

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb und Wolfgang Dötsch, Köln

Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?

I. Einleitung

Die Schuldrechtsreform¹ ist aller Kritik zum Trotz² beschlossene Sache³. Nachdem noch bis zuletzt zahlreiche Veränderungen am Entwurf vorgenommen wurden⁴, verfügt die Praxis endlich – nicht einmal mehr drei Monate vor Inkrafttreten des umfangreichsten Reformgesetzes in der Geschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum 31. 12. 2001 – über eine planungssichere Gesetzesfassung⁵. Der Umstellungsbedarf ist vor allem für die Vertragspraxis gewaltig⁶. Sinnvolle Vertragsgestaltung setzt aber nicht zuletzt auch Klarheit über die gesetzliche Ausgangslage voraus. Insoweit bildet das neue Recht noch eine Landkarte mit vielen weißen Flecken.

Vorliegend soll anhand zweier Beispielsfälle das Augenmerk auf Rechtsfragen gerichtet werden, die u. U. zu beträchtlichen Haftungserweiterungen vor allem für Zwischenhändler führen könnten. Die Fragen haben ihren Ursprung nicht zuletzt in einer der wesentlichen Neuerungen durch die Reform: dem „Andocken“⁷ der bisher speziell geregelten Gewährleistungsvorschriften bei Lieferung einer mangelhaften Sache an das allgemeine Leistungsstörungenrecht⁸. Der Gesetzgeber hat in § 433 Abs. 1 Satz 2⁹ die bisher weitgehend abgelehnte „Erfüllungstheorie“¹⁰ verankert, nach der auch die Sachmangelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört. Damit ist die mangelhafte Leistung Unterfall der Nichterfüllung: Mangelhafte Leistungen können so – mit wenigen Besonderheiten – über das allgemeine Leistungsstörungenrecht abgewickelt werden, wodurch dessen Bedeutung enorm aufgewertet wird. Kehrseite des Systemwechsels ist, dass die Beantwortung hoch abstrakter Fragen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts schnell schwerwiegende Folgen im Kaufgewährleistungsrecht nach sich ziehen kann.

II. Verschuldensunabhängig zu ersetzende Betriebsausfallschäden?

Fall 1: K bestellt für sein Restaurant bei dem Händler V einen Backofen des als zuverlässig bekannten Herstellers X. Leider führt ein allenfalls durch umfangreiche Untersuchungen zu erkennender Produktionsfehler bei dem alsbald von V an K ausgelieferten Gerät nach zwei Wochen zu einem Komplettausfall. Küche und damit auch das Restaurant können den normalen Betrieb nicht aufrechterhalten. V ist die ganz Sache furchtbar peinlich. Er kümmert sich sofort mit aller Kraft um eine Nachbesserung, die aufgrund höchstmöglicher Aufwands an Mensch und Material auch in weniger als 16 Stunden zum Erfolg führt: Der Ofen funktioniert fortan tadellos. Dennoch hat K zwischenzeitlich einen Betriebsausfallschaden von ca. 4000 € erlitten. Er verlangt von V Schadensersatz; dieser beruft sich darauf, dass den Zwischenhändler keine Untersuchungspflicht trifft und er den Mangel somit nicht erkennen konnte.

1. Bisherige Rechtslage:

Ein Schadensersatzanspruch aus § 480 Abs. 2 BGB a. F. kam nicht in Betracht, da V weder arglistig gehandelt noch eine Eigenschaft zugesichert hatte. Ein Anspruch aus pFV schied ebenfalls aus: Zum einen war ein solcher nur bei Mangelfolgeschäden denkbar¹¹; der Betriebsausfallschaden (Nutzungsausfall während der Reparatur, Kosten einer vorübergehenden Ersatzanmietung und entgangener Gewinn) wurde überwiegend aber nicht als Mangelfolgeschaden, sondern als Mangelschaden eingeordnet¹². Davon abgesehen fehlte es an einer zu vertretenden Pflichtverletzung: V kannte den Fehler nicht und konnte ihn nicht erkennen. Eine allgemeine Untersuchungspflicht traf den Zwischenhändler nicht¹³.

2. Künftige Rechtslage

a) Vorüberlegungen

Der verkaufte Ofen ist mangelhaft (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2). Bei mangelhafter Leistung kann der Käufer gemäß § 437 Nr. 3 über einen Rechtsgrundverweis auf §§ 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz verlangen. Zentrale Norm und neben § 311a Abs. 2 einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche im neuen

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb ist ordentliche Professorin der Universität zu Köln; Wolfgang Dötsch ist wiss. Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung.

- 1... Vgl. hierzu Krebs, DB 2000 Beil. 14; Graf v. Westphalen, DB 2001 S. 799 ff. und 1291 ff.; Hänlein, DB 2001 S. 852 ff.; Altmeppen, DB 2001 S. 1131 ff., 1399 ff. und 1821 ff.; Canaris, DB 2001 S. 1815 ff.; Fischer, DB 2001 S. 1923 ff.
- 2... Hingewiesen sei vor allem auf die kritische „Gemeinsame Erklärung“ von 250 Zivilrechtslehrern (<http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmeppen>). Zu den oft kritischen literarischen Stellungnahmen finden sich neben allen Gesetzgebungsmaterialien, vielen weiteren Informationen sowie nützlichen Links zur Reform umfangreiche Nachweise unter <http://www.dauner-lieb.de>.
- 3... Vgl. Pressemitteilung Bundesrat 255/2001 vom 9. 11. 2001.
- 4... Der ursprüngliche Regierungsentwurf musste wegen Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG zunächst dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet werden (BR-Drucks. 338/01). Zur Verfahrensbeschleunigung wurde daher parallel „aus der Mitte des Bundestages“ (vgl. Art. 76 Abs. 1 GG) ein wortgleicher Entwurf eingebracht (BT-Drucks. 14/6040). Der alsbald mit einer sehr umfangreichen Stellungnahme des Bundesrates und den entsprechenden Gegenäußerungen der Bundesregierung versehene Regierungsentwurf (BT-Drucks. 14/6857) wurde schließlich wieder für erledigt erklärt (BT-Drucks. 14/7100). Die insoweit erreichten Verbesserungen flossen aber in die zu dem Entwurf BT-Drucks. 14/6040 ergangene Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses ein (BT-Drucks. 14/7052). Auf deren Basis wurde das endgültige Gesetz verabschiedet (BT-Drucks. 14/7100).
- 5... Gesetzestext abgedruckt in BR-Drucks. 819/01.
- 6... Zur Vertragsgestaltung nach neuem Recht Ziegler/Rieder, ZIP 2001 S. 1789 ff.; Roloff, Beil. NotBZ 2001 S. 3 ff.; Tiedtke/Wälzholz, Beil. NotBZ 2001 S. 13 ff.; Brambring, DNotZ 2001 S. 590 ff.
- 7... So plastisch St. Lorenz, JZ 2001 S. 742.
- 8... Umfassend zum neuen Recht demnächst die systematische Darstellung in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, 2001, sowie die Kommentierung von Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), AnwaltKommentar – Das neue Schuldrecht, 2001. Einen fallorientierten Einstieg bieten ebenfalls demnächst die 172 Fälle in Dauner-Lieb (Hrsg.), Das neue Schuldrecht – Fälle und Lösungen, 2001. Vgl. zum Leistungsstörungenrecht weitgehend noch aktuell Teichmann, BB 2001 S. 1485 ff.; Canaris, JZ 2001 S. 499 ff.; ders., ZRP 2001 S. 329 ff. Zum Kaufrecht Haas, BB 2001 S. 1313; H. P. Westermann, JZ 2001 S. 530.
- 9... Ohne Gesetzesangabe zitierte Normen sind solche des künftigen Rechts, bisherige Regelungen werden als „BGB a. F.“ zitiert.
- 10... Vgl. dazu Lorenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. 1986, § 41 II e), S. 66 ff.
- 11... BGHZ 77 S. 215 (217); Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl. 2001, Vorbem. vor § 459 Rn. 6; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 276 Rdn. 110.
- 12... BGH WM 1972 S. 558 (560); Soergel/U. Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, Anh. § 463 Rdn. 28; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 11), § 276 Rdn. 110. A. A. Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl. 2000, Vor § 459 Rdn. 34.
- 13... BGH NJW 1968 S. 2238 (2239); 1981 S. 1269 (1270). Selbst wenn man von einer vertraglich vereinbarten Nachbesserungspflicht ausging – das Gesetz kannte nur die Nachlieferungspflicht (§ 480 Abs. 1 BGB a. F.) –, schied ein Anspruch aus § 286 BGB a. F. mangels Verzug aus. Zwar hätte man ggf. wegen der Eilbedürftigkeit der Nachbesserung eine Mahnung gemäß § 242 für entbehrlich halten können, doch trat dann Verzug nur ein, wenn die Arbeit nicht „mit möglicher Beschleunigung“ erbracht wurde (vgl. BGH NJW 1968 S. 1823 [1824] und das Abstellen auf die „Leistungszeit“ bei Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Bearb. 1995, § 284 Rdn. 66).

