

JURISTISCHE RUNDSCHAU

1996

Oktober

Heft 10, S. 397

Probleme der Haftung für Unvermögen und der Anspruchskonkurrenz im Sachmängelrecht*

Von Wiss. Ass. Dr. *Diederich Eckardt*, Bonn

Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit einem Urteil des V. Senats des Bundesgerichtshofs auseinander. Zunächst werden Grundlage und Grenzen der Ansprüche des Käufers bei Unvermögen des Verkäufers zur Beschaffung der Kaufsache behandelt. Der zweite Teil der Besprechung gilt den grundsätzlichen Ausführungen des Senats zum Konkurrenzverhältnis zwischen den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen und den Rechten des Käufers aus den „allgemeinen“ Vorschriften.

I. Zum Sachverhalt

Ein bebautes Grundstück wurde mehrfach weiterverkauft, zuletzt vom Beklagten an die Kläger des vorliegenden Falles. Die Durchführung der Kaufverträge scheiterte aber, weil schon die Erstkäufer, die offenbar den Kaufpreis nicht zahlen konnten, in die Aufhebung des Kaufvertrags mit dem Eigentümer einwilligen mußten¹. Der Beklagte wurde deshalb von den Klägern auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen. Er verteidigte sich damit, daß er das Grundstück infolge eines kurz nach Vertragsabschluß aufgetretenen Brandes der Aufbauten ohnehin nur in erheblich entwertetem Zustand hätte übereignen können; insoweit fehle es deshalb an einem Schaden der Käufer. Diese wiederum replizierten, bei korrekter Abwicklung hätte allen Käufern – und damit zuletzt auch ihnen selbst – ein Anspruch gegen den jeweiligen Verkäufer auf Auskehr der (nunmehr an den ursprünglichen Eigentümer geflossenen) Versicherungssumme zugestanden.

II. Die Voraussetzungen der Einstandspflicht des Verkäufers für sein Unvermögen zur Rechtsverschaffung

1. Zur Haftung des Beschaffungsschuldners

Einzugehen ist zunächst auf die Anspruchsgrundlage für das Schadensersatzbegehren der Käufer. Hierzu vermerkt der Senat recht lapidar, der beklagte Verkäufer habe durch den Kaufvertrag die Garantie dafür übernommen, den Klägern Besitz und Eigentum an dem Grundstück verschaffen zu können; da er hierzu nicht imstande gewesen sei, sei er den Klägern zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet². Wie sich aus der Bezugnahme auf frühere Entscheidungen³ ergibt, will der Senat damit offenbar die zum sog. anfänglichen Unvermögen entwickelten Grundsätze anwenden: In diesem Fall nämlich hat der Verkäufer, so jedenfalls die h. M., selbst dann für seine mangelnde Leistungsfähigkeit einzustehen, wenn er nachweist, daß ihn hieran

i. e. S. kein Verschulden trifft⁴. Indes wird die Einordnung als anfängliches Unvermögen der vorliegenden Konstellation nicht gerecht (und setzt das Ergebnis überflüssigerweise grundsätzlichen Einwendungen aus⁵): Bei Vertragsabschluß war beiden Parteien bewußt, daß der Verkäufer noch nicht Eigentümer des verkauften Grundstücks war; gerade deshalb sollte die Übereignungs- und Übergabepflicht auch nicht sofort, sondern erst drei Monate später erfüllt werden müssen. Hier ist deshalb keine „Abgabeschuld“⁶, sondern – was für den Speziaukauf zwar untypisch, aber doch zweifellos möglich ist – eine *Beschaffungsschuld*⁷ als vereinbart anzusehen. In einem solchen Fall eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene „Garantie“ des Schuldners für sein Leistungsvermögen anzunehmen, täte dem Willen der Parteien Gewalt an: Das gegenwärtige Leistungsvermögen haben sie als selbstverständlich vorausgesetzt; Vertragsgegenstand war aber auch nicht die Leistung zum gegenwärtigen, sondern zu einem zukünftigen Zeitpunkt.

