

HORST EHMANN

Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung ~~des Leistungsversprechens?~~

Der Pulverdampf des Streits um die sog. Modernisierung des Schuldrechts ist inzwischen weitgehend verraucht. Der feurige Kampf der eifernden Kräfte hat jedoch eine wahre Flut von literarischen Erörterungen der neuen Regelungen hervorgebracht, von denen einige (wenige) auch neue oder zumindest verbesserte Erkenntnisse (wieder) hervorgebracht haben, die nicht nur ein besseres Verständnis des vor der Modernisierung geltenden Rechts ermöglichen, sondern auch dazu verhelfen können besser zu begreifen, wie das „modernisierte“ Recht, das nun ein *Wirkliches*¹ geworden ist, vernünftigerweise verstanden werden sollte.² Zu den bemerkenswertesten Stellungnahmen aus der großen Flut gehört sicherlich der Beitrag über „Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311 a Abs.2 BGB“ des mit dieser Festschrift zu ehrenden Jubilars, der als Mitglied der Kommission Leistungsstörungen maßgeblichen Einfluss auf die Formulierung der „modernisierten“ Regelungen hatte. Der verehrte Jubilar ist in seinem mit einiger Polemik gut gewürzten Beitrag gegen die Kritiker der Regelung des § 311 a³ zu Felde gezogen mit der manchen etwas überraschenden Erkenntnis, dass das Leistungsversprechen des Schuldners der eigentliche Haftungsgrund im Falle anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311 a) ist, weil der Schuldner an seinem gegebenen Wort festzuhalten sei:⁴

„Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist im Versprechen die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden.“⁵

¹ Im Sinne *Hegels*, dazu *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 7; ähnlich die Gießener Dissertation von *Habertzettl*, Verschulden und Versprechen – Zur Haftung des Schuldners für die Verzögerung der Leistung, – Diss. Gießen 2005, S. 89 f., gestützt auf seinen Lehrer *Schapp*, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 87.

² Vgl. dazu vor allem die ~~(im Druck befindliche)~~ Habilitationsschrift von *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, Tübingen 2006.

³ Vorschriften des BGB werden ohne Gesetzesangabe zitiert, durch das Modernisierungsgesetz aufgehobene Vorschriften mit dem Zusatz a.F.

⁴ So jetzt in FS Heldrich (2005), S. 29 auch S. 12, 19 und öfters; ebenso schon *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 30, 90 f., 125 und öfters. In der FS Wiegand (2005), S. 179 ff. hat *Canaris* den prinzipiellen Gedanken weiterentwickelt; dazu Fn. 118 und öfters.

⁵ Motive II, S. 45 f.; jetzt auch zitiert von *Canaris*, FS Heldrich, S. 29; dazu schon *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 90, ferner S. 89 f., 93, 99, 122; *Sutschet* (Fn. 2), § 1 III; § 5 I 2 b.

Das ist ganz ohne Zweifel der richtige Ausgangspunkt nicht bloß der vertraglichen Haftung des Schuldners in Fällen *anfänglicher* Unmöglichkeit, sondern auch in Fällen *nachträglicher* Unmöglichkeit und sonstiger Leistungshindernisse oder Verzögerungen.⁶ Das sei daher – *zu Ehren des Jubilars* – der Ausgangspunkt folgender Betrachtungen, die vor allem zeigen sollen, dass es tatsächlich möglich und richtig ist, vor- und nachvertragliche Leistungsstörungen nach einem einzigen einheitlichen Haftungsprinzip zu lösen.⁷

I. Versprechens- und Verschuldensmodell

1. Übergänge und Zwischenformen

Es gibt letztlich zwei Grundformen der vertraglichen Haftung im Falle der Nichterfüllung des Leistungsversprechens: das *Garantie-* und das *Verschuldensprinzip* oder plastischer ausgedrückt, das Versprechens- und das Verschuldensmodell.⁸ Es wird behauptet, das Haftungsrecht des BGB sei vom Verschuldensprinzip beherrscht, was in Wahrheit aber allenfalls für das Deliktsrecht gilt, auch im außervertraglichen Haftungsrecht wird aber schon längst die große Masse der Schadensfälle auf Grund der wachsenden Zahl von Gefährdungshaftungstatbeständen abgewickelt (vor allem über § 7 StVG). Im Vertragsrecht ist das Verschuldensprinzip jedoch eher die Ausnahme, jedenfalls wenn man berücksichtigt, dass die „innere“ Sorgfalt durch den objektiven Sorgfaltsmaßstab auch garantiert ist.⁹ Beide Haftungsformen haben sich historisch entwickelt und in den modernen Rechtsordnungen der europäischen Staaten ist keine dieser Formen allein und rein enthalten, es gibt vielmehr Mischformen und mehr noch Grundsätze und Ausnahmen; nicht zuletzt steht es den Parteien auf Grund der Vertragsfreiheit frei, dieses oder jenes Modell oder eine Zwischenform zu vereinbaren. Die Frage ist nur, was (nach dispositivem Recht) rechtens sein soll, wenn die Parteien über die Rechtsfolgen der Nichterfüllung nichts vereinbart haben, aber nach allgemeiner Rechtsvorstellung als redliche Parteien etwas vereinbart hätten, wenn sie sich des Regelungsbedarfs bewusst gewesen wären.¹⁰ Die unvoreingenommene Betrachtung zeigt nicht zuletzt, dass für erfolgsbezo-

⁶ Die Gleichbehandlung objektiver und subjektiver sowie anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit war nicht nur vor der Reform deren erklärtes Ziel, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 128; ebenso *Canaris*, JZ 2001, 499f.; *ders.*, FS Heldrich, S. 20; *St. Lorenz*, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, S. 15.

⁷ *Canaris*, FS Heldrich, S. 27; freilich mit einem gewissen Widerspruch auf S. 34, der in der selbigen „Pflichtverletzungsterminologie“ (gegen die *Canaris* schon von Anfang an Bedenken hatte, vgl. JZ 2001, 512, 522; ZIP 2003, 324), aber auch in den Vorbehalten gegen die Garantiehaftung und dem Bemühen der Reformer, das neue Leistungsstörungenrecht vorrangig dem Verschuldensprinzip zu unterwerfen, seinen Grund hat.

⁸ *Haberzettl* (Fn. 1), S. 27–83.

⁹ Ebenso MünchKomm/Grundmann, BGB, 4. Aufl., § 276 Rn. 27; dazu unten I 4 a mit Fn. 46.

¹⁰ Nach *Windscheid*, Lehrbuch der Pandekten II, 7. Aufl., § 85 N. 1, bringt das (objektive) Recht mit den *naturalia negotii* zwar nicht den wirklichen (bewussten), aber doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung: „spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten.“

gene Ansprüche (*obligations de résultat*), z. B. die Hauptleistungsansprüche von Kauf- und Werkverträgen dieses und für verhaltensbezogene Schuldverhältnisse (*obligations de moyen*), z. B. die Hauptleistungsansprüche von Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträgen, sowie für Unterlassungspflichten jenes Modell grundsätzlich sachgerecht ist. Der in der Literatur geführte Prinzipienstreit wird in der Rechtspraxis im Zweifelsfall an der Schraube der Tatsachen gelöst, indem die Sorgfaltspflicht angespannt oder abgeschwächt und die Beweislast nach Gefahrenbereichen verteilt wird.¹¹ Die Verschuldenshaftung kann bis zur Zufallshaftung verschärft (vgl. §§ 287, 848) und bis zur Vorsatzhaftung abgeschwächt (§ 276 III) werden; die Garantiehaftung kann – ebenso wie die Gefährdungshaftung – jede Art eines Risikos umfassen, aber auch durch Entlastungsgründe für höhere Gewalt sowie unvermeidbare und auch für unverschuldete Ereignisse gleichfalls bis zur Vorsatzhaftung abgemildert werden. Der Unterschied zwischen Verschuldens- und Garantiehaftung besteht im Wesentlichen also in der Konstruktion und weniger im Ergebnis. Eine Haftung für vermutetes Verschulden, die in Wahrheit grundsätzlich eine Haftung für vermutete objektive Sorgfaltspflichtverletzung ist und eine Garantiehaftung mit Entlastungsgrund für mangelnde objektive Sorgfaltspflichtverletzung sind – soweit man die Beweislastfrage außer Betracht lässt – vom praktischen Ergebnis her gesehen nahe beieinander liegende Zwischenformen verschiedener dogmatischer Konstruktionen, die im Folgenden herausgearbeitet werden sollen.

2. Gerechtigkeitsgesichtspunkte und Gefahrtragung

Claus-Wilhelm Canaris meinte im Rahmen der Reformdiskussionen, das Garantieprinzip führe zu Ergebnissen, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht zu überzeugen vermögen.¹² Das ist jedoch nur richtig, wenn das Verschulden – wie im Strafrecht – Anknüpfungspunkt für ein ethisches Unwerturteil sein muss. Auf Grund des heute im Strafrecht unbestritten geltenden *Schuldprinzips* darf der Staat keinen Bürger einsperren oder sonstwie bestrafen, der den Tod eines anderen nur verursacht, aber nicht verschuldet hat. Im Zivil-

¹¹ Vgl. *Essers* großen Aufsatz über die Zweispurigkeit des außervertraglichen Haftungsrechts, JZ 1953, 131 ff., wo nachgewiesen wurde, dass die Rspr. schon vor der Schaffung der Gefährdungshaftung für den Bruch von Rohrleitungsanlagen (§ 2 HPfLG) über eine nahezu unerfüllbare hohe Anspannung der Sorgfaltspflichten eine apokryphe Gefährdungshaftung geschaffen hat. In entsprechender Weise hat die Rechtsprechung auch in einigen Fällen pFV vertragliche Schutzpflichten in einer Weise angespannt, die einer Garantiehaftung nahe kommt, vgl. *BGH* MDR 1964, 323: Haftung des Gastwirts für Fischgerichte; dazu unten III 1 b, bb; III 3. Im Verbraucherschutzrecht (iwS) treibt die Sache noch weiter. Aufgrund der Hinweise von *EuGH* NJW 2005, 3551 – *Badenia* wird nunmehr eine verschuldensunabhängige Haftung wegen Verletzung der Widerrufsbelehrungspflicht gefordert, *OLG Bremen* NJW 2006, 1216; zust. *Habersack*, JZ 2006, 93; dazu *Erman/Ehmann* 12. Aufl., § 675 Rn. 7 Immobiliengeschäfte, IV 5.

¹² JZ 2001, 506; ebenso *BT-Drs.* 14/6040, S. 165; dagegen *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 31, 89, 99, 122; abgeschwächt *Canaris*, FS *Heldrich*, S. 22 f.; *ders.*, FS *Wiegand*, S. 179 ff.; vgl. auch schon *Larenz*, Schuldrecht I, 3. Aufl. 1954, § 19 I und 14. Aufl. 1987, § 20 II; *MünchKomm/Grundmann*, BGB, 4. Aufl., § 276 Rn. 31, 171 sieht die Garantiehaftung jedoch im internationalen Trend; ähnlich *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 19.

recht ist die Sanktion der Haftung für einen eingetretenen Schaden – anders als eine Kriminalstrafe – aber nicht die Folge eines ethischen Unwerturteils, sondern letztlich ein *Gefahrtragungsproblem*, nämlich die Entscheidung darüber, wer den eingetretenen Schaden zu tragen hat. So ist es im außervertraglichen Haftungsrecht, wenn eine gefährliche Anlage außer Kontrolle gerät und großen Schaden anrichtet, allemal „gerechter“, den Schaden dem Halter der Anlage als den Geschädigten aufzubürden. Der Schaden ist eingetreten, die zivilrechtliche Frage ist nur, wer ihn zu tragen hat. Zivilrechtliche Haftung ist letztlich immer ein Gefahrtragungsproblem. Entsprechendes gilt auch für die vertragliche Haftung, denn wenn der Schuldner sein Versprechen nicht erfüllt, so geht es um die Frage – auch wenn er die Nichterfüllung nicht verschuldet hat –, ob der beim Gläubiger dadurch eingetretene Schaden vom Schuldner oder vom Gläubiger zu tragen ist.¹³ So betrachtet erschien es grundsätzlich angemessen, das Leistungsinteresse, d.h. die positive Differenz zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung,¹⁴ dem Schuldner kraft einer dem Leistungsversprechen *immanenten Garantiehaftung* aufzuerlegen, während der darüber hinausgehende (zufällige) Schaden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers grundsätzlich von diesem (also von demjenigen, bei dem er eingetreten ist) zu tragen ist, sofern der Schuldner die Nichterfüllung nicht auf Grund einer Schutzpflichtverletzung *verschuldet* oder ausnahmsweise kraft einer „*besonderen*“ *Garantie* (z. B. §§ 463 a.F., 536 a)¹⁵ zu vertreten hat. Nun aber scheint die Entwicklung – trotz der ursprünglichen Vorbehalte der Reformer – dahin zu gehen, den Schuldner grundsätzlich auch hinsichtlich der über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schäden infolge einer Nicht- oder Schlechterfüllung einer Garantiehaftung zu unterwerfen, ihm aber dafür einen Entlastungsgrund wegen mangelnden Verschuldens einzuräumen.¹⁶

3. Das Versprechensmodell hinsichtlich des Erfüllungsinteresses

a) Fortwirkende Grundsätze

Das Versprechensmodell bietet die schlichtere und einfachere Konstruktion und liegt daher international im Trend: Der Schuldner haftet auf das Erfüllungs-

¹³ Zutreffend *Sutschet* (Fn. 2), § 2 II 2 c. In Bezug auf das Beschaffungsrisiko (auch für Speziesschulden) spricht auch *Canaris* (FS Wiegand, S. 179, 230) jetzt zutreffend vom „Vertragsbruchrisiko“. Soweit *Canaris* (DB 2001, 1819; FS Heldrich, S. 32) seine Ablehnung des Verständnisses des § 311 a als Garantiehaftung glaubt auf *Heck* (Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 48) stützen zu können, beachtet er nicht, dass *Heck* mit seiner Beurteilung der Interessenlage (wobei der Ausdruck „Normalgarantie“ Normales und Normatives vermischt) seiner Theorie der Opfergrenze und damit letztlich der Kraftanstrengungslehre folgt, die *Canaris* selbst in JZ 2004, 214, 222 klar ablehnt (dazu im Text II 6 c), dabei in Fn. 86 auch erkennt, dass *Heck* ihr folgt. Der Gläubiger darf jedenfalls „normalerweise“ erwarten, dass der Schuldner sein Versprechen erfüllt, das verkennt *Heck*.

¹⁴ Zur Anspruchsgrundlage und zum Umfang des Erfüllungsinteresses unten I 3 a, cc; II 3 b.

¹⁵ Dazu II 1 d.

¹⁶ Zum praktischen Unterschied der verschiedenen Konstruktionen vgl. insbes. I 4 c; II 6 d; III 1 b, bb; III 5 c.

interesse (Geldinteresse), weil er die Leistung versprochen und weil er sein Wort zu halten hat; irgendein Verschulden ist nicht erforderlich; für die Fälle höherer Gewalt oder mangelnden Verschuldens kann ein *Befreiungsgrund* gegeben sein, muss aber nicht. Das Geldinteresse ist jedoch grundsätzlich auf die Differenz zwischen dem Wert des versprochenen Gegenstands (des Erfüllungsanspruchs) und der Gegenleistung beschränkt.¹⁷

aa) *Prinzip der Einheit der Obligation*

Der (Primär-) Erfüllungsanspruch selbst ist nach ganz allgemeiner Auffassung¹⁸ keine Sanktion für eine rechtswidrige und schuldhafte Nichterfüllung, sondern folgt *ohne weiteres*¹⁹ aus dem Versprechen des Schuldners. Der Erfüllungsanspruch kann daher auch klageweise durchgesetzt werden (vgl. § 283 a.F.), sofern kein Befreiungsgrund, z. B. wegen anfänglicher (§ 306 a.F., § 275) oder nicht zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit (§ 275 a.F.) gegeben ist. Für den Anspruch auf das Geldinteresse kann im Falle der Nichterfüllung nichts anderes gelten, jedenfalls wenn der Erfüllungsanspruch klageweise gar nicht durchgesetzt werden kann – wie grundsätzlich im englischen Recht.²⁰ Wird – wie im Recht des BGB – ein Erfüllungsanspruch gegeben und muss dieser grundsätzlich vorrangig geltend gemacht werden, so kann für den Anspruch auf das Geldinteresse auch nur dann etwas anderes (ein Verschuldenserfordernis) gelten, wenn dieser als etwas vom Erfüllungsanspruch *Verschiedenes* betrachtet wird. Das BGB (1900) ist – wie die Vorschrift des § 275 I a.F. zeigt – jedoch vom *Prinzip der Einheit der Obligation*²¹ ausgegangen mit der Folge, dass das Geldinteresse geschuldet war, wenn der Schuldner die versprochene

¹⁷ Ist der Erfüllungsanspruch weniger oder gleich viel Wert als die dafür versprochene Gegenleistung, so kann der Gläubiger sein (jetzt vom Verschuldenserfordernis befreites) Rücktrittsrecht ausüben, wenn der Schuldner nach Fristsetzung nicht oder nicht vertragsgemäß leistet; insoweit „haftet“ der Schuldner also jedenfalls ohne Verschulden auf das Erfüllungsinteresse. Die damit gegebene „Garantiehaftung“ (*Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 128; ebenso *MünchKomm/Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 27) wird durch den Anspruch auf das gesamte Erfüllungsinteresse kraft immanenter Garantie nur geringfügig erweitert um den Mehrwert des Gläubigers, wenn er ein günstiges Geschäft gemacht hat; dazu unten II 3 b.

¹⁸ Die gegenteilige Auffassung von *Schlossman* (Der Vertrag, Leipzig 1876), der Vertrag erzeuge keine Verpflichtung, sondern erst die Nichterfüllung desselben, ist vereinzelt geblieben; dazu *Windscheid* (Fn. 10), § 305 Fn. ●: „...“, daß der Verfasser jemand überzeugen wird, glaube ich nicht.“ Irgendwie scheint der Gedanke dennoch unterirdisch fortzuwirken, zumindest darin, dass der Anspruch auf das Geldinteresse im Falle der Nichterfüllung als Sanktion für ein Unrecht verstanden wird; dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 5 II 1 c.

¹⁹ Die wirksame gerichtliche Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs setzt freilich Fälligkeit, Einredefreiheit und zur Vermeidung der Kostenpflicht auch Mahnung (also Vollfälligkeit) voraus; dazu *Habermehl* (Fn. 1), S. 74 ff., 76.

²⁰ *Nachtigäller*, Erfüllungszwang im englischen Vertragsrecht, 2000, S. 44 ff; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 477 ff., 482; *Sutschet* (Fn. 2), § 3 VI 2; *Habermehl* (Fn. 1), S. 48.

²¹ Was der seinerzeit h.L. entsprach. In *Motive* II, 178 wird es als „rechtsnothwendige Folge“ bezeichnet, dass an die Stelle des nichtigen Anspruchs auf die Vertragsleistung kein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse treten kann. Vgl. ferner *Windscheid* (Fn. 10), § 264; *Dernburg*, Pandekten, 5. Aufl. 1897, § 25 V; *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse, 1855, S. 65; dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 1 III, § 5 I m.w.N; auch *Canaris* erkennt in FS Wiegand, S. 250 den Zusammenhang zwischen dem Primäranspruch und dem Garantieanspruch hinsichtlich des Erfüllungsinteresses.

„Primärleistung“ nicht erbringen konnte.²² Folglich enthielt § 275 I a.F. auch kein Redaktionsversehen, sondern bestimmte, dass der Schuldner von seiner *einheitlichen* Verpflichtung nur völlig (d.h. auch vom Anspruch auf das Geldinteresse) befreit sein soll, wenn er beweisen kann (Befreiungsgrund gem. § 282 a.F.), dass die Leistung unmöglich ist und er den zur Unmöglichkeit führenden Umstand nicht verschuldet oder sonstwie zu vertreten hat.^{23,24} Das Geldinteresse statt der Leistung sollte der Gläubiger gemäß § 283 a.F. grundsätzlich nach rechtskräftiger Verurteilung und Ablauf einer Nachfrist verlangen können; im Falle vom Schuldner zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit aber ohne die Voraussetzungen der Erfüllungsklage und der Nachfrist gemäß § 280 a.F.; im Falle anfänglichen Unvermögens auf Grund der immanenten Garantie des Leistungsversprechens; aus praktischen Gründen (Prozesskosten) allerdings besser nach Ablauf einer entsprechend § 326 a.F. gesetzten (Nach-)Frist.

bb) Unmöglichkeit als Befreiungsgrund

Objektiv anfängliche und nicht zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit befreite also den Schuldner von seiner Schuld und zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit den Gläubiger von der Voraussetzung der Durchsetzung der Leistungsklage und der Nachfrist. Die Unmöglichkeit war also kein Haftungstatbestand, sondern ein *Befreiungstatbestand*.²⁵ § 282 war also nicht als Umkehrung der Beweislast für eine Anspruchsgrundlage des Gläubigers zu verstehen, sondern war nur eine Bestätigung der Regel, dass der Schuldner die Tatsachen beweisen muss, die den Tatbestand seiner Befreiung von der Schuld, sowohl in Form des primären Leistungsanspruchs als auch des Geldersatzanspruchs begründen. Zur Befreiung des Schuldners sollte es auch nicht genügen, dass der Schuldner die Nichterfüllung bloß nicht *verschuldet* hat, er sollte vielmehr nur im Falle nicht verschuldeter (objektiver) *Unmöglichkeit* befreit werden. Die Regelung des § 275 II a.F. mit einer vollständigen Gleichstellung des *Unvermögens* war nicht gewollt und ist einer missglückten Formulierung der

²² *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II, S. 259f.; *Wüthwein*, Zur Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, 1990, S. 69 ff; *Sutschet* (Fn. 2), § 1 III um Fußn. 44, § 1 IV; § 3 II 1 a; § 5 I.

²³ So schon vor der Reform zutreffend *Wieling*, Die „Mängel“ des § 275 BGB, *Mélanges Fritz Sturm*, 1999, S. 1135ff. Allerdings hat eine Minderheit der 2. Kom. die Streichung von § 237 E1 (= § 275 BGB a.F.) beantragt, weil es eine Wahrheit sei, dass unmögliche Leistungen nicht bewirkt werden können, über welche man eine Belehrung im Gesetz nicht suche und weil im Falle nicht zu vertretender Unmöglichkeit gemäß § 224 E 1 keine Haftung entstehe, also eine Befreiung nicht erforderlich sei; dazu *Harke*, *JbJgZivRWiss* 2001, 47; *Sutschet* (Fn. 2), § 1 III; § 2 I.

²⁴ Der ursprüngliche Sinn des § 275 a.F. war es freilich, dem Schuldner unter der Voraussetzung der Geltung des Satzes der *periculum est emptoris* die Gegenleistung zu erhalten, die er infolge des *do ut des*-Prinzips (§ 323 a.F.) verloren hätte, wenn er selbst zur Leistung verpflichtet geblieben wäre. Nach der durch das Trennungsprinzip veranlassten Änderungen der Gefahrtragung durch § 446 a.F. (auf den Zeitpunkt der Übergabe) änderte § 275 (wohl unbemerkt) seine Funktion und verschaffte nicht mehr dem Verkäufer trotz unverschuldeter Unmöglichkeit die Gegenleistung, sondern nahm dem Käufer in solchen Fällen den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse in Höhe des Mehrwerts der Leistung (vgl. Fn. 17); dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 5 I 3.

²⁵ Richtig *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 72ff.; *Kley*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, 2001, § 2 IV 4; *Sutschet* (Fn. 2) § 1 III; IV Fn. 69; § 5 V.

Redaktionskommission entsprungen.²⁶ Der *objektiven Unmöglichkeit* sollte nur der Fall gleichgestellt werden, dass der Schuldner „einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gesetzt worden ist.“²⁷ Ausdrücklich heißt es jedoch an derselben Stelle der Motive, dass keine Befreiung eintreten soll, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, „mag diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen“; hinzugefügt wird: „Auch das entspricht dem geltenden Rechte; das entgegengesetzte Prinzip würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen.“ Auf dieser Grundlage hat *Kreß* die mit der Formulierung des § 275 II a.F. geschaffene Regelung des § 279 a.F. dahingehend verstanden: „Der Satz (lies: § 279) gilt indes für jede Schuld, auch für die gegenständliche Speziesschuld – auch eine solche Schuld besteht somit fort, wenn das nachträglich eingetretene Leistungshindernis mit Mitteln des Vermögens (mit Geld) behoben werden kann, mag auch die wirtschaftliche Kraft des Schuldners dazu nicht ausreichen.“²⁸

Für den Fall anfänglich *objektiver* Unmöglichkeit ordnete § 306 a.F. allerdings die Nichtigkeit des Vertrags an und damit auch die Nichtigkeit des Leistungsversprechens und beschränkte den Gläubiger auf den Schadensersatzanspruch aus § 307 a.F. (*culpa in contrahendo*), der die schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen (Schutz-)Pflicht voraussetzte und wegen des Erfordernis der Kausalität der Pflichtwidrigkeit auf das *negative Interesse* beschränkt war. Das Regelungssystem der §§ 306, 307 a.F. war jedoch nicht Ausfluss des Verschuldensprinzips, sondern beruhte auf der Autorität des Satzes *impossibilium nulla est obligatio*,²⁹ der jedoch einer älteren Schicht des römischen Rechts ent-

²⁶ Richtig *Jakobs* (Fn. 25), S. 149; *Canaris*, JZ 2004, 224 Fn. 112; *Sutschet* (Fn. 2), § 1 III; § 5 I 2b; unrichtig dagegen *Huber* (FS Gaul (1997), S. 232), dazu Fn. 28.