Recht¹⁴ ist § 280 Abs. 1, nach dem der Schuldner bei jeder zu vertretenden „Pflichtverletzung“ zum Schadensersatz verpflichtet ist¹⁵. Unmittelbar über § 280 Abs. 1 wird jedoch nur der „einfache Schadensersatz“ ersetzt¹⁶. Darüber hinaus werden über § 280 Abs. 2 und 3 zusätzliche, d. h. neben den Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 tretende Voraussetzungen aufgestellt. So müssen für den Ersatz des „Verzögerungsschadens“ die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen (§§ 280 Abs. 2, 286), „Schadensersatz statt der Leistung“ ist nach § 280 Abs. 3 an die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281 ff. gebunden und kann so in den praktisch wichtigsten Fällen der Nicht- bzw. Nicht-Wie-Geschuldet-Erbringung (verspätete Leistung bzw. Schlechtleistung) nur nach erfolgloser Fristsetzung (§ 281 Abs. 1 Satz 1) verlangt werden.

b) Mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung

Die für einen Schadensersatzanspruch des K aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 280 Abs. 1 erforderliche Pflichtverletzung liegt vor, denn bei Lieferung einer mangelhaften Sache bleibt der Verkäufer hinter seinen Pflichten aus § 433 Abs. 1 Satz 2 zurück und begeht so eine Pflichtverletzung i. S. des § 280 Abs. 1¹⁷. Fraglich ist allein, ob V diese auch zu vertreten hat und ob – sollte das zu bejahen sein – der eingetretene Schaden unmittelbar über § 280 Abs. 1 ersetzt werden kann oder über § 280 Abs. 2 und 3 an zusätzliche Voraussetzungen (Mahnung bzw., Fristsetzung) gebunden ist.

aa) Beschaffungspflicht im Hinblick auf die Fehlerlosigkeit?

Was der Schuldner zu vertreten hat, bestimmt § 276 Abs. 1 Satz 1. Die Vorschrift ist Ausprägung des auch künftig maßgeblichen Verschuldensprinzips¹⁸, sieht davon aber Ausnahmen vor, wenn der Schuldner etwa eine Garantie oder das Beschaffungsrisiko übernommen hat¹⁹. V hat hier nicht vorsätzlich gehandelt; auch für Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2) liegen keine Anhaltspunkte vor. Insbesondere spricht nichts für ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung zum Fehlen einer allgemeinen Untersuchungspflicht²⁰. Somit scheint es am Vertretenmüssen des V zu fehlen. In der Literatur klingt insoweit aber an, dass man auch im Hinblick auf die Fehlerfreiheit der Kaufsache von der „Übernahme eines Beschaffungsrisikos“ i. S. des § 276 Abs. 1 Satz 1 a. E. auszugehen habe. Gestützt wird das darauf, dass der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 Satz 2 eine fehlerfreie Sache zu liefern und damit bei Gattungssachen wie der vorliegenden in der Regel auch eine fehlerfreie Sache zu beschaffen habe. Zudem könne er wegen § 243 Abs. 1 nur mit einer fehlerfreien Sache erfüllen. So soll es nicht mehr auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Verkäufers ankommen; vielmehr würde man zu einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung gelangen²¹. Selbst wenn man im Wege der Auslegung diese (angebliche) Risikoübernahme so einschränken würde, dass nur Mangelschäden, nicht aber Mangelgeschäden erfasst wären²², bestünde wohl für den vorliegenden Mangelschaden (s. o.) eine Einstandspflicht des V.

Die Annahme einer derartigen Risikoübernahme bei Gattungssachen geht aber zu weit. Sie würde vor allem aufgrund der Zuordnung allgemeiner Vermögensschäden zu den Mangelschäden²³ eine ungemein scharfe Verkäuferhaftung implementieren²⁴, für die sich in der Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte finden lassen. Die Parteierklärungen lassen für eine so weitgehende Risikoübernahme auch nichts erkennen, sie wäre reine Fiktion²⁵: Der Verkäufer hat die Sache zu beschaffen; bereits vom natürlichen Sprachgebrauch aus bedeutet „Beschaffen“ aber „Besorgen“²⁶ oder „Herbeischaffen“²⁷ und bezieht sich nicht ohne Weiteres auf die Qualität des zu besorgenden Gegenstands²⁸. Insoweit lässt sich auch nichts anderes aus § 243 Abs. 1 oder § 433 Abs. 1 Satz 2 ableiten: Bei Verletzung dieser Pflichten stehen dem Käufer verschuldensunabhängige Rechtsbehelfe zur Verfügung (Nacherfüllung, Minderung und Rücktritt); Schadensersatz kann eben nur bei einem besonders zu begründenden Vertretenmüssen verlangt