Das (zutreffende) Ergebnis des Senats dürfte daher richtigerweise mit der Einstandspflicht des Verkäufers für die vertraglich übernommene Verpflichtung, bis zum Termin das verkaufte Grundstück zu beschaffen und zu übereignen, zu begründen sein. Daß unter diesem Blickwinkel immer dann, wenn das Scheitern der Beschaffung wie hier auf einem nach Vertragsschluß eingetretenen erschwerenden Umstand beruht, eine Einordnung dieses Leistungshindernisses als *nachträgliches* Unvermögen in Betracht kommt⁸, ist für das Ergebnis nicht von Relevanz: Weil (und soweit) die vertraglich übernommene Beschaffungsverpflichtung gerade die Überwindung von Leistungshindernissen verlangt, wird sie vom nachträglichen Eintritt solcher Umstände ge-

* Besprechungsaufsatz zu BGH, Urt. v. 10. 3. 1995 – V ZR 7/94 = JR 1996, 413 ff. (unten in diesem Heft).

¹ Vgl. sub 2. b. der Gründe, wo erwähnt wird, daß W. St. und J. W. nicht „vertragsgemäß am 30. 4. 1990 den Kaufpreis an N. K. gezahlt“ hätten.

² S. sub 2. b. der Entscheidungsründe.

³ BGH, WM 1972, 656; BGHZ 62, 119, 120; vgl. ferner z. B. BGHZ 47, 267, 269.

⁴ Vgl. Fn. 3; aus der Lit. z. B. *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 265 ff.; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl. 1991 ff., § 433 Rdn. 288 ff., jew. m. w. N. auch zu den Gegenauffassungen.

⁵ Die h. M. (Fn. 3, 4) läuft darauf hinaus, daß jedem Vertrag auch für den Fall unbekannter anfänglicher Leistungserschwerungen eine „Beschaffungsgarantie“ der hier vereinbarten Art zugrundeliegt; dies ist jedenfalls nicht unproblematisch. Auch in diesem Fall müssen überdies die sogleich im Text angesprochenen Einschränkungen der Beschaffungspflicht gelten.

⁶ Nach *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 86.

⁷ Zum Begriff vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 10 II 1; *Lempert*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972, S. 71 f.

⁸ Dazu sogleich sub 2.)

nausowenig berührt wie von deren anfänglichem Vorhandensein. Auf die Beschaffungsschuld hinsichtlich einer *Speziessache* ist daher nicht § 275 II BGB, sondern wie bei Gattungssachen die Vorschrift des § 279 BGB anzuwenden⁹; den Verkäufer vermag deshalb sein nachträgliches Unvermögen zur Beschaffung grundsätzlich nicht zu entlasten. Zwar ist noch zu berücksichtigen, daß die Beschaffungsverpflichtung und damit auch die Einstandspflicht entgegen dem durch den Wortlaut des § 279 BGB nahegelegten Anschein nicht unbegrenzt gelten, sondern nur insoweit, wie der Verkäufer „das Risiko der Nichtbeschaffbarkeit der Ware ... nach dem vernünftigen Sinn seiner Erklärungen übernommen hat“¹⁰. Im allgemeinen wird die Auslegung jedoch ergeben, daß das Scheitern der Beschaffung aufgrund unverschuldeter Umstände grundsätzlich zu Lasten des Verkäufers gehen soll, sofern sich nicht ein ganz außergewöhnliches Risiko verwicklicht hat oder besondere Umstände generell oder zumindest insoweit gegen eine Übernahme des Beschaffungsrisikos durch den Verkäufer sprechen¹¹; dies folgt zugleich aus § 279 BGB, dem für Beschaffungsschulden immerhin der Gehalt einer Zweifelsregel zukommt. In casu dürfte deshalb eine von diesem Grundsatz abweichende Risikoverteilung nicht eingreifen: Der ursprüngliche Eigentümer war offenbar grundsätzlich verkaufsbereit – wie sich daraus ergibt, daß er das betreffende Grundstück bereits verkauft hatte (an die Personen, von denen wiederum der Beklagte gekauft hatte) – und hatte nur wegen des Verzugs der Käufer mit der Kaufpreiszahlung auf die Auflösung des Vertrags hingewirkt¹². Diese Umstände gehören aber jedenfalls zum Risikobereich des Beklagten, zumal er allein die Möglichkeit hatte, sich der Bonität der Vorverkäufer zu vergewissern.