²⁷ So § 237 Abs. 2 des 1. Entwurfs. In den *Motiven* (*Mugdan* II, 25) wird der Satz so formuliert: „Der ... Fall, daß ein in sich dh. individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist und der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nachträglich außer Stand gesetzt wird, ihn zu leisten.“ Gemeint war also z. B. der Fall, dass die gekaufte Sache dem Verkäufer nach Kaufabschluss gestohlen wurde und unauffindbar war, nicht aber etwa auch der Fall, dass die Sache nur mit zusätzlichem Geldaufwand wieder beschafft werden könnte wie im Beispiel *Jakobs*, das *Huber* und *Picker* aufgreifen, dazu Fn. 28 und II 6 c.

²⁸ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, 1929, S. 403; *Huber* (FS Gaul, S. 232 Fn. 80) widerspricht *Kreß* mit den gegen seine eigene Auffassung gerichteten Worten der *Motive* (*Mugdan* II, 25), indem er behauptet, die *Kreß'sche* Auffassung führe zu „unhaltbaren Konsequenzen“; aufgrund seiner gegenteiligen Meinung kommt *Huber* zu dem Ergebnis, dass ein Verkäufer das Geld zur Zurückholung eines nach dem Verkauf gestohlenen und nach Polen gebrachten PKWs nicht aufbringen müsse und von der Leistungspflicht frei werde (a.a.O., S. 233; ebenso zum selben von *Jakobs* (Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, 1985, S. 43) stammenden Beispiel später *Picker*, JZ 2003, 1035. Richtig ist, dass der Käufer in solchem Fall seinen Erwerbanspruch nicht vollstrecken lassen kann, sondern auf seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (statt der Leistung) beschränkt ist, der ihm den Mehrwert sichert, wenn der Kauf ein günstiges Geschäft war (dazu II 3b), diesen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse will jedoch *Picker* auch verweigern, was zu den „unhaltbaren Konsequenzen“ führt, vor denen der BGB-Gesetzgeber (1900) einst warnte und die *Huber* auf der Grundlage der Kraftanstrengungslehre und der Opfertheorie (dazu II 6 c) glaubt *Kreß* vorwerfen zu dürfen; dagegen zutreffend *Canaris*, JZ 2004, 215, 222 f.

²⁹ D 50, 17, 185 (Celsus).

stammt und seinen Sinn schon längst verloren hatte.³⁰ Das BGB (1900) hat den *Celsus*-Satz jedoch nicht als Grundsatz, sondern als Ausnahme verstanden, seine Geltung war auch immer schon auf die anfänglich *objektive* Unmöglichkeit beschränkt;³¹ die Garantiehftung für anfängliches Unvermögen war daher nicht als *argumentum e contrario* aus § 306 a.F. zu entnehmen, sondern entsprach dem jetzt auch von *Claus-Wilhelm Canaris* akzeptierten Grundsatz, dass im „Versprechen die Übernahme einer Garantie zu finden ist“.³²

cc) Erfüllungsinteresse kein Schaden

War der Schuldner nicht befreit, weil keine „wahre“ Unmöglichkeit, d.h. keine unverschuldete (§ 275 a.F.) oder anfänglich *objektive* Unmöglichkeit (§ 306 a.F.) vorlag, so bestand die Obligation und war auf das Geldinteresse (Geldäquivalent) gerichtet; das Geldäquivalent wurde nicht als „Schaden“ verstanden, folglich ursprünglich der Anspruch darauf auch nicht als Schadensersatzanspruch.³³ Die auf das Geldinteresse „verpflichtende Tatsache (ist) nicht die Culpa des Schuldners, sondern die Nichterfüllung der Obligation“.³⁴ Dass das BGB (1900) nur einen „Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ formulierte und nicht auch den *Anspruch auf das Geldinteresse*³⁵ im Falle zu vertretender Nichterfüllung hat nicht nur den Unterschied in der Rechtsfolge (den Umfang des Anspruchs), sondern auch in der Voraussetzung des Anspruchs verdunkelt und war mit ein Grund dafür, dass man schließlich dachte, auch der Anspruch auf das Geldinteresse habe eine schuldhaftige Pflichtverletzung, also eine Verschuldenshaftung zur Voraussetzung. Der Anspruch auf das Geldinteresse hat aber keine anderen Voraussetzungen als der Erfüllungsanspruch selbst (nämlich das Leistungsversprechen und sonst nichts) und ist auf den Geldwert der versprochenen Leistung gerichtet, also auf nichts anderes als wenn der Erfüllungsanspruch (*specific performance*) klageweise nicht durchsetzbar wäre, wie ursprünglich im römischen Recht und grundsätzlich auch heute noch im englischen Recht.

³⁰ Der wohl in der Vermeidung der harten Personalexekution (Zerstückelung oder Verkauf trans Tiberim in die Sklaverei) für den objektiven Eidesbruch im Falle der Unmöglichkeit der Leistung bestand, vgl. *Rabel*, FS Becker (●), S. 201; *Huber*, FS Gaul, S. 238; *Harke*, JbJgZivRWiss 2001, S. 31, 51.

³¹ Motive II, 176.

³² Zu § 306 a.F. (= § 342 E 1) ist das für den Kauf einer nicht bestehenden Forderung, was nicht als Fall anfänglich *objektiver* Unmöglichkeit, sondern als anfängliches *Unvermögen* betrachtet wurde, in Motive II, 177 ausdrücklich hervorgehoben worden; dazu *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 113, 117; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 30, 90; dagegen will *Canaris* (FS Heldrich, S. 17) diese Fälle mit der h. M. als anfänglich *objektive* Unmöglichkeit verstehen.

³³ *Mommsen* (Fn. 21), S. 8; *ders.*, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, 1853, S. 229ff.; *Sutschet* (Fn. 2), § 3 II 1; *Knütel*, AcP 202 (2002), S. 555ff., 575f.; dazu unten II 3 b.

³⁴ *Mommsen*, (Fn. 21), S. 139; v. *Kübel*, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, hrsg. von Werner Schubert, 1980, S. 861; dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 3 II 1.

³⁵ Obwohl v. *Kübel* (Fn. 34), S. 849, 862, den Unterschied klar erkannt hatte; dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 3 II 1 b.

b) Modernisierte Regelungen

aa) Zur Gleichbehandlung anfänglich objektiver und subjektiver Unmöglichkeit

Die Reformer haben § 306 a.F. und auch § 437 a.F. gestrichen und durch § 311 a ersetzt, dessen Haftungsgrundlage – wie *Claus-Wilhelm Canaris* in der FS Heldrich klarstellt – nicht die schuldhafte Verletzung einer (Schutz-)Pflicht, sondern das Leistungsversprechen des Schuldners (die *Nichterfüllung* der Leistungspflicht) sein soll; gemäß § 311 a II 2 soll der Schuldner von der Ersatzpflicht aber befreit werden durch den Nachweis, dass er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste noch im Sinne des § 276 sonstwie zu vertreten hat. Mit dieser Konstruktion einer (Garantie-)Haftung für das Leistungsversprechen, verbunden mit der Möglichkeit der Entlastung gemäß § 311 a II 2, kann die angeordnete Haftung auf das positive Interesse ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Kausalität der Pflichtwidrigkeit dogmatisch einwandfrei erklärt werden.³⁶ So verstanden ist § 311 a eine vernünftige Regelung, welche die sinnlos gewordene *Celsus*-Regel des § 306 a.F. aufgibt und die Garantiehaftung auch für anfängliches Unvermögen mit dem *Entlastungsgrund* des § 311 a II 2 entschärft. Ob dieses Haftungsmodell mit *Claus-Wilhelm Canaris* als Tatbestand „vermuteten Verschuldens“ oder als Garantiehaftung mit Entlastungsgrund verstanden werden soll, mag hier noch dahinstehen.³⁷ Festzuhalten ist hier zunächst, dass der Schuldner (zumindest auf das Erfüllungsinteresse) hafte soll, weil er die Leistung versprochen hat; gleichgültig, ob die Leistung von Anfang an objektiv oder nur subjektiv unmöglich war. Das aner kennenswerte Reformziel der Gleichbehandlung der Fälle *objektiver* und *subjektiver anfänglicher* Unmöglichkeit ist damit erreicht und gleichzeitig die in manchen Fällen als zu hart empfundene Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen mit dem Entlastungsgrund des § 311 a II 2 entschärft worden, der aber wiederum durch eine „besondere“ Garantie³⁸ ausgeschlossen sein kann.

³⁶ Als Verschuldenshaftungstatbestand müsste § 311 a jedoch aus Gründen der Logik gegen den Grundsatz der Kausalität der Pflichtwidrigkeit verstoßen, so *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 31; dagegen scharf mit dem Vorwurf der Unwahrheit *Canaris*, FS Heldrich, S. 12 mit Fn. 8; in der Regbegr. zu § 311 a heißt es jedoch nicht bloß: „Sowohl der Anspruch auf Schadenersatz als auch der Anspruch auf Aufwendungsersatz sind verschuldensabhängig“; sondern auch: „Dabei wird ausdrücklich ein Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung, also auf das positive Interesse gewährt. Das ist erforderlich, weil sich aus der Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts nun einmal grundsätzlich nur ein Anspruch auf das negative Interesse ergibt, ...“ (BT-Drs. 14/6040, 165, Hervorh. v. Verf.). Damit wird nicht nur zugestanden, dass die Grundlage des mit § 311 a geschaffenen Schadenersatzanspruchs die schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht sein sollte, sondern auch, dass der Bruch mit dem Grundsatz der Kausalität der Pflichtwidrigkeit bewusst erfolgte. Daran allein, nicht an der Schaffung eines Garantiehaftungstatbestandes hatten wir Kritik geübt. *Harke* (AcP 205 (2005), S. 84) betrachtet § 311a kritisch, weil die Garantiehaftung für nachträgliche Hindernisse nicht gelte, was aber eben nicht richtig ist.

³⁷ Dazu unten II 6 d.

³⁸ Dazu II 1 d; II 2–6.

bb) Zur Gleichbehandlung anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit

Die Reformer wollten jedoch zu Recht auch die Fälle *anfänglicher* und *nachträglicher* Unmöglichkeit möglichst gleich behandeln.³⁹ Wenn *anfänglich objektive Unmöglichkeit nur den Primärleistungsanspruch gemäß § 275 I zum Untergang bringt, nicht aber den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, wie sollte dann aber noch eine nachträgliche Unmöglichkeit, die nach § 275 I auch nur den Primärleistungsanspruch zum Erlöschen bringt, auch den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zum Erlöschen bringen können?*⁴⁰ Die Frage kann nicht mehr überzeugend beantwortet werden und es ist daher anzunehmen,⁴¹ dass auch das Haftungssystem der §§ 280ff. für die Fälle der *Nichterfüllung der Leistungspflicht* eine Garantiehafung (gem. § 280 I 1) mit einem Entlastungsgrund (§ 280 I 2) enthält; denn wer sagt, der Schuldner, welcher seine Leistungspflicht nicht erfüllt, verletzt schon allein damit eine „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ i. S. des § 280 I 1, der begründet – ob er will oder nicht – mit diesem Satz eine Garantiehafung des Schuldners für das Risiko der Nichterfüllung seiner Leistungspflicht. Jedenfalls aber ist damit eine Regelung geschaffen worden, die – wie immer man sie dogmatisch konstruieren und qualifizieren mag – an die Nichterfüllung der Leistungspflicht („Leistungspflichtverletzung“) eine Haftung des Schuldners anknüpft, von der er sich grundsätzlich nur gemäß § 280 I 2 entlasten kann, sofern ihm der Nachweis gelingt, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Leistungspflicht beachtet und die Nichterfüllung auch nicht aufgrund einer „*besonderen*“⁴² Garantie zu vertreten hat. Zu untersuchen bleibt, ob die Ansprüche auf Schadenersatz statt der Leistung gemäß § 280ff. und § 311 a im Falle der Nichterfüllung auf das *Erfüllungsinteresse* beschränkt sind oder unter Umständen auch das *Integritätsinteresse* erfassen oder ob dazu grundsätzlich, sofern nicht eine „*besondere*“

³⁹ BT-Drs. 14/6040, 128; *Canaris*, JZ 2001, 506; *ders.*, ZRP 2001, 33; *ders.*, FS Heldrich, S. 17, 20, 27, 34; *St. Lorenz*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 15, 32. Über drei Jahrzehnte lang habe ich die Studierenden in der BGB-Übung mit folgendem 3 – Hengste – Fall problembewusst zu machen versucht: V bietet in Geldschwierigkeiten dem K um 16:00 Uhr im Reiterverein drei Hengste zum Notpreis von zus. 200.000 Mark an. K kennt die Hengste, weiß, dass jeder für sich allein gut 100.000 Mark wert ist, und nimmt das Angebot sofort an. V und K wissen jedoch nicht, dass eine unbekannte Diebesbande eine Stunde vorher Hengst 1 von der Weide gestohlen und Hengst 2, weil er sie angegriffen, getötet hat. Um 17:00 Uhr kamen die Diebe wieder und stahlen auch Hengst 3. Die gestohlenen Pferde und die Diebe blieben unauffindbar. K verlangt von V Schadenersatz wegen Nichterfüllung (statt der Leistung) in Höhe von 100.000 Mark, zu Recht?

⁴⁰ Aus dieser Frage leitet *Harke* (AcP 205 (2005), S. 67, 84) Bedenken gegen die Garantiehafung des § 311 a ab, beachtet aber nicht, dass auch im Falle nachträglicher Leistungshindernisse eine Garantiehafung auf das Erfüllungsinteresse bestehen könnte und richtiger Ansicht nach auch tatsächlich besteht.

⁴¹ Wohl ebenso *Canaris*, FS Heldrich, S. 11 ff.; dazu unten I 4 d.

⁴² Unter einer „*besonderen*“ Garantie ist hier und im Folgenden stets eine Garantie zu verstehen, die über die *jedem* Leistungsversprechen immanente und grundsätzlich auf das Erfüllungsinteresse beschränkte Garantie hinausgeht und von der sich der Schuldner nicht durch die Entlastungsgründe der §§ 280 I 2, 311 a I 2 befreien kann, weil er die Nichterfüllung des Leistungsversprechens kraft dieser „*besonderen*“ Garantie auch dann i. S. des § 276 zu vertreten hat, wenn sie nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht (ebenso *Canaris*, FS Heldrich, S. 33); vgl. dazu die unter II 1 d aufgezählten und unter II 2–5 dargestellten Garantietatbestände.

Garantie gegeben wurde, eine schuldhafte Schutz- (Sorgfalts-) Pflichtverletzung erforderlich ist, für welche grundsätzlich der Gläubiger die (Schutz-)Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I 1 zu beweisen hat. Zunächst sollen jedoch die Prinzipien des Verschuldensmodells skizziert werden.

4. Das Verschuldensmodell

a) Das Verschuldensprinzip

Das Verschuldensmodell ist eine viel kompliziertere Konstruktion, die in der Rechtsgeschichte darum auch erst später auftritt. „Echtes“⁴³ Verschulden setzt Rechtswidrigkeit voraus.⁴⁴ Rechtswidrigkeit setzt einen Unrechtstatbestand (*corpus delicti*) voraus. Der vertragliche Unrechtstatbestand kann nur in der Verletzung einer relativen (Schutz-)Pflicht (= Sorgfaltspflicht) des Schuldners gegenüber dem Gläubiger bestehen. Nach strafrechtlichen Kategorien, die über das Deliktsrecht ins Zivilrecht und auch ins vertragliche Haftungsrecht getragen wurden,⁴⁵ soll das Verschulden der Fahrlässigkeit (auch) in der Verletzung der „inneren“ Sorgfalt (Voraussiehbarkeit und Vermeidbarkeit) bestehen und müsste also den (objektiven) Unrechtstatbestand, das heißt im Vertragsrecht die Verletzung der (relativen) Schutzpflicht umfassen. Der Schaden braucht grundsätzlich (Ausnahme: § 826) nicht vom Verschulden umfasst, muss aber adäquat kausale Folge der (rechtswidrigen) Handlung, d.h. der Schutzpflichtverletzung sein (Kausalität der Pflichtwidrigkeit) und in deren Schutzbereich liegen. Der vertragliche Verschuldenshaftungstatbestand entspricht nach dieser Vorstellung in der Struktur also dem § 823 II; an die Stelle des *absoluten* Schutzgesetzes tritt die *relative* vertragliche Schutzpflicht. Diese strafrechtlichen Kategorien werden jedoch der Aufgabe des zivilrechtlichen Haftungsrechts nicht gerecht, dessen Funktion nicht in einer Bestrafung des Täters, sondern einer möglichst gerechten Verteilung des eingetretenen Schadens besteht. Deswegen muss der zivilrechtliche Verschuldensbegriff gemäß der alten Formulierung des § 276 grundsätzlich auf die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also die (objektive) Sorgfaltspflichtverletzung beschränkt bleiben, ohne Rücksicht auf die individuellen Fähigkeiten des Schuldners, also ohne „innere“ Sorgfaltspflichtverletzung (Vorhersehbarkeitsunvermeidbarkeit) des Schuldners.⁴⁶ Es gilt

⁴³ Im Gegensatz zum „Verschulden gegen sich selbst“, das keine einem anderen gegenüber bestehende Pflicht voraussetzt, dazu unten II 6 d.

⁴⁴ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler Staudinger/Löwisch, § 276 Rn. 12; Soergel/Wolf, § 276 Rn. 18; Sutschet (Fn. 2), § 2 IV 2.

⁴⁵ Vgl. statt vieler Deutsch (Haftungsrecht, 1976, § 18 III, S. 276 ff.; ders., JZ 1988, 993), dessen Auffassung insbesondere zum Arztrecht von vielen übernommen und dann zu Unrecht verallgemeinert worden ist.

⁴⁶ Vortrefflich dazu MünchKomm/Grundmann, BGB, § 276 Rn. 53 ff. Das alles ist freilich seit langem bekannt. So heißt es zum Beispiel schon in den Motiven (II, S. 28): „Wer sich auf ein Geschäft einlässt, das seinerseits eine besondere Sachkunde erfordert, ohne solche zu besitzen, handelt ebenso fahrlässig, als derjenige, welcher im Besitze der nöthigen Sachkunde solche bei Besorgung des Geschäftes nicht anwendet.“ Allerdings ist auch schon früh erkannt worden, dass mit dieser objektiven Definition der Fahrlässigkeit ohne die Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten des Schuldners keine Verschuldens-, sondern eine Erfolgshaftung statuiert sei (Planck/Siber, § 276, S. 220 m.w.N.);

– wie gesagt wird – ein *objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab*, welcher das zivilrechtliche Verschulden als Voraussetzung zivilrechtlicher Haftung weitgehend mit den Erfordernissen gleichsetzt, die im Strafrecht die Rechtswidrigkeit fahrlässiger Unrechtshandlungen begründen. Die zivilrechtliche Haftung ist daher grundsätzlich keine Verschuldenshaftung, sondern eine Haftung für (objektive) Sorgfaltspflichtverletzung, also ohne „innere“ Sorgfaltspflichtverletzung (Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit).⁴⁷

b) Die Rückwirkung der positiven Forderungsverletzung

Das Verschuldensmodell ist für das Recht des BGB letztlich mit der *culpa in contrahendo* und der sog. *positiven Forderungsverletzung* begründet worden.⁴⁸ Merkwürdiger- und fälschlicherweise ist kurz nach Inkrafttreten des BGB (1900) allerdings behauptet worden, der Gesetzgeber habe das Problem der sog. positiven Forderungsverletzung übersehen, das BGB enthalte eine Lücke, die mit einer Analogie zu §§ 280, 286, 325, 326 a.F. geschlossen werden müsse. In dieser Fehlauffassung wirken viele Missverständnisse zusammen, die schon oft beschrieben worden sind⁴⁹ und hier nicht wiederholt zu werden brauchen. In einer merkwürdigen „Rückwirkung“ verstärkte der verfehlt Analogieschluss zu §§ 280, 286, 325, 326 a.F. jedoch die Auffassung, dass auch die schuldnerische Haftung auf das *Erfüllungsinteresse* im Falle der Unmöglichkeit (auch des Verzugs⁵⁰) auf

die h.M., der das RG im Wesentlichen folgte, ist dennoch gegen *Siber* beim objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab geblieben, weil das Bürgerliche Recht nicht mit der „Willenszucht“ zu tun habe, sondern mit dem Güterschutz (so *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. ●, § 276, S. 156; differenzierend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff., 422 ff.); vgl. ferner *Kreß* (Fn. 28), S. 325; *Larenz* (Fn. 12), S. 184: „Der ‚objektive‘ typisierende Fahrlässigkeitsmaßstab ist gewissermaßen der Preis, den die Zivilrechtsordnung für die grundsätzliche Anerkennung des Verschuldensgrundsatzes zahlt; das Prinzip der Garantiepflicht hat damit eine gewisse, beschränkte Anerkennung innerhalb des Verschuldensprinzips selbst gefunden“; in der 14. Aufl. S. 286 hebt *Larenz* gegen die dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff entsprechenden Bestrebungen, die „innere“ Sorgfaltspflicht (Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit) zu berücksichtigen, die Funktion des Zivilrechts, insbesondere des Vertragsrechts zur Schadensverteilung hervor. In der weiteren Entwicklung ist zwar eine Tendenz zu kasuistischen Maßstäben unverkennbar (vgl. *Erman/Westermann*, 11. Aufl., § 276 Rn. 12), die aber letztlich doch den Sorgfaltsmaßstab mehr nach Berufs- und Alters- und sonstigen Gruppen sowie nach den Umständen der Situation des Handelnden *typisiert* als dem Strafrecht entsprechend *individualisiert*, weil allgemein anerkannt ist, dass es Aufgabe des Zivilrechts ist, eingetretene Schäden möglichst gerecht zu verteilen, nicht aber den Täter zu bestrafen oder zu „erziehen“.

⁴⁷ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, 8. Aufl. 1999, § 25 V; § 26.

⁴⁸ Grundlegend wohl *Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, der in dieser Schrift das Verschulden als Grundprinzip vertraglicher Haftung herausstellte; dazu kritisch *Sutschet* (Fn. 2), § 2 II 2.

⁴⁹ Zuletzt vor allem auch von *Glöckner*, Die positive Vertragsverletzung, 2006; aber auch schon *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 578 ff.; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 71 ff.

⁵⁰ Im gemeinen Recht war streitig, ob die Verzugsfolgen „schon an die Tatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung geknüpft“ oder durch ein Verschulden des Schuldners bedingt sein müssen. Nach Motive II, 60 sollte der Schuldner sich gegen den Vorwurf in derselben Art „exculpieren“ können wie im Falle der Unmöglichkeit, aber den Verzug von Geld- und sonstigen generischen Schulden stets zu vertreten haben (Prot. *Mugdan* II, 536), sich also letztlich nur im Falle von Speziesschulden für einen Irrtum entlasten können. § 285 a.F. war also ein dem § 275 I a.F. entsprechender *Exculpationsgrund* beschränkt auf Speziesschulden für die grundsätzlich bestehende Garantiehaftung auf das Erfüllungsinteresse; dazu III 4.

einer schuldhaften (Schutz-)Pflichtverletzung beruhe, was wohl nicht den Vorstellungen der Verfasser des BGB (1900) entsprach.⁵¹

c) *Das große Missverständnis*

Gedacht worden ist die vertragliche „Verschuldenshaftung“ nach Inkrafttreten des Gesetzes im Laufe der Zeit im Wesentlichen so, dass der Gläubiger das Erfüllungsinteresse gem. §§ 280, 286, 325, 326 als Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, wenn der Schuldner den Umstand, welcher zur Leistungsverzögerung oder zur Nichterfüllung geführt hat, vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat.⁵² Das war aber ein großes Missverständnis. Weil nämlich sowohl §§ 275, 282 als auch § 285 als *Exkulpationsgründe*⁵³ gestaltet waren, haftete der Schuldner schon nach dem vor dem Jahre 2002 geltenden Recht des BGB letztlich nicht auf Grund der (verschuldeten) Sorgfaltspflichtverletzung als Unrechtstatbestand, sondern deswegen, weil er die Leistung nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erbracht hat (*Garantiehafungstatbestand*) und konnte sich nur *exkulpieren*, wenn er beweisen konnte, dass die Unmöglichkeit oder der Verzug oder die Schlechtleistung infolge eines Umstands erfolgten, den er nicht zu vertreten hat. Selbst wenn man aber diese Art der Haftung nicht als Garantiehafung (mit Entlastungsgründen), sondern als Haftung für „vermutetes Verschulden“ begreifen will, muss beachtet werden, dass wenn die Fahrlässigkeit keine „innere“ Sorgfaltspflichtverletzung voraussetzt, sich auch die Entlastungsgründe der §§ 275, 282, 286 darauf nicht beziehen können, dass also jedenfalls nur von einer „Haftung für vermutete objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ gesprochen werden darf; hinsichtlich der inneren Sorgfaltspflicht bestand und besteht quasi eine Garantiehafung.

Es ist freilich einzuräumen, dass im Zeitraum vor der Schuldrechtsreform viele nicht mehr so gedacht haben,⁵⁴ aber es ist trotzdem richtig geblieben und dank einer merkwürdigen „List der Vernunft“ nicht bloß in die Formulierung des § 311 a, sondern auch in die der §§ 280ff. hinein gekommen; hauptsächlich wohl darum, weil mit der Übernahme des Begriffs der „Nichterfüllung“ aus dem UN-Kaufrecht und dessen Gleichsetzung mit „Pflichtverletzung“ in § 280 I 1 der Gedanke der Garantiehafung in die sprachliche Ausdrucksweise gekommen war.⁵⁵ Es ist für das Verständnis der Gesetz gewordenen Regelungen auch völlig gleichgültig, wie die Reformer die Regelungen des reformierten Rechtes verstanden haben, auch was unter „verschuldensabhängigen Ansprüchen“ und „Verschuldensprinzip“ verstanden werden sollte.⁵⁶ Das Gesetz ist nach seinem objektiven Sinn, nicht nach dem Verständnis derer zu verstehen, die es formuliert haben.⁵⁷ *Claus-Wilhelm Canaris* will auch heute noch § 311 a als Verschuldenshaf-

⁵¹ So jetzt überzeugungskräftig *Sutschet* (Fn. 2), § 1 IV; § 5 II 1.