werden. Insoweit ist aber nicht ersichtlich, dass der die Sachbeschaffung versprechende Verkäufer – vom nach § 276 grundsätzlich geltenden Verschuldensprinzip abweichend – verschuldensabhängig für Sachmängel einstehen möchte²⁹. Dies gilt selbst dann nicht, wenn man die Risikoübernahme noch weiter nur auf bestimmte Schäden (etwa den mangelbedingten Minderwert) beschränken würde³⁰. Dass an eine Risikoübernahme für die „fehlerfreie Beschaffung“ strenge Anforderungen zu stellen wären, zeigen auch systematische Erwägungen: die Risikoübernahme würde einer „Garantie der Fehlerfreiheit“ in Bezug auf Mangelschäden gleichkommen. Damit greift man aber (systemwidrig³¹) hinein in die ebenfalls in § 276 Abs. 1 Satz 1 a. E. geregelte Fallgruppe „Übernahme einer Garantie“, die die bisherige Eigenschaftszusicherung (§ 459 Abs. 2 BGB a. F.) erfassen soll³². Zumindest sollte dadurch deutlich werden, dass man an die Übernahme eines Beschaffungsrisikos für die Fehlerfreiheit jedenfalls ähnlich hohe Anforderungen stellen müsste wie an eine „Zusicherung der Fehlerfreiheit.“ An einer dafür erforderlichen „Gewährübernahme“ wird es beim bloßen Versprechen der Lieferung einer Gattungssache aber in der Regel fehlen. Somit bleibt es im Grundsatz bei der bisherigen Verschuldenshaftung. Hier fehlt es damit an einem Vertretenmüssen des V.

bb) Betriebsausfallschaden und § 280 Abs. 1?

Sollte man aber ein Vertretenmüssen bejahen wollen – oder in anderen Fällen ein solches wirklich vorliegen – gelangt die zwei-

14... BT-Drucks. 14/6040 S. 92 f., 135 f., 137, 142, 165.

15... Umfassend zum Begriff der Pflichtverletzung demnächst *Dauner-Lieb*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, *AnwaltKommentar*, a.a.O. (Fn. 8), § 280 Rdn. 13 ff., 31 ff., 56 ff.

16... BT-Drucks. 14/6040 S. 135.

17... BT-Drucks. 14/6040 S. 94.

18... BT-Drucks. 14/6040 S. 131; *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 2, 6.

19... Ausführlich dazu *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 14 ff.

20... So wohl jedenfalls auch der Gesetzgeber in der Begründung, BT-Drucks. 14/6040 S. 210, und etwa auch *Haas*, BB 2001 S. 1313 (1317).

21... So für Mangelschäden *Canaris*, DB 2001 S. 1815 f., während er bei Mangelgeschäden im Regelfall keine Risikoübernahme seitens des Verkäufers annehmen will (a.a.O. (Fn. 4) und *ders.*, ZRP 2001 S. 329 [335] bei und in Fn. 37). Möglich ist, dass *Canaris* mit „Mangelschaden“ nur den bloßen mangelbedingten Minderwert als „eigentlichen Mangelschaden“ meint (Begriff nach BT-Drucks. 14/6040 S. 224), was aber zumindest der bisherigen Terminologie zuwiderlaufen würde. Wohl ohne Einschränkungen weitgehend von einer verschuldensunabhängigen Haftung ausgehend auch v. *Westphalen*, *Anwalt* 11/2001 (Beil. NJW) S. 7 f.

22... So *Canaris*, DB 2001 S. 1815 f. in Fn. 4.

23... Siehe oben Fn. 12 und etwa BGHZ 77 S. 215 (218); BGH NJW 1978 S. 2241 (2242); OLG Koblenz, NJW-RR 1989 S. 336 (337).

24... Warnend auch *Roloff*, Beil. NotBZ 2001 S. 3 (5) in Fn. 20 a. E. und ganz allgemein *Stoll*, JZ 2001 S. 589 (597) unter Bezugnahme auf die zu Art. 79 CISG ergangene Entscheidung BGHZ 141 S. 129.

25... Deziert so auch *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 26. Zu bedenken ist insoweit auch, dass der Gesetzgeber die Differenzierung zwischen Mangel- und Mangelgeschäden gerade abschaffen wollte, BT-Drucks. 14/6040 S. 87 f., 94.

26... *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 22. Aufl. 2000.

27... *Medicus*, Schuldrecht I, 10. Aufl. 2000, Rdn 348.

28... Vgl. *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 26.

29... So *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 26. Die Tatsache, dass man in Fällen des § 480 Abs. 1 BGB a. F. über § 326 BGB a. F. vorgehen konnte und man dort § 279 BGB a. F. im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des Verzugs heranzog (darauf stützt sich *Canaris*, DB 2001 S. 1815 [1816] in Fn. 5), zwingt nicht zu einer anderen Lösung: Es ist zu berücksichtigen, dass es insoweit um Fälle ging, in denen der Verkäufer durch die erste Fehllieferung „gewarnt“ war und dann für Ersatz zu sorgen hatte. Dagegen ginge es in der vorliegenden Konstellation darum, dem Verkäufer, den in Bezug auf den Sachmangel kein Vorwurf trifft, ein Vertretenmüssen schon für Fehler der ersten Lieferung „unterzuschieben.“

30... Was *Canaris*, a.a.O. (Fn. 21), a. E. ggf. gemeint haben könnte.

31... Siehe dazu *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 26.

32... BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

te Frage auf den Tisch: Ist der Betriebsausfallschaden als „einfacher Schadensersatz“ über § 280 Abs. 1 zu ersetzen oder sind – bei Qualifikation als „Verzögerungsschaden“ oder „Schadensersatz statt der Leistung“ – zusätzliche Voraussetzungen (Mahnung bzw. Fristsetzung) zu verlangen? Berührt wird damit die angesichts des Baukastenprinzips der §§ 280 ff. erforderliche Abgrenzung von „einfachem Schadensersatz“, Ersatz des „Verzögerungsschadens“ und „Schadensersatz statt der Leistung“³³. Bislang geht man – wohl weitgehend unreflektiert – davon aus, dass der „Verzögerungsschaden“ dem Verzugschaden (§ 286 Abs. 1 BGB a. F.) und der „Schadensersatz statt der Leistung“ dem bisherigen „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ entsprechen soll³⁴. Es wird sich jedoch zeigen, ob sich ein solcher Rückgriff auf die überkommenen Begrifflichkeiten nicht völlig verbietet und vielmehr eine eigenständige teleologische Abgrenzung der neuen Tatbestände anhand von Sinn und Zweck der über § 280 Abs. 2 und 3 erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen erforderlich ist³⁵.

Auf die Details dieser Frage kann und soll hier nicht eingegangen werden. Im vorliegenden Fall könnte man aber jedenfalls daran denken, dass es sich bei dem Betriebsausfallschaden um einen Fall des Verzögerungsschadens handeln muss, sodass für einen Schadensersatzanspruch des K über § 280 Abs. 2 i. V. mit § 286 noch die (hier problematischen) Voraussetzungen des Verzugs zu verlangen wären³⁶. Das erscheint insoweit nahe liegend, als durch die mangelhafte Leistung und die daran anknüpfende Notwendigkeit einer Nachbesserung de facto die von Anfang an bestehende Erfüllung der Primärleistungspflicht zur (fehlerfreien) Lieferung der Kaufsache verzögert wird. Sowohl die Lieferung der Sache als auch die mangelfreie Lieferung gehören zum Pflichtenpaket des Verkäufers aus § 433, dessen ordnungsgemäße Erfüllung sowohl durch eine Nicht- als auch durch eine Schlechtleistung gleichermaßen verzögert wird. Mit anderen Worten: Warum sollte ein Fall, in dem zunächst gar nicht geleistet wird und deswegen ein Betriebsausfallschaden entsteht, über §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 abzuwickeln sein, ein Fall, in dem zwar die Sache als solche geliefert wird, aber mangelhaft ist und deshalb einige Zeit deshalb genauso wenig benutzt werden kann, aber wiederum nicht³⁷?

