, bei denen die Gegenleistung zur unmöglich gewordenen Leistung teilbar, letztlich also eine Geldleistung, ist. Mit einer umfassenden Lösung wird nur der bedacht, der alle im neuen Schuldrecht angelegten Möglichkeiten konsequent ausschöpft. Dieser Weg mag bisweilen steinig sein. Doch streitet für ihn das Gesetz.

IX. Haftung für Dritte nach § 278 Satz 1 BGB

1. Grundgedanken

Der Schuldner ist regelmäßig nicht verpflichtet, die notwendigen Erfüllungshandlungen selbst vorzunehmen. Vielmehr ist ihm grundsätzlich gestattet, bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen Hilfspersonen, z.B. seine Mitarbeiter, einzusetzen. In der Praxis ist dies auch sehr häufig der Fall - insbesondere bei gewerblichen Leistungen.

So ist beispielsweise beim Kauf einer Hose im Kaufhaus der Kaufhausinhaber der Vertragspartner des Kunden. Dennoch werden sämtliche Tätigkeiten bei Vertragsschluss und bei Erfüllung der Verkäuferpflichten von „Verkäufern“ vorgenommen, die als Vertreter und Erfüllungsgehilfen des Kaufhauses tätig werden. Auch der Malermeister, der mit der Renovierung eines Hauses beauftragt

wird, erledigt normalerweise nicht alle damit verbundenen Arbeiten selbst, sondern setzt seine Gesellen und Lehrlinge ein.

Diese übliche Arbeitsteilung kommt letztlich dem Schuldner zugute, der durch den Einsatz von Gehilfen seinen Tätigkeitsbereich und damit auch seine Verdienstmöglichkeiten erweitern kann. Diese Erleichterung für den Schuldner darf natürlich nicht dazu führen, dass die Rechte des Gläubigers verkürzt werden. Dies wäre jedoch dann der Fall, wenn der Schuldner nur für eigenes Verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) und nicht für das Verschulden seiner Gehilfen einzustehen hätte.

Dann bräuchte er nur sorgfältig angeleitete und ausgesuchte (wegen § 831 BGB!) Gehilfen einzusetzen, um sich seiner Haftung für Pflichtverletzungen zu entziehen. Auch gegen den Gehilfen hätte der Gläubiger keine vertraglichen Ersatzansprüche, da die Gehilfen nicht Vertragspartner des Gläubigers sind. Somit müssten auch diese nicht für Leistungsstörungen haften, es sei denn, die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung wären erfüllt.

Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn der Schuldner - etwa aufgrund zu geringen Alters - nicht handlungsfähig ist und dementsprechend sein gesetzlicher Vertreter für ihn handelt. Dass der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen handelt, liegt in dessen Interesse und darf wiederum nicht zu einer Benachteiligung des Gläubigers führen. Eine solche Benachteiligung ergäbe sich jedoch dann, wenn der Schuldner nicht für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters einstehen müsste, da gegen diesen kein vertraglicher Anspruch existiert.

Eine solche Benachteiligung des Gläubigers ist durch § 278 S. 1 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Norm hat der Schuldner das Verschulden seiner Gehilfen und gesetzlichen Vertreter wie eigenes Verschulden zu vertreten.

2. Haftung für den Erfüllungsgehilfen

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen der Haftung für den Erfüllungsgehilfen erörtert werden.

a. Sonderverbindung

Erste Voraussetzung des § 278 S. 1 BGB ist ein bestehendes Schuldverhältnis oder ein ähnliches Verhältnis („zur Erfüllung einer Verbindlichkeit“). Dieses kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Es reicht auch ein vorvertragliches Schuldverhältnis.

Ebenso ist § 278 BGB auf den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anwendbar (vgl. dazu den „Gasuhr -Fall“). Entscheidend ist, dass zwischen den Parteien eine schuldrechtliche oder schuldrechtsähnliche Beziehung besteht, aus der sich Pflichten ergeben, zu deren Erfüllung der Gehilfe eingesetzt werden kann.

Nicht ausreichend ist die Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht. Hier kann allenfalls § 831 BGB eingreifen.

b. Erfüllungsgehilfe

Weiterhin muss der handelnde Gehilfe Erfüllungsgehilfe sein. Erfüllungsgehilfen sind alle Personen, deren sich der Schuldner „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“.