⁵² So aber immer noch *Staudinger/Otto* (BGB, 13. Aufl. 2004, § 280 Rn.D 2), der die Beweislastumkehrung durch §§ 280, 286 a.F. außer Betracht lässt; dazu Fn. 158.

⁵³ So auch für § 285 (§ 246 E 1) klar Motive II, 60, zitiert in Fn. 50.

⁵⁴ Leider auch *Ehmann/Kley*, JuS 1998, 481 ff.

⁵⁵ Zutreffend *Haberzettl* (Fn. 1), S. 69 ff.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 131, 165 und öfters; dazu Fn. 36, 200.

⁵⁷ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 7 ff.

tungstatbestand verstehen, weil der Schuldner befreit wird, wenn er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste; die Haftung soll jedoch letztlich in der Nichterfüllung des Leistungsversprechens ihren Grund haben. Es ist m. E. aber dogmatisch klarer, eine solche Haftung als Garantiehaftung mit Entlastungsgrund zu begreifen.⁵⁸

d) *Neue Regelungen, neue Verständnismöglichkeiten*

Festzuhalten ist hier jedenfalls, dass der Modernisierungsgesetzgeber auch die Fälle anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit möglichst gleichbehandeln wollte⁵⁹ und *Claus-Wilhelm Canaris*⁶⁰ für das „modernisierte“ Schuldrecht auch weiterhin nicht bloß bezüglich der Haftung für anfängliche Leistungshindernisse (§ 311 a), sondern auch bezüglich der die nachträglichen Leistungshindernisse betreffenden Regelungen der §§ 280 ff. „*einen einzigen und einheitlichen Haftungsgrund*“ für beide Regelungssysteme fordert, der im Leistungsversprechen (der Nichterfüllung der Leistungspflicht) bestehen soll. Ein solches Verständnis wird freilich auf Grund der Gesetz gewordenen Formulierungen der §§ 280 ff. dadurch erschwert, dass diese gleichzeitig den Ersatz des Erfüllungsinteresses im Falle der Nichterfüllung der *Leistungspflicht* und die Rechtsfolge schuldhafter Verletzung von *Schutzpflichten*, die früher als *culpa in contrahendo* und *positive Forderungsverletzung* verstanden wurden, regeln sollen. Die Verschiedenheit dieser Tatbestände muss jedoch nicht nur hinsichtlich der Voraussetzung der Haftung, sondern auch hinsichtlich der Entlastungsmöglichkeiten des Schuldners genau beachtet werden.

II. *Verschiedene Rechtsformen der Garantiehaftung*

1. *Rechtsgrundlagen, Gegenstand, Umfang und Entlastungsgründe*

a) *Rechtsgrundlagen und Gegenstände der Garantie*

Eine Garantiehaftung kann sich aus einem selbstständigen Garantievertrag ergeben, der zumindest den Gegenstand der Garantie bestimmen muss,⁶¹ sie kann aber auch dem Inhalt eines Schuldverhältnisses immanent sein, wenn der Inhalt des Leistungsversprechens Gegenstand der Garantie ist;⁶² auch gibt es Zwischenformen, in denen zwar kein selbstständiger Garantievertrag vorliegt, die Garantiehaftung aber nur kraft einer „zusätzlichen Zusage“ (z. B. Zusage einer Eigenschaft der versprochenen Kaufsache) entsteht;⁶³ schließlich kann sich die Garantie auch aus dispositivem Recht ergeben.⁶⁴ Die Reichweite der Garantie und auch die Ausschlussgründe der Garantiehaftung ergeben sich

⁵⁸ Näheres dazu unten II 6 d.

⁵⁹ BT-Drs. 14/6040, 128; *Canaris*, JZ 2001, 506; *ders.*, ZRP 2001, 33; *ders.*, FS Heldrich, S. 20, 27; *St. Lorenz*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 15, 32.

⁶⁰ FS Heldrich, S. 27; dazu Fn. 36.

⁶¹ Dazu II 2.

⁶² Dazu III 3.

⁶³ Dazu II 4.

⁶⁴ Dazu II 5.

bei selbstständigen Garantieverträgen⁶⁵ gleichfalls aus dem Garantievertrag, wofür die Kautelarjurisprudenz zahlreiche Formen entwickelt hat. Obwohl die unselbstständigen kraft ergänzender Vertragsauslegung oder dispositiven Rechts auf den Inhalt des Leistungsversprechens gerichtete Garantien im Recht des BGB verbreiteter sind als selbstständige Garantieversprechen, hat das dispositive Recht merkwürdigerweise dafür noch keine hinreichenden Entlastungsgründe geschaffen.

b) Umfang der Garantiehaftung

Die Reichweite (der Umfang) der Garantie kann sehr verschieden sein, schon oben⁶⁶ wurde dargelegt, dass auch das vom Verschuldenserfordernis befreite Rücktrittsrecht gemäß § 323 als eine Garantiehaftung zu begreifen ist, die freilich auf den Wert der Gegenleistung (Äquivalenzinteresse) beschränkt ist. Soweit der Schuldner auf Grund der seinem Leistungsversprechen immanenten Garantie das Geldinteresse zu leisten hat, weil er die versprochene Leistung nicht erbringt ohne aber wegen (unverschuldeter) Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit zu sein, wird der Gläubiger nicht nur von der Gegenleistung befreit (und kann die schon erbrachte Gegenleistung ggf. zurückfordern), sondern kann im Falle eines günstigen Geschäfts auch den Mehrwert (das Erfüllungsinteresse) verlangen, d.h. die positive Differenz zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung (Erfüllungsinteresse). Schäden, die über das Erfüllungsinteresse, d.h. über die reiner Nichterfüllung und bloßer Leistungsverzögerung hinausgehen (sog. Mangelfolgeschäden⁶⁷), waren ursprünglich – in manchen Rechtsordnungen heute noch – der außervertraglichen Haftung überlassen und sind erst durch die *culpa in contrahendo* und die *positive Forderungsverletzung* zum Gegenstand vertraglicher (Verschuldens-)Haftung geworden. Solche Schäden werden von der im Leistungsversprechen immanenten Garantie grundsätzlich nicht erfasst, sondern können in der Regel im Wege der Vertragshaftung nur aufgrund einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung gemäß § 280 I ersetzt verlangt werden. Selbstverständlich kann eine Garantiehaftung auf Grund der Vertragsfreiheit aber kraft selbstständiger Garantieversprechen oder kraft Zusicherung einer Eigenschaft (der Kaufsache) oder sonstiger „Zusagen“⁶⁸ auch über das bloße Erfüllungsinteresse hinaus auf den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Ereignisse und der daraus entstehenden Schäden erstreckt werden; z. B. darauf, dass das verkaufte und gelieferte Vieh nicht krank,

⁶⁵ Dazu unter II 2.

⁶⁶ Siehe dazu Fn. 17.

⁶⁷ Zur Abgrenzung von Nichterfüllungs- und Begleit- sowie Mangel- und Mangelfolgeschäden vgl. *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln, Diss. Heidelberg 1970, S. 69 ff., 132 ff.; *Rust*, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, 1997, S. 177 ff.; dazu aber auch Fn. 108.

⁶⁸ Eine Garantiehaftung begründende *Zusicherung* kann nicht nur auf die Eigenschaft einer Kaufsache, sondern auch auf die zur ordnungsgemäßen Leistung von Diensten oder Besorgung von Geschäften erforderliche Geschicklichkeit, Fertigkeit oder besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten bezogen sein, welche die allgemein im Verkehr erforderliche Sorgfalt klarstellen, aber auch darüber hinausgehen können, so schon *Motive* II, S. 28.

der Balken nicht morsch, das Viehfutter nicht vergiftet ist, der Dampfkessel den Druck aushält, der im Kaufvertrag vereinbart wurde etc. Man kann denken, dass der Verkäufer für Schäden, die durch solche Schlechtleistungen entstehen, gem. § 280 I vertraglich haften soll, wenn er eine dem Käufer gegenüber bestehende Untersuchungs-, Informations- oder sonstige Schutzpflicht verletzt hat und der Schaden adäquat kausal innerhalb des Schutzbereichs dieser Pflichten entstanden ist. Ebenso kann aber auch gedacht werden, dass der Verkäufer für diese Schäden haftet, weil er eine fehlerfreie Sache zu leisten versprochen (§ 433 I 2) und diese Verpflichtung nicht erfüllt hat.⁶⁹ Haftungsgrund ist dann nicht die schuldhafte Verletzung einer Schutzpflicht (Unrechtstatbestand), sondern die Nicht- (ordnungsgemäße) Erfüllung der Leistungspflicht. Eine solche weitgehende Garantiehafung bedarf freilich grundsätzlich der Möglichkeit eines Entlastungsgrundes, zumindest für die Fälle höherer Gewalt und unabwendbarer Ereignisse, eventuell aber auch schon für die Fälle mangelnder Sorgfaltspflichtverletzung; der Entlastungsgrund unverschuldeter Unmöglichkeit (bezüglich der Primärleistungspflicht) genügt in der Regel nicht für Garantiehafungstatbestände mit dieser Reichweite.

c) Mit und ohne Entlastungsgründe

Verschieden sind die Garantiehafungstatbestände des geltenden Rechts nicht nur hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlagen und ihrer Reichweite, sondern auch hinsichtlich der dafür bestehenden Entlastungsgründe.⁷⁰ Wie dargelegt enthält § 311 a II 1 für den Fall, dass der Schuldner infolge anfänglicher Leistungshindernisse von seiner Primärleistungspflicht gemäß § 275 befreit ist, einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der nichts anderes voraussetzt, als dass der Schuldner wegen anfänglicher Leistungshindernisse nicht erfüllen kann und von seiner Leistungspflicht gem. § 275 befreit ist; § 311 a II 2 räumt dem Schuldner jedoch die Möglichkeit ein, sich von diesem Anspruch durch den Nachweis zu befreien, dass er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste und auch nicht kraft einer „besonderen“ Garantie⁷¹ i. S. des § 276 zu vertreten hat.⁷² Dieser Entlastungsgrund gilt ganz sicherlich *nicht* für den Fall des Rücktritts, der dem Schuldner das Gegenleistungsrisiko (Preisgefahr) auch für den (Zu-)Fall der nicht zu vertretenden Nichterfüllung der Leistungspflicht aufbürdet. Problematisch ist jedoch, ob der Entlastungsgrund des § 311 a II 1 schon durch die im Leistungsversprechen selbst liegende immanente Ga-

⁶⁹ Wer will, kann das auch „Verletzung der Leistungspflicht“ nennen, wenngleich diese „Pflichtverletzungsterminologie“ den Grund der mangelnden Unterscheidung zwischen Verschuldens- und Garantiehafung und auch sonstiger Missverständnisse bildet und auch *Canaris* (vgl. Fn. 7) von Anfang an „Unbehagen“ bereitete. Wer die Nichterfüllung einer Leistungspflicht zum Haftungsgrund erklärt, begründet eine Garantiehafung, ob er will oder nicht; dazu I 3 b, bb. Der Begriff Leistungspflichtverletzung, der eine Verschuldenshaftung suggerieren will, kann den eigentlichen (Garantie-)Haftungstatbestand nur verschleiern.

⁷⁰ Dazu II 6.

⁷¹ Zum Begriff vgl. Fn. 42.

⁷² Dazu II 1 d.

rantie ausgeschlossen ist⁷³ oder im Falle einer Gattungsschuld⁷⁴ oder erst wenn der Verkäufer eine selbstständige Garantieerklärung⁷⁵ abgegeben oder beim Sachkauf die Fehlerfreiheit zugesichert hat⁷⁶ oder auch schon kraft des allgemeinen Gewährleistungs- und Nachbesserungsrechts.⁷⁷ Entsprechende Fragen stellen sich im Falle eines Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß §§ 280 I 1, 281 I, 283 für den Entlastungsgrund des §§ 280 I 2.⁷⁸

Für *Mangelfolgeschäden* im Falle der Verletzung des Integritätsinteresses stellt sich die Frage des Ausschlusses der Entlastungsgründe der §§ 280 I 2, 311 a II 2 nicht, denn diese liegen außerhalb der dem Leistungsversprechen immanenten Garantiehaftung und setzen gemäß § 280 I 1 die Verletzung einer Schutzpflicht voraus, deren Verletzung der Gläubiger zu beweisen hat;⁷⁹ § 280 I 2 enthält insoweit allenfalls noch eine Beweislastumkehr für das „innere“ Verschulden (Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit), das jedoch auf Grund des sog. objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs als garantiert zu betrachten ist.⁸⁰

Im Falle des *behinderten Dackels*⁸¹ war es daher von prozessentscheidender Bedeutung, ob die Kosten der infolge des Schadens notwendigen tierärztlichen Operationen noch dem Erfüllungsinteresse zuzurechnen sind oder Mangelfolgeschäden darstellen;⁸² für deren Ersatz hätte der Kläger eine Schutzpflichtverletzung des beklagten Verkäufers behaupten und beweisen müssen, die offensichtlich nicht vorlag. Gehören die Tierarztkosten jedoch noch zum Erfüllungsinteresse, so wäre eine Garantiehaftung für den anfänglichen und nicht nachbesserbaren Sachmangel gegeben und die Frage zu stellen und zu beantworten, ob der Entlastungsgrund des § 311 a II 2 infolge des allgemeinen Gewährleistungs- und Nachbesserungsrechts ausgeschlossen und also die Klage begründet war.⁸³

d) Vertretenmüssen auf Grund „besonderer“ Garantien

Nach § 311 a II kann sich der Schuldner von seiner (Garantie-)Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er den Leistungshinderungsgrund weder kannte noch kennen musste; nach § 280 I 2 setzt die Befreiung von der Leistungspflicht voraus, dass der Schuldner den zur Unmöglichkeit führenden Umstand nicht vorsätzlich oder fahrlässig i. S. des § 276 herbeigeführt hat. Beide Entlas-

⁷³ Dazu II 3 c.

⁷⁴ Dazu II 3 d; III 2 c.

⁷⁵ Dazu II 2.

⁷⁶ Dazu II 4; III 2 b, aa.

⁷⁷ II 3 e; III 2 b, cc.

⁷⁸ Dazu II 3 c-e; III 3 a-c).

⁷⁹ Dazu II 3 b; III 1 und 5.

⁸⁰ Dazu I 4 a.

⁸¹ Vgl. *BGH NJW* 2005, 2852; dazu krit. *Hirsch*, *JURA* 2006, 120; ferner unklar *Keilmann*, *NJW* 2006, 2526; dazu Fn. 107, 195, 211, 234.

⁸² *BGH NJW* 2005, 2825 hat das Problem nicht erkannt, jedenfalls nicht erörtert (was auch *Hirsch*, *JURA* 2006, 122 rügt), ist aber wohl von einem Nichterfüllungsschaden ausgegangen; dazu unten II 3 b.

⁸³ Dazu unten II 3 e; III 3 b, bb.

tungsgründe sind jedoch wiederum ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Unkenntnis bezüglich des anfänglichen Leistungshindernisses oder den zur nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung führenden Umstand i.S. des § 276 kraft einer sich aus dem „Inhalt des Schuldverhältnisses“ oder kraft einer zusätzlichen Erklärung ergebenden Garantieübernahme zu vertreten hat. Als solche „besonderen“, die Entlastungsgründe wegen mangelndem Verschulden ausschließende Garantien sind die Zusicherung der Eigenschaft einer Kaufsache (i.S. des § 463 a.F.) und die darin liegende Übernahme eines Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsrisiko (i.S. der §§ 442 bis 444), ferner die im neuen Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht steckende sowie die im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels anzunehmende (gesetzliche) Garantiehaftung⁸⁴ zu verstehen; vor allem aber auch die Garantie für das Beschaffungsrisiko von Gattungsschulden,⁸⁵ insbesondere die Garantie für Geldschulden, auch hinsichtlich des finanziellen Leistungsvermögens zur Erfüllung anderer Schulden; ferner die Garantiehaftung des Vermieters gemäß § 536 a und andere Garantiehaftungstatbestände des dispositiven Rechts oder ergänzender Vertragsauslegung⁸⁶ oder Garantieübernahmen kraft rechtlich selbstständiger Garantieverprechen.⁸⁷

e) Mitverschulden und sonstige Obliegenheitsverletzungen des Gläubigers

Der Schuldner kann von einer Garantiehaftung nicht nur durch Entlastungsgründe wegen höherer Gewalt oder wegen mangelnden Verschuldens befreit werden, sondern ganz oder teilweise auch durch den Nachweis, dass der Schaden allein oder überwiegend oder jedenfalls zu einem nicht unwesentlichen Teil vom Gläubiger selbst verursacht wurde (§ 254) oder während des Annahmeverzugs des Gläubigers eingetreten ist (§§ 300, 326 II, 615 entspr.). Im Versicherungsvertragsrecht sind diese allgemeinen Grundsätze zu einem umfangreichen System der Leistungsbefreiung infolge von Obliegenheitsverletzungen ausgebaut worden, welche die Leistungspflichten des Versicherers in kalkulierbarer Weise begrenzen, insbesondere dem stets drohenden Versicherungsbetrug vorzubeugen versuchen. Für sonstige selbstständige und unselbstständige Garantieverprechen muss Entsprechendes gelten.

2. Selbstständige Garantieverträge

a) Kraft der Vertragsfreiheit, Gegenstände der Garantie

Auf Grund der Vertragsfreiheit können heute selbstverständlich für alle denkbar möglichen Schadensfälle, auch für die Nichterfüllung von Leistungsversprechen, sei es zu dessen Verstärkung in demselben Vertrag, sei es zur Sicherung eines Leistungsversprechens eines anderen eigenständigen Rechtsgeschäfts, auch

⁸⁴ Dazu II 4 mit Fn. 122.

⁸⁵ Dazu II 3 d.

⁸⁶ Dazu II 5.

⁸⁷ Dazu II 2.

eines Dritten, selbstständige Garantieverprechen abgegeben werden.⁸⁸ Garantiert werden können die verschiedensten Gegenstände, z. B. ein bestimmter Erfolg oder der Nichteintritt eines bestimmten Schadens, z. B. dass das Bauwerk rechtzeitig fertig wird; dass im Falle eines Schadenseintritts eine Ersatzleistung erbracht wird; dass eine Sache eine bestimmte Eigenschaft hat; dass ein vertragliches Leistungsversprechen ordnungsgemäß erfüllt wird. Als selbstständiger Garantievertrag kann auch eine Vereinbarung gemäß § 438 a.F. verstanden werden, wonach der Verkäufer einer Forderung die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernimmt. Häufig wird auch anlässlich der Veräußerung eines Unternehmens ein bestimmter Gewinn garantiert, damit wird dem Gläubiger der Nachweis eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens, dessen Kausalität für einen Schaden und dessen Höhe erspart. Auch im von *Claus-Wilhelm Canaris* gegebenen Beispiel, dass „*hilfsweise* für den Fall des Fehlens eines bestimmten Umstandes oder des Ausbleibens eines Erfolges – etwa der Erreichung eines Produktionsziels mithilfe der verkauften Maschine oder der Leistung einer Zahlung durch den Hauptschuldner – eine Geldzahlung versprochen wird“,⁸⁹ ist ein *selbstständiges* Garantieverprechen gegeben, das neben das Versprechen der Kaufsache tritt (in solchem Falle also ein *doppeltes* Versprechen!) und in solchem Falle ist das zusätzlich Hinzutretende ein *selbstständiges Rechtsgeschäft*, genauso wie das Garantieverprechen für eine Zahlungsverpflichtung – ebenso wie eine Bürgschaft dafür – ein selbstständiges Rechtsgeschäft ist. Wird eine Garantie für die Erfüllung einer Forderung gegeben, so besteht der Unterschied zur Bürgschaft nur darin, dass die Bürgschaft kraft dispositiven Recht akzessorisch, d.h. vom Bestand der gesicherten Forderung kausal abhängig ist und bleibt, während das Zustandekommen des Garantievertrags in der Regel vom Bestand der gesicherten Forderung unabhängig (abstrahiert) sein dürfte; das Garantieverprechen ist freilich ebenso wie eine zur Sicherheit gegebene abstrakte Forderung kondizierbar, wenn die gesicherte Forderung nicht besteht oder untergeht.⁹⁰

b) Versicherungsverträge als Garantieverträge

Zu den selbstständigen Garantieverträgen gehören auch die meisten Versicherungsverträge, insbesondere der Schadensversicherung,⁹¹ mit ihren zahllosen Risikobeschränkungen und Entlastungsgründen (Gefahrerhöhungen, Obliegenheitsverletzungen usw.) sowie summenmäßigen Haftungsbeschränkungen pro Schadensereignis; im Versicherungsrecht sind damit die Einschränkungen des Garantieverprechens – anders als im bürgerlichen Recht – vielfach auch schon durch das dispositive Recht gegeben (vgl. z. B. nur §§ 6, 16 ff., 152 VVG), je-

⁸⁸ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 67, 352 ff.; *Larenz*, Schuldrecht II, 14. Aufl. 1987, S. 434 f; *Erman/Seiler*, vor § 765 Rn. 19; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 89 f.

⁸⁹ Beispiel von *Canaris*, FS Heldrich, S. 30.

⁹⁰ Zum Rechtsgrund der Garantieverträge unten c.

⁹¹ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 353 ff.; vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht II, 12. Aufl., § 62 III mit Hinweis auf *Boetius*, Der Garantievertrag, Diss. München 1966.

denfalls aber in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die verschiedenen Arten von Versicherungsverträgen zumeist sehr detailliert geregelt.

c) *Schutz- oder Sicherungszweck mit angestaffeltem Austauschszweck*

Soll der Garantievertrag den Gläubiger des Garanten vor einem bestimmten *Schadensrisiko* sichern, so ist der *Schutzzweck Causa* des Garantieverprechens. Soll jedoch der Bestand einer Forderung oder die Zahlungsfähigkeit des Schuldners garantiert werden (z. B. §§ 437, 438 a.F.), so ist der *Sicherungszweck Causa* des Garantieverprechens. Gleichgültig, ob das Garantieverprechen vor einem Schaden *schützen* oder eine Forderung *sichern* soll, sind auch die sonstigen selbstständigen Garantieverträge zumeist *entgeltliche* Verträge, werden also wie der Versicherungsschutz für eine Gegenleistung versprochen. Selbst wenn solche Garantieerklärungen *unentgeltlich* abgegeben werden, sind sie nicht Schenkungen, weil weder der versprochene Schutz noch eine Bürgschaft oder ein sonstiges Sicherungsgeschäft eine „Zuwendung“ im Sinne des § 516 ist, solche Garantieverprechen bedürfen also schon deshalb auch nicht der Form des § 518. Im Übrigen ist der *Schutzzweck* aber – ebenso wie der *Sicherungszweck* – eine eigenständige und *hinreichende causa*,⁹² die unentgeltliche Schutz- und Sicherungsverprechen dem Schenkungsrecht entzieht. Sofern die Garantieverprechen in eigenständigen Verträgen erfolgen, werden sie zumeist zum Schutz des Gläubigers vor dem Risiko eines anderen Rechtsgeschäfts abgeschlossen und stehen daher zu diesem in einer Art „Akzessoritätsverhältnis“⁹³ und die Risikoprämie des Garantieverprechens ist im Preis des Hauptleistungsverprechens enthalten;⁹⁴ der Bestand des Rechtsgeschäfts, vor dessen Risiken geschützt werden soll, ist daher grundsätzlich auch Voraussetzung (Zweck, Bedingung) der Wirksamkeit des Garantieverprechens.

d) *Entlastungsgründe kraft Vereinbarung*

Selbstverständlich können alle derartig *selbstständigen* Garantieverprechen – ebenso wie die den Leistungsversprechen immanenten Garantiepflichten – unter bestimmte Voraussetzungen gestellt werden, z. B. dass der Schaden nicht infolge höherer Gewalt oder eines unvermeidbaren Ereignisses eingetreten ist; dass der Schuldner den Schaden nicht vorsätzlich oder (grob)fahrlässig selbst verursacht hat; die Garantienpflicht kann auch summenmäßig begrenzt werden; die Beweislast für die höhere Gewalt oder die mangelnde Sorgfaltspflichtverlet-

⁹² *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 579; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 81.

⁹³ Weil der Schutz- vom Sicherungszweck zu unterscheiden ist (vgl. *Ehmann*, Gesamtschuld, Diss. Heidelberg 1972, S. 359f.) liegt jedoch keine echte „Akzessorität“ vor, auch kann das Zustandekommen des Garantievertrages von seiner *causa* abstrahiert sein, unterliegt dann aber der Kondition, wenn der Zweck verfehlt wird.