Nach der Gesetzesbegründung soll aber freilich jeder Schaden, der durch die *zu vertretende Lieferung einer mangelhaften Sache* entsteht, direkt über § 280 Abs. 1 abgewickelt werden und nicht nur über §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 unter den (engeren) Voraussetzungen des Verzugs³⁸. Danach käme es hier auf die §§ 280 Abs. 2, 286 nicht an. Folgt man dem³⁹, wäre es freilich angesichts der bisher wie gezeigt weitgehend favorisierten Gleichstellung von „Schadensersatz statt der Leistung“ und bisherigem „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ und in Anlehnung an die bisherige Einordnung des Betriebsausfallschadens als Mangelschaden und damit als über §§ 463, 480 Abs. 2 BGB a. F. zu ersetzender „Nichterfüllungsschaden“ eigentlich aber nicht mehr als konsequent, nicht von einem „einfachen Schadensersatz“ nach § 280 Abs. 1, sondern einem Fall des Schadensersatzes „statt der Leistung“ auszugehen: Dann könnte gemäß §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 Schadensersatz grundsätzlich erst nach erfolgloser Fristsetzung verlangt werden. Das erscheint aber schon deswegen als wenig sinnvoll, weil ein Betriebsausfallschaden selbst durch eine erfolgreiche Nacherfüllung innerhalb einer solchen Nachfrist nicht mehr behoben werden könnte. Das mag den Gesetzgeber denn auch bewogen haben, in der Gesetzesbegründung solche Schäden unmittelbar (als einfachen Schadensersatz) dem § 280 Abs. 1 zuzuordnen⁴⁰. Halten ließe sich dies dogmatisch wohl nur, wenn man den Begriff Schadensersatz „statt der Leistung“ wörtlich nehmen würde⁴¹: Dann fallen darunter nur Fälle, in denen der Schadensersatzanspruch wirklich an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt

(und bei denen der Ausschluss der Geltendmachung des Anspruchs auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 sinnvoll ist).

Im Umkehrschluss bleiben für § 280 Abs. 1 und den „einfachen Schadensersatz“ diejenigen Schäden übrig, deren Ersatz auch verlangt werden kann, wenn am Anspruch auf die Leistung festgehalten wird (vor allem über § 280 Abs. 1 zu ersetzende Mangelfolgeschäden⁴²⁴³. Hier wäre danach nicht auf die §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 abzustellen, denn es handelt sich nicht um einen Schadensersatz „statt“, sondern neben der Leistung. Bei unterstelltem Vertretenmüssen könnte B somit ohne Fristsetzung Ersatz des vollen Betriebsausfallschadens gemäß §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 280 Abs. 1 verlangen⁴⁴.

33... Dazu umfassend demnächst *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 34 ff.

34... Dahingehend BT-Drucks 14/6040 S. 136 sowie *Gsell*, JbJ.ZivRWiss 2001 S. 105 (106); *Däubler-Gmelin*, NJW 2001 S. 2281 (2284); *Canaris*, ZRP 2001 S. 329 (331, 332). Skeptisch *Schapp*, JZ 2001 S. 583 (586). Zum Begriff „Schadensersatz statt der Leistung“ siehe auch *BMJ* (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 131.

35... So grundlegend *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 45-55; *dies.*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, a.a.O. (Fn. 8), § 2 unter D. I. und II.

36... Dahinstehen mag, ob man hier an die verspätet erfüllte Pflicht zur mangelfreien Leistung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 anknüpft oder an die Pflicht zur Nacherfüllung aus § 439, da letztere ohnehin nur eine Modifikation der ersteren ist (vgl. *Haas*, BB 2001 S. 1313 [1315]).

37... Deshalb eine Abwicklung der Fälle des Betriebsausfallschadens über die Verzugsregeln befürwortend mit guten Gründen *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 41-43, 48, 55, 62; *dies.*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, a.a.O. (Fn. 8), § 2 unter D. II. 2. d). Grundlegend zu diesen Fragen auch bereits *dies.*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsmodernisierung, 2001, S. 305 (310 ff.).

38... BT-Drucks. 14/6040, 225. Die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 sollen nur bei Verletzungen der Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439) eine Rolle spielen, also wohl nur greifen, wenn der Verkäufer der die mangelhafte Lieferung als solche nicht zu vertreten hat und dann nur später eine Nachlieferung „vertrödelt.“

39... Wobei man sich mit den Argumenten von *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 37) auseinander zu setzen haben wird.

40... So für den Betriebsausfallschaden ohne jegliches Problembewusstsein explizit BT-Drucks. 14/6040 S. 225. Dagegen *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 43 in Fn. 116.

41... Vgl. dazu auch *Kitz*, in: *Dauner-Lieb*, Fälle, a.a.O. (Fn. 8), Fall 75.

42... Zur Rolle des § 280 Abs. 1 bei Mangelfolgeschäden BT-Drucks. 14/6040, 224 f. und *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 48, 55.

43... Anknüpfen könnte man vielleicht an die Wortlautauslegung bei *Schapp*, JZ 2001 S. 583 (586): Dann könnte man alle „Folgeschäden“ – wobei das weiter zu verstehen ist als der bisherige Begriff der Mangelfolgeschäden und auch bestimmte Vermögensschäden umfassen würde – aus § 280 Abs. 3 auskoppeln und unmittelbar über § 280 Abs. 1 abwickeln. Der Sache nach würde damit die bisherige Mindermeinung bestätigt, die Betriebsausfallschäden schon immer als Mangelfolgeschäden über die pFV abwickeln wollte, vgl. Fn. 12.

44... Will man den Betriebsausfallschaden nicht unter den „einfachen Schadensersatz“ einordnen, dürfte man selbst über §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 Satz 1 zu einem *sofortigen* Schadensersatzanspruch gelangen: Die Fristsetzung wäre wohl nach § 281 Abs. 2 entbehrlich, weil sie sinnlos wäre, denn der eingetretene Schaden könnte auch durch eine erfolgreiche Nachbesserung nicht beseitigt werden. Insoweit könnte auf das bisherige Recht verwiesen werden: Würde gemäß § 635 BGB a. F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, müssten wegen des Wortlauts „statt“ zugleich auch die Voraussetzungen des § 634 BGB a. F. vorliegen, also insbesondere eine erfolglose Fristsetzung (mit Ablehnungsandrohung). Insoweit war anerkannt, dass die Fristsetzung entbehrlich war, wenn Schäden geltend gemacht wurden, die auch durch eine Nachbesserung nicht mehr zu beseitigen waren wie z. B. der Verdienstausfall bis zur bzw. während der Nachbesserung oder der Eintritt von Mangelfolgeschäden, vgl. BGHZ 92 S. 308 (310) = DB 1985 S. 223; BGHZ 96 S. 221 (226 f.) = DB 1986 S. 530; *Erman/Seller*, a.a.O. (Fn. 12), § 635 Rdn 3. Praktische Relevanz hat der Streit um die Zuordnung des Betriebsausfallschadens daher wohl nur, wenn man der in Fn. 37 dargestellten Ansicht von *Dauner-Lieb* folgen würde: danach wäre das Vorliegen des Schuldnerverzugs (also in der Regel auch eine Mahnung) zu verlangen. Insoweit kann dann auf die Ausführungen zu c) verwiesen werden.

c) Fehlende Nacherfüllung als Pflichtverletzung?