2. Zum Verhältnis von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch

Problematisch ist ferner, daß die vom Senat gewählte Formulierung das Mißverständnis nahelegt, der Verkäufer hafte *ohne weiteres* auf Schadensersatz. Dies wäre jedoch im Hinblick auf die Beschaffungspflicht des Beklagten offensichtlich nicht richtig: Soweit diese Verpflichtung reicht¹³, verlangt sie von dem Verkäufer gerade, seinem Versprechen gemäß die Leistungshindernisse zu überwinden. Dies steht nicht zur Disposition des Gläubigers, der deshalb auch nicht willkürlich zum Schadensersatzanspruch übergehen kann¹⁴: Zwar dient der Fortbestand des Anspruchs auf Erfüllung in Natur zunächst dem Schutz des Gläubigers; aber auch der Schuldner hat ein schutzwürdiges Interesse daran, die Gelegenheit zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu bekommen, bevor er der ihn regelmäßig deutlich mehr belastenden Schadensersatzforderung ausgesetzt wird¹⁵.

Eine Gleichstellung dieser individuellen Leistungsschwerung mit der objektiven Unmöglichkeit (mit der Folge, daß der Erfüllungsanspruch *erlischt*) kann deshalb zumindest solange nicht in Betracht kommen, als nicht feststeht, daß dem Schuldner die Überwindung des Leistungshindernisses unmöglich ist¹⁶. Deshalb muß diesem grundsätzlich durch Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung Gelegenheit gegeben werden, seiner Erfüllungspflicht nachzukommen. Sofort Schadensersatz kann nur dann gefordert werden, wenn das Leistungshindernis für den Verkäufer bei obligationsgemäßer Anstrengung unheilbar ist (etwa weil der Rechts-

inhaber die Überlassung des Rechts endgültig ablehnt), wenn dieser die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn dem Käufer die Beschaffung des in § 326 BGB vorgeschriebenen Wegs aus sonstigen Gründen nicht zuzumuten ist. Daß eine dieser Voraussetzungen vorlag, läßt sich dem Urteil aber nicht entnehmen: Weder ist ersichtlich, daß der Beklagte bereits erfolglos versucht hätte, das Grundstück unmittelbar von dem Eigentümer zu erwerben, noch, daß dies offensichtlich aussichtslos gewesen wäre oder der Beklagte weitere Beschaffungsversuche ernsthaft und endgültig verweigert hätte.

Der im Vergleich zum BGH unterschiedliche Ansatz ist für dieses Ergebnis wiederum nicht von Relevanz; unter dem Gesichtspunkt der „Garantierhaftung“ für anfängliches Unvermögen gilt nichts anderes. Dies ist in der Rechtsprechung zum anfänglichen Unvermögen bzw. zur Rechtsmängelhaftung auch immer so gesehen worden, indem ein Vorgehen nach § 326 BGB für erforderlich gehalten wurde¹⁷ bzw. für den Schadensersatzanspruch die Unbehebbarkeit des Mangels vorausgesetzt wurde¹⁸. Soweit im Schrifttum hier ohne weiteres Schadensersatz nach §§ 440 I, 325 BGB gewährt wird, sei es wahlweise zum Erfüllungsanspruch¹⁹, sei es von Anfang an²⁰, ist dies deshalb unrichtig; freilich relativiert sich der Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung dadurch, daß ein „Unvermögen“ häufig überhaupt nur dann angenommen bzw. der (nachträglichen)

⁹ Entgegen dem ursprünglichen Ansatz (vgl. RGZ 75, 335, 337) ist deren Anwendbarkeit auch nicht auf die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Ursache des Unvermögens beschränkt, vgl. *Erman/Battes*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 279 Rdn. 2; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, 14. Aufl. 1987, § 21 I d; *Lemppennau aaO* (Fn. 7), S. 53 ff., 70 f., 88 ff.; *Medicus*, AcP 188 (1988), 509 f.; *MünchKommBGB/Emmerich*, 3. Aufl. 1994, § 275 Rdn. 101 ff., § 279 Rdn. 2; *Soergel/Wiedemann*, § 279 Rdn. 12.

¹⁰ So *Ballerstedt*, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955), S. 272; ähnlich z. B. *Heck*, S. 87 f.; *Larenz*, § 21 I d; *MünchKommBGB/Emmerich*, § 275 Rdn. 101 ff., § 279 Rdn. 16; *Soergel/Wiedemann*, § 275 Rdn. 13; *Staudinger/Löwisch*, § 279 Rdn. 15 ff.; i. E. weitgehend auch *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 159 f.; *Lemppennau aaO* (Fn. 7), S. 95 ff.