⁹⁴ Auch der Wert der Garantien des dispositiven Rechts, z. B. der Gewährleistungsansprüche der §§ 437ff. muss im kaufmännischen Leben in den Preis der Waren einkalkuliert werden, die Waren können billiger verkauft werden, wenn die Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen werden, was jedoch beim Verbrauchsgüterkauf nicht mehr möglich ist, § 475 I, was insbesondere beim Gebrauchtwagenhandel große Probleme schafft.

zung kann dem Gläubiger als *Entlastungsgrund*⁹⁵ aufgebürdet werden etc. Mangels derart vereinbarter Entlastungsgründe können notfalls die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Anwendung kommen, wenn infolge grundstürzender Ereignisse eine Anpassung oder ein Wegfall der Verpflichtung im Sinne des § 313 n.F. sachgerecht erscheint.⁹⁶

e) *Der Mangel dispositiver Regelungen*

Es ist ein schwerer Mangel des BGB (1900), dass für den Vertragstyp des selbstständigen Garantieversprechens im Besonderen Schuldrecht keine allgemeinen (dispositiven) Regelungen aufgestellt wurden. Zur Begründung heißt es dazu in den Motiven nur⁹⁷:

„Der Garantievertrag entzieht sich auch wegen Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantieleistung zum Zwecke und Inhalte haben, der allgemeinen Regelung (Windscheid § 412 Nr. 2).“

Es ist sicherlich richtig, dass der Gesetzgeber nicht vorschreiben kann, was jemand in einem besonderen Fall garantieren will, aber es könnte doch geregelt werden, was als *essentialia negotii* zumindest geregelt sein müsste (Gegenstand und Umfang der Garantie) und unter welchen Voraussetzungen der Garantierende im Zweifel entlastet sein sollte (z. B. wegen höherer Gewalt, unvermeidbarer Ereignisse oder mangelnder Sorgfaltspflichtverletzung). Der Modernisierungsgesetzgeber hat für den Inhalt der Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantien des Verkäufers und des Herstellers mit der Regelung des § 443 Derartiges versucht, aber dabei keine besonders glückliche Hand gehabt. Dahinter steckt freilich auch mangelnde wissenschaftliche Vorarbeit. Zu lange hat sich die Wissenschaft in die Feinheiten des Verschuldensprinzips verstrickt und die Ausarbeitung des Garantieprinzips vernachlässigt. Es gibt außerhalb des Versicherungsrechts keine einzige große Monographie zum Thema der Garantienhaftung. Im Versicherungsvertragsrecht sind dagegen die Beschreibung des Gegenstands des versicherten Risikos, dessen Einschränkungen durch Risikoausschlüsse und Obliegenheitsverletzungen deren Verletzung zur Befreiung des Versicherers führen können, sowie die summenmäßige Beschränkung der Leistungspflicht des Versicherers seit Jahrhunderten geübte und gesicherte Rechtspraxis. Auch andere selbstständige Garantieversprechen können kraft der Ver-

⁹⁵ Für die *selbstständigen* Garantieversprechen gilt, was *Canaris* (JZ 2001, 518) für die *immanente* Garantie bei Gattungsschulden sagt: Es ist grundsätzlich Sache des Schuldners, Beschränkungen des mit der Garantie übernommenen Risikos vertraglich hinreichend zum Ausdruck zu bringen. Für die *immanenten Garantien*, die sich aus dem dispositiven Recht ergeben, gilt dieser Grundsatz freilich nur sehr eingeschränkt, weil sich die Schuldner in der Regel des übernommenen Risikos – anders als bei den *selbstständigen* Garantien – gar nicht bewusst sind; deshalb sollte für diese das dispositive Recht eine sachgerechte Regelung enthalten, mit dem Inhalt dessen, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie sich des Problems bewusst gewesen wären (Fn. 10). Das kann natürlich einem Vertrag in der Regel auch schon im Wege ergänzender Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 entnommen werden, ohne dass dies als glatte „Fiktion“ abqualifiziert werden darf.

⁹⁶ Vgl. *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 161 ff.

⁹⁷ *Motive* II, 658 = *Mugdan* II, 367.

tragsfreiheit selbstverständlich genauso unter die verschiedensten Voraussetzungen gestellt und durch Entlastungsgründe für höhere Gewalt, unvermeidbare oder mit aller im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht vermeidbare Ereignisse bis zur Vorsatzgrenze entschärft werden. Entgegen verbreiteter Auffassung ist es auch keinesfalls unmöglich eine Garantiehaftung aufgrund ergänzender Vertragsauslegung zu konstruieren, wie die Begründung des BGB-Gesetzgebers (1900) zu § 538 a.F. (= § 536 a) zeigt.⁹⁸ Solange allerdings die Grundsätze der Garantiehaftung ein weitgehend unbearbeitetes Feld sind, ist die Scheu der Rechtsprechung vor solcher Haftungskonstruktion auch verständlich.

3. Immanente Garantieverprechen

a) Auf Grund des bloßen Leistungsversprechens, §§ 280 I, 311 a II 1

Wer von einem anderen einen bestimmten Erfolg versprochen erhält (z. B. die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer Kaufsache oder die Herstellung eines Werkes) und dieses Versprechen annimmt, hat gegen den anderen einen (Erwerbs-)Anspruch auf Herbeiführung dieses Erfolgs (§ 241 I) und, wenn weder der Schuldner selbst (§ 362 I) noch ein Dritter (§ 267) das Versprechen erfüllt, aus demselben Leistungsversprechen einen Anspruch auf das Geld-(Erfüllungs-)Interesse im Wert der versprochenen, aber nicht erbrachten Leistung. Dieser (Garantie-)Anspruch auf das Geldinteresse ist keine *petitio principii*⁹⁹ und bedarf auch keines „doppelten“ Versprechens neben dem Primärleistungsversprechen, sondern ist diesem immanent: der Schuldner haftet auf das Geldinteresse, weil er die Leistung versprochen und sein Wort zu halten hat. Das ist ganz einfach und klar, wenn der Schuldner zusätzlich erklärt hat, „er übernehme ergänzend eine Haftung in Form einer Geldzahlung für den Fall, dass er die Leistung nicht in Natur zu erbringen vermag“.¹⁰⁰ Einer derartigen zusätzlichen Erklärung bedarf es (jedenfalls hinsichtlich der Haftung auf das Erfüllungsinteresse) aber nicht, denn sie ergibt sich nicht bloß aus ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157, sondern schon aus dem dispositiven Recht sowohl der §§ 275 ff. a.F. als auch aus §§ 275, 280 ff., 311 a n.F., weil der Gläubiger auf Schadenersatz statt der Leistung (zumindest beschränkt auf das Erfüllungsinteresse) haftet, weil er nicht bloß die Primärleistung, sondern kraft der einheitlichen Obligation auch deren Geldinteresse versprochen hat ohne eine „zusätzliche Zusage“ oder einen sonstigen zusätzlichen Grund.

⁹⁸ Dazu unten II 5.

⁹⁹ So aber *Canaris*, JZ 2001, 506 im Anschluss an *Gudian*, NJW 1971, 1239; dagegen *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 31, 89f.; in FS Heldrich, S. 28 meint *Canaris* dagegen, die Garantie für die anfängliche Leistungsfähigkeit erfordere nicht zwei „selbstständige“ Versprechen, sondern „richtet sich in erster Linie auf die Erbringung der Leistung in der versprochenen Art, also in Natur, und enthält zusätzlich die Zusage zu der Leistung imstande zu sein und für den Fall, dass das nicht zutrifft, statt ihrer eine entsprechende Geldzahlung zu erbringen.“

¹⁰⁰ So *Canaris*, FS Heldrich, S. 32.

b) Umfang der Garantie: Erfüllungsinteresse

Das Erfüllungsinteresse (Geldinteresse), auf welches der Gläubiger kraft der dem Leistungsversprechen immanenten Garantie Anspruch hat, wenn der Schuldner den versprochene Leistungsgegenstand nicht erbringt – und wenn kein wirksamer Befreiungsgrund (z.B. nicht zu vertretende Unmöglichkeit) vorliegt – geht über das durch das ohne Verschuldenserfordernis gegebene Rücktrittsrecht und das dadurch gesicherte Gegenleistungsrisiko (Äquivalenzinteresse) nur insofern hinaus, als es dem Gläubiger auch den über den Wert der Gegenleistung hinausgehenden Mehrwert der Leistung garantiert, erfasst aber nicht den Schaden an anderen Rechtsgütern (Integritätsinteresse). Dieses Erfüllungs- oder Geldinteresse ist *kein* vom Schuldner verursachter *Schaden*,¹⁰¹ sondern der Wert der vom Schuldner versprochenen Leistung, der auf verschiedene Weise berechnet werden kann, als *Mehrwert* oder als *Aufwendungsersatz* des Gläubigers.

Hat der Gläubiger ein *günstiges Geschäft* gemacht – wie der Käufer der drei Hengste¹⁰² – und war die Leistung des Schuldners mehr wert (z.B. 100) als die vom Gläubiger versprochene Gegenleistung (z.B. 80), so erscheint das Geldinteresse des Gläubigers als Mehrwert (z.B. 20), den der Schuldner ersetzen muss, wenn er die Leistung nicht erbringt und von der einheitlichen Obligation nicht befreit ist.¹⁰³

Der Wert der Leistung des Schuldners kann auch durch die Höhe der Kosten berechnet werden, die der Gläubiger für ein *Deckungsgeschäft* aufwenden muss, um sich selbst den Leistungsgegenstand zu verschaffen, den der Schuldner versprochen, aber nicht geleistet hat. Das ist ganz deutlich, wenn der Gläubiger ein Leistungsurteil erstritten hat und sich im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO ermächtigen lässt, auf Kosten des Schuldners die erforderliche Handlung vornehmen zu lassen. Es ist aber auch nicht anders, wenn der Gläubiger ohne den Weg über § 887 ZPO ein Deckungsgeschäft vornimmt und die dafür erforderlichen *Aufwendungen* ersetzt verlangt.¹⁰⁴

Die *Abgrenzung* des Erfüllungsinteresses von sonstigen Nichterfüllungsschäden ist relativ einfach, wenn der Schaden an anderen Rechtsgütern eintritt, wenn z.B. infolge schädlicher Beimengungen in gekauftem Viehfutter die Tiere des Käufers verenden. Solche Mangelfolgeschäden können grundsätzlich nur aufgrund der Unrechtstatbestände der culpa in contrahendo und der positiven Forderungsverletzung über § 280 I im Falle der Verletzung einer *Schutzpflicht*

¹⁰¹ Dazu oben I 3 a, cc; ferner ausführlich *Sutschet* (Fn. 2), § 3 I; II 1 unter Darlegung der Missverständnisse, die aufgrund der *Mommsen'schen* „Lehre vom Interesse“ (Fn. 21) später zur Gleichsetzung von Schaden und Interesse geführt haben, insbes. auch zu der Vorstellung, der Anspruch auf das positive Interesse sei ein Schadensersatzanspruch auch hinsichtlich seiner Voraussetzungen; zutr. dagegen auch *Knüttel*, AcP 202 (2002), 555 ff., 573.

¹⁰² Vgl. Fn. 39 oder der Verkäufer in Pickers Beispiel vgl. Fn. 28.

¹⁰³ *Sutschet* (Fn. 2), § 3 V 1.

¹⁰⁴ *Sutschet* (Fn. 2), § 3 V 2; auch *Canaris* (FS Heldrich, S. 18) betrachtet die Kosten eines Deckungsgeschäftes nicht als Schaden, sondern rechnet die erforderlichen Aufwendungen dem Erfüllungsinteresse zu.

geltend gemacht werden.¹⁰⁵ In manchen Fällen ist die Abgrenzung schwierig, wenn infolge der Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäßer Erfüllung nur das Vermögen des Gläubigers geschädigt wird (entgangener Gewinn, Betriebsausfallschaden,¹⁰⁶ Vertragsstrafen gegenüber anderen). Die infolge der Lieferung eines behinderten Dackels erforderlich gewordenen Tierarztkosten des Käufers sind aber wohl als Mangelfolgeschäden (Integritätsinteresse) zu begreifen, weshalb sie schon außerhalb des grundsätzlich auf das Erfüllungsinteresse beschränkten Garantieanspruchs aus § 311 a II 1 liegen.¹⁰⁷ Eine genauere Abgrenzung kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erfolgen.¹⁰⁸

c) Ausschluss der Entlastungsgründe durch immanente Garantie auf Erfüllungsinteresse

Schwierig ist die schon mehrfach aufgeworfene Frage, ob die Entlastungsgründe der §§ 280 I 2, 311 a II 2 schon durch die vorgenannte, in jedem Leistungsversprechen steckende (immanente) Garantie auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen sind, weil der Schuldner die Nichterfüllung seines Versprechens bis zur Höhe des Geldinteresses der versprochenen Leistung stets zu vertreten hat oder ob diese Entlastungsgründe wegen mangelndem Verschulden nur in Fällen „besonderer“ Garantien¹⁰⁹ ausgeschlossen sein sollen. Im vor dem Jahre 2002 geltenden Recht des BGB waren die Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse im Falle anfänglich objektiver und nachträglich nicht zu vertretender Unmöglichkeit aus nicht überzeugenden Gründen¹¹⁰ ausgeschlossen, im Falle anfänglichen Unvermögens aber nicht. Über diese Rechtslage herrschten jedoch große Verwirrung und viele Meinungsverschiedenheiten. Der Modernisierungsgesetzgeber wollte die Unterschiede zwischen anfänglich objektiver und anfänglich subjektiver Unmöglichkeit sowie zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit möglichst beseitigen und alle Fälle einer gleichartigen

¹⁰⁵ Dazu III 1 b; III 5 b; zu Ausnahmen im Falle der Schlechtleistung vgl. unten III 2 b, bb; III 3 b; III 4 b; III 5 c.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch *Canaris*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 40 ff., 47; *ders.*, *FS Wiegand*, S. 236.

¹⁰⁷ Vgl. *BGH NJW* 2005, 2852 will diese Kosten jedoch offenbar dem Erfüllungsinteresse zurechnen, was *Hirsch* (*JURA* 2006, 122) für richtig hält mit der Begründung, es sei kein Schaden am Bargeld oder Vermögen entstanden, weil die Operation die Beseitigung des Sachmangels zum Ziel gehabt habe. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte der Klage auf das Erfüllungsinteresse stattgegeben werden müssen, weil der Ausschlussgrund des § 311 a II 2 durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen ist, dazu II 3 e; III 3 b, bb; ein Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden war jedoch abzuweisen, dazu III 1 und 5; dazu Fn. 81, 195, 211, 234.

¹⁰⁸ Vgl. *MünchKomm/Ernst*, *BGB*, § 280 Rn. 65; *Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, S. 384 ff.; *Schwab/Witt/Schubert*, *Examenswissen zum neuen Schuldrecht*, 2. Aufl., S. 201 ff. Richtig ist, dass das Begriffspaar Mangelschaden/Mangelfolgeschaden (dazu Fn. 67) nicht völlig unverändert in das modernisierte Recht übernommen werden kann, weil es sowohl seine Funktion in der Verjährungsfrage als auch in der Frage der Abgrenzung solcher Schäden, die als Folge der fahrlässigen Lieferung einer fehlerhaften Sache ersetzt verlangt werden können, verloren hat. Es bleibt jedoch auch weiterhin notwendig, das Erfüllungs- vom Integritätsinteresse abzugrenzen, ebenso *Canaris*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 40; *Erman/Westermann*, 11. Aufl., § 280 Rn. 14; *Palandt/Putzo*, 63. Aufl., § 437 Rn. 34 f.

¹⁰⁹ Dazu II 1 d.

¹¹⁰ Dazu Fn. 24, 30, 82, 83.

Verschuldenshaftung unterwerfen, woraus aber letztlich wegen der Anknüpfung an den Tatbestand der Nichterfüllung der Leistungspflicht (§§ 280 I 1, 311 a II 2) richtiger Ansicht nach doch eine *Garantiehaftung* geworden ist, die aber wegen Verbindung mit den Entlastungsgründen der §§ 280 I 2, 311 a II 2 jedenfalls nach Ansicht von *Claus-Wilhelm Canaris* als „Tatbestände vermuteten Verschuldens“ verstanden werden sollen. Nach der (subjektiven) Meinung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen sollten dem Schuldner daher wohl die Entlastungsmöglichkeiten der §§ 280 I 2, 311 a II 2 gewährt werden, sofern sich nicht aus dem „Inhalt des Schuldverhältnisses“ oder zusätzlicher Garantieerklärungen eine „besondere“ Garantiehaftung ergibt, kraft derer der Schuldner seine Nichterfüllung i. S. des § 276 zu vertreten hat. Der Wortlaut der §§ 280 I 2, 311 a II 2 ermöglicht freilich auch ein anderes Gesetzesverständnis, jedoch bedürfte dies wohl noch breiterer Anerkennung in der Literatur bevor es über die Rechtsprechung zu geltendem Recht werden kann. Vielleicht ist die Zeit für ein derartiges Rechtsverständnis erst reif, wenn gemeinsam mit den Repräsentanten anderer europäischer Rechtsordnungen gezeigt werden kann, dass auf dieser Grundlage auf diesem Gebiet eine von dem deutschen Vorurteil gegenüber der Gefährdungshaftung befreite europäische Rechtsvereinheitlichung möglich ist. Der internationale Trend geht jedenfalls in diese Richtung.¹¹¹

d) „Besondere“ immanente Garantien für Geld- und sonstige Gattungsschulden

Schon nach dem alten BGB (1900) waren vor allem Geld- und sonstige Gattungsschulden (§ 279 a.F.),¹¹² der Rechtskauf (§ 437 a.F.)¹¹³ sowie auf anfänglich subjektiv unmögliche Leistungen gerichtete Versprechen¹¹⁴ als Schuldverhältnisse anerkannt, denen eine weitergehende „besondere“ Garantiehaftung *immanent* ist, für welche der Schuldner also im Sinne des § 276 n.F. „aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses“ sein Leistungsvermögen zu vertreten hat, *weil er die Leistung versprochen und weil er sein Wort zu halten hat* und aus keinem weiteren zusätzlichen Grund;¹¹⁵ und von denen er sich nicht durch den Nachweis der anfänglichen oder nachträglich unverschuldeten Unmöglichkeit befreien konnte. Darüber hinaus hatte und hat der Schuldner auch nicht bloß bei Geld- und sonstigen Gattungsschulden, sondern auch in allen anderen Schuldverhältnissen seine *finanzielle Leistungsfähigkeit* und – abgesehen von den aner kennenswerten Fällen der missglückten Regelung des § 275 II¹¹⁶ – sein *subjektives Unvermögen* schon auf Grund seines Leistungsversprechens – als immanente Garantie – *unbedingt, d.h. ohne Entlastungsgründe* i. S. der neu ge-

¹¹¹ MünchKomm/Grundmann, BGB, § 276 Rn. 26 ff., 171; MünchKomm/Ernst, BGB, § 280 Rn. 19.

¹¹² *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 94 ff.

¹¹³ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 98 ff., 241 ff.

¹¹⁴ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 29 ff., 98 f., 122 f.

¹¹⁵ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 66 ff., 88 ff.; *Sutschet* (Fn. 2), § 5 II 1 c.

¹¹⁶ Dazu oben I 3 a, bb mit Fn. 26–28; vgl. dazu auch *Mugdan* II, 33, 536 f.; dazu auch Fn. 50.

schaffen §§ 280 I 2, 311 a II 2 zu vertreten.¹¹⁷ Trotz der Streichung des § 279 a.F. ergibt sich infolge des § 276 n.F. für das modernisierte Recht im Wesentlichen nichts anderes, weil sich „aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses“ (bzw. aus dessen „Natur“) – über die immanenten, in §§ 280 I 1, 311 a steckenden Garantien auf das Erfüllungsinteresse hinaus – grundsätzlich nicht bloß die Übernahme des *Beschaffungsrisikos für Gattungsschulden*,¹¹⁸ sondern auch eine Garantie für das finanzielle und sonstige persönliche Leistungsvermögen zur Erfüllung eines jeden Schuldverhältnisses ergibt.¹¹⁹ In solchen Fällen hat auch *Claus-Wilhelm Canaris* selbst schon immer angenommen, dass sich die Garantiehafung aus dem „Inhalt des Schuldverhältnisses“ (aus der „Natur der Schuld“, § 276 KF) ergebe, die neben der Verschuldenshaftung eine *zweite Spur* bilde.¹²⁰ Was sich aber schon aus dem Inhalt bzw. der „Natur“ des Schuldverhältnisses, also aus dispositivem Recht ergibt, bedarf gleichfalls weder eines „doppelten Versprechens“ noch einer „zusätzlichen Zusage“:¹²¹ Der Schuldner haftet auch in solchen Fällen, weil er versprochen und weil er sein Wort in Form des Verständnisses des dispositiven Rechts zu halten hat, weil sich die

¹¹⁷ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 403; dazu oben I 3 a, bb mit Fn. 26–28. Die Richtigkeit dieser Auffassung wurde mit dem Modernisierungsgesetz nicht in Frage gestellt, obgleich man eine klare Regelung dieser Art nicht schaffen wollte, „weil eine solche zwangsläufig ziemlich hart klingt“, so *Canaris*, JZ 2001, 519; dagegen *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 94 ff., 96; zutreffend auch *MünchKomm/Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 180.

¹¹⁸ *Canaris* hat in Fortentwicklung seiner in der FS Heldrich entwickelten Erkenntnisse in seinem Beitrag in der FS Wiegand (S. 179, 216 ff.; ähnlich schon in Karlsruher Forum (Fn. 6) S. 42 ff.) den Gedanken, dass mit der Eingehung einer Gattungsschuld in der Regel die Garantieübernahme für das Beschaffungsrisiko verbunden ist, verallgemeinert und auf Speziesschulden erstreckt, weil in § 276 n.F. der Satz stecke: „Ist der geschuldete Gegenstand vom Schuldner zu beschaffen, so hat dieser im Zweifel auch die Eingehung eines damit verbundenen besonderen Risikos zu vertreten.“ Der Satz soll sich nicht aus vertraglicher Auslegung gemäß §§ 133, 157 ergeben, sondern eine gesetzliche Auslegungsregel sein, die „im Zweifel“ gilt, sofern nichts anderes vereinbart ist und sich der Schuldner der „Notwendigkeit einer Beschaffung bewusst war“. Damit wird in der vorhergesagten Weise (*Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 93) auf der Grundlage des § 276 die für anfängliche Leistungshindernisse in § 311 a steckende Garantiehafung (mit Entlastungsgrund) auch für *nachträgliche* Leistungshindernisse in allen Fällen von Beschaffungsschulden erreicht (vgl. dazu das Beispiel in Fn. 198). Das Beschaffungsrisiko, das der Schuldner mit jeder Beschaffungsschuld übernimmt, ist im Grunde nichts anderes als das Risiko eines jeden Leistungsversprechens, wenn zurzeit und am Ort des Versprechens noch nicht unmittelbar geleistet werden kann, wenn also ein Distanz- und kein Handgeschäft (Platzgeschäft im Sinne *Pickers*, JZ 2003, 1035) vorliegt; in *Jherings* Worten: wenn der Schuldner mit seinem Versprechen die Zukunft diskontiert. Der Unterschied unserer zur Auffassung von *Canaris* reduziert sich damit auf die Frage, was das „besondere Risiko“ einer Beschaffungsschuld sein soll im Unterschied zu dem mit jedem Leistungsversprechen übernommenen Risiko.

¹¹⁹ Anders *Picker* u.a. Anhänger der Kraftanstrengungslehre und Opfertheorie, die im Zweifel jedes Leistungsversprechen unter den Vorbehalt stellen wollen, dass der Versprechende zu dessen Erfüllung nicht mehr finanzielle Mittel aufwenden muss, als er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gedacht hat; das würde zu der „unhaltbaren Konsequenz“ führen, dass jeder Vertrag unter einem für den Gläubiger unerkennbaren Vorbehalt des Schuldners stünde; dazu oben I 3 a, bb mit Fn. 26–28 sowie unten II 6 c.

¹²⁰ JZ 2001, 518 f.; dazu *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 94 Fn. 99. In der FS Wiegand, S. 179, 216 ff. hat *Canaris* diese zweite Spur weiter ausgebaut, vgl. Fn. 118.

¹²¹ Vgl. *Canaris*, FS Heldrich, S. 30, der aber in FS Wiegand (S. 218 f) die Garantiehafung aus dem übernommenen „besonderen“ Beschaffungsrisiko mit § 276 n.F. auch als „Auslegungsregel“ des objektiven Rechts begründen will; dazu Fn. 118 und Fn. 10.

Garantie danach aus „dem vertraglichen Versprechen selbst“¹²² ergibt. Und diese Geld- und Gattungsschulden immanente Garantie schließt jedenfalls auch die Entlastungsgründe der §§ 280 I 2, 311 a II 2 wegen mangelnder Kenntnis anfänglicher Leistungshindernisse oder mangelndem Verschulden hinsichtlich des zur nachträglichen Unmöglichkeit führenden Umstands aus, erfasst aber nicht das Risiko von *Mangelfolgeschäden* infolge fehlerhafter Lieferung von Sachen.¹²³

e) Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht

Auch das mit dem Modernisierungsgesetz neu geschaffene *Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht* stellt eine Garantiehaftung hinsichtlich des *Erfüllungsinteresses* dar, die letztlich daraus folgt, dass danach angenommen wird, Inhalt des Kaufvertrags sei nicht nur die mit dem Kauf individualisierte Sache, so wie sie ist, sondern mit den Eigenschaften, die sie haben soll (§ 433 I 2); der Verkäufer hat also die Sache mit ihren vereinbarten Eigenschaften versprochen und muss daher eine solche Sache auch liefern.¹²⁴ Liefert der Verkäufer eine fehlerhafte Sache, so ist er – auch wenn er einen anfänglichen Fehler weder kannte noch kennen musste – zur Nacherfüllung (Nachbesserung oder Nachlieferung) verpflichtet. Die in diesem Nacherfüllungsanspruch steckende (Garantie-)Haftung auf das *Erfüllungsinteresse* ist also (ausnahmsweise) zunächst nicht auf das *Geldinteresse*, sondern vorrangig auf Nacherfüllung gerichtet. Dieser (Nacherfüllungs-)Anspruch steht nicht unter dem Vorbehalt der Entlastungsgründe der §§ 280 I 2, 311 a II 2; der Verkäufer hat vielmehr den Fehler der Sache – jedenfalls im Umfang des Nacherfüllungsrechts – als jedem Sachkauf immanente Verkäufergarantie stets zu vertreten (i. S. des § 276); das gilt jedenfalls auch für Gattungsschulden, für welche die Garantie zur Lieferung von fehlerfreien Sachen mittlerer Art und Güte nicht aus dem übernommenen Beschaffungsrisiko abgeleitet zu werden braucht, weil sie sich schon aus dem allgemeinen Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht ergibt.¹²⁵ Ist der anfängliche Mangel allerdings nachbesserbar oder eine andere gleichartige Sache nachlieferbar, so ist der Anspruch auf das Geldinteresse statt der Leistung nicht aus § 311 a II 1 gegeben, vielmehr muss der Käufer nach § 281 vorgehen und Frist zur Nacherfüllung setzen. Liefert der Verkäufer nach Ablauf dieser Frist keine gleichartige fehlerfreie Sache oder bessert er die fehlerhafte Sache nicht vor Fristablauf nach, so kann der Käufer „unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1“ Schadensersatz statt der Leistung fordern. Verlangt der Käufer statt des Schadensersatzes Wandlung (= Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323), erhält er seinen Kaufpreis zurück, auch wenn der Verkäufer den anfänglichen Fehler weder kannte noch kennen musste und auch das Scheitern der Nachbesserung weder

¹²² So zutreffend *Canaris*, FS Heldrich, S. 33.