Geht man mit der hier vertretenen Auffassung nicht von einem Vertretenmüssen des V aus, scheidet ein solcher Anspruch freilich aus. Schadensersatzansprüche könnten sich dann ggf. aus einer anderen Pflichtverletzung ableiten lassen: Da die Presse mangelhaft war, war V zur Nacherfüllung verpflichtet (§ 439). Das (rein tatsächliche) Unterlassen der Nacherfüllung (sei es nur für eine gewisse Zeit) ist ebenfalls eine Pflichtverletzung – da die Nacherfüllungspflicht sofort fällig ist, § 271 – und könnte so Schadensersatzansprüche auf den Ersatz des Betriebsausfallschadens als Verzögerungsschaden (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286) begründen⁴⁵. Insoweit könnte man versucht sein, sich auf Literaturstimmen zu stützen, nach denen der Verkäufer – weil er die Beschaffung einer mangelfreien Sache versprochen habe – jedenfalls insoweit das „Beschaffungsrisiko“ (§ 276 Abs. 1 Satz 1 a. E.) übernommen habe und dann ggf. verschuldensunabhängig hafte⁴⁶. Aber auch insoweit ist Vorsicht geboten: Es ist stets zu prüfen, ob wirklich eine zu vertretende Pflichtverletzung vorliegt und die Voraussetzungen des Verzugs gegeben sind, wenn ein Händler, der die mangelhafte Leistung als solche nicht zu vertreten hat – sonst ist wie gezeigt nach dem Willen des Gesetzgebers der Weg über die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 nicht erforderlich und Schäden werden unmittelbar über § 280 Abs. 1 ersetzt – sofort nach der Mängelanzeige so schnell wie eben möglich die Nachbesserung (erfolgreich) durchführt⁴⁷. Würde man hier unreflektiert Verzug bejahen, weil der Kunde auf sofortige Leistung drängt (und damit wohl zugleich auch mahnt) oder er erkennbar auf die Kaufsache dringend angewiesen ist⁴⁸, müsste der Händler den vollen „Verzögerungsschaden“ ersetzen, obwohl ihm ja nun überhaupt nichts vorzuwerfen ist und er im Gegenteil schnellstmöglich gearbeitet hat. Das würde das vom Gesetzgeber viel gepriesene Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung zur Farce machen. Schnell wird deutlich, dass ein Anspruch nur in Betracht kommen kann, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung etwa durch unsachgemäßes Arbeiten in die Länge gezogen hat oder – insoweit kann die Übernahme des Beschaffungsrisikos bei Gattungssachen relevant sein⁴⁹ – Verzögerungen bei der Ersatzbeschaffung über das normale Maß hinaus auftreten (etwa bei Lieferschwierigkeiten). Bester Ansatzpunkt für sinnvolle Restriktionen ist das Merkmal des Vertretenmüssens: Verzögerungen durch Nacherfüllungen, die sich (vom Standpunkt eines objektiven Dritten aus gesehen) üblicherweise nicht schneller erledigen ließen, hat der Verkäufer nicht zu vertreten⁵⁰.

III. Unbehebbarer Sachmangel und Vertrauenshaftung nach § 122 analog?

Fall 2: K kauft in der Zoohandlung des V Katzen-Fellpflege-Dragees des anerkannten Herstellers H, die er seinem Lieblingstier, einer wertvollen Perserkatze, auch gleich (versteckt im petersiliegnarnierten Leckerchen) verabreicht. Noch in der Nacht verendet die Katze. Es stellt sich heraus, dass das Mittel in bestimmten, durchaus aber alltäglichen Situationen zu tödlichen Nebenwirkungen führen kann. Kann K von V Schadensersatz verlangen, wenn der Mangel des Produkts nicht behebbbar ist, V aber zu Recht einwendet, dass er den Mangel nicht kannte und auch nicht erkennen konnte?

1. Bisherige Rechtslage

Ein Schadensersatzanspruch aus § 480 Abs. 2 BGB a. F. kam nicht in Betracht, da V weder arglistig gehandelt noch eine Eigenschaft zugesichert hatte. Ein Anspruch aus pFV (Mangelfolgeschaden) schied mangels Vertretenmüssens ebenfalls aus.

2. Künftige Rechtslage

In Betracht kommt ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 1, 311 a Abs. 2 Satz 1. Die Dragees sind mangelhaft (§ 434), sodass über § 437 Nr. 3 ein Anspruch aus § 311 a Abs. 2 Satz 1 denkbar ist. Die Norm gibt dem Schuld-

ner in Fällen anfänglicher Unmöglichkeit einen verschuldensabhängigen Anspruch auf das positive Interesse⁵¹. Hier handelt es sich nämlich in der Tat um einen Fall anfänglicher Unmöglichkeit: Da die Mangelfreiheit gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 Teil der primären Leistungspflicht des Verkäufers ist, liegt – auch wenn die Kaufsache selbst übergeben wurde – nach neuem Recht dann, wenn eine Stückschuld (bzw. bei Gattungssachen die ganze Gattung) bei Vertragsschluss einen unbehebbareren Mangel aufweist und der Verkäufer somit seiner Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 von vornherein nicht nachkommen kann, ein Fall anfänglicher „qualitativer (Teil-)Unmöglichkeit“⁵² vor. In diesen Fällen entfällt nach § 275 Abs. 1 die Pflicht zur mangelfreien Lieferung (sowie diejenige zur Nachbesserung aus § 439). Denkbar ist allein ein Anspruch aus § 311 a Abs. 2, der freilich dann ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner beweisen kann, dass er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste⁵³. Jedenfalls bei Verneinung allgemeiner Untersuchungspflichten kann V hier wohl diesen Beweis erbringen; § 311 a Abs. 2 scheidet demnach aus.

Fatal könnte sich nun aber eine (ohne Bezug zum Kaufrecht) von *Canaris*⁵⁴ geforderte analoge Anwendung des § 122 in Fällen wie dem vorliegenden auswirken, in denen der Schuldner seine Unkenntnis von einem anfänglichen Leistungshindernis nicht i. S. des § 311 a Abs. 2 zu vertreten hat: Gestützt wird diese Analogie auf (angebliche) Diskrepanzen mit dem Irrtumsrecht. Der

45... Dass § 437 Nr. 3 nicht auf § 286 verweist, dürfte insoweit unschädlich sein, als auf § 280 und damit auch auf dessen Abs. 2 verwiesen wird, vgl. auch BT-Drucks. 14/6040 S. 225.

46... Unklar insoweit *Lorenz*, JZ 2001 S. 742 (744). Dazu *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 276 Rdn. 25 Fn. 71.