¹¹ Zu weitgehend *Lemppennau aaO* (Fn. 7), S. 107: Haftung nur, wenn der Schuldner die mangelnde Leistungsfähigkeit oder -absicht des Rechtsinhabers verschuldet hat oder sie kennen bzw. vorhersehen mußte. Nach der hier vertretenen Auffassung haftet der Beschaffungsschuldner (weitergehend *Jakobs aaO* (Fn. 10), S. 145 ff.; *MünchKommBGB/Emmerich*, § 275 Rdn. 89 f., 93 ff.: jeder Schuldner) demgegenüber *regelmäßig* auch für erst nachträglich aufgetretene individuelle Leistungsschwerungen ohne Verschulden (und damit regelmäßig in gleichem Umfang wie nach h. M. unter dem Gesichtspunkt anfänglichen Unvermögens).

¹² S. o. Fn. 1.

¹³ S. o. sub I. 1. Wird die „Opfergrenze“ überschritten, d. h. die Beschaffung so schwierig, daß sie dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann, so kann die Leistungspflicht darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hinfällig werden (vgl. BGH, NJW 1972, 1702; 1994, 515, 516); damit entfällt zugleich die Verpflichtung, den für den Deckungskauf erforderlichen Geldbetrag als Schadensersatz zu leisten. Dies ist jedoch gerade bei Beschaffungspflichten nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen (BGH aaO).

¹⁴ Vgl. *MünchKommBGB/Emmerich*, § 275 Rdn. 89, § 279 Rdn. 18; *Roth*, JuS 1968, 103 ff.; *Soergel/Wiedemann*, § 275 Rdn. 53 f., § 279 Rdn. 5; *Staudinger/Löwisch*, § 275 Rdn. 40 ff., 279 Rdn. 2; allgemeiner *Jakobs aaO* (Fn. 10), S. 49 ff., 126 ff. (145 ff., 150 f.), 261 ff.; abw. offenbar *Larenz*, § 21 I 2 d; *Weber-Wilk/Kern*, JZ 1981, 258 ff.

¹⁵ Zwar mag es umgekehrt Sache des Schuldners sein, das Fortbestehen seiner Leistungsfähigkeit bzw. Leistungsvermögens zu behaupten und ggf. zu beweisen, wenn er selbst sich nachträglich, etwa durch Veräußerung der Kaufsache, zur Erfüllung unvermögend gemacht hat (so BGH, WM 1972, 1202; NJW 1992, 2324, 3225). Jedenfalls für die Beschaffungsschuld kann dies solange nicht gelten, als sich an der von den Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzten Situation – nämlich der Notwendigkeit, die Sache von einem Dritten zu erwerben – lediglich nichts geändert hat; ebenso wenig kann deshalb der Erfüllungsanspruch entfallen sein.

¹⁶ Ob ohne diese Voraussetzung überhaupt schon begrifflich „Unvermögen“ anzunehmen ist, ist streitig; bejahend z. B. *Brehm*, JZ 1987, 1091 ff.; *Soergel/Huber*, § 433 Rdn. 303 a; verneinend z. B. *Emmerich*, *Roth*, *Wiedemann*, *Löwisch aaO* (Fn. 14).

¹⁷ Vgl. z. B. BGH, NJW 1991, 2700, 2701; NJW-RR 1992, 201, 202.

¹⁸ So z. B. BGH, WM 1984, 214, 215; 1984, 936, 938; NJW-RR 1988, 79; NJW 1988, 563, 564; 1988, 2878; NJW-RR 1993, 396; aus der Lit. vgl. insbes. *Soergel/Huber*, § 440 Rdn. 7 ff., 13 ff. m. w. N.

¹⁹ Dies wird überwiegend angenommen, vgl. z. B. *Staudinger/Löwisch*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 306 Rdn. 50 m. Nachw.

²⁰ So z. B. *Wolff*, JZ 1995, 280 ff.

Unmöglichkeit gleichgestellt wird, wenn das subjektive Leistungshindernis für den Verpflichteten in dem eben angesprochenen Sinne *unbehebbar* ist²¹.