¹²³ *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62, 68; ebenso *Canaris*, FS Wiegand, S. 235; dazu II 3 e; III 5.

¹²⁴ *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62; *Schapp*, FS Kollhosser (2004), S. 619, 630; dazu III 1 a und Fn. 133; unrichtig *St. Lorenz*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 46), der das Nacherfüllungsrecht nicht als Garantiehaftung begreifen will.

¹²⁵ Vgl. auch *Canaris*, FS Wiegand, S. 231 ff.

vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat. Die Frage ist jedoch, ob er über dieses Äquivalenzinteresse hinaus auch das *Geldinteresse* in Höhe dessen, was der Wert der Kaufsache den Kaufpreis übersteigt, verlangen kann, ohne dass dem Verkäufer die Möglichkeit bleibt, sich dadurch von diesem Geldersatzanspruch zu befreien, dass er beweist, dass er den Fehler weder kannte noch kennen konnte (§ 311 a II 2) und auch das Scheitern der Nachbesserung nicht infolge Sorgfaltswidrigkeit herbeigeführt hat (§ 280 I 2). Wir meinen, dass der Verkäufer den Fehler der Kaufsache nicht bloß bis zum Nacherfüllungsversuch, sondern auch hinsichtlich des Geldwerts der versprochenen Kaufsache auch dann auf Grund des allgemeinen Gewährleistungsrechtes *zu vertreten* hat, wenn er ihn vor Kaufabschluss weder kannte noch kennen musste oder auch nachträglich weder schuldhaft verursacht oder schuldhaft nicht beseitigt hat.¹²⁶ Es wäre unsinnig dem Käufer als Gewährleistungsrecht einen Nacherfüllungsanspruch (ohne Verschulden des Verkäufers) zu geben, wenn die Nacherfüllung nicht gelingt, das Erfüllungsinteresse aber nur auf Grund eines „Verschuldens“ in Geld zu ersetzen.¹²⁷ In vielen Fällen wird der Verkäufer die Nacherfüllung deswegen (vorsätzlich) verweigern, weil sie ihm kostenmäßig zu aufwendig ist; der Gläubiger kann dann ohne weiteres das Geldinteresse verlangen ohne Rücksicht darauf, ob der Verkäufer den Fehler kannte oder kennen musste oder die Nacherfüllung hätte durchführen müssen oder nicht. Der Verkäufer haftet also stets auf das Erfüllungsinteresse (Geldinteresse), wenn die Nacherfüllung nicht gelingt. Die Haftung auf *Mangelfolgeschäden* setzt jedoch eine dieses Risiko umfassende Zusicherung der Eigenschaft voraus, deren Mangel den Schaden verursacht hat; die Garantiehaftung des allgemeinen Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrechtes umfasst derartige Schäden jedoch nicht; das gilt auch, wenn bei Gattungsschulden fehlerhafte Sachen geliefert werden, die nicht mittlerer Art und Güte sind, weil das dafür übernommene Beschaffungsrisiko allenfalls die Lieferung fehlerfreier Sachen, nicht aber den Ersatz von Mangelfolgeschäden erfasst.¹²⁸ Der Ersatz von Mangelfolgeschäden setzt daher grundsätzlich die (schuldhafte) Verletzung einer Schutzpflicht voraus.¹²⁹

¹²⁶ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 209f.; *dies.*, JZ 2004, 62, 65; ebenso wohl *Canaris* (FS Wiegand, S. 234), der die „aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses“ (bzw. aus dessen „Natur“) Haftung auf das Erfüllungsinteresse aus dem Nacherfüllungsrecht jedoch ausschließen will, wenn der Mangel „selbst bei optimaler Sorgfalt unerkennbar war“; dafür fehlt es jedoch an einem gesetzlichen Entlastungsgrund, denn die §§ 280 I 2; 311 a II 2 gelten dafür sicherlich nicht.

¹²⁷ Freilich könnte man fast mit demselben Recht sagen, dass es unsinnig ist, einen Erfüllungsanspruch (ohne Verschuldensvoraussetzung, anders nur *Schlossmann*, vgl. Fn. 18) zu geben, den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse aber mit einem Entlastungsgrund einzuschränken (vgl. oben I 3 a, aa vor Fn. 19 und II 3 c). Aber eine Rechtsordnung ist eben nicht bloß eine logische Ordnung, sondern ein historisch gewachsenes Gebilde, entstanden in Auseinandersetzung mit verschiedenen partikularen Interessen und belastet mit manchen Irrtümern, die nicht auf einen Schlag beseitigt werden können ohne mehr neue Irrtümer zu schaffen als alte zu beseitigen.

¹²⁸ *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62, 68; ebenso *Canaris*, FS Wiegand, S. 235.

¹²⁹ Dazu unten III 1 b; III 2 b, bb; III 5.

4. Zwischenformen einer Garantie kraft „zusätzlicher Zusage“

Wie *Claus-Wilhelm Canaris* zutreffend erkennt gibt es ferner Rechtsformen der Garantie, die nicht schon dem Leistungsversprechen des Schuldners immanent sind, die aber auch kein zweites (doppeltes) Leistungsversprechen in Form eines selbstständigen Garantieversprechens erfordern, in denen das dispositive Recht vielmehr an eine „zusätzliche Zusage“ (z. B. Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache) eine Garantiehaftung anknüpft.¹³⁰ Auch im Falle des arglistigen Verschweigens der Eigenschaft einer Kaufsache hält das dispositive Recht den Schuldner beim Wort undbürdet ihm eine Garantiehaftung auf,¹³¹ die über das bloße Leistungsversprechen und die diesem immanente Garantie auf das Erfüllungsinteresse hinausgehen und auch das Integritätsinteresse umfassen kann. In der Regierungsbegründung werden diese Tatbestände als „*unselbstständige Garantien*“ bezeichnet.¹³²

Die Garantieübernahme kraft „Zusicherung einer Eigenschaft“ oder sonstiger „zusätzlicher Zusagen“ ist eine Zwischenform zwischen dem Leistungsversprechen immanenter und selbstständiger Garantieverprechen, steht aber immanenten Garantien näher, weil sie kein selbstständiges Rechtsgeschäft erfordert.¹³³ Das macht auch die Parallele des § 463 a.F. zu § 536 a (= § 538 a.F.)

¹³⁰ FS Heldrich, S. 30; solche „Zusagen“ oder Zusicherungen können nicht nur auf die Eigenschaften einer Kaufsache, sondern auch auf sonstige Kenntnisse oder Fähigkeiten des Schuldners u.a. gerichtet sein, dazu Fn. 68; zur Rechtsnatur von Zusicherungen unten Fn. 133.

¹³¹ Die Erklärung der Arglisthaftung auf das Erfüllungsinteresse nach § 463 a.F. mit einer Straffunktion ist verfehlt; sie ist vielmehr als Garantiehaftung zu begreifen, so schon *Wolff*, JherJb 56 (1910); *Diederichsen*, AcP 165 (1965), 150, 161; *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Diss. Trier 2002, S. 173 f. Nach BT-Drs. 14/6040, 210 soll das arglistige Verschweigen eines Mangels allerdings als vorsätzliche Pflichtverletzung betrachtet werden, womit allerdings wieder, wie bei der anfänglichen Unmöglichkeit und dem anfänglichen Unvermögen, wenn die Haftung auf das Verschuldensprinzip gestellt werden soll, ein Bruch mit dem Grundsatz der Kausalität der Pflichtwidrigkeit entsteht (dazu Fn. 36), weshalb auch die Haftung im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels wie zu § 463 a.F. als Garantiehaftung erklärt werden muss. Dazu auch *Canaris*, FS Heldrich, S. 24 gegen *Medicus*.

¹³² BT-Drs. 14/6040, 237; dazu *Canaris*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 85. In BT-Drs. 14/6040, 210, 236 wird die in der Zusicherung einer Eigenschaft liegende Garantie – entsprechend § 463 a.F. – auf § 276 n.F. und den dortigen Begriff „Übernahme einer Garantie“ gestützt; damit ist unter „Übernahme einer Garantie“ i. S. des § 276 sowohl die Übernahme einer selbstständigen Garantie als auch die Garantien kraft „zusätzlicher Zusage“ i. S. des § 463 a.F. zu verstehen; auch die aus dem „Inhalt eines Schuldverhältnisses“ sich ergebenden immanenten Garantien sowie die Garantien aus dispositiven Recht (z. B. für Gattungsschulden, auch § 536 a) können auf § 276 n.F. gestützt werden, so dass die Vorschrift also sehr verschiedene Formen von Garantien enthält, was im Gesetz allerdings missverständlich formuliert wurde, weil an die Worte „Inhalt des Schuldverhältnisses“ ein „insbesondere“ statt eines „oder ...“ angefügt wurde; vgl. dazu *MünchKomm/Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 26–33; *Erman/Westermann*, 11. Aufl., § 276 Rn. 17 ff.

¹³³ Die Rechtsnatur der Zusicherung war bekanntlich von Anfang an streitig, vgl. *Planck/Knoke*, BGB-Kommentar, 4. Aufl., § 459 Anm. 2 a; *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., § 459 Anm. 5 a; § 463 Anm. 1 b; *Erman/Grunewald*, 10. Aufl. § 459 Rn. 38; herrschend wurde jedoch zu Recht die Auffassung, dass die Zusicherung eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist, die hinsichtlich der „Reichweite der Garantie“ der Auslegung unterliegt (*Diederichsen*, AcP 165 (1965), 150, 161; BGHZ 50, 200, 204; dazu *Pohlmann*, (Fn. 131), S. 177 f.; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 213). Die Zusicherung begründet aber kein selbstständiges Rechtsgeschäft, sondern erweitert nur die Haftung aus dem kaufrechtlichen Versprechen, verpflichtete nach früherem Recht den Verkäufer aber nicht

deutlich,¹³⁴ wonach der Vermieter für anfängliche Sachmängel (auch ohne die Zusicherung der fehlenden Eigenschaft) kraft dispositiven Rechts einer (immanenten) Garantiehftung unterfällt, die nach allgemeiner Meinung¹³⁵ auch das Integritätsinteresse des Mieters umfasst. Auch die in den §§ 442, 444 angesprochenen Garantien sollen im Sinne einer Garantie kraft zugesicherter Eigenschaft gem. § 463 a.F. verstanden werden,¹³⁶ welche als „Übernahme einer Garantie“ i. S. des § 276 n.F. zu begreifen sind, wonach der Schuldner i. S. der §§ 280 I 2, 311 a II 2 die Nichterfüllung der versprochenen Leistung stets zu vertreten hat, ohne die Möglichkeit der Entlastung wegen mangelnder Kenntnis des anfänglichen Leistungshindernisses oder mangelnder Sorgfaltspflichtverletzung hinsichtlich des zur nachträglichen Leistungsstörung führenden Umstands. Die „Reichweite“ (der Umfang) der Garantie kraft Zusicherung ist der Zusicherungserklärung im Wege der Auslegung zu entnehmen; sie kann einen Mangelfolgeschaden einschließen.¹³⁷ Wenn die Zusicherung auf das Erfüllungsinteresse beschränkt ist, besteht der Unterschied zu einem bloßen Leistungsversprechen allenfalls in der Geltung des Entlastungsgrundes. Unseres Erachtens¹³⁸ ist der Entlastungsgrund im Falle des Fehlers einer Kaufsache schon durch die Garantie des allgemeinen Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrechts ausgeschlossen; wer dem nicht folgen will, muss den Ausschluss jedenfalls annehmen, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

5. Custodia –Haftung

a) Kraft dispositivem Recht

Ein Gastwirt und ein Frachtführer haften für eingebrachte Sachen bzw. für das beförderte Gut kraft einer Garantiehftung des dispositiven Rechts (§ 701; § 425 HGB), die allerdings mit Entlastungsgründen und Höchstbetragsgrenzen eingeschränkt ist (§§ 701 III, 702; §§ 427, 431). Diese Haftungstatbestände scheinen aus der *custodia*-Haftung entwickelt worden zu sein,¹³⁹ der man den Gedanken entnehmen kann, dass dem „Inhalt eines Schuldverhältnisses“ nicht bloß eine Garantie für eine ordnungsgemäße Erfüllung von Leistungspflichten, sondern auch für die Nichtbeschädigung von Sachen und sonstigen Rechtsgü-

zu Erfüllung derart, dass er eine Sache mit den zugesicherten Eigenschaften zu leisten hatte, verschaffte vielmehr dem Käufer nur neben der Wandlung und Minderung auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

¹³⁴ Vgl. dazu unten im Text unter II 5 mit den Motiven des Gesetzgebers zu § 538 a.F.

¹³⁵ Erman/*Jendrek*, § 536 a Rn. 12.

¹³⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 237 Vorbemerkung zu § 443. Weshalb auch beantragt worden war, in den §§ 442, 444 den Garantiebegriff zu ersetzen durch die Formulierung: „... wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder dessen Abwesenheit zugesichert hat“ (BT-Drs. 14/6857, S. 61); dazu *Ehmann/Sutschet* (Fn.1), S. 215; *Canaris*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 81f.

¹³⁷ Dazu Fn. 133.

¹³⁸ Dazu oben II 3 e.

¹³⁹ Dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 7 I 2 c m.w.N; *Canaris* (*Handelsrecht*, 23. Aufl. 2000, § 33 Rn. 20) bezeichnet die Frachtführerhaftung gemäß § 425 HGB als „Obhutshaftung kraft Risikozurechnung“, die in der Gastwirthaftung nach § 701 BGB eine Parallele finde.

tern (des Integritätsinteresses) entnommen werden kann, die bei der Durchführung des Vertrags beschädigt werden können und für deren Beschädigung ohne solche Garantie grundsätzlich nur auf Grund einer schuldhaften Verletzung von Schutzpflichten (auf Grund von positiver Forderungsverletzung oder culpa in contrahendo) Ersatz verlangt werden könnte. Windscheid¹⁴⁰ glaubte solche Fälle, in denen eine Haftung des Schuldners ohne Verschulden eintritt, für solche Ereignisse annehmen zu können, in welchem der Schaden „durch eine gesteigerte persönliche Obhut und Fürsorge (*custodia* im technischen Sinne) hätte abgewendet werden können,¹⁴¹ so dass er nur wegen ‚*damnum fatale*‘, ‚*vis major*‘, ‚*casus cui resisti non potest*‘ nicht haftet“. Auch § 536 a I 1 1. Alt. n.F. (= § 538 a.F.) enthält eine (unbeschränkte) Garantiehaftung wegen anfänglicher Sachmängel der Mietsache, die dem Mieter einen auch das Integritätsinteresse erfassenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewährt. Diese Haftung des Vermieters für Schäden, die durch die anfängliche Mangelhaftigkeit der Mietsache verursacht werden, entspricht der Haftung des Verkäufers, welcher der Kaufsache fehlende Eigenschaften in der Form zugesichert hat, dass auch *Mangelfolgeschäden* in der Reichweite der Garantie liegen (§§ 463 a.F., 276 n.F.). Hinsichtlich der Rechtsgrundlage kommt in den Motiven zu § 538 a.F. (zu § 506 des 1. Entwurfs) zum Ausdruck, dass der Schadensersatz ohne Verschulden nicht nur gegeben sein soll, wenn eine Garantie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen worden ist, vielmehr im Zweifel schon aus einer „Unterstellung“ des dispositiven Rechts:¹⁴²

„Die Unterstellung, daß der Vermiether eine dem vertragsmäßigen Gebrauche des Miethers bedingende Tauglichkeit der Miethsache nicht blos versprochen, sondern zugleich stillschweigend garantirt hat, liegt in Rücksicht auf das Wesen des Miethvertrags sehr nahe.“

Die so begründete „besondere“ Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache schließt eine Entlastung des Vermieters gemäß § 311 a II 2 mit der Begründung aus, er habe den Fehler der Mietsache nicht gekannt und nicht erkennen können. Der Vermieter kann sich jedoch unter Umständen ganz oder teilweise dadurch entlasten, dass er nachweist, dass der eingetretene Schaden allein oder überwiegend oder nicht unwesentlich vom Schuldner selbst herbeigeführt worden ist (§ 254).¹⁴³

b) Kraft allgemeiner Grundsätze

Wenn solches für die Überlassung einer mangelhaften Mietsache gilt, liegt es natürlich nicht so fern, Entsprechendes anzunehmen, wenn ein Verkäufer eine

¹⁴⁰ (Fn. 10), § 264 N. 9; vgl. auch § 265 N. 2; § 375 N. 8; § 384 N. 6; § 389 N. 11; § 401 N. 2: wo die Haftung des Vermieters wegen Nachlässigkeit behandelt und gesagt wird, dass der Vermieter für die von ihm übergebenen Sachen eine besondere persönlichen Fürsorge und Obhut (*custodia*) übernehmen könne.

¹⁴¹ Ebenso *BGH NJW* 1991, 1542 für die Fürsorgepflicht eines Krankenhauses gegenüber den Patienten.

¹⁴² *Motive* II, 377; dazu *Pohlmann* (Fn. 131), S. 142ff.

¹⁴³ Dazu unter II 1 e.

fehlerhafte Sache leistet;¹⁴⁴ jedoch eine solche Analogie verbietet sich wohl angesichts des Ausnahmecharakters von § 536 a.¹⁴⁵ *Sutschet*¹⁴⁶ meint jedoch mit guten Gründen, dass man entsprechend den Grundsätzen der *custodia*-Haftung und der vorbildlichen Unterscheidung des französischen Rechts zwischen *obligations de moyen* und *obligations de résultat* nicht bloß zwischen verhaltens- und erfolgsbezogenen Hauptleistungspflichten (z. B. zwischen denen des Dienst- und Werkvertrags), sondern auch zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Schutzpflichten unterscheiden müsse und dass der Schuldner nicht nur hinsichtlich einer erfolgsbezogenen Hauptleistungspflicht einer Garantiehafung unterliege, sondern auch hinsichtlich des von erfolgsbezogenen Schutzpflichten geschützten Integritätsinteresses (Beschädigung von Personen, Sachen etc.).¹⁴⁷ Die Fälle positiver Forderungsverletzung und der *culpa in contrahendo*, in denen die Rechtsprechung schon lange den Klägern mithilfe einer *Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*¹⁴⁸ eine Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises verschafft,¹⁴⁹ könnten auf dieser Grundlage in einem kleinen Schritt nicht bloß zu Tatbeständen „vermuteten Verschuldens“, mit echter Beweislastumkehr, sondern auch zu Tatbeständen der Garantiehafung (mit Entlastungsgrund für mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung) gemacht werden, wodurch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben wäre, das prozessuale Instrument des Anscheinsbeweises zu einer echten Beweislastumkehrung zu machen.

6. Entlastungsgründe der Garantiehafung

a) Wegen höherer Gewalt, mangelndem Verschulden oder vereinbarter Haftungsausschlüsse

Die Garantiehafung kann – wie die außervertragliche Gefährdungshaftung – durch vertragliche oder gesetzliche Entlastungsgründe abgeschwächt werden, z. B. für die Fälle höherer Gewalt (*vis major*), unvermeidbarer Ereignisse (*damnum fatale*) oder auch der Beachtung aller oder gewisser Sorgfaltspflichten.¹⁵⁰ Solche Entlastungsgründe (*exemption-clauses*) sind im (dispositiven) deutschen Vertragsrecht – anders als bei der außervertraglichen Gefährdungshaftung – zwar selten, aber auch nicht gänzlich unbekannt. Auf die Regelungen der

¹⁴⁴ *Canaris* (JZ 2004, 2910) meint, die Miete sei mit der „Risikostruktur des Stückkaufs“ verwandt, weshalb man „für diesen schwerlich anders entscheiden könne als für jene“; das wurde von *Canaris* zwar nicht auf § 536 a I 1 1. Alt. bezogen, müsste, wenn die Prämisse stimmt, aber auch dafür gelten. Auch in DB 2001, 1815 hat *Canaris* schon darauf hingewiesen, dass der Verkäufer einer fehlerhaften Sache einer Garantiehafung unterliegen könne.

¹⁴⁵ Näheres dazu unter III 1 b; III 5.

¹⁴⁶ (Fn. 2), § 7 I 2 b; auch § 4 I 2; dazu *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 138 ff.

¹⁴⁷ Als Beispiele nennt *Sutschet* (Fn. 2, § 7 I 2 d) *BGH NJW* 1991, 1541 zu Sorgfaltspflichten des Krankenhauspersonals gegenüber Patienten; ferner die Sorgfaltspflicht des Betreibers einer Pkw-Waschanlage gegenüber ihren Nutzern.

¹⁴⁸ *Raape*, AcP 147 (1941), 217; *Palandt/Heinrichs*, 60. Auflage ●, § 282 Rn. 8ff. mit umfangr. Nachw. zur Rspr.; auch *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. ●, S. 371 ff.

¹⁴⁹ Dazu III 1 b; III 5.

¹⁵⁰ *Ehmann/ Sutschet* (Fn. 1), S. 91 f.

§§ 701 III, 702 BGB, 427, 431 HGB wurde schon hingewiesen. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat mit den §§ 280 I 2, 311 a II 2 – sofern man die Haftung aus §§ 280 I 1, 311 a II 1 wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht als Garantief Haftung begreift – zwei neue Entlastungstatbestände für diese Art der Garantief Haftung geschaffen.¹⁵¹ Im Übrigen ist zu wiederholen, dass sich aus der Eigenart der aufgezählten Garantief Haftungstatbestände deren Eigenart entsprechende Entlastungsgründe ergeben können. Für selbstständige Garantieverträge versteht es sich von selbst, dass sie grundsätzlich nur den gegebenen Garantief Versprechen selbst entnommen werden können. *Claus-Wilhelm Canaris*¹⁵² macht völlig zu Recht darauf aufmerksam, dass sie in der Praxis häufig mit Formulierungen wie „nach bestem Wissen“ oder „sorgfältiger Prüfung“ eingeschränkt werden. Eine allgemeine Regelung des dispositiven Rechts, dass im Zweifel die Haftung für höhere Gewalt oder unabwendbare Ereignis ausgeschlossen ist, wäre zwar denkbar, gibt es im deutschen Recht aber bisher nicht; notfalls bleibt nur die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Wie schon angedeutet kennt das Versicherungsrecht mit seinen Regelungen für Gefahrerhöhung und Obliegenheitsverletzungen und seinen Ausschlussgründen für vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls – oft zum großen Ärger der Versicherten – eine große Zahl von Befreiungsgründen, zumeist in Form leistungsbefreiender Obliegenheitsverletzungen (vgl. z. B. §§ 6, 16 ff., 152 VVG), die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen für die verschiedenen Versicherungsverträge etwas verschieden ausgestaltet sind, sämtlich aber den versprochenen Versicherungsschutz (also die Garantie für ein bestimmtes Schadensereignis) unter einschränkende Voraussetzungen stellen.

b) Für Gattungsschulden

Für das grundsätzlich mit einer Gattungsschuld übernommene Beschaffungsrisiko kann es aus der „Natur der Sache“ keinen Entlastungsgrund für mangelndes Verschulden oder mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung entsprechend §§ 280 I 2, 311 a II 2 geben. Die erforderliche Begrenzung muss für Gattungsschulden vielmehr im Wege der Auslegung aus der Art des übernommenen Beschaffungsrisikos entnommen werden. Auf diese Weise können die Leistungshindernisse infolge von Naturkatastrophen, Krieg, Einfuhrverboten etc. ausgeschlossen werden. Allerdings muss auch hinsichtlich solcher Ereignisse beachtet werden, ob der Schuldner mit seinem Leistungsversprechen zur gegebenen Zeit und den gegebenen Umständen dieses „besondere Risiko“ übernommen hat, was ausgeschlossen werden kann, wenn es nicht voraussehbar war oder ein ordentlicher Kaufmann nicht damit rechnen musste.¹⁵³

¹⁵¹ Zur Frage, ob und inwieweit diese Entlastungsgründe wegen mangelndem Verschulden durch „besondere“ Garantien, nach denen der Schuldner die Nichterfüllung i. S. des § 276 auch ohne Verschulden zu vertreten hat, ausgeschlossen sind, vgl. oben II 1 d, II 2–5 und den nachstehenden Text.

¹⁵² FS Heldrich, S. 31.

¹⁵³ So zutr. *Canaris*, FS Wiegand, S. 179 ff., 241 f.

c) Keine Opfergrenze für Geldschulden

Für Geldschulden muss es jedoch – so hart es klingen mag – bei dem Satze bleiben, dass der Versprechende es zu haben hat.¹⁵⁴ Das gilt auch für das finanzielle Leistungsvermögen und den Kredit, der als Voraussetzung der Erfüllung anderer Schulden erforderlich ist. Alle aus der *Kraftanstrengungslehre*¹⁵⁵ und der darauf aufgebauten sog. *Theorie der Opfergrenze* abgeleiteten entgegengesetzten Vorstellungen sind für erfolgsbezogene Schuldverhältnisse wie die Hauptleistungspflichten aus Kauf- und Werkverträgen entschieden abzulehnen.¹⁵⁶ Die „Opfergrenze“ des Schuldners im Falle der Nichterfüllung der Leistung wird durch das Zwangsvollstreckungsrecht und das Gläubigerinteresse gebildet, das die Höhe seiner Schadensersatzforderung begrenzt. Wenn der für 100 gekaufte Ring, der in den Teich gefallen ist, 200 wert war, scheitert der Käufer mit der Zwangsvollstreckung des Primärleistungsanspruch an § 883 ZPO, eine Vollstreckung gemäß § 887 ZPO ist nicht möglich (§ 887 III ZPO) und sein Schadensersatzanspruch ist auf 200 begrenzt, weil ein höherer Schaden nicht eingetreten ist. Die Regelungen der §§ 275 II und III können und sollten daher ersatzlos wieder gestrichen werden.¹⁵⁷

¹⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 132; dazu MünchKomm/Grundmann, BGB, § 276 Rn. 180; dazu Fn. 117.