47... Weniger streng ist freilich zu verfahren, wenn man der in Fn. 37 vertretenen Ansicht von *Dauner-Lieb* folgt und auch in Fällen zu vertretender Schlechtleistung im Hinblick auf die Betriebsausfallschäden auf die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 abstellt. Hier wird in der Regel ein Vertretenmüssen des Verkäufers zu bejahen sein. Zu prüfen sind dann aber vor allem die Voraussetzungen des § 286, erforderlich ist in den meisten Fällen eine Mahnung, die man frühestens in dem Nacherfüllungsbegehren sehen können wird.

48... Bedenklich weit geraten ist insoweit § 286 Abs. 2 Nr. 4, der von einer Entbehrlichkeit der Mahnung und einem *sofortigen* (!) Verzugsseintritt in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit ausgeht (BT-Drucks. 14/6040 S. 146). Wollte der Gesetzgeber insoweit nur die bisherige Rechtsprechung aufgreifen, dürfte er über das Ziel hinausgeschossen sein, da man bislang bei eilbedürftigen Leistungen keinesfalls unbedingt von einem *sofortigen* Verzugsbeginn ausging, s. Fn. 13 a. E.

49... Jedenfalls insoweit zutreffend *Lorenz*, JZ 2001 S. 742 (744).

50... Das Bedürfnis nach einer restriktiven Anwendung der Verzugsregeln stellt sich umso mehr, als Schäden wie der Betriebsausfallschaden beträchtliche Höhen erreichen können. Aber auch bei Alltagsgeschäften ist die Frage mehr als relevant: Kann etwa der Verbraucher die Kosten für ein Ersatzfahrzeug beim Kauf eines fehlerhaften Wagens bis zum Abschluss der Nachbesserung als Verzögerungsschaden geltend machen, wenn er auf die besondere Eilbedürftigkeit pocht (und damit zumindest konkludent mahnt)?

51... Siehe zu den heftigen Kontroversen um § 311 a unbedingt *Altmeppen*, DB 2001 S. 1399 ff. mit Erwiderung von *Canaris*, DB 2001 S. 1815 (1817 ff.) und Replik von *Altmeppen*, DB 2001 S. 1821 (1822 f.). Umfassend zur Vorschrift *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 311 a Rdn. 1 ff. Systematisch stellt § 311 a Abs. 2 die einzige eigenständige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche neben § 280 Abs. 1 dar, vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 94, 135, 165. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 Satz 1 scheidet in Fällen anfänglicher Unmöglichkeit aus (siehe *Dauner-Lieb*, a.a.O. [Fn. 15], § 283 Rdn. 5).

52... Begriff nach *Lorenz*, JZ 2001 S. 742 (743).

53... Vgl. ergänzend zu den Fällen anfänglich unbehebbarer Mängel *Kitz*, in: *Dauner-Lieb*, Fälle a.a.O. (Fn. 8), Fall 78. Erfasst sind vor allem unbehebbarer Mängel bei Stückschulden, z. B. beim Unfallwagen (BT-Drucks. 14/7052 S. 182; *Reinking*, DAR 2001 S. 812; *Haas*, BB 2001 S. 1313 [1315]) oder im „Burrafal“ (BGH NJW 1993 S. 2103 = DB 1993 S. 2076 [„Burra I“]; dazu *Lorenz*, JZ 2001 S. 742 [744] in Fn. 18).

54... *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 43 (64 f., 66); *ders.*, JZ 2001 S. 499 (507 f.); *ders.*, DB 2001 S. 1815 (1819).

Schuldner stünde ansonsten in Fällen unverschuldeter anfänglicher Unmöglichkeit – also bei Nichteingreifen des § 311a Abs. 2 – günstiger als in Fällen eines unverschuldeten Irrtums i. S. des § 119 Abs. 2: Dort könne er sich nur unter Inkaufnahme der Haftungsfolge des § 122 über eine Anfechtung (§ 142 Abs. 1) vom Vertrag lösen, während er in Fällen anfänglicher Leistungshindernisse ohne eine Analogie zu § 122 vollständig frei würde. Fälle anfänglicher Unmöglichkeit seien letztlich aber ebenfalls nur Irrtumskonstellationen⁵⁵ und daher der Rechtslage bei der Irrtumsanfechtung anzugleichen. Würde man dieser Ansicht auch im vorliegenden Fall der anfänglichen qualitativen Teilunmöglichkeit folgen – die Einbindung des Kaufgewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht und der Verweis auf § 311a in § 437 Nr. 3 legen das durchaus nahe⁵⁶ – hätte K einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse). Zumindest bei unbefangenen Verständnis wäre davon auch der vorliegende „Mangelfolgeschaden“ umfasst, da ohne ein Vertrauen des K auf die Leistungsfähigkeit des V das Tier nicht verendet wäre⁵⁷.

Der Gesetzgeber jedenfalls hält diese Analogie für einen „gangbaren Lösungsansatz“, der aber nicht gesetzlich festgeschrieben werden soll, weil dazu die Regelung des § 119 Abs. 2 hätte überprüft werden müssen, was den „Rahmen des Gesetzgebungsvorhabens“ gesprengt hätte. Die Frage soll der Rechtsprechung überlassen bleiben, „die sie aber im Sinne von *Canaris* lösen könnte“⁵⁸. Dies ist methodisch bereits verwunderlich⁵⁹. Es ist zweifelhaft, ob nach der Systematik des neuen Rechts die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke besteht bzw. sie der Gesetzgeber so „herbeireden“ kann⁶⁰. Nach § 311a Abs. 2 setzen nämlich sowohl der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung als auch der Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 284 ein Verschulden voraus⁶¹. Gerade mit letzterem, dem verschuldensabhängigen Aufwendungsersatzanspruch aus § 311a Abs. 2 i. V. mit § 284, weist der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, der über eine Analogie zu § 122 verschuldensunabhängig liquidiert werden könnte, aber viele Überschneidungen auf. Der Aufwendungsersatz unterliegt zudem noch bestimmten einschränkenden Voraussetzungen⁶². Über eine Analogie zu § 122 droht man dies alles zu unterlaufen. Hinzu kommt, dass man über die analoge Anwendung auch die vom Gesetzgeber gewollte Gleichbehandlung von Leistungshindernissen vor und nach Vertragsschluss⁶³ durchbrechen würde⁶⁴. Außerdem würde das Ziel, im Bereich anfänglicher Unmöglichkeit die Garantiehaftung abzuschaffen⁶⁵, konterkariert, wenn man über die Analogie zu § 122 doch wieder eine Art „Garantiehaftung im Kleinen“ begründen würde⁶⁶. Daher spricht viel dafür, bereits das Vorliegen einer Regelungslücke zu verneinen⁶⁷.