Nach diesem Gesetzestext hat der Begriff des Erfüllungsgehilfen zwei Komponenten: Der Gehilfe muss zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners tätig werden, und dies muss mit Willen des Schuldners geschehen.

Erfüllungsgehilfe ist also, wer vom Schuldner willentlich zur Erfüllung einer sich aus der Sonderverbindung ergebenden Verbindlichkeit eingesetzt wird.

Die Voraussetzung, dass der Gehilfe mit Wissen des Schuldners handeln muss, begründet sich nicht nur aus dem Gesetzestext, sondern auch aus dem Zweck des § 278 BGB. Eine Einstandspflicht und Verantwortlichkeit des Schuldners für ungebetene Einmischungen Dritter wäre schwerlich zu begründen. Zu beachten ist jedoch, dass der Schuldner der Tätigkeit eines ohne sein Wissen handelnden Helfers nachträglich zustimmen und den Helfer damit zum Erfüllungsgehilfen machen kann.

Für den Begriff des Erfüllungsgehilfen sind die Rechtsbeziehungen zwischen Gehilfe und Schuldner unerheblich, insbesondere muss zwischen ihnen kein Schuldverhältnis bestehen. Auch setzt § 278 BGB - anders als § 831 BGB - keine besondere soziale Abhängigkeit des Gehilfen voraus. Dementsprechend kann auch ein selbständiger Unternehmer Erfüllungsgehilfe sein.

Beispiel: Ein Vermieter beauftragt einen Elektriker zum Austausch von Kabeln in der Wohnung des Mieters. Verursacht der Elektriker nun durch Fahrlässigkeit einen Brand, durch den die Möbel des Mieters beschädigt werden, so wird die Fahrlässigkeit dem Vermieter gemäß § 278 S. 1 BGB zugerechnet und dieser haftet dem Mieter aus dem Mietvertrag für die entstandenen Schäden.

Der Schuldner haftet auch für so genannte mittelbare Erfüllungsgehilfen. Dies sind Gehilfen des (unmittelbaren) Erfüllungsgehilfen, die von diesem mit Einverständnis des Schuldners mit der Erfüllung der Verbindlichkeit betraut sind.

Beispiel: Wenn der Elektriker im eben genannten Beispiel mit dem Einverständnis des Vermieters seinen Gesellen geschickt hätte, so wäre dieser mittelbarer Erfüllungsgehilfe und der Vermieter hätte auch für sein Verschulden nach § 278 S. 1 BGB einzustehen

Zieht der Erfüllungsgehilfe von sich aus ohne oder gegen den Willen des Schuldners weitere Gehilfen heran, so haftet der Schuldner jedenfalls noch für Verschulden des ersten Erfüllungsgehilfen bei der Auswahl, Anleitung oder Überwachung des weiteren Gehilfen, soweit es kausal für den Schaden des Gläubigers geworden ist.

Erfüllungsgehilfe ist nicht, wer die Leistungspflicht vom Schuldner vollständig übertragen bekommen und an dessen Stelle nun selbständig die Pflicht zu erfüllen hat (Substitution). Dies ist beispielsweise beim Auftrag möglich (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB). Dann haftet der ursprüngliche Schuldner nicht mehr für die ordnungsgemäße Erfüllung durch den Dritten, sondern nur noch für die sorgfältige Auswahl des Dritten. Verletzt er diese Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, so haftet er dem Gläubiger aus eigenem Verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) und nicht nach § 278 S. 1 BGB.

Die Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Gehilfe eingesetzt wird, können sowohl die Hauptleistungs- wie auch alle Nebenpflichten (insbesondere auch Schutzpflichten) sein, die sich aus dem Schuldverhältnis ergeben.

Unproblematisch ist Erfüllungsgehilfe, wer die geschuldete Leistungshandlung erbringen soll, also z.B. der oben genannte Geselle, der für den Malermeister Arbeiten ausführt.