¹⁵⁵ Wonach der Schuldner aufgrund der Obligation nicht zu dem versprochenen Leistungserfolg (dem *Bekommensollen* (Planck/Siber, vor § 241 Anm. III): z.B. von Besitz und Eigentum an der Kaufsache; dem versprochenen Werk), sondern nur zu der diesem Zweck dienenden (Leistungs-) *Handlung* (dem *Leistensollen*: der Verschaffungshandlung, der Herstellungshandlung) verpflichtet sei und das nur insoweit, als er die körperlichen, geistigen und finanziellen Kräfte aufzuwenden hat, die im Verkehr zur Erreichung des versprochenen Erfolgs (im Normalfall) erforderlich seien; zu „überobligationsmäßigen“ Anstrengungen soll der Schuldner nach dieser Lehre nicht verpflichtet sein. Jenseits dieser erforderlichen Sorgfalt sei der Schuldner befreit. Vgl. *Hartmann*, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1875; *Ubbelohde*, AcP 85 (1896), 118 ff.; *Klein- eidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, S. 14; *ders.*, JherJb 43, 110 ff.; *Brecht*, JherJb 53, 219 ff.; *Titze*, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, 1900, S. 2 ff.; in neuerer Zeit: vor allem *Jakobs* (Fn. 25), S. 75 ff., 82 ff., 103 ff., 196 ff.; ihm folgend *Picker*, JZ 2003, 1035; *Wilhelm*, DB 2004, 1599; etwas differenzierend auch *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, S. 120; *ders.*, FS Gaul, S. 232 f.; dagegen jedoch klar *Canaris* (JZ 2004, 214, 223 f. mit Fn. 92) mit Hinweis auf die Erfolgsbezogenheit der Sachschuld und die der Kraftanstrengungslehre entgegenstehende Lit. und Rspr; dazu *Sutschet* (Fn. 2), § 2 II 3; III 6; § 6 III 2 c (3) m. w. N.

¹⁵⁶ Inwieweit die Kraftanstrengungslehre für handlungsbezogene Schuldverhältnisse wie Dienstleistungspflichten und Unterlassungen eine Berechtigung hat, bedarf einer gesonderten Untersuchung. Überwiegend wird die Kraftanstrengungslehre jedoch generell abgelehnt, so vor allem von *Planck/Siber*, 1914, Vorbem. III § 241; *Siber*, Grundriss Schuldrecht, 1931, S. 12; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 14. Auflage, S. 7; *H. Lehmann*, Unterlassungspflicht, 1906, S. 59 f.; *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, 1929, S. 402 f.; dazu oben I 3 a, bb; ablehnend ferner: *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 94 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, 14. Auflage 1987, S. 8; *Palandt/Heinrichs*, § 275 Rn. 13; *Staudinger/Löwisch*, BGB, § 275 Rn. 52; *Soergel/Wiedemann*, § 275 Rn. 52 f.; *G. H. Roth*, JuS 1968, 106 f.; nicht zuletzt auch *Canaris*, JZ 2004, 214, 223 f. (gegen *Picker*) mit zutr. Hinweis auf die Erfolgsbezogenheit der Sachschuld und umfäng. w. N. in Fn. 92; *ders.* schon *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 19 f. gegen *Jakobs und Huber*; grundsätzlich ablehnend auch *Heck* (Fn. 9), § 32, der freilich mit der Lehre von der Opfergrenze (§ 28) und seinem diese erklärenden Ringbeispiel doch den Prinzipien der Kraftanstrengungslehre folgt, was auch *Canaris*, der das Beispiel zur Begründung der Regelungen des § 275 II und III verwendet hat, nunmehr erkennt, JZ 2004, 214, 222 (Fn. 86).

¹⁵⁷ Vgl. *Ehmann/Sutschet*, S. 41 ff., dort (S. 43, 45 f.) auch zum Beispiel der Sängerin mit kranken Kind, das der Regelung des § 275 III zu Grunde liegt.

d) Kombination des Garantie- mit dem Verschuldensprinzip

Mit den Entlastungsgründen wegen mangelnden Verschuldens erfolgt in der Tat eine Verbindung des Garantie- mit dem Verschuldensprinzip, die als Haftungstatbestand für „vermutetes Verschulden“¹⁵⁸ oder als Garantiehaftung mit Entlastungsgrund verstanden werden kann, aber jedenfalls keine „Anomalie“¹⁵⁹ darstellt. Als Tatbestände vermuteten Verschuldens sind z.B. die §§ 831, 832, 833 S. 2 zu verstehen, aber in diesen Fällen gehört die Verletzung der Auswahl- oder Aufsichtspflicht zum Haftungstatbestand und es ist lediglich die Beweislast für das mangelnde Verschulden umgekehrt worden. In den Fällen einer Garantiehaftung besteht der haftungsbegründende Tatbestand jedoch im Garantieverprechen des Schuldners und es liegt streng genommen – ebenso wie nach richtigem Verständnis des § 282 a.F. – keine Beweislastumkehrung vor, vielmehr muss der Schuldner gemäß den allgemeinen Grundsätzen die Tatbestandsvoraussetzungen seines Entlastungsgrundes beweisen. Weil das Verschulden in den Fällen der §§ 831 ff. zum Unrechtstatbestand gehört, kann sich der Schuldner auch nicht nur dadurch entlasten, dass er beweist, dass ihn keine Auswahl- oder Aufsichtspflichtverletzung trifft, sondern auch dadurch, dass er beweist, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er die Sorgfaltspflicht beachtet hätte. Auch Entlastungsgründe von der Garantie- oder Gefährdungshaftung, die den Schuldner bei mangelnder Sorgfaltspflichtverletzung befreien, können ihn trotz festgestellter Sorgfaltspflichtwidrigkeit *auch* befreien, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung *nicht* kausal für den eingetretenen Schaden geworden ist, sie müssen es aber nicht, wenn die Kausalität der Pflichtwidrigkeit nicht zum Haftungstatbestand gehört. Im Falle des § 311 a II 2 kann der Schuldner jedenfalls nicht einwenden, er habe das Leistungshindernis zwar gekannt oder kennen müssen, der Gläubiger hätte den Vertrag aber auch geschlossen, wenn er ihn über die gegebenen Umstände informiert hätte. Auch kann ein Schuldner wohl nicht einwenden, er habe die verkaufte Sache zwar nicht ordentlich verwahrt, aber sie wäre auch gestohlen worden, wenn er das Lager abgeschlossen hätte. Weil das „Verschulden“ nicht zum Haftungstatbestand gehört, vielmehr einen Entlastungstatbestand für den Schuldner begründet, ist es auch kein „echtes“ Verschulden, sondern ein *Verschulden gegen sich selbst*; die Sorgfaltspflichtverletzung, welche in solchem Falle das Verschulden (gegen sich selbst) begründet, ist keine Pflicht

¹⁵⁸ Vgl. *Canaris*, FS Heldrich, S. 31, 35; *ders.*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 51 mit der Einsicht, dass es auch möglich sei, die Haftungstatbestände als (eingeschränkte) Garantiehaftung zu verstehen, was aber nur einen anderen gedanklichen Ansatz darstelle ohne zusätzlichen Erklärungswert; vgl. auch *Staudinger/Otto* (13. Aufl. 2004, § 280 Rn. D 2), der in § 280 I 2 nicht bloß eine Beweislastregelung, sondern einen Entlastungsgrund entspr. § 831 I 2 und § 18 StVG sehen will, der zu einer Abschwächung des Verschuldensprinzips führe.

¹⁵⁹ So aber *Katzenstein*, JR 2003, 451; krit. auch *v. Olshausen*, ZIP 2002, 239; *Harke*, AcP 205 (2005), S. 82; vgl. ferner *Schapp*, FS Kollhosser, S. 623. Wir hatten (in: *Modernisiertes Schuldrecht*, S. 30, 122 ff, 125; ebenso in *JZ* 2004, 66) nicht die Verbindung einer Garantiehaftung mit einem Entlastungsgrund kritisiert (vielmehr § 311 a als solche betrachtet), sondern nur, dass die Reformer den Ersatzanspruch nicht als Garantiehaftung, sondern als verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch verstanden haben wollten, was *Canaris* (FS Heldrich, S. 29 Fn. 61 ff.) wohl missverstanden hat.

gegenüber dem Gläubiger,¹⁶⁰ sondern gegenüber sich selbst, also eine *Obliegenheit*, deren Verletzung dem Schuldner die Rechtswohlthat des Befreiungsgrundes nimmt. Die Kausalität der Obliegenheitsverletzung kann wie z. B. § 6 III VVG zeigt auch Voraussetzung der Leistungsbefreiung des Garanten sein, muss es aber nicht und tut es gemäß §§ 280 I 2, 311 a II 2 nicht, weil eine Pflichtwidrigkeit und deren Kausalität nicht Voraussetzung der Haftungstatbestände sind und die Entlastungsgründe – anders als die §§ 831 bis 836 – die mangelnde Kausalität der Pflichtwidrigkeit nicht als Befreiungsgrund ansehen.

Der Unterschied von Haftungstatbeständen für „vermutetes Verschulden“ und Garantiehaftungstatbeständen mit Entlastungsgründen ist jedoch nicht bloß eine verschiedene Bezeichnung derselben Sache oder Ausdruck einer verschiedenen dogmatischen Konstruktion ohne erheblichen praktischen Unterschied und ohne zusätzlichen Erkenntniswert, die verschiedene materiell-rechtliche Qualifikation ist vielmehr der wahre Erklärungsgrund für die verschiedenen Beweislastregelungen.¹⁶¹ Soweit freilich eine *Tatsachenvermutung* kraft Gesetzes angeordnet ist, wie zum Beispiel in §§ 831 bis 836 oder durch „... es sei denn, dass ...“-Formulierungen ist gleichfalls eine volle Beweislastumkehr gegeben, die nur durch vollen Gegenbeweis widerlegt, nicht aber durch die Erschütterung der Vermutung entkräftet werden kann.¹⁶² In den §§ 280 I, 311 a II können also Garantiehaftungstatbestände mit Entlastungsgründen gesehen werden, aber nur hinsichtlich des Erfüllungsinteresses im Falle der Nichterfüllung des Leistungsanspruchs, nicht aber hinsichtlich des Integritätsinteresses, also nicht für Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden.¹⁶³

III. Nichterfüllung und Schlechtleistung des Verkäufers

Zur Untersuchung der Frage, ob die Regelungen der §§ 280ff. wegen Nichterfüllung des Leistungsversprechens entsprechend § 311 a gleichfalls als (Garantie-)Haftungstatbestände mit Entlastungsgrund (§ 280 I 2) verstanden werden können und ob damit also wirklich eine Gleichbehandlung der Haftung für anfängliche und für nachträgliche Unmöglichkeit erreicht wurde, seien die Fälle der Nicht- und Schlechterfüllung eines Verkäufers – mit und ohne Zusicherung der fehlenden Eigenschaft – herausgegriffen, die allerdings wegen der verwirrenden Struktur der §§ 280ff., insbesondere der unglücklichen „Pflichtverletzungs-

¹⁶⁰ *Sutschet* (Fn. 2), § 2 I 2 a (3) (a); ebenso wohl auch *Canaris* (FS Heldrich, S. 36), wenn er sagt, „eine ‚Pflichtverletzung‘ i. S. v. § 280 I 1 setzt § 311 a II nicht voraus.“

¹⁶¹ Vgl. dazu auch *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 17, der die verhaltensbezogene Auffassung – auch im Hinblick auf die internationale Entwicklung (Rn. 19) – ablehnt (Rn. 15), aber auch erkennt, dass für eine Verschuldenshaftung eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung unverzichtbar ist und diese in den Entlastungsgrund des § 280 I 2 hineinlegt, was dann dem richtig verstandenen alten Recht (dazu I 3 a und I 4 c) entspricht, letztlich aber eine Garantiehaftung mit Entlastungsgrund ist, freilich auch als Haftung für vermutete objektive Sorgfaltspflichtverletzung bezeichnet werden könnte.

¹⁶² Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., S. 655 f., 664; *Musielak/Förste*, ZPO (●), § 286 Rn. 34 ff.; dazu unten III 1 b, III 5 c.

¹⁶³ Dazu unten III 1 b; III 5 c.

terminologie“ und deren Überlagerung mit dem Nacherfüllungsanspruch des § 439 sehr schwierig sind und daher etwas schulmeisterlich durchdekliniert werden müssen, weil ansonsten die Gefahr von Missverständnissen sehr groß ist.

1. Überkommene Grundsätze zur Schlechtleistung

a) Allgemeine Grundsätze

Vor der Reform herrschte die Auffassung, dass der Verkäufer seine Verpflichtung mit der Lieferung einer fehlerhaften Speziessache erfüllt, weil die Eigenschaften der Kaufsache nicht zum Inhalt des Kaufvertrags gerechnet wurden; der Käufer war auf Wandlung und Minderung beschränkt, konnte auf Grund des Leistungsversprechens also *nicht* die Leistung einer fehlerfreien Sache verlangen, folglich auch nicht das Erfüllungsinteresse als Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Nach § 306 a.F. hätte an sich ein Fall objektiver Unmöglichkeit mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags vorgelegen, aber man betrachtete die §§ 459 ff. als spezielle Regelungen, so dass der Käufer auch ohne Verschulden des Verkäufers wandeln und mindern konnte, statt bloßer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht, freilich auch im Falle der Fahrlässigkeit des Verkäufers ohne den Schadensersatzanspruch aus § 307 a.F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung konnte der Käufer gemäß § 463 a.F. nur verlangen, wenn der Fehler arglistig verschwiegen oder die fehlende Eigenschaft zugesichert worden war. Dieser Anspruch aus § 463 a.F. sollte im Falle der Arglist und je nach Art der Zusicherung (Auslegungsfrage) auch Mangelfolgeschäden umfassen. Für den Fall bloß *fahrlässiger* Schlechtleistung wurde § 463 a.F. eine Sperrwirkung für Schadensersatzansprüche entnommen, die den Käufer auf Wandlung und Minderung beschränkte, allerdings nur, sofern der Verkäufer nicht über die bloß fahrlässige Schlechtleistung hinaus Untersuchungs-, Aufklärungs- und sonstige Sorgfaltspflichten gegenüber dem Käufer verletzt hatte und sofern nicht Mangelfolgeschäden entstanden waren.¹⁶⁴ Dieser Ausschluss der Fahrlässigkeitshaftung für Mangelschäden sollte mit der Streichung des § 463 a.F. und der Regelung des § 433 I 2 beseitigt, im Übrigen aber die durch die Rechtsprechung geschaffene Rechtslage nicht verändert werden.¹⁶⁵

b) Grundsätze zur Haftung für Mangelfolgeschäden

aa) Hubers Behauptungen

Abgesehen davon, dass die Regierungsbegründung nicht das Gesetz ist, sondern allenfalls ein Hilfsmittel für dessen Verständnis,¹⁶⁶ war aber auch die zu-

¹⁶⁴ Diese Beschränkung der positiven Forderungsverletzung auf den Ersatz von Mangelfolgeschäden erfolgte freilich erst durch die Entscheidung RG DR 1941, 637 – Bongossiholz; bestätigt durch BGHZ 77, 215; vor 1941 war die Haftung aus positiver Forderungsverletzung nicht auf Mangelfolgeschäden beschränkt vgl. RGZ 52, 18 – nasser Roggen; 53, 200 – Saathafer; 117, 315 – Gasdruck; freilich betreffen die zitierten Fälle sämtlich Mangelfolgeschäden.

¹⁶⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 224.

¹⁶⁶ *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 7ff.

vor bestehende Rechtslage umstritten und einige Außenseitermeinungen wirken auch nach, insbesondere, wenn sie (teilweise) vom Modernisierungsgesetzgeber übernommen worden sind. So hat z. B. *Huber* auf der Grundlage der von ihm schon zum alten Recht vertretenen *Nichterfüllungstheorie*¹⁶⁷ behauptet, bei der Haftung für Mangelfolgeschäden bestehe die „Pflichtverletzung des Verkäufers in der Lieferung einer mangelhaften Sache“,¹⁶⁸ also in der „schuldhaften Schlechtlieferung“,¹⁶⁹ nicht aber – wie ganz überwiegend gedacht wurde¹⁷⁰ – in der schuldhaften Verletzung einer Untersuchungs-, Informations- oder sonstigen Schutzpflicht: „Daß der Verkäufer eine über die Lieferung der mangelhaften Sache hinausgehende ‚Verhaltenspflicht‘ verletzt ist nicht erforderlich“;¹⁷¹ ferner: „Darauf ... kommt es nicht an“.¹⁷² Diese von *Huber* aufgestellten Behauptungen werden jedoch weder durch die von ihm dafür zitierten noch durch irgendeine andere Entscheidung des RG oder des BGH gestützt.¹⁷³ Seine Auffassung hat dennoch deswegen eine gewisse Bedeutung behalten, weil sie durch die unsägliche „Pflichtverletzungsterminologie“ des § 280 I für manche¹⁷⁴ eine Begründung dafür zu sein scheint, im modernisierten Recht die Rechtsgrundlage für den Ersatz von Mangelfolgeschäden infolge Schlechtleistungen

¹⁶⁷ Soergel/*Huber*, 12. Auflage 1999, vor § 459 Rn. 145 ff.; zu deren Bedeutung für *Hubers* Begründung der positiven Forderungsverletzung vgl. Rn. 64 a.a.O.

¹⁶⁸ Soergel/*Huber*, § 463 Rn. 8 mit dem im Text wiedergegebenen aus *BGH WM* 1989, 575, 577 übernommenen Zitat.

¹⁶⁹ Soergel/*Huber*, vor § 459 Rn. 41 mit dem im Text wiedergegebenen aus *BGHZ* 101, 399 übernommenen Zitat.

¹⁷⁰ Vgl. statt aller Palandt/*Putzo*, 60. Aufl., vor § 459 Rn. 6.

¹⁷¹ Soergel/*Huber*, § 463 Rn. 6 gestützt mit dem Zitat *BGH WM* 1989, 575, 577. Darin heißt es zwar, dass der Senat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (zitiert werden: *RGZ* 53, 200, 201; 66, 289, 290; *DR* 1940, 638; *RGZ* 161, 330, 337) schon mehrfach entschieden habe, dass „ein Schadensersatzanspruch des Käufers aus positiver Vertragsverletzung auch dann bestehe, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers in der Lieferung einer mangelhaften Sache liegt und ihn daran ein Verschulden trifft.“ Diese Formulierung ist jedoch in der entsprechenden Formulierung des Reichsgerichts aus dieser Zeit begründet, in welcher die positive Vertragsverletzung noch auf § 276 gestützt wurde und es die Begriffe und Vorstellungen von Schutz- und Verhaltenspflichten noch gar nicht gab und unter dem Verschulden der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden wurde. So heißt es z. B. *RGZ* 66, 289, 291 – Pferdefutter mit Rizinus: „Die Rechtsprechung, welche neben Gewährleistungsansprüchen im Falle der Lieferung einer nur der Gattung nach bestimmten mangelhaften Sache dem Käufer auch einen Anspruch auf Ersatz des ihm in Folge der Mangelhaftigkeit entstandenen Schadens zuerkennt, gründet sich im wesentlichen auf den in § 276 BGB ausgesprochenen Grundsatz, daß der Schuldner mangels anderweitiger Bestimmung Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe.“ In *RGZ* 52, 200, 201 – Saathafer heißt es, dass der Kläger auf Grund der aus § 276 bestehenden Haftung „Ersatz des durch die schuldhafte Lieferung einer mangelhaften Ware verursachten Schadens verlangen“ kann und dieses „Verschulden“ wird damit begründet, dass die Verkäuferin „die von ihr aufzuwendende Sorgfalt dadurch gröblich verletzt habe, dass sie den Hafer weder gereinigt noch untersucht habe.“

¹⁷² Soergel/*Huber*, vor § 459 Rn. 41 in Fn. 15 gestützt mit dem Zitat *WM* 1989, 577 (wie in Fn. 171) und *BGHZ* 101, 337, 339. Auch in *BGHZ* 101, 337, 339 ist der Terminus „traf die Schlechtleistung“ nur in dem Zusammenhang verwendet worden, dass nach der gefestigten Rechtsprechung Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung „unter dem Gesichtspunkt schuldhafter Schlechtlieferung einer Kaufsache insoweit in Betracht kommen, als ...“.

¹⁷³ Vgl. auch die von Staudinger/*Honsell*, BGB vor § 459 Rn. 78 zitierte umfangreiche Judikatur.

¹⁷⁴ Vgl. *St. Lorenz*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 18, 34.

nicht nur in der Schutzpflichtvariante des § 280 I, sondern wegen „Verletzung der Leistungspflicht“ auch in der Leistungspflichtvariante des § 280 I und/oder auch wegen nicht ordnungsgemäßer Erfüllung der Leistungspflicht in den §§ 281, 283 zu finden¹⁷⁵ mit der Folge, dass der Käufer nur die Schlechtleistung und den dadurch verursachten Mangelfolgeschaden darzulegen und zu beweisen hätte und dem Verkäufer die Beweislast unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises (Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen) gemäß § 280 I 2 für seine mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung voll aufgebürdet wäre. Praktisch wird mit dieser Ansicht auf der Ebene des materiellen Rechts die hier vertretene Auffassung einer Garantiehaftung des Schuldners für sein Leistungsversprechen (mit Entlastungsgrund für mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung) vom Erfüllungsinteresse auf das *Integritätsinteresse* erstreckt. Der Verkäufer würde damit haften wie ein Vermieter für anfängliche Mängel der Mietsache (§ 536 a) oder wie ein Verkäufer, der die Mangelfreiheit mit der Reichweite von Mangelfolgeschäden zugesichert hätte, freilich noch begünstigt durch den Entlastungsgrund des § 280 I 2.

Gegen *Huber* sprechen jedoch nicht nur die von ihm selbst zur Begründung seiner Auffassung gelieferten Zitate, sondern ganz schlicht auch die juristische Logik, nach welcher es eine „schuldhafte Schlechtleistung“ ohne Schutz- oder objektive Sorgfaltspflichtverletzung nicht geben kann, weil es keine Rechtswidrigkeit ohne Verschulden gibt.¹⁷⁶

bb) Grundsätze der Beweislastverteilung

Eindeutig gegen die Auffassung *Hubers* sprechen auch alle Entscheidungen, mit denen das RG ursprünglich Schadensersatzansprüche des Käufers aus positiver Vertragsverletzung gegen den Verkäufer begründete, wobei darin auch stets der Grundsatz heraus gestellt wurde, dass nach der rechtlichen Konstruktion der positiven Vertragsverletzung das „vorsätzliche oder fahrlässige Handeln den besonderen und selbstständigen Grund des Schadensersatzanspruchs“ bilde, „den derjenige, der ihn erhebt, zu beweisen hat“.¹⁷⁷ Schon in zwei Selterwasser-Entscheidungen in den Jahren 1908 und 1912 hat das RG¹⁷⁸ jedoch

¹⁷⁵ Dazu III 3 a; III 5 c.

¹⁷⁶ Vgl. oben I 4 a; ebenso gegen *Huber* schon Staudinger/*Honsell*, 13. Auflage 1995, BGB vor § 459 Rn. 80: „Eine Fahrlässigkeit per se gibt es nicht“ und: „Huber verkennt, daß die mangelhafte Lieferung für sich allein betrachtet niemals ein Verschulden darstellt, wenn man nicht eine Untersuchungspflicht (usw.) vorschaltet. Daß das RG und der BGH in einer fast 90-jährigen Rspr. die Haftung des Verkäufers niemals auf diesen Gesichtspunkt gestützt hätten, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend und im Übrigen irrelevant. Auch kann Huber nicht erklären, worin das Verschulden liegen soll, wenn man nicht eine Pflichtverletzung bejaht.“ Das gilt unverändert auch für das modernisierte Recht, es sei denn, dass man eine auf den Ersatz des Integritätsinteresses erstreckte Garantiehaftung aus § 280 I 1 annimmt und § 280 I 2 als Entlastungsgrund versteht; dazu unten III 5.

¹⁷⁷ RGZ 66, 289, 291 mit Verweis auf Staub/*Könige*, 8. Aufl. zu § 377 Anm. 130. Der Grundsatz hat in dieser Entscheidung und in RG JW 1910, 748, wo an einem gekauften Gymnastikgerät ein unzureichender Haltegurt gebrochen war und dem Käufer ein Auge ausgeschlagen hatte, zur Klageabweisung geführt, was heute aufgrund anderer Beweislastverteilung sicherlich anders entschieden würde.