III. Der Umfang der Schadensersatzverpflichtung: Zur Berücksichtigung der Versicherungssumme

1. Die Grenzen der Haftung bei „doppelten Leistungsstörungen“

Von besonderem Interesse ist die Entscheidung ferner im Hinblick auf die Grenzen der „Garantiehaftung“ bei Zusammentreffen mehrerer Leistungsstörungen: Da die Höhe des Schadensersatzanspruchs, so der Senat, von dem (hypothetischen) Verlauf der Dinge bei ordnungsgemäßer Erfüllung abhängt, sollen Umstände, die für diesen Fall (d. h. falls der Verkäufer zur Rechtsverschaffung in der Lage gewesen wäre) als nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit einzustufen gewesen wären, den Schadensersatzanspruch insoweit mindern. Für die Konstellation, daß das die zufällige Unmöglichkeit begründende Ereignis der den Schadensersatzanspruch begründenden Pflichtverletzung des Verkäufers *nachfolgt*, ist diese Aussage im Ergebnis gewiß nicht zu beanstanden²². Bei umgekehrter zeitlicher Reihenfolge kann sie jedoch nicht gelten: Denn wenn der Erfüllungsanspruch aufgrund zufälliger Unmöglichkeit nach § 275 I BGB erloschen war, bevor er sich infolge einer Pflichtverletzung des Verkäufers in einen Schadensersatzanspruch umwandeln konnte, kann insoweit – mangels fortbestehender Leistungspflicht – schon dem Grunde nach überhaupt kein Schadensersatzanspruch mehr entstanden sein. Um diese letztgenannte Konstellation handelt es sich aber hier, da der zufällige (teilweise) Untergang der Kaufsache bereits wenige Tage nach Vertragsabschluß und damit jedenfalls vor dem Entstehen der Schadensersatzverpflichtung – schon das Scheitern des Erwerbs der Vorverkäufer datiert mehrere Wochen später – die Leistungsverpflichtung des Verkäufers entfallen ließ. Ein Schadensersatzanspruch der Käufer konnte daher von Anfang an nur hinsichtlich desjenigen Schadens entstehen, der aus der Nichterfüllung der Verpflichtung zur Verschaffung des *beschädigten* Grundstücks erwuchs.

Ergebnisrelevant wird dieser zunächst nur die Begründung betreffende Unterschied zur Auffassung des Senats im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit der Versicherungsleistung; Insofern nämlich soll der Verkäufer nach Ansicht des Senats gerade nicht mehr die mangelnde Schadensursächlichkeit einwenden können; dies folgt der Senat daraus, daß der Käufer bei ordnungsgemäßer Erfüllung einen Anspruch gemäß § 281 BGB auf die dem Beklagten von den Vorverkäufern zugeflossene Versicherungsleistung als Surrogat des teilweise zufällig untergegangenen Kaufgegenstands gehabt hätte²³. Daß schon die Vorverkäufer infolge des (von ihnen offenbar durch unterlassenen Kaufpreiszahlung verschuldeten) Rücktritts des Eigentümers zu keinem Zeitpunkt selbst den Anspruch auf die Versicherungsleistung erworben hatten und deshalb der Beklagte diesen Anspruch erst recht nie erworben hatte, läßt der Senat dabei außer Betracht; dem liegt offenbar die Erwägung zugrunde, dies gehöre gerade zu den Umständen, für die der Beklagte infolge seines Leistungsversprechens unbedingt einzustehen habe.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Aus der Rechtsverschaffungs-„Garantie“ des Beklagten

kann sich ein solcher Anspruch nicht ergeben, da diese Leistungspflicht, wie gesehen, insoweit bereits durch nachträgliche objektive Unmöglichkeit erloschen war, bevor aus ihr Schadensersatzansprüche erwachsen konnten. Ein Anspruch auf das Surrogat hätte deshalb nur *neben* dem Schadensersatzanspruch (und nicht als dessen Rechnungsposten) entstehen können, wenn und soweit der Beklagte ein Surrogat erlangt hätte; im übrigen verbleibt es bei der Rechtsfolge des § 275 I BGB. Denn im Falle des Untergangs der Kaufsache tritt nicht generell das Surrogat an deren Stelle (so daß der Verkäufer verpflichtet wäre, sich für den Fall, daß sich das Surrogat bzw. der Anspruch hierauf zunächst in der Hand eines Dritten befände, nunmehr um dessen Beschaffung zu bemühen). Vielmehr muß der Verkäufer nach § 281 BGB nur dasjenige herausgeben, was er selbst tatsächlich als Ersatz für die Kaufsache erlangt hat; hat er es unterlassen, einen Ersatzgegenstand zu erwerben, so trifft ihn insoweit auch keinerlei Verpflichtung²⁴. Ein Anspruch der Kläger auf die Versicherungssumme als Surrogat für die beschädigten Aufbauten konnte deshalb nie entstehen, da auch der Beklagte zu keinem Zeitpunkt Inhaber der Versicherungsforderung war oder insofern Ansprüche gegen die Vorverkäufer erwarb.