Zumindest fehlt es aber an der für eine Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage zwischen gesetzlich geregelter und nicht geregelter Situation. Es scheint sich zwar in der Tat in den Fällen, in denen der Schuldner beim Vertragsschluss seine Leistungsfähigkeit überschätzt, um einen aus der „Sphäre des Erklärenden“ zu stammenden Informationsmangel zu handeln, sodass eine Anwendung von § 122 nahe liegen könnte. Zu berücksichtigen ist aber, dass es sich in den für eine Analogie zu § 122 in Betracht kommenden Fällen allein um solche Konstellationen handeln kann, in denen nicht nur der Schuldner von dem Leistungshindernis keine Kenntnis hat bzw. dieses nicht hätte kennen müssen – sonst griffe ja schon § 311a Abs. 2 und es käme auf die Analogie nicht an – sondern auch der Gläubiger nicht – sonst müsste ein Anspruch an § 122 Abs. 2 scheitern. Es handelt sich damit stets um einen gemeinschaftlichen Irrtum beider Vertragsparteien. Fälle eines solchen Doppelirrtums⁶⁸ wollte man aber gerade wegen der Schadensersatzpflicht aus § 122 nicht nach den Anfechtungsregeln, sondern allein nach den Regeln über den WGG lösen⁶⁹. Spricht das schon gegen eine Analogie,

ist zudem darauf abzustellen, dass § 122 das Enttäuschen des Vertrauens in die wirksame Einigung sanktioniert und insoweit auf dem Anschein einer vollgültigen Willenserklärung aufbaut⁷⁰. Eine Analogie zu § 122 in Fällen anfänglicher Unmöglichkeit würde eher das Vertrauen in die Durchführbarkeit des Vertrages schützen, was etwas anderes ist. Damit ist eine analoge Anwendung des § 122 abzulehnen; V müsste demnach nicht für den Schaden einstehen⁷¹.

IV. Zusammenfassung

Wie die Fälle gezeigt haben, zwingt das Andocken des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts an das allgemeine Leistungsstörungenrecht zum vorsichtigen Umgang mit abstrakten Aussagen zum Allgemeinen Teils des Schuldrechts, wenn man Haftungsgefahren vor allem für Zwischenhändler vermeiden will.

- 55... *Canaris*, in: Schulze/Schulte-Nölke, a.a.O. (Fn. 54), S. 43 (58, 61 f.).
 56... *Canaris* hat wie angemerkter freilich zu den kaufrechtlichen Bezügen keine Stellung genommen.
 57... Man mag vielleicht durch ein restriktives Verständnis des Vertrauensschadens derartige „Mangelfolgeschäden“ noch ausgrenzen können. Es sind für die Kaufrechtspraxis aber durchaus viele Formen von über eine Analogie zu § 122 zu ersetzenden Vertrauensschäden denkbar (etwa Porto- und Telefonkosten, Vertragsabschlusskosten, Transportkosten, Finanzierungskosten, Aufwendungen für das Betonieren des Fundaments für die mangelhafte Produktionsanlage etc.).
 58... BT-Drucks. 14/6040 S. 166.
 59... Siehe *Knütel*, NJW 2001 S. 2519 (2520): „gesetzgeberischer Offenbarungsleid“. Vernichtend *Wilhelm*, JZ 2001 S. 861 (864).
 60... Dagegen *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 311a Rdn. 18, die angesichts der Übereilung des Gesetzgebungsverfahrens systematischen Erwägungen in Zukunft auch weitgehend Vorrang vor einem Rückgriff auf den „Willen des Gesetzgebers“ geben möchte.
 61... Siehe neben dem Wortlaut nur BT-Drucks. 14/6040 S. 165 f.
 62... Zu den Schranken des § 284 BT-Drucks. 14/6040 S. 144.
 63... Vgl. dazu BT-Drucks. 14/6040 S. 165. Zu aber ohnehin auftretenden Durchbrechungen dieses Grundsatzes *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 311a Rdn. 6.
 64... Das will *Canaris*, in: Schulze/Schulte-Nölke, a.a.O. (Fn. 54), S. 43 (64) freilich als das „kleinere Übel“ hinnehmen.
 65... BT-Drucks. 14/6040 S. 165.
 66... *Canaris*, in: Schulze/Schulte-Nölke, a.a.O. (Fn. 54), S. 43 (64) spricht gerade davon, dass eine echte Garantiehaftung bei anfänglichem Unvermögen „unter Umständen“ zu brutal sei, und befürwortet eine differenzierende Lösung.
 67... So auch *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 15), § 311a Rdn. 18. Umfassend zum Problem auch *Dötsch*, in: *Dauner-Lieb*, Fälle, a.a.O. (Fn. 8), Fall 16. Zweifelfnd gegenüber der Möglichkeit einer Analogie wohl auch *Gsell*, JbJ.ZivRWiss 2001 S. 105 (120) Fn. 25 a. E.
 68... Siehe dazu *U. Huber*, in: *Ernst/Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 37), S. 31 (69) in Fn. 31.
 69... Erfreulich deutlich *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. 1997, § 38 Rdn 5. A. A. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, Rdn 162, letzteres jetzt unhaltbar, siehe BT-Drucks. 14/6040 S. 176, wo der Doppelirrtum ausdrücklich unter § 313 gefasst wird. Siehe dazu auch *Arnold*, in: *Dauner-Lieb*, Fälle, a.a.O. (Fn. 8), Fall 117.
 70... Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 9 Abs. 1, S. 107 und S. 108, wo vom Vertrauen in das „Zustandekommen“ des Vertrages die Rede ist. *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 21 zu 7, S. 422 ff. knüpft daran an, dass dem anderen das „Wort“ gegeben wurde, geschützt werde das „Vertrauen auf die Gültigkeit der Willenserklärung“. Ähnlich *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 122 Rdn 1; *MünchKommBGB/Kramer*, 4. Aufl. 2001, § 122 Rdn 1; *Palandt/Heinrichs*, a. a. O. (Fn. 11), § 122 Rdn. 1.
 71... Sollte man nicht folgen wollen, wird aber zumindest zu hinterfragen sein, ob man die im allgemeinen Leistungsstörungenrecht favorisierte Analogie zu § 122 nicht zumindest in Fällen der anfänglichen „qualitativen Teilunmöglichkeit“ im Kaufrecht außer Acht lässt. Hier drohen nämlich – der vorliegende Fall zeigt das deutlich – gerade für Zwischenhändler Gefahren. Das gilt umso mehr, als diese Folgen bislang in der Diskussion nicht angesprochen wurden. Dabei wird man dann auch die Frage stellen müssen, warum ein Zwischenhändler, der ohne ein Vertretenmüssen der Unkenntnis ein unrettbar mangelhaftes Produkt verkauft hat, analog § 122 wegen anfänglicher qualitativer Teilunmöglichkeit verschuldensunabhängig auf das Vertrauensinteresse haften soll, derjenige, der ein gerade noch nachbesserbares Produkt verkauft, aber nicht.

Insgesamt wird der Wind für Verkäufer künftig wohl etwas rauer wehen: Die Verweisung auf die §§ 280 ff. führt jedenfalls dazu, dass bei einer Pflichtverletzung in Form mangelhafter Leistung über die auch bereits bislang aus positiver Forderungsverletzung zu ersetzenden Mangelfolgeschäden hinaus jedenfalls auch alle eigentlichen Mangelschäden, also Schäden, die daraus resultieren, dass die Sache wegen des Mangels nicht den Wert hat, den sie ohne Mangel hätte (ggf. nach erfolgloser Fristsetzung), bei jeder Fahrlässigkeit des Verkäufers voll zu ersetzen sind, also nicht wie bisher nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 480 Abs. 2, 463 BGB a. F.⁷².