¹⁷⁸ JW 1908, 236; JW 1912, 682.

mit einer Begründung, die später „Anscheinsbeweis“ und „Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen“ genannt wurde, den Klagen der Käufer von Selterswasser stattgegeben, denen stattdessen eine giftige Lauge zum Getränk geboten worden war. In JW 1908, 236 mit der Begründung, dass im Falle einer positiven Vertragsverletzung dem Schuldner nicht unbedingt entsprechend § 282 (a.F.) die Beweislast für Beobachtung der schuldigen Diligenz aufzubürden sei, dass aber nach dem unstreitigen Hergange, wonach dem Kläger in dem Ladengeschäft des Beklagten anstatt Selterswasser eine giftige Substanz verabreicht worden ist, ein Sachverhalt feststehe,

„der nach der allgemeinen Anschauung und Erfahrung im Leben für die Regel sich kaum anders als daraus erklären läßt, daß es in dem betreffenden Geschäft an der nötigen Ordnung oder Aufsicht, an solchen Einrichtungen oder Anordnungen, wodurch derartigen gefährlichen Verwechslungen vorgebeugt wird, gefehlt haben muß. Hier kann nicht dem Käufer der für ihn gewöhnlich fast unmögliche Nachweis zugemutet werden, daß der ihm abgegebene schadenbringende Gegenstand durch Verschulden des Geschäftsinhabers oder seiner Angestellten unter die Waren des Verkäufers geraten und ausgehändigt worden sei. Vielmehr ist von dem Verkäufer und Gewerbetreibenden solchenfalls, und zumal wenn es den Verkauf von Nahrungs- und Genussmitteln betrifft, zu verlangen, daß er seinerseits die Umstände darlegt, welche die Annahme eines ihm oder seinem Gehülfen zur Last fallenden Verschuldens zu beseitigen geeignet sind.“

Diese Entscheidung ist in der Folgezeit durch das RG und den BGH zu einer gefestigten Rechtsprechung ausgebaut worden,¹⁷⁹ in welcher die Schlechtleistung eines Verkäufers als „Indiztatsache“ für einen prima-facie-Beweis hinsichtlich der erforderlichen haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung herausgestellt wurde, womit *entsprechend* § 282 a.F. ein bewegliches System der Beweislastverteilung zu Gunsten des Käufers begründet werden konnte, was aber nicht als volle Beweislastumkehrung zu Gunsten des Käufers begriffen werden darf, vielmehr dem Verkäufer grundsätzlich die Möglichkeit belassen hat, die gegen ihn sprechende Vermutung zu erschüttern ohne den vollen Gegenbeweis zu führen.¹⁸⁰ Es ist unterschieden worden zwischen den Sorgfaltspflichten eines Verkäufers der zugleich Hersteller¹⁸¹ und eines Verkäufers der Zwischenhändler ist, es ist anerkannt worden, dass einen Zwischenhändler grundsätzlich keine Untersuchungspflicht trifft,¹⁸² aber auch erkannt worden, dass Umstände vorliegen können (zum Beispiel ein vorheriger Schadensfall derselben Art), die dem Verkäufer Anlass zu einer Untersuchung hätten sein müssen¹⁸³ und dass dann

¹⁷⁹ Vgl. die Nachweise bei Staudinger/*Honsell*, BGB, vor § 459 Rn. 89; Soergel/*Huber*, Anhang § 463 Rn. 51 ff.; Palandt/*Putzo*, 60. Aufl., vor § 459 Rn. 6; Palandt/*Heinrichs*, 60. Aufl., § 282 Rn. 6 ff.

¹⁸⁰ Zum Anscheinsbeweis und der Möglichkeit seiner Erschütterung, vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., § 115 III 4, dazu unten III 5, Fn. 238, mit Zitat aus *BGH MDR* 1964, 323.

¹⁸¹ RGZ 56, 166, 168 – Sackkalk; *BGH WM* 1989, 575 – Fahrradteile.

¹⁸² RG JW 1910, 748 – Gymnastikapparat; RGZ 125, 76, 78.

¹⁸³ *BGH NJW* 1968, 2239 – Dieselloil, das einer DIN nicht genügt: ausnahmsweise Untersuchungspflicht, wenn eine derartige Verkehrspflicht besteht oder wenn der Verkäufer „Anlass gehabt hätte, der Güte der Ware zu misstrauen“. *BGH NJW* 1981, 928; 1981, 1270; 1983, 218 – Untersuchungspflicht eines Pkw-Händlers; Staudinger/*Honsell*, BGB, vor § 459 Rn. 81 m.w.N.; ebenso *OLG Köln ZGS* 2006, 77.

der Verkäufer zwar nicht die Rechtsfrage der Untersuchungspflicht, aber doch die tatsächlichen Umstände darlegen und beweisen muss, auf Grund denen er glauben konnte, dass keine Untersuchungspflicht bestanden habe.¹⁸⁴ Insgesamt ergibt sich aus dieser Rechtsprechung zur Beweislast für die haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung zum Ersatz von Mangelfolgeschäden, dass die Rechtsprechung nicht die bloße Schlechtleistung als haftungsbegründenden Tatbestand betrachtet, diese vielmehr nur zum Ausgangspunkt der Frage macht, ob und inwieweit aus der Art der Schlechtleistung prima facie auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Verkäufers geschlossen werden darf, von der sich dieser dann zu entlasten hat. Keinesfalls ist aber eine Untersuchungs- oder Informations- oder sonstige Sorgfaltspflicht des Verkäufers nicht Voraussetzung der Haftung aus positiver Forderungsverletzung, liegt vielmehr eine solche nicht vor, weil der Verkäufer zur Untersuchung der Kaufsache nicht verpflichtet war, so ist eine Haftung für die Schlechtleistung nach altem Recht auch nicht gegeben und kann nach modernisiertem Recht auch nicht auf § 280 I 1 in Form der Schutzpflichtvariante gestützt werden.¹⁸⁵

2. Anfängliche Unmöglichkeit nach modernisiertem Recht

a) Zur allgemeinen Nichterfüllung der Leistungspflicht

Kann der Schuldner aus irgendwelchen schon vor Vertragsschluss gegebenen Leistungshindernissen sein Versprechen nicht erfüllen, so wird er gemäß § 275 I von der Primärleistungspflicht befreit, wenn ein Fall objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit vorliegt. Als *subjektive* Unmöglichkeit darf aber nur verstanden werden, was einst nach § 237 E 1¹⁸⁶ darunter verstanden werden sollte, also insbesondere der Fall, dass eine bestimmte Sache unauffindbar abhanden gekommen war. Da der Schuldner sein finanzielles Leistungsvermögen stets zu vertreten hat,¹⁸⁷ kann ihn der Mangel an finanzieller Kraft oder an hinreichendem Kredit zur Beschaffung der versprochenen Leistung grundsätzlich nicht befreien, soweit sich nicht aus den neuen Regelungen des § 275 II und III anderes ergibt.¹⁸⁸ Die „Opfergrenze“ hinsichtlich des Primärleistungsanspruchs ergibt sich richtiger Ansicht nach jedoch aus dem Zwangsvollstreckungsrecht, beim Anspruch auf eine bestimmte Kaufsache also aus § 883 ZPO. § 275 n.F. befreit den Schuldner – anders als § 275 a.F. – nicht von der gesamten Obligation, sondern nur von der Primärleistungspflicht, er haftet dann also gemäß § 311 a auf Schadensersatz statt der Leistung, sofern es ihm nicht gelingt, die Voraussetzungen des Entlastungsgrundes aus § 311 a I 2 zu beweisen dahingehend, dass er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste; und sofern dieser Entlastungsgrund nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass den Schuldner eine

¹⁸⁴ Vgl. *OLG Karlsruhe* ZGS 2004, 432.

¹⁸⁵ Zur Frage, ob die in der Leistungspflichtvariante des § 280 I 1 steckenden Garantierhaftung auf das Integritätsinteresse erweitert werden kann vgl. unten III 5.

¹⁸⁶ Dazu oben I 3 a, bb.

¹⁸⁷ Dazu oben I 3 a, bb; II 3 d; II 6 c.

¹⁸⁸ Dazu oben II 6 c.

„besondere“, über die schon in jedem Leistungsversprechens steckende immanente Garantie hinausgehende Garantiehafung (z. B. auch schon die Gewährleistungshaftung des Verkäufers) trifft.¹⁸⁹ Der sekundäre „Schadensersatzanspruch“ ist auf Geldersatz gerichtet und in der Höhe auf das *Erfüllungsinteresse* und den Schaden beschränkt, welcher adäquat kausal aus der Nichterfüllung beim Gläubiger entstanden ist. Finanzielles Unvermögen befreit den Schuldner auch nicht vom Geldersatzanspruch, seine „Opfergrenze“ hinsichtlich des Geldersatzanspruchs ist durch den nachweisbaren Schaden des Gläubigers begrenzt.

b) Schlechtleistung einer Speziessache mit anfänglichem nicht nachbesserbarem Sachmangel (sog. qualitative Unmöglichkeit)

aa) Mit zugesicherter Eigenschaft

Fehlen einer Speziessache von Anfang an Eigenschaften, deren Vorhandensein der Verkäufer *zugesichert* hat, die aber weder durch Nachbesserung noch Nachlieferung beseitigt werden können, so kann der Käufer nicht bloß zurücktreten und mindern (§§ 437 Nr. 2, 323, 441), sondern gemäß §§ 437 Nr. 3, 311 a auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Von dieser Haftung kann sich der Verkäufer nicht durch den Vortrag und Nachweis entlasten, er habe den Mangel weder gekannt noch erkennen können, denn er hat seine „mangelnde Kenntnis“¹⁹⁰ auf Grund der übernommenen „besonderen“ Garantie (§ 463 a.F. = §§ 442, 444, 276 n.F.) zu vertreten.¹⁹¹ Diese Haftung erfasst auch das Integritätsinteresse, soweit dieses in der „Reichweite der Garantie“ liegt, was eine Auslegungsfrage in Bezug auf die Zusicherung ist.¹⁹²

bb) Im Falle des Mangels einer bloß vereinbarten Eigenschaft

War im Falle aa) die anfänglich mangelnde, nicht nachbesserbare Eigenschaft *nicht* zugesichert, so kann der Käufer jedenfalls auch zurücktreten und mindern, kann aber gem. § 437 Nr. 3 auch nach § 311 a Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Anders als nach §§ 459 ff. a.F.¹⁹³ ist der Verkäufer nach § 433 1 2 nicht mehr bloß verpflichtet, die gekaufte Sache, so wie sie im Kaufzeitpunkt individualisiert wurde, zu liefern, sondern auch ausdrücklich verpflichtet, die Sache frei von Mängeln zu leisten. Der Verkäufer erfüllt also mit der Lieferung einer fehlerhaften Sache nicht seine Leistungspflicht, mit der Folge der Entstehung eines Anspruches auf Leistung einer fehlerfreien Sache (den es nach früherem Recht nicht gab) und – im Falle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung – eines Anspruches aus § 311 a auf Schadensersatz statt der Leistung im Falle der Nichterfüllung des Primärleistungs- bzw. Nacherfüllungsanspruches. Der Käufer kann sich von dieser (Garantie-)Haftung – sofern keine

¹⁸⁹ Vgl. oben II 2 b, 3–6.

¹⁹⁰ Zur Problematik des Bezugspunkts der Garantie *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1) S. 125.

¹⁹¹ Vgl. oben II 1 d; II 4; so auch *Canaris*, FS Heldrich, S. 33.

¹⁹² Dazu Fn. 124.

¹⁹³ Dazu oben III 1 a.

Zusicherung der Eigenschaft oder sonstige besondere Garantie vorliegt – jedoch grundsätzlich nicht nach § 311 a I 2 durch den Nachweis befreien, dass er das Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste. Wie schon oben¹⁹⁴ dargelegt ist der Entlastungsgrund des § 311 a II 2 im Falle der Nichterfüllung durch Leistung einer fehlerhaften Sache, deren Nachbesserung oder Nachlieferung unmöglich ist, schon *ohne Zusicherung* der fehlenden Eigenschaft durch die allgemeine Garantie des Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrechts ausgeschlossen. Der Verkäufer haftet also stets auf das Erfüllungsinteresse, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist.¹⁹⁵

Kannte der Verkäufer den Mangel und hat er trotzdem die Sache als fehlerfrei verkauft, so liegt wohl stets *Arglist* vor mit der Folge einer dem § 463 a.F. entsprechenden Haftung, die stets auch Mangelfolgeschäden umfasst.¹⁹⁶ Hat der Verkäufer den Mangel bloß infolge *Fahrlässigkeit*, d.h. infolge der Verletzung einer im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verkannt, so kommt auch eine *Haftung für Mangelfolgeschäden* in Betracht, gleichgültig, ob der Mangel nachbesserbar war oder nicht; dazu unten III 5.

c) Anfängliche nicht nachbesserbare Sachmängel einer Gattungsschuld

Anfänglich mangelhafte Gattungsschulden gibt es „eigentlich“ gar nicht, im Rechtssinne aber doch. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen nach Gattungsmerkmalen bezeichnete Waren versprochen werden, die es gar nicht geben kann (z.B. unbrennbares Benzin), in solchen Fällen ist früher angenommen worden, dass der Vertrag gemäß § 306 a.F. nichtig ist und also Gewährleistungsrecht nicht eingreift. Nach dem reformierten Recht ist der Vertrag wirksam, der Primärleistungsanspruch gemäß § 275 I jedoch ausgeschlossen, also der Verkäufer gemäß § 311 a zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet. Jedoch was ist das Erfüllungsinteresse des Käufers und was darf als ein darüber hinausgehender Schaden angenommen werden? Ich lasse die Fragen offen.

3. Nachträgliche Unmöglichkeit nach modernisiertem Recht

a) Zur (allgemeinen) Nichterfüllung der Leistungspflicht

Der Modernisierungsgesetzgeber wollte auch die Fälle anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit möglichst gleich behandeln,¹⁹⁷ *Claus-Wilhelm Canaris* hält daran auch unter den Voraussetzungen seines modifizierten Ver-

¹⁹⁴ II 3 e.

¹⁹⁵ Im Falle des behinderten Dackels (*BGH NJW* 2005, 2852; dazu Fn. 81, 107, 211, 234) hätte der Käufer also nicht bloß wandeln (zurücktreten) und mindern, sondern gem. § 311 a II – ohne Entlastungsmöglichkeit des Verkäufers – auch das Erfüllungsinteresse, nicht aber Mangelfolgeschäden ersetzt verlangen können (dazu III 5); die geltend gemachten und abgewiesenen Arztkosten sind wohl als Mangelfolgeschäden (dazu II 3 b) zu betrachten, was der BGH aber nicht geprüft und nicht entschieden hat.

¹⁹⁶ vgl. *Larenz*, Schuldrecht II 1, S. 62 mit Fn. 119.

¹⁹⁷ Vgl. Fn. 59.

ständnisses des § 311 a fest:¹⁹⁸ „Dabei gibt es nur einen einzigen einheitlichen Haftungsgrund, der demgemäß allein in der Nichterfüllung des Leistungsversprechens liegen kann.“ Wenn das richtig ist, so kann man endlich auch die „Pflichtverletzung“ im Sinne des § 280 I als bloße Nichterfüllung verstehen, wie die Reformer sie in der Tat auch verstanden haben wollten,¹⁹⁹ was aber widerspruchsfrei nur schwer zu begreifen war, wenn der Tatbestand eine Verschuldenshaftung sein sollte.²⁰⁰ Begreift man jedoch auch die §§ 280 I, 281, 283 (hinsichtlich der Nichterfüllung der Leistungspflicht) – ebenso wie § 311 a – als Garantiefhaftungstatbestände (mit dem Entlastungsgrund des § 280 I 2), so ist ein stimmiges und stringentes Haftungssystem bezüglich der Nichterfüllung der Leistungspflicht gegeben. Der Schuldner haftet, weil er die Leistung versprochen und sein Versprechen nicht erfüllt hat; er wird zwar gemäß § 275 I von der (Primärleistungs-)Pflicht befreit, den versprochenen Leistungsgegenstand zu erbringen, wenn die Leistung (objektiv²⁰¹) unmöglich wird, er bleibt

¹⁹⁸ FS Heldrich, S. 27, dort auch: „Haftungsgrund ist somit die Nichterfüllung des vertraglichen Leistungsversprechens“ (S. 27 vor Fn. 55 unter Bezug auf U. Huber); vgl. aber auch S. 20 und etwas widersprüchlich dazu S. 34 a.a.O.; vgl. auch *Canaris* (FS Wiegand, S. 247, dazu Fn. 118): „Entsprechendes gilt für nachträgliche Hindernisse“; erläutert mit dem Beispiel, dass der Vermieter nicht erfüllen kann, weil der Vormieter nicht auszieht: „Dafür haftet der Vermieter dem neuen Mieter unabhängig von Verschulden nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB auf den Verzögerungsschaden und nach § 281 oder nach § 283 BGB auf Schadenersatz statt der Leistung.“

¹⁹⁹ BT-Drs. 14/6040, 133 ff.; dagegen *Ehmann/Sutschet* (Fn. 1), S. 64 f.; auch *Canaris* (JZ 2001, 523; ZIP 2003, 324) hegte schon früh Zweifel an der „Pflichtverletzungsterminologie“ und wollte sie offenbar nur für Schutzpflichtverletzungen uneingeschränkt akzeptieren.

²⁰⁰ So aber kaum missverständlich BT-Drs. 14/6040, S. 131 ff., 165; ebenso *Canaris*, JZ 2001, 506; *ders.*, ZRP 2001, 331 f.; *ders.*, DB 2001, 1815, 1818 f.; vgl. dazu auch Fn. 36. Soweit § 280 I die Gesetz gewordene Formulierung der Anspruchsgrundlage für Fälle der *positiven Forderungsverletzung* und der *culpa in contrahendo* sein soll, ist die Vorschrift unzweifelhaft ein Verschuldenshaftungstatbestand (in der Struktur des § 823 II; dazu oben I 4 a); soweit der Tatbestand jedoch gleichzeitig wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht das *Erfüllungsinteresse* erfassen soll und auch Verschuldenshaftung sein soll, ist er von tiefer Widersprüchlichkeit (so schon *Schapp*, JZ 1993, 637 ff.; *Flume*, ZIP 1994, 1497; *Ernst*, JZ 1994, 805 f.; *ders.*, NJW 1994, 2180; *Stoll*, FS Lorenz (2001), S. 293; auch *Canaris* selbst, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 29 ff.). Sofern § 280 I ein Verschuldenshaftungstatbestand sein soll, muss er an ein Verhalten des Schuldners anknüpfen, weil nur ein *menschliches Verhalten* rechtswidrig und schuldhaft sein kann. Die bloße Nichterfüllung kann zwar auf einem Verhalten beruhen, ist aber kein Verhalten, wenn sie auf objektiver Unmöglichkeit beruht, sie ist dann zwar ein Unterlassen, aber ein Unterlassen, dem ein Tun *nicht* gleichgestellt werden kann, weil das Tun nicht möglich ist (dazu *Sutschet*, Fn. 2, § 6 I 2 a). Daher haben wir (in: *Modernisiertes Schuldrecht*, S. 63 ff.) – um dem Gesetz einen vernünftigen Sinn zu geben – § 280 I so zu verstehen versucht, dass auch der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse die Verletzung einer Schutzpflicht voraussetzt, die im Sinne des bisher geltenden Rechts den „Umstand“ bilden muss, welcher die Nichterfüllung zur Folge hat, was als „verhaltensbezogene Auffassung“ bezeichnet wurde, die mit dem Gesetz nicht in Einklang stünde (*MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 17 ff.), was aber als Lösung des Problems angeboten wurde, ist nicht besser (dazu *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 17; *Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, S. 118 ff.; *Schwarze*, JURA 2002, 79; *Schulze/Ebers*, JuS 2002, 269; *Wilhelm*, JZ 2002, 1057). Der tiefe Widerspruch im Tatbestand des § 280 I kann letztlich nur dadurch gelöst werden, dass auch die nachträgliche Nichterfüllung der Leistungspflicht als Garantiefhaftungstatbestand begriffen wird mit dem Entlastungsgrund des § 280 I 2, so wohl auch *Canaris* (FS Heldrich, S. 12, 19, 29 und öfters; deutlicher noch in FS Wiegand, S. 179 ff.; dazu Fn. 118); zur Frage ob die Haftung wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht nicht auch als Tatbestand „vermuteten Verschuldens“ begriffen werden könnte vgl. oben II 6 d.

²⁰¹ Vgl. oben I 3 a, bb.

aber zum Ersatz des Geldinteresses verpflichtet, es sei denn, dass er die eingetretene Nichterfüllung des Leistungsversprechens (= „Leistungspflichtverletzung“ i. S. des § 280 I 1) gemäß § 280 I 2 nicht zu vertreten hat. Nicht zu vertreten ist die Nichterfüllung, wenn keine über die dem Leistungsversprechen immanente Garantie hinausgehende „besondere“ Garantiehaftung besteht²⁰² und der zur Nichterfüllung führende Umstand vom Schuldner weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt wurde, wobei Fahrlässigkeit in aller Regel im Wesentlichen allein in einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung besteht (objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab). Der Unterschied zu der Haftung in Fällen anfänglicher Leistungshindernisse liegt also nicht im Haftungstatbestand (Nichterfüllung des Leistungsversprechens), sondern lediglich in der Art des Entlastungsgrundes, wozu der Schuldner – sofern keine über die dem Leistungsversprechen immanente Garantie hinausgehende „besondere“ Garantie besteht – bei § 311 a I 2 beweisen muss, dass er das anfängliche Leistungshindernis weder kannte noch kennen musste und bei nachträglicher Unmöglichkeit, dass er den zur Unmöglichkeit führenden Umstand weder vorsätzlich noch in Verletzung einer im Verkehr erforderlichen Sorgfalt herbeigeführt hat. Eine Verletzung der „inneren“ Sorgfaltspflicht ist als Haftungsvoraussetzung nicht erforderlich und kann demzufolge auch nicht zur Entlastung gemäß § 280 I 2 führen,²⁰³ weil der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab letztlich eine Garantie für deren Einhaltung bedeutet.²⁰⁴ Gelingt dem Schuldner der Entlastungsbeweis des § 280 I 2, der – sofern nicht eine „besondere“ Garantiehaftung gegeben ist (z. B. auch die kaufrechtliche Gewährleistungshaftung²⁰⁵) – grundsätzlich auch hinsichtlich des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse eingreift,²⁰⁶ so bleibt jedenfalls das Äquivalenzinteresse des Gläubigers geschützt, weil er gemäß § 326 I von der Gegenleistung befreit wird oder – ohne Verschuldenserfordernis – gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten und seine Leistung gemäß § 346 zurückfordern kann. Der Schadensersatz statt der Leistung geht jedoch über das Äquivalenzinteresse hinaus, indem er nicht nur das Erfüllungsinteresse (die Höhe des Mehrwerts der Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung) sichert, sondern darüber hinaus auch jeden Schaden umfasst, der adäquat kausal infolge der Nichterfüllung der Leistungspflicht innerhalb des Schutzbereichs dieser (Leistungs-)Pflicht eingetreten ist; dazu gehört nicht der Schaden an anderen Rechtsgütern (Integritätsinteresse), dessen Ersatz die Verletzung einer seinem Schutz dienenden *Schutzpflicht* voraussetzt, also nur über § 280 I als „einfacher Schadenersatz“ ersetzt verlangt werden kann. Zwar ist es richtig, dass der alte „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“ auch Integritätsschäden umfasste, aber es ist doch ein Vorzug des modernisierten Rechts, dass es zwischen Leistungs- und Schutzpflichten unterscheidet und dafür in § 280 I und §§ 280 III, 281, 283

²⁰² Vgl. oben II 1 d; II 2–5.

²⁰³ Ähnlich *Canaris*, JZ 2001, 512; *ders.*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 29; unklar *St. Lorenz*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 22.

²⁰⁴ Vgl. oben I 4 c.

²⁰⁵ Dazu II 3 e.

²⁰⁶ Dazu oben II 3 c.

verschiedene Tatbestände geschaffen hat. Bei der Haftung wegen Nichterfüllung der *Leistungspflicht* („Leistungspflichtverletzung“) besteht nach der hier vertretenen Auffassung eine Garantiehafteung (mit Entlastungsgrund), jedenfalls aber eine Haftung für vermutete Sorgfaltspflichtverletzung, die Haftung wegen Schutzpflichtverletzung sollte aber echte Verschuldenshaftung bleiben. Deswegen dürfen die tatbestandlichen Voraussetzungen der verschiedenen Haftungstatbestände auch nicht dadurch verwischt werden, dass der Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden in den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 integriert wird;²⁰⁷ eine Fristsetzung gemäß § 281 zur Nacherfüllung ist sowieso nicht erforderlich, wenn der (Mangelfolge-)Schaden schon eingetreten ist.

b) Schlechtleistungen des Verkäufers

aa) Die verschiedenen Fälle

Slechtleistungen eines Verkäufers sind als nachträgliche Leistungsstörungen zu betrachten mit der Folge von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 ff., sofern nicht von Anfang an ein nicht nachbesserbarer Fehler der Kaufsache vorlag (sog. qualifizierte Unmöglichkeit²⁰⁸), also in folgenden Fällen:

- (1) wenn die Fehler nach Kaufabschluss (z. B. infolge unsorgfältiger Verpackung oder Versendung) entstanden sind;
- (2) wenn die Kaufsache zwar schon bei Kaufabschluss fehlerhaft, aber eine Nacherfüllung durch Nachbesserung oder Nachlieferung einer anderen gleichartigen und fehlerfreien Sache möglich war, aber
 - (2.1) der Verkäufer die Nacherfüllung innerhalb der nach § 281 gesetzten Frist nicht durchführte oder
 - (2.2) die versuchte Nachbesserung oder Nachlieferung misslang.

Die Möglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 439 schließt die Annahme einer anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung mit der Folge einer Schadensersatzpflicht gemäß § 311 a II 1 aus.

bb) In Fällen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft

Der Verkäufer haftet im Falle einer Zusicherung der fehlenden Eigenschaft in allen vorstehend unter aa) aufgezeigten Fällen gemäß §§ 280 III, 281 ohne die Entlastungsmöglichkeit des § 280 I 2 – weil die Zusicherung den Entlastungsgrund ausschließt²⁰⁹ – auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn er binnen der gemäß § 281 gesetzten Frist die Sache nicht nachbessert oder keine andere gleichartige fehlerfreie Sache nachgeliefert. Der Schadensersatzanspruch erfasst auch Mangelfolgeschäden, soweit diese im Rahmen der gegebenen Zusicherung liegen; insoweit ist allerdings der Schaden nicht infolge der Garantie der Leistungspflicht, sondern auf Grund einer weitergehenden Garantie zu ersetzen da-

²⁰⁷ Vgl. MünchKomm/Ernst, 4. Aufl., BGB, § 280 Rn. 68; Palandt/Heinrichs, 64. Aufl., § 280 Rn. 18; Canaris, Karlsruher Forum (Fn.6), S. 34 f.; Erman/Westermann, § 280 Rn. 11 ff., 15.