Etwas problematischer ist die Frage, wer Erfüllungsgehilfe ist, wenn es allein um die Verletzungen von Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) geht. Nach der herrschenden Meinung genügt insoweit, dass der Schuldner einer für ihn tätigen Person die Möglichkeit zur Einwirkung auf Rechtsgüter des Gläubigers gibt. Hinsichtlich von Personen, die nicht für den Schuldner tätig werden, ist eine Haftung des Schuldners nach § 278 BGB jedenfalls dann noch anzunehmen, wenn er der Person den Vertragsgegenstand zur Nutzung überlässt. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass die Rechtsstellung des Gläubigers, der von dem Schuldner selbst sorgsame und pflegliche Behandlung der Sache verlangen kann, nicht dadurch verschlechtert werden darf, dass der Schuldner Dritten den Gebrauch

gestattet hat. Eine auf dieser Überlegung beruhende gesetzliche Spezialregelung findet sich für den Fall der vom Vermieter gestatteten Untermiete in § 540 Abs. 2 BGB. Die genannten Überlegungen im Rahmen des § 278 BGB gelten natürlich nur dann, wenn der Schuldner dem Dritten den Gebrauch gestattet hat, und nicht, wenn dieser sich diesen ohne Willen des Besuchers verschafft hat.

Beispiele: Der Mieter haftet für Möbeltransporteure, die bei Anlieferung von Möbeln den Hausflur des Mietshauses beschädigen. Er haftet ebenso für seine mit ihm zusammenwohnenden Kinder. Nicht hingegen haftet er für Schäden, die ungebetene Besucher anrichten, denn diese hat er keinesfalls „eingeschaltet“.

Problematisch ist die Frage, ob § 278 BGB auf Personen anwendbar ist, die bei der Vorbereitung der Leistung tätig waren. Nach herrschender Meinung ist nur derjenige Erfüllungsgehilfe, der zur Leistungshandlung oder zur Erfüllung der damit verbundenen Schutzpflichten beiträgt, nicht jedoch derjenige, der bei der Schaffung von Leistungsvoraussetzungen hilft (vgl. Larenz, Schuldrecht AT, § 20 VIII; Medicus, SchR-AT, Rn. 327).

Diese Problematik wird insbesondere an der Frage erörtert, ob der Verkäufer für ein Verschulden des Herstellers der verkauften Sache haftet muss. Dies wird von der ganz herrschenden Meinung verneint. Zur Begründung wird zum Teil darauf verwiesen, dass die Herstellung zeitlich vor dem Kauf liegt. Diese Begründung ist jedoch nicht überzeugend, denn diese zeitliche Reihenfolge ist ein Ergebnis der Arbeitsteilung zwischen Hersteller und Handel und § 278 BGB will den Gläubiger gerade vor haftungsausschließenden Folgen von Arbeitsteilungen schützen. Dementsprechend wird auch vereinzelt vertreten, § 278 BGB solle auf den Hersteller anwendbar sein (etwa Schmidt/Brügge, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 443 f.). Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Kaufvertrag den Verkäufer nur zur Verschaffung der Kaufsache und eben nicht zu deren Herstellung verpflichtet. Da somit die Herstellung der Sache nicht Vertragspflicht ist, kann ein Verschulden des Herstellers auch nicht als Verletzung einer Vertragspflicht dem Verkäufer zugerechnet werden. Letztlich sind die Interessen des Käufers auch hinreichend durch seine deliktischen Ansprüche gegen den Hersteller nach § 823 Abs. 1 BGB bzw. nach dem Produkthaftungsgesetz geschützt, weswegen eine derart weite Auslegung des § 278 BGB nicht notwendig ist. An dieser Einschätzung ändert auch die Tatsache nichts, dass der Verkäufer nach neuem Schuldrecht zur Lieferung einer fehlerfreien Sache verpflichtet ist (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat in der Begründung ausdrücklich betont, auch unter dem neuen Kaufrecht habe es dabei zu bleiben, dass der Warenhersteller nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen sei (BT-Drucksache 14/6040, S. 210).

Im Zusammenhang mit der Problematik des zur Vorbereitung einer Leistungshandlung eingesetzten Gehilfen, sollte genau darauf geachtet werden, was noch zur Vertragspflicht gehört und was bloße Vorbereitung der Erfüllung ist. Lässt sich etwa ein Arzt von einem Taxifahrer zum Patienten fahren und passiert dann aufgrund eines Verschuldens des Taxifahrers ein Unfall, der die Ankunft des Arztes verzögert, so könnte man zunächst denken, der Taxifahrer sei nur zur Vorbereitung der ärztlichen Behandlung tätig geworden und dem Arzt würde die schuldhafte Verzögerung nicht zugerechnet. Dies ist jedoch bei genauer Betrachtung nicht der Fall, denn die Fahrt zum Patienten gehört beim Hausbesuch eben zu der durch den Arzt geschuldeten Leistung. Somit ist das Verschulden des Taxifahrers nach § 278 BGB dem Arzt zuzurechnen.