Unklar ist die Lage im Hinblick auf die Behandlung sog. Betriebsausfallschäden. Auch hier kann zwar fraglos schon bei jeder Fahrlässigkeit Ersatz verlangt werden, offen ist insoweit aber noch, ob die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1,

Abs. 2, 286 zu verlangen sind. Berücksichtigt man dann noch, dass bei zu weiter Auslegung des § 276 Abs. 1 Satz 1 a. E. Haftungsgefahren bis hin zu einer weitgehend verschuldensunabhängigen Haftung drohen können, wird deutlich, dass man sich jedenfalls bis zu den ersten höchstrichterlichen Entscheidungen auf recht wackeligem Untergrund bewegt. Der gebeutelte Verkäufer mag sich mit dem Hinweis des Gesetzgebers trösten, dass sich alle nachteiligen Folgen von Leistungsstörungen „auch leicht durch eine vertragsgemäße Leistung, die das Gesetz seit jeher fordert, vermeiden“ lassen⁷³.

72... Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 94 (224, 226); Haas, BB 2001 S. 1313 (1317) und Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 15), § 280 Rdn. 21, 31.

73... BT-Drucks. 14/6040 S. 98.

Entscheidungen

GmbH-Recht

Rechnungserstellung durch Gesellschafter in Vertretung des Geschäftsführers einer fehlgeschlagenen Vor-GmbH: Haftung wegen Nichtüberwachung der Mittelverwendung durch die GmbH?

Keine Haftung gem. § 826 BGB wegen Verletzung einer sittlichen Pflicht – Keine Durchgriffshaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten

BGB § 826

Ein Unterlassen verletzt die guten Sitten nur, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht.

➤ (BGH-Urteil vom 10. 7. 2001 – VI ZR 160/00)

Der Kläger fordert aus abgetretenem Recht die Rückzahlung von Teilbeträgen, die von den Zedenten als Bauherren zur Erfüllung eines Generalunternehmervertrages bezahlt worden sind.

Am 8. 4. 1994 erwarben der Beklagte, M. L. und W. L. als Gesellschafter bürgerlichen Rechts ein sanierungsbedürftiges Hausgrundstück in H. (Sachsen-Anhalt). Im Dezember 1994 schieden der Beklagte und M. L. aus der Gesellschaft aus. An ihre Stelle trat Dr. Schr. Der Beklagte und M. L. gründeten die Firma In-Pr. i. G., als deren Inhaber sie am 15. 12. 1994 mit W. L. und Dr. Schr. einen Generalunternehmervertrag zur „schlüsselfertigen Sanierung“ des Grundstückes in H. schlossen. Als Vergütung wurden pauschal 2,8 Mio. DM vereinbart. Am 20. 12. 1994 erstellten der Beklagte und M. L. eine Rechnung über 1.624.000 DM, die W. L. und Dr. Schr. am 29. 12. 1994 bezahlten. Im September 1995 stellten W. L. und Dr. Schr. fest, dass kein Baufortschritt zu verzeichnen war. Mit Schreiben vom 31. 10. und 7. 11. 1995 kündigten sie den Bauvertrag vom 15. 12. 1994 fristlos. Sie ermächtigten den Kläger, erfolgte Überzahlungen gegenüber dem Beklagten in eigenem Namen für sie geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen.

Der Kläger macht geltend, der Beklagte hafte als Gesellschafter einer fehlgeschlagenen Vorgesellschaft persönlich. Er habe die Verhandlungen mit den Bauherren geführt und die Rechnung gestellt, obwohl die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Teilbeträge nicht vorgelegen hätten. In der Rechnung sei nicht das Konto der GmbH genannt worden. LG Halle und OLG Halle haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des OLG-Urteils und Zurückverweisung.

➤ AUS DEN GRÜNDEN

I. Das Berufungsgericht nimmt eine Haftung des Beklagten wegen vorsätzlich sittenwidrigen Verhaltens gem. § 826 BGB an, das die Bauherren geschädigt habe. Es hat ausgeführt, dass der Beklagte aufgrund seiner Rechtsstellung als Gesellschafter nach Treu und Glauben für die Forderung hafte, obwohl die GmbH Vertragspartei der Bauherren geworden sei. Er habe mit der Rechnungsstellung die Verpflichtung übernommen, die zweck-

entsprechende Verwendung des Geldes zu überwachen. Der Beklagte habe sich grob leichtfertig und gewissenlos gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der Bauherren verhalten, weil er sich nicht weiter um den Verbleib des Geldes gekümmert habe.

II. 1 . . . 3. Die Revision rügt zu Recht, dass die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil unzureichend bzw. verfahrensfehlerhaft sind und eine Haftung des Beklagten wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB nicht rechtfertigen können.

a) Ob das Berufungsgericht die Gesamtumstände in erforderlichem Umfang gewürdigt hat und einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen durfte, ist revisionsrechtlicher Nachprüfung zugänglich¹. Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben Anlass zu dem Hinweis, dass ein Unterlassen die guten Sitten nur verletzt, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht. Hierfür reicht die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht, aber auch einer vertraglichen Pflicht nicht aus². Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die das schädigende Verhalten wegen seines Zwecks oder wegen des angewandten Mittels oder mit Rücksicht auf die dabei gezeigte Gesinnung nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als „anständig“ Geltenden verwerflich machen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war allein die Ausstellung der Rechnung durch den Beklagten nicht geeignet, für ihn eine sittliche Pflicht zur Überwachung der Mittelverwendung durch die GmbH zu begründen. Die Revision weist darauf hin, der Beklagte habe unter Beweisannahme geltend gemacht, die Bauherren hätten noch vor Jahresende 1994 wegen der Sonder-AfA im Förderungsgebiet sofortige Rechnungsstellung verlangt und er habe hierfür seinerzeit telefonisch das Einverständnis des damals verreisten Geschäftsführers E. eingeholt. Weitere Umstände, aufgrund derer die Unterlassung des Beklagten, für die zweckentsprechende Verwendung der Baugelder zu sorgen, als sittlich verwerflich bewertet werden müsste, sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden, zumal der Beklagte geltend macht, er habe keine Kenntnis von dem jeweiligen Bautenstand und dem Baufortschritt gehabt und sei als Gesellschafter für die Bauüberwachung nicht zuständig gewesen.

1... Vgl. RGZ 58 S. 219 (220); BGH-Urteil vom 30. 10. 1990 – IX ZR 9/90, DB 1991 S. 36 = NJW 1991 S. 353 (354), m. w. N.; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., §§ 549, 550 Rdn. 29.

2... RGRK-Steffen, BGB, 12. Aufl., § 826 Rdn. 31, m. w. N.; Staudinger/Oechsler, BGB, 13. Aufl., § 826 Rdn. 94; Erman/Schiemann, BGB, 10. Aufl., § 826 Rdn. 13; MünchKomm-BGB/Mertens, 3. Aufl., § 826 Rdn. 48, 49.