Die Angemessenheit dieses Ergebnisses zeigt ein Blick auf den Vergleichsfall, daß die Vorverkäufer (bei ordnungsgemäßer Erfüllung im übrigen) die Versicherungssumme eingezogen hätten und vor deren Weiterleitung an den Beklagten in Konkurs gefallen wären: Hier hätte wohl außer Zweifel gestanden, daß der Beklagte, da er nichts „erlangt“ hat, nicht zu einer Ersatzleistung in Höhe der Versicherungssumme verpflichtet gewesen wäre (sondern allenfalls zur Abtretung seines eigenen – wertlosen – Anspruchs gegen die Vorverkäufer). Daß sich hieran bereits dann etwas ändern sollte, wenn die Vorverkäufer schon vor Übereignung an den Beklagten in Konkurs gefallen wären (so daß jener den Klägern, wie im konkreten Fall, wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht auf Schadensersatz haftete), leuchtet nicht ein. Eine Ersatzpflicht des Beklagten im Hinblick auf die Nichtverschaffung der Versicherungssumme wäre deshalb richtigerweise schon im Ansatz zu verneinen gewesen.

2. Das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den Rechten des Käufers aus den „allgemeinen“ Vorschriften

Nach den Prämissen des Senats kommt es für die Entscheidung indes darauf an, ob der Käufer für den Fall ordnungsmäßiger Erfüllung einen Anspruch gemäß

²¹ S. o. Fn. 16 m. Verw.

²² Freilich erscheint dies eher als Problem der *Zurechenbarkeit* des entstandenen Schadens, vgl. allgemein zu den Fällen der „überholenden“ (hypothetischen) Kausalität BGHZ 104, 355, 359 f.; MünchKommBGB/Gursky, vor § 249 Rdn. 78 ff. m. w. Nachw.

²³ Daß der Beklagte in diesem Fall ein Recht auf die Versicherungssumme gehabt hätte, leitet der Senat zutreffend gleichfalls aus § 281 BGB her: Nach dieser Vorschrift hätte ein Anspruch des Beklagten gegen die Vorverkäufer bestanden, die mit ihrem eigenen Eigentümererwerb nach § 69 VVG in die Rechte und Pflichten aus dem noch von dem ursprünglichen Eigentümer abgeschlossenen Versicherungsvertrag eingetreten wären. Die beiläufige Bemerkung des Senats, dies gelte auch, soweit die Vorverkäufer zu diesem Zeitpunkt nur Anwartschaftsberechtigte gewesen wären, überrascht freilich: Nach st. Rspr. bedarf es zur Herbeiführung der Rechtsfolge des § 69 VVG der Vollendung des sachenrechtlichen Erwerbstatbestandes (BGHZ 99, 385, 387 f.); vor diesem Zeitpunkt kommt allenfalls ein nach Maßgabe der §§ 80 II, 74, 75 II VVG *mitversichertes* Interesse des Käufers in Betracht.

²⁴ RGZ 120, 297, 300; 120, 347, 349; BGHZ 114, 34, 39; Erman/Battes, § 281 Rdn. 10; MünchKommBGB/Emmerich, § 281 Rdn. 25; Soergel/Wiedemann, § 281 Rdn. 37.

§ 281 BGB auf die fiktiv dem Verkäufer zugeflossene Versicherungsleistung gehabt hätte. Problematisch ist dies im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis dieses dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zugehörigen Anspruchs zu den Regeln über die Sachmängelgewährleistung. Der Senat nimmt den Fall deshalb zum Anlaß für einige grundsätzliche Aussagen zu dieser Konkurrenzfrage: Vor Gefahrübergang seien die Rechte des Käufers grundsätzlich allein den allgemeinen Bestimmungen zu entnehmen; die Gewährleistungsvorschriften seien unanwendbar. Nur dann, wenn ein unbehebbarer Mangel vorliege, könnten dem Käufer die Gewährleistungsrechte schon vor diesem Zeitpunkt zugebilligt werden; da ihn dies aber nur begünstigen und nicht benachteiligen solle, könnten die – ggf. weiterreichenden – Rechte aus den allgemeinen Bestimmungen in diesem Fall generell nicht als verdrängt angesehen werden.