Von der Fallgruppe des bei der Vorbereitung der Leistung tätig werdenden Gehilfen sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen der Gehilfe bei der Vertragsvorbereitung, insbesondere bei den Vertragsverhandlungen tätig wird. Hier besteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis, aus dem sich Pflichten der Verhandelnden ergeben, bei deren Verletzung ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c) in Betracht kommt. Setzt ein Verhandlungspartner nun einen Gehilfen ein, so haftet er gemäß § 278 BGB auch für schuldhaftige Verletzungen durch diesen.

c. Handeln „bei Erfüllung“ und „bei Gelegenheit der Erfüllung“

Fraglich ist, ob der Schuldner nur für ein solches Verschulden des Helfers entstehen muss, das in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit der Erfüllung steht („bei Erfüllung“), oder ob auch ein schuldhaftes Verhalten des Gehilfen „bei Gelegenheit“ der Erfüllung dem Schuldner zuzurechnen ist.

Diese strittige Frage mag an folgendem Beispielfall verdeutlicht werden:

Der Malermeister M wird von E mit dem Anstrich der Fensterrahmen im Haus des E betraut. M schickt zu diesem Zweck seinen Gesellen G, der schon seit Jahren zu dessen vollsten Zufriedenheit für M arbeitet. G tropft aber an diesem Tag leider nicht nur Farbe auf den Parkettfußboden des E (der Boden muss daraufhin professionell gereinigt werden), er raucht auch während des Streichens eine Zigarette, deren Glut auf den auf dem Parkett liegenden Perserteppich des E fällt und diesen versengt. Beim Verlassen der Wohnung stiehlt G obendrein noch ein wertvolles Feuerzeug, welches er auf der Garderobe liegen sieht.

E verlangt nun von M Schadensersatz wegen der Reinigung des Bodens, wegen der Reparatur des Teppichs sowie wegen des gestohlenen Feuerzeuges. Zu Recht?

Im genannten Beispiel hat G den Boden sicherlich „bei Erfüllung“ verunreinigt. Insoweit muss M das Verschulden des G unproblematisch nach § 278 BGB vertreten. Der Diebstahl des Feuerzeuges geschah hingegen ohne Zweifel nicht „bei Erfüllung“, sondern „bei Gelegenheit“ der Erfüllung. Etwas zweifelhaft ist die Einordnung der Verursachung der Brandflecken, denn das Rauchen der Zigarette geschah zwar nicht „zur Erfüllung“, aber doch „während der Erfüllung“.

Die Entscheidung, ob der Schuldner für eine Verhaltensweise seines Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, sollte letztlich nicht an Begrifflichkeiten, sondern daran orientiert sein, ob den Schuldner - hätte er selbst gehandelt - vertragliche, dem Verhalten des Gehilfen entgegengesetzte Verhaltenspflichten getroffen hätten. Insoweit ist im Beispielsfall eine Einstandspflicht des M für die Schäden an Parkett und Teppich jedenfalls zu bejahen, denn den Schuldner trifft die Pflicht, mit den Gegenständen des Gläubigers, mit welchen er während der Erfüllung seiner Pflichten in Berührung kommt, sorgfältig umzugehen.

Fraglich und umstritten ist nun die Frage, ob der Schuldner auch für Diebstähle seines Gehilfen nach § 278 S. 1 BGB einzustehen hat. Eine Auffassung verneint dies. Sie führt an, es gäbe zwar eine Rechtspflicht, Diebstähle zu unterlassen, dies wäre jedoch keine vertragsspezifische, sondern eine allgemeine, also jedermann treffende Pflicht (Larenz, Schuldrecht AT, § 20 VIII). Dem ist entgegenzuhalten, dass eine allgemeine Rechtspflicht einer vertraglichen Pflicht gleichen Inhalts keinesfalls entgegensteht. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Geselle die Gelegenheit für den Diebstahl des Feuerzeuges erst durch den Einsatz bei der Erfüllung erhalten hat. Deswegen muss der Schuldner auch für diesen Diebstahl einstehen.

Aus den genannten Gesichtspunkten lässt sich folgern, dass der Schuldner dann für seinen Gehilfen einzustehen hat, wenn durch die übertragene Tätigkeit der Zugriff auf die geschädigten Rechtsgüter erheblich erleichtert worden ist, und deshalb die erhöhte Gefährdung der Rechtsgüter durch eine entsprechende vertragliche Verhaltenspflicht des Schuldners kompensiert wird.

Eine Einstandspflicht wäre nach diesen Erwägungen im obigen Fall abzulehnen gewesen, wenn der G nicht das Feuerzeug, sondern das Fahrrad vor der Tür des E gestohlen hätte. Hier wäre dem G durch die von M übertragene Tätigkeit der Zugriff auf das Fahrrad nicht wesentlich erleichtert worden. Genauso wenig müsste M dafür haften, wenn G eine Woche später in die Wohnung des E eingebrochen wäre, weil er bei den Arbeiten erkannt hat, dass ein derartiger Einbruch sehr lohnend und auch leicht zu bewerkstelligen sein würde. Es existiert keine

vertragliche Pflicht, die verhindern soll, dass das Eigentum auf diese Weise geschädigt wird.

d. Verschulden

Letzte Voraussetzung des § 278 BGB ist „ein Verschulden“ des Gehilfen, d.h. dieser muss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

Hier ist zu beachten, dass „Verschulden“ eigentlich eine Pflichtverletzung voraussetzt, der Gehilfe gegenüber dem Gläubiger aber selbst keine eigenen vertraglichen Pflichten hat, welche er verletzen könnte. Nach der ratio der Vorschrift muss das Verschulden in § 278 BGB jedoch an den Verpflichtungen des Schuldners und nicht an eventuellen Verpflichtungen des Gesellen ausgerichtet werden. Das Verhalten des Gehilfen ist wie eigenes Verhalten des Schuldners zu werten und ist somit dann als schuldhaft anzusehen, wenn es als Verhalten des Schuldners schuldhaft gewesen wäre.

Dabei ist auch der Verschuldensmaßstab anzuwenden, der auf den Schuldner selbst anzuwenden gewesen wäre. Hat der Schuldner beispielsweise seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, so haftet er auch nicht für eine leichte Fahrlässigkeit seines Gehilfen. Andererseits muss der Schuldner, der selbst Meister ist, dafür einstehen, wenn sein Gehilfe nicht die Sorgfalt eines Meisters anwendet, selbst wenn der Gehilfe selbst ein junger unerfahrener Lehrling ist.

Zu beachten ist noch, dass der Schuldner die Haftung für eigenes vorsätzliches Verhalten gemäß § 267 Abs. 2 BGB nicht ausschließen kann, was ihm für seine Gehilfen gemäß § 278 S. 2 BGB aber möglich ist.

3. Haftung für den gesetzlichen Vertreter

§ 278 BGB ordnet aus den oben genannten Gründen neben der Haftung für den Erfüllungsgehilfen eine Haftung für den gesetzlichen Vertreter an. Eine separate Anordnung ist notwendig, weil der gesetzliche Vertreter anders als der Gehilfe nicht durch den Schuldner eingeschaltet wird, sondern aufgrund einer gesetzlich übertragenen Befugnis tätig wird.

„Gesetzlicher Vertreter“ i.S.d. § 278 BGB ist nach herrschender Meinung weit auszulegen. Unter diesen Begriff fallen auch die so genannten „Vertreter kraft Amtes“ wie beispielsweise Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter. Strittig ist, ob § 278 BGB auch auf Organe von juristischen Personen anzuwenden ist, so

z.B. auf den Vorstand eines Vereines. Dies wird von der herrschenden Meinung mit der Begründung abgelehnt, dass die Verantwortlichkeit der juristischen Person für ihre Organe ihre Sonderregelung in §§ 31, 89 BGB gefunden hat (Larenz, § 20 VIII; a.A. Medicus, SchR-AT, Rn. 323).

Abgesehen davon, dass der gesetzliche Vertreter nicht die Voraussetzungen eines Erfüllungsgehilfen erfüllen muss, also nicht mit Willen des Schuldners tätig werden muss, hat die Haftung für den gesetzlichen Vertreter im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen wie diejenige für den Erfüllungsgehilfen. Die folgenden Besonderheiten sind jedoch zu beachten:

Anzumerken ist zunächst, dass die Zurechnung des Vertreterverschuldens nach § 278 BGB keine Stellvertretung im technischen Sinne des § 164 BGB voraussetzt. Der Schuldner haftet im Rahmen des § 278 BGB nicht nur für Verschulden bei Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen durch den Vertreter, sondern auch für bloße tatsächliche Handlungen des Vertreters. Dementsprechend ist im Rahmen des § 278 BGB auch unerheblich, ob die Vertretungsmacht mehreren gemeinschaftlich zusteht, wie dies regelmäßig bei den Eltern der Fall ist (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Es reicht insoweit schon das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters.