²⁰⁸ Dazu oben III 2 b.

²⁰⁹ Dazu II 4.

hingehend, dass keine Schäden an anderen Rechtsgütern entstehen, jedenfalls aber ohne das Erfordernis einer Fristsetzung gemäß § 281, weshalb als Anspruchsgrundlage wohl § 280 I gegeben ist.

cc) *In Fällen des Fehlens bloß vereinbarter Eigenschaften*

Auch beim Fehlen bloß vereinbarter Eigenschaften besteht in allen unter aa) angeführten Fällen eine Garantiehafung des Verkäufers, die freilich vorrangig nicht auf das Geldinteresse, sondern auf die Nacherfüllung gemäß § 439 gerichtet ist;²¹⁰ gelingt die Nacherfüllung nicht, so hat der Käufer aus der Garantie des Gewährleistungsrechts Anspruch auf das *Erfüllungsinteresse* (in Höhe des Mehrwerts der versprochenen Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung), der nicht unter dem Vorbehalt des Entlastungsgrundes des § 280 I 2 steht, gleichgültig, ob der Verkäufer die Nacherfüllung vorsätzlich oder fahrlässig verweigert oder ob die Reparatur oder Nacherfüllung aus irgendwelchen von ihm verschuldeten oder unverschuldeten Gründen misslingt.²¹¹ Beschränkt auf das *Erfüllungsinteresse* haftet der Verkäufer also auch ohne Zusicherung der fehlenden Eigenschaften ohne den Entlastungsgrund des § 280 I 2 in allen unter aa) aufgezeigten Fällen ebenso wie in den Fällen anfänglicher nicht nachbesserbarer Sachmängel.²¹²

4. *Verzug*

a) *Allgemeines*

Lange wurde repetitorhaft gelehrt, Verzug sei schuldhafte Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung. Richtig ist aber, dass der Schuldner in Verzug gerät, wenn er trotz Fälligkeit und Mahnung seine Leistungspflicht nicht erfüllt, sofern er den Entlastungsgrund des § 286 IV (= § 285 a.F.) nicht beweist, was nur selten gelingen kann. Das ist ein nicht ganz unwesentlicher Unterschied. Die jedem Leistungsversprechen immanente Garantie ist nicht nur darauf gerichtet, dass der Schuldner sein Versprechen überhaupt, sondern auch darauf, dass er es rechtzeitig nach Fälligkeit und Mahnung erfüllt. Auch diese Garantie steht allerdings unter dem Vorbehalt des § 286 IV (= § 285 a.F.), wonach der Schuldner nicht in Verzug kommt, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Der Schuldner hat die Verzögerung der

²¹⁰ Dazu II 3 e.

²¹¹ Im Falle des behinderten Dackels in *BGH NJW* 2005, 2852 hätte der Käufer also auch im Falle eines behebbaren Mangels das Erfüllungsinteresse, nicht aber den Ersatz von Mangelfolgeschäden ersetzt verlangen können, dazu Fn. 81, 107, 195, 234; ferner II 3 e; III 3 b, bb; ebenso *Canaris*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 78; *ders.*, *FS Wiegand*, S. 232. Im Falle einer Gattungsschuld ergibt sich die Garantie zur Lieferung einer fehlerfreien Sache auch aus dem übernommenen Beschaffungsrisiko (§ 276), das zur Lieferung von Sachen mittlerer Art und Güte verpflichtet, so auch *Canaris*, *DB* 2001, 1815; wohl anders *ders.*, *FS Wiegand*, S. 231; grundsätzlich erfassen jedoch weder die Garantie aus der Beschaffungsschuld noch das allgemeine Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht das Integritätsinteresse, also Mangelfolgeschäden, so auch *Canaris*, *FS Wiegand*, S. 180, 235; anders *Medicus*, *JuS* 2003, 521, 528; vgl. auch *BGHZ* 141, 129.

²¹² Zum Ersatz von *Mangelfolgeschäden* vgl. unten III 5.

Leistung jedoch immer zu vertreten, soweit sie auf der Schwäche seiner wirtschaftlichen Kraft (auf dem Mangel an Zahlungsmitteln, Kredit) beruht. Das gilt – ebenso wie in Fällen sonstiger Leistungshindernisse – nicht bloß für Geldschulden und sonstige Gattungsschulden, sondern für jede Schuld, die nur mit finanziellen Mitteln oder hinreichendem Kredit erfüllt werden kann.²¹³ Das für *Gattungsschulden* übernommene Beschaffungsrisiko umfasst jedoch nicht unbedingt die Rechtzeitigkeit der Leistung, der Schuldner kann sich also bei einem Leistungsverzug auch für solche Umstände exkulpieren, für die er sich hätte exkulpieren können, wenn sie zur dauernden Unmöglichkeit geführt hätten. Das mangelnde „Verschulden“ besteht jedoch auch bezüglich des Verzugs nur in der mangelnden Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also der Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht. Ein bloß individueller Rechtsirrtum des Schuldners über das Bestehen der Schuld oder den Erfüllungszeitpunkt entlastet ihn also nicht.²¹⁴ Aus dem Erfordernis des Vertretenmüssens folgt, dass der Schuldner noch nicht im Zeitpunkt der Mahnung selbst, sondern erst nach einer angemessenen Frist für die Bewirkung der Leistung in Verzug gerät;²¹⁵ die gegenteilige Auffassung beruht wohl auf der im gemeinen Recht vertretenen Auffassung, dass der Verzug ein Verschulden gar nicht voraussetzt.²¹⁶

b) In Fällen fehlerhafter Sachleistungen mit Nacherfüllungsrecht

Streitig ist, ob der Verkäufer schon mit der fehlerhaften Sachleistung ohne Mahnung in Verzug kommt oder erst wenn er mit der Nachlieferung nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist in Verzug gerät.²¹⁷ Die Entscheidung der Streitfrage hängt davon ab, ob der Schuldner sich gemäß § 286 IV von der Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Leistung mit der Begründung entlasten kann, er habe die Fehlerhaftigkeit der Leistung weder gekannt noch erkennen können und sich deswegen nicht rechtzeitig um die Leistung einer fehlerfreien Sache bemüht oder ob ihm dieser Entlastungsgrund nicht nur im Falle einer „besonderen“ Garantiehaftung,²¹⁸ sondern schon aufgrund der (Gewährleistungs-)Pflicht zur Lieferung einer fehlerfreien Sache abgeschnitten ist. Entgegen dem früher geltenden Recht wird man den Eintritt des Verzugs im Hinblick auf das dem Verkäufer mit der Nacherfüllung eingeräumten Recht zur zweiten Andienung grundsätzlich verneinen müssen, so dass der Verkäufer erst nach Kenntnis vom Mangel und dem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nachbesserung in Verzug gerät. Anderes muss freilich gelten, wenn der Verkäufer

²¹³ *Mugdan* II, 33, 536; dazu Fn. 44; *Heymann*, FS Enneccerus (●), S. 154ff.; *Planck/Siber*, § 284 Anm. 7; *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 430; *Erman/Hager*, 11. Aufl., § 286 Rn. 59; *RGZ* 75, 337; *BAG NJW* 1961, 622; *BGH NJW* 2001, 365.

²¹⁴ Zur Frage unter welchen Voraussetzungen der Rechtsirrtum den Schuldner entlasten kann zutr. *Erman/Hager*, § 286 Rn. 62f.

²¹⁵ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 429 Fn. 12; *Erman/Hager*, § 286 Rn. 68f.

²¹⁶ Vgl. Fn. 50.

²¹⁷ Vgl. *Huber*, FS Ulmer, S. 1196; *Canaris*, FS Wiegand, S. 231 mit Aufgabe der in Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 45 vertretenen Ansicht; *Erman/Hager*, § 286 Rn. 48; *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 55ff.

²¹⁸ Dazu II 1 d, II 2–5.

den Mangel kannte oder kennen musste, denn dann kann er den ansonsten nach Mahnung eintretenden Verzug nicht durch die Lieferung einer fehlerhaften Sache hinausschieben. War der Verkäufer schon vor der Lieferung der fehlerhaften Sache im Verzug, so endet dieser Verzug nicht mit der Lieferung der fehlerhaften Sache, er bleibt vielmehr im Verzug; allerdings muss der Käufer ihm die Fehlerhaftigkeit der gelieferten Sache zur Vermeidung eines Mitverschuldens möglichst unverzüglich mitteilen. Nach diesen Grundsätzen ist es möglich, dass der Verkäufer eine fehlerhafte Sache liefert ohne aber in Verzug zu kommen bis der Käufer rügt und mahnt; der in dieser Zeit eintretende *Produktionsausfallschaden* soll dann zwar nicht als Verzugsschaden, wohl aber – auch ohne Fristsetzung – als Erfüllungsinteresse gemäß § 280 I (Leistungspflichtvariante) geltend gemacht werden können.²¹⁹ Tritt der Produktionsausfallschaden nach Verzug ein, so ist er als Verzögerungsschaden gemäß §§ 280 II, 286 unabhängig davon zu ersetzen, ob die Sache fehlerhaft war oder gar nicht geliefert wurde; entsteht der Schaden infolge einer fehlerhaften Sache während des Verzugs, entsteht also eine Anspruchskonkurrenz.²²⁰

5. Ersatz von Mangelfolgeschäden nach modernisiertem Recht

a) Anspruchsgrundlagen

Mangelfolgeschäden können wie nach altem Recht auf Grund culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung nach § 280 I (Schutzpflichtvariante) geltend gemacht werden, gleichgültig ob der Schaden von Anfang an bestand und nicht nachbesserbar war oder nachbesserbar war und/oder nach Kaufabschluss entstand; fraglich ist, ob sie auch auf Grund der Leistungspflichtvariante des § 280 I geltend gemacht werden können.²²¹ Das allgemeine Gewährleistungs- und Nacherfüllungsrecht erfasst, sofern die Eigenschaft, deren Mangel den Schaden verursacht hat, nicht zugesichert wurde, nicht den Ersatz von Mangelfolgeschäden;²²² Entsprechendes gilt für die Garantie des Beschaffungsrisikos bei Gattungsschulden.²²³ Ist die Nacherfüllung jedoch nicht möglich oder gescheitert oder die gemäß § 281 gesetzte Frist abgelaufen und verlangt der Käufer Schadensersatz statt der Leistung, so kann ein eingetretener Mangelfolgeschaden nicht in diesen Schadensersatzanspruch „integriert“ werden, weil seine anspruchsbegründenden Voraussetzungen verschieden sind.²²⁴ Der BGH²²⁵ hat im Falle des behinderten Dackels die §§ 281 und 311 a als An-

²¹⁹ So MünchKomm/*Ernst*, BGB, § 280 Rn. 57. Die Frage bleibt, ob die Verzugsregelungen hinsichtlich nicht rechtzeitiger Leistung nicht abschließend sein sollten. Verneint man diese Frage, so besteht nach der hier vertretenen Auffassung die Garantiehaftung – wegen der Garantie des Gewährleistungsrechts – ohne den Entlastungsgrund des § 280 I 2, vgl. oben II 3 e.

²²⁰ Vgl. MünchKomm/*Emmerich*, BGB vor § 281 Rn. 18; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 756; *Canaris*, ZIP 2003, 321, 323; *Medicus*, JuS 2003, 521, 528.

²²¹ Dazu unter c.

²²² Dazu II 3 e.

²²³ Dazu oben II 3 d.

²²⁴ Vgl. oben III 3 a mit Fn. 207.

²²⁵ NJW 2005, 2852; dazu Fn. 81, 107, 195, 211.

spruchsgrundlage betrachtet, je nach dem ob der Mangel behebbar oder unbehebbar war, und die Klage abgewiesen, weil der Verkäufer mangels einer Untersuchungs- oder sonstigen Sorgfaltspflichtverletzung den Mangel nicht zu vertreten habe und also nach § 280 I 2 oder nach 311 a II 2 von der Leistungspflicht befreit sei; der BGH hat dabei nicht geprüft, ob die geltend gemachten Tierarztkosten dem Erfüllungsinteresse zugehören oder Mangelfolgeschäden sind, hätte das nach der hier vertretenen Meinung aber tun müssen, weil die Entlastungsgründe durch die Gewährleistungs- und Nacherfüllungsgarantie ausgeschlossen sind, wenn der Ersatz des Erfüllungsinteresses begehrt wird.²²⁶ War der geltend gemachte Schaden jedoch als Mangelfolgeschaden zu begreifen, so hätte er nach § 280 I geprüft und abgewiesen werden müssen, weil der Käufer eine Sorgfaltspflichtverletzung des Verkäufers nicht dargelegt und bewiesen hat.

b) Auf Grund § 280 I – Schutzpflichtvariante

Soweit § 280 I Anspruchsgrundlage wegen Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht ist, ist er nichts anderes als eine gesetzliche Formulierung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung. Auf Grund dessen können also nach § 280 I Mangelfolgeschäden nach denselben Grundsätzen wie nach dem vor dem Jahre 2002 geltenden Recht geltend gemacht werden.²²⁷ Da nach dieser Schutzpflichtvariante des § 280 I 1 die Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht Anspruchsvoraussetzung ist, hat der Käufer auch – wie nach früherem Recht – die schadensverursachende Sorgfaltspflichtverletzung des Verkäufers zu beweisen; die Gerichte können dem Käufer jedoch genauso wie nach früherem Recht die Beweislast nach den dargelegten Grundsätzen²²⁸ erleichtern. Wie schon gesagt sollte daran nach der Regierungsbegründung auch nichts geändert werden. Der Entlastungsbeweis des § 280 I 2 läuft in solchen Fällen, in denen nicht die Nichterfüllung der Leistungspflicht die Anspruchsgrundlage des § 280 I 1 bildet, allerdings praktisch leer.²²⁹

c) Auf Grund § 280 I – Leistungspflichtvariante

aa) Garantiehaftung mit Entlastungsbeweis?

Es wird die Auffassung vertreten, dass nach modernisiertem Recht, weil nun der Verkäufer mit der Lieferung einer fehlerhaften Sache seine Leistungspflicht nicht erfülle (§ 433 I 2) mit einer Schlechtleistung gemäß § 280 I 1 auch die Leistungspflicht „verletzt“ werde, mit der Folge einer Haftung des Verkäufers

²²⁶ Dazu II 3 e.

²²⁷ BT-Drs. 14/ 6040, S. 224; *Canaris*, JZ 2001, 512; *ders.*, *Karlsruher Forum* (Fn. 6), S. 95; *Schwab/Witt*, *Einführung in das neue Schuldrecht*, 2002, S. 19; *Schwab/Witt*, *Examenswissen* (Fn. 99), S. 140; *MünchKomm/Ernst*, BGB, § 280 Rn. 54, aber auch nach der Leistungspflichtvariante des § 280 I vgl. Rn. 53; ähnlich *Staudinger/Otto*, BGB, § 280 Rn. C 20 f: „Doppelanknüpfung“; dazu unten 5 c.

²²⁸ Vgl. unter III 1 b, bb.

²²⁹ Vgl. oben I 4 a und c.

für den daraus entstandenen Schaden, von der sich der Verkäufer gemäß § 280 I 2 nur durch den Nachweis entlasten könne, dass er keine Sorgfaltspflicht verletzt habe.²³⁰ Begreift man § 280 I 1 – wie oben dargelegt – als Garantiehaftungstatbestand wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht, der auch das Integritätsinteresse (also auch Mangelfolgeschäden) einschließt, so bestehen gegen eine solche Konstruktion keinerlei dogmatische Bedenken, der Gesetzgeber hätte eine solche Haftung ohne weiteres schaffen können; die Frage ist allein, ob das auch geschehen ist. Weil der Gesetzgeber ausweislich der Regierungsbegründung²³¹ *verschuldensabhängige* Tatbestände schaffen wollte und weil es daher schon schwer fällt, § 311 a II 1 und § 280 I 1 hinsichtlich des Erfüllungsinteresses als Garantiehaftungstatbestände (mit Entlastungsgründen) zu begreifen, darf man dies wohl (noch) nicht annehmen, obwohl auf Grund der technischen Entwicklung, die immer mehr Güter auf den Markt bringt, deren Gefahren für den Käufer unerkennbar sind, eine in diese Richtung weisende Tendenz nicht zu verkennen ist.²³²

bb) Tatbestand vermuteten Verschuldens?

Die Frage ist also, ob man unter dem Schleier eines „Tatbestands für vermutetes Verschulden“ eine derartige Haftung für Mangelfolgeschäden in die Leistungspflichtvariante des § 280 I 1 hineinlesen soll und darf. *Claus-Wilhelm Canaris*²³³ hat Derartiges – soweit ersichtlich – bisher wohl grundsätzlich abgelehnt, aber die Entwicklung scheint weiter zu treiben, zu verführerisch ist der aus dem Garantieprinzip stammende Gedanke, dass der Schuldner haftet, weil er versprochen und sein Versprechen nicht (ordnungsgemäß) erfüllt hat. Dogmatisch kann diese Konstruktion nicht allein mit der Legalisierung der Nichterfüllungstheorie durch § 433 I 2 gerechtfertigt werden, denn dadurch wird der Verkäufer zwar verpflichtet eine fehlerfreie Sache zu liefern und „verletzt“ also diese Verpflichtung, wenn er eine fehlerhafte Sache liefert, aber dadurch wird der Mangelfolgeschaden nicht verursacht, sondern dadurch, dass er eine Sache liefert, die geeignet ist andere Rechtsgüter des Käufers zu verletzen, ohne dass er den Käufer über dieses Risiko aufklärt, obwohl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt das gebieten würde. Wenn zum Beispiel ein Dackel²³⁴ verkauft wurde, der vor der Lieferung erkrankt, kann es trotz § 433 I 2 die Pflicht des Verkäufers sein den Dackel zu liefern, weil es das Recht des Käufers bleibt zu entscheiden, ob er wandeln oder mindern oder Schadenersatz verlangen will; der Verkäufer muss dem Käufer jedoch die Erkrankung und eine eventuelle Ansteckungsgefahr für andere Tiere oder Menschen mitteilen, sofern er sie kennt oder kennen muss; diese Aufklärungspflicht über die Ansteckungsgefahr hat der Verkäufer auch dann, wenn der Dackel als krankes Tier gekauft wurde, also

²³⁰ *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, S.207; *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2500; *ders.*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 30, 34; *Büdenbender*, DStR 2002, 317; *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 961; *Münch*, JURA 2002, 364.

²³¹ Dazu ● (Fn. 36), 200.

²³² Vgl. aber auch oben II 5 b mit Hinweis auf Analogie zu § 536 a.

²³³ JZ 2001, 512; *ders.*, Karlsruher Forum (Fn. 6), S. 95; anders aber die in Fn. 230 Zitierten.

²³⁴ Vgl. *BGH* NJW 2005, 2852; dazu Fn. 81, 107, 195, 211.

nicht fehlerhaft, sondern vertragsgemäß geliefert wurde. Das zeigt, dass nicht die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Leistungspflicht, sondern die mangelnde Aufklärung des Verkäufers die Pflichtverletzung ist, welche den Mangelfolgeschaden verursacht. Betrachtet man daher – wie *Ernst*²³⁵ – letztlich doch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung als den Haftungsgrund der Leistungspflichtvariante, so unterscheidet sich diese von den materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Haftungstatbestands der Schutzpflichtvariante in überhaupt gar nichts, prozessual aber darin, dass nach der Schutzpflichtvariante grundsätzlich der Käufer die Beweislast für die haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung trägt (erleichtert durch die Regeln des Anscheinsbeweises) und nach der Leistungspflichtvariante der Verkäufer die mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung beweisen muss. Materielle Gründe für diese Beweislastveränderung werden aber von den Vertretern dieser Auffassung überhaupt nicht vorgetragen,²³⁶ die Beweislastregelung vielmehr nur der Konstruktion des Haftungstatbestands entnommen, wobei nicht einmal beachtet wird, dass der Modernisierungsgesetzgeber mit der Formulierung des § 280 I für Ansprüche auf Mangelfolgeschäden keinesfalls eine *gesetzliche Vermutung* für die erforderliche objektive Sorgfaltspflichtverletzung schaffen und nicht die bisherige Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen in eine echte Beweislastumkehrung verändern wollte.²³⁷

Bisher bestand der Grundsatz, dass der Käufer die den Mangelfolgeschaden verursachende Sorgfaltspflichtverletzung des Verkäufers zu beweisen hat, die Rechtsprechung hat dazu jedoch das dargelegte bewegliche System einer Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen entwickelt, das dem Verkäufer weitgehend die Beweislast für solche Risiken aufbürdet, die aus seiner Sphäre stammen, aber unter anderem doch daran festgehalten hat, dass einen Zwischenhändler grundsätzlich keine *Untersuchungspflicht* trifft, wenn kein besonderer Anlass für eine Untersuchung der verkauften Ware bestanden hat. Auch in der *Fischvergiftungsentscheidung*,²³⁸ in der soweit ersichtlich dem Verkäufer die strengsten Beweislastanforderungen aufgebürdet worden sind, heißt es immerhin noch:

„An diesen Entlastungsbeweis dürfen zwar keine strengen Anforderungen gestellt werden. Es kann nicht immer verlangt werden, daß der Schuldner den Ursachenzusammenhang aufklärt. Es genügt im allgemeinen, dass er die Umstände widerlegt, die entweder für die Ursächlichkeit seines Verhaltens oder für sein Verschulden sprechen.“

Diese Barriere, welche den Anscheinsbeweis mit der Möglichkeit seiner Erschütterung von der vollen Beweislastumkehrung trennt und damit materiell-rechtlich „Tatbestände vermuteten Verschuldens“ zur Garantiehaftung mit Ent-

²³⁵ Vgl. MünchKomm/*Ernst*, BGB, § 280 Rn. 17, 27 f.

²³⁶ Vgl. MünchKomm/*Ernst*, BGB, § 280 Rn. 17, 53, 60, 75.

²³⁷ In BT-Drs. 14/6040, S. 124 heißt es: „Der Entwurf übernimmt im Wesentlichen die Ergebnisse der Rechtsprechung zum Schadenersatz. Neu ist die Einführung einer Schadenersatzhaftung des Verkäufers auch für den ‚eigentlichen Mangelschaden‘ bei einem auch nur fahrlässigen Verhalten des Verkäufers. Hierin allein liegt die entscheidende Änderung gegenüber dem geltenden Recht.“ Hinsichtlich des Anspruchs auf Mangelfolgeschäden sollte also nichts geändert werden.

²³⁸ *BGH* MDR 1964, 323.

lastungsgrund macht, wäre mit der Statuierung einer Haftung wegen Schlechtleistung nach der Leistungspflichtvariante des § 280 I wohl auch niedergerissen, weil dann der Schuldner nach § 280 I 2 doch wohl den Vollbeweis dafür zu führen hätte, dass er „die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. Diesbezüglich bestehen freilich auch noch einige Unklarheiten, denn die (Leistungs-) „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“, deren Verletzung in solchem Falle den Haftpflichttatbestand des § 280 I 1 erfüllen soll, ist doch offensichtlich nicht die „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“, bezüglich derer der Schuldner nach § 280 I 2 in solchen Fällen beweisen soll, dass er sie nicht zu vertreten hat, weil diese doch wohl eine Verhaltens-, also eine Schutz- oder objektive Sorgfaltspflicht sein muss (ansonsten könnte sie kein Verschulden begründen), die aber der Haftungsgrund nach § 280 I 1 („Verletzung“ der Leistungspflicht) gerade nicht sein soll?! Gehört zum Vermutungstatbestand auch das Bestehen einer Untersuchungspflicht,²³⁹ wenn eine sorgfältige Untersuchung den Mangel offenbart hätte oder muss der Verkäufer ohne Anlass (oder mit welchem Anlass) das Nichtvorliegen aller tatsächlichen Umstände beweisen, aus denen sich eine Untersuchungspflicht ergeben könnte? Soll der Verkäufer beweisen müssen, dass er überhaupt keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen hat oder nur, dass er keine begangen hat, die den Schaden hätte verursachen können? Soll der Verkäufer jedenfalls auch beweisen müssen, durch welchen Umstand der Fehler der Kaufsache entstanden ist und dann, dass er diesen Umstand nicht durch mangelnde Sorgfaltspflicht verursacht hat? Soll der Verkäufer sich auch dadurch entlasten können, dass er beweist, dass die von ihm begangene Sorgfaltspflichtverletzung für den entstandenen Schaden nicht ursächlich geworden ist oder ist dieser Entlastungsbeweis mangelnder Kausalität der Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen, weil eine solche nicht Voraussetzung des Haftungstatbestands gemäß § 280 I 1 ist, der doch nur die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der *Leistungspflicht* voraussetzen soll? Über all diese Fragen erwartet man eine ordentliche Untersuchung derer, die das Unikum eines solchen Tatbestands zum Ersatz von Mangelfolgeschäden zumindest *praeter legem* annehmen wollen. Solange eine derartige Untersuchung dazu nicht vorgelegt wird, sollte die Rechtsprechung bei den bewährten bisherigen Grundsätzen bleiben, für deren Änderung nach der Regierungsbegründung auch der Modernisierunggesetzgeber keinen Anlass gesehen hat.

²³⁹ Bisher wird angenommen, dass einen Zwischenhändler grundsätzlich keine Untersuchungspflicht trifft (oben III 1 b mit Fn. 182), auch in Bezug auf Beratungs- und sonstige Sorgfaltspflichten wird zwischen Verkäufern, die zugleich Hersteller sind und anderen unterschieden, vgl. *BGH NJW* 2004, 2301. Sollen diese Differenzierungen durch die Beweislastumkehr der Leistungspflichtvariante beseitigt werden?