a) Zur Bedeutung des Gefahrübergangs für das Konkurrenzproblem

Die Argumentation des Senats (zu deren Begründung er sich lediglich auf eine ältere eigene Entscheidung zur Konkurrenz mit der Irrtumsanfechtung bezieht) beruht wesentlich auf der Prämisse, die Geltung der Gewährleistungsvorschriften schon vor Gefahrübergang sei „eine aus Treu und Glauben hergeleitete Vergünstigung für den Käufer“²⁵. Diese Prämisse aber ist unrichtig. Denn beim Spezieskauf (sowie beim Gattungskauf immer dann, wenn die ganze Gattung mangelhaft ist) entstehen die Gewährleistungsansprüche als Ausfluß des vertraglichen Erfüllungsanspruchs unmittelbar mit jenem, also schon mit Abschluß des Kaufvertrags²⁶. Daß sie bei behebbarem Mangel bis zur Übergabe nicht geltend gemacht werden können, um dem Verkäufer Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben, ändert daran nichts: Sie bestehen auch hier und sind lediglich gehemmt²⁷; im Falle der Unbehebbarkeit des Mangels, in dem für eine solche Rücksicht kein Anlaß besteht, können sie deshalb ohne weiteres von Anfang an geltend gemacht werden. Auch die Anknüpfung an den Zeitpunkt des Gefahrübergangs in § 459 I BGB gibt nichts für das Gegenteil her; sie hat keinen anderen Zweck als den, klarzustellen, daß die allgemeinen Gefahrtragungsregeln auch für die Gewährleistung für Sachmängel gelten und der Verkäufer für zufällige Verschlechterungen der Kaufsache deshalb immer dann, aber zugleich nur dann haftet, wenn sie vor Gefahrübergang eingetreten sind²⁸.

Eine unterschiedliche Behandlung des Konkurrenzproblems je nachdem, ob die Sache schon übergeben worden ist oder nicht, bedürfte daher des Nachweises, daß die für den grundsätzlichen Vorrang des Sachmängelrechts sprechenden Erwägungen vor Gefahrübergang nicht gelten. Dieser Nachweis ist indes jedenfalls allgemein nicht erbracht. Der Sinn dieses Vorrangs besteht darin, den vom Gesetzgeber mit den Gewährleistungen und Einschränkungen der §§ 459 ff. BGB erstrebten angemessenen Ausgleich der Parteinteressen nicht durch Anwendung funktionsäquivalenter allgemeiner Vorschriften überspielen zu lassen. Er beansprucht auch vor Übergabe Geltung, wie sich etwa am Beispiel des § 460 S. 2 BGB zeigen läßt: Die Vorschrift bezweckt sachlich eine Beweiserleichterung für den in ihrem S. 1 behandelten Sachverhalt, daß dem Käufer die brauchbarkeits-einschränkende Beschaffenheit der Kaufsache bekannt war und diese Beschaffenheit deshalb als vertraglich vereinbart anzusehen ist²⁹. Diese ratio legis betrifft alle

Käuferrechte, die aus der „mangelhaften“ Beschaffenheit hergeleitet werden; der Käufer soll die Kaufsache so, wie sie ist, akzeptieren und bezahlen müssen. Ob die Kaufsache schon übergeben war oder nicht, kann im Hinblick auf den Gesetzeszweck keinen Unterschied machen: Soll der Käufer behandelt werden, als hätte er die brauchbarkeits-einschränkende Beschaffenheit vereinbart, so liegt (fiktiv) schon dem Tatbestand nach keine „nicht vertragsgemäße Erfüllung“ mehr vor und alle hierauf gestützten Ansprüche müssen ungeachtet des Zeitpunkts ihrer Geltendmachung ausscheiden. Der ratio legis widerspräche es deshalb, wenn der Käufer zur Erhebung der Einrede des nichterfüllten Vertrags oder zur Irrtumsanfechtung berechtigt sein würde, wenn er den bei Vertragsschluß grobfahrlässig übersehenen unbehebbarer Mangel zufällig schon vor der Übergabe erkannt hätte. Da für andere Einschränkungen der Gewährpflicht des Verkäufers Entsprechendes gilt