Anders als bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen kommt es bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter nicht in jeder Hinsicht allein auf den Verschuldensmaßstab des Schuldners an. Dies ergibt sich aus der Regelung der Deliktsfähigkeit (§ 827 ff. BGB). Würde man allein auf die Verschuldensfähigkeit des minderjährigen Schuldners abstellen, so würde die Haftung des Schuldners oftmals an dessen mangelnder Verschuldensfähigkeit scheitern. Deshalb rechnet man im Rahmen der Haftung für den gesetzlichen Vertreter dem Schuldner nicht nur das Verschulden des Vertreters, sondern auch dessen Verschuldensfähigkeit zu.

Letztlich ist noch zu beachten, dass § 278 S. 2 BGB auf die Haftung für den gesetzlichen Vertreter nicht anwendbar ist. Die Regelung, die § 276 Abs. 3 BGB für unanwendbar erklärt, ist beim Erfüllungsgehilfen sinnvoll, denn dort haftet der Schuldner nicht nur für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen, sondern auch für eigenes. Selbst wenn die Haftung für Vorsatz des Gehilfen ausgeschlossen ist, besteht damit zumindest noch eine Haftung für eigenen Vorsatz. Bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter ist dies anders. Hier kommt ein haftbar machender eigener Vorsatz des Schuldners regelmäßig nicht mehr in Betracht, da dieser ja überhaupt nicht selbst handelt. Würde man hier die Haftung für Vorsatz des Vertreters ausschließen, so würde man gerade zu derjenigen Unverbindlichkeit des Schuldverhältnisses kommen, die § 276 Abs. 3 BGB vermeiden will.

4. Abgrenzungen

Die Regelung des § 278 S.1 BGB betrifft die Haftung für Personen, die bei der Erfüllung einer Sonderverbindung tätig werden. Andere Vorschriften regeln ebenfalls die Haftung für andere Personen und müssen sorgfältig von § 278 BGB unterschieden werden.

Eine andere im BGB geregelte Haftung für Gehilfen findet sich im § 831 Abs. 1 BGB, in dem die deliktische Haftung für den Verrichtungsgehilfen geregelt ist.

§ 831 BGB unterscheidet sich in seiner Konstruktion wesentlich von § 278 S. 1 BGB. Zunächst ist zu beachten, dass § 831 Abs. 1 BGB im Gegensatz zur bloßen Zurechnungsnorm des § 278 BGB eine eigene selbständige Anspruchsgrundlage darstellt. Ein anderer wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Normen besteht darin, dass § 278 S. 1 BGB eine Haftung für fremdes Verschulden anordnet, während § 831 BGB dem Geschäftsherrn eine Haftung für eigenes Verschulden bei Auswahl bzw. Anleitung des Gehilfen auferlegt. Dementsprechend setzt § 831 BGB anders als § 278 BGB auch kein eigenes Verschulden des Gehilfen voraus. Es reicht vielmehr grundsätzlich aus, dass der Gehilfe rechtswidrig gehandelt hat. Ein weiterer zu nennender Unterschied besteht darin, dass der Geschäftsherr sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann, während eine vergleichbare Entlastungsmöglichkeit bei § 278 BGB fehlt. Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Verrichtungsgehilfen anders als der Begriff des Erfüllungsgehilfen ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gehilfen und Geschäftsherrn voraussetzt. Diese Voraussetzung beruht auf der Überlegung, dass die Haftung des Geschäftsherrn darauf aufbaut, dass er den Gehilfen nicht sorgfältig ausgesucht bzw. überwacht hat. Eine solche Pflicht zur Überwachung ist aber nur dort sinnvoll, wo der Gehilfe den Weisungen des Geschäftsherrn unterliegt.

In zwei Sonderfällen findet sich aber auch eine deliktische Haftung für das (fremde) Verschulden von Gehilfen und zwar in § 839 BGB, Art. 34 GG für Amtsträger und in § 3 HaftPflG für die Körperverletzung oder Tötung durch einen Betriebsleiter oder eine vergleichbare Person in bestimmten Unternehmen.

Letztlich findet sich in den §§ 31, 86, 89 Abs. 1 BGB noch die Haftung juristischer Personen für ihre Organe. Darauf soll aber in diesem Rahmen nicht weiter eingegangen werden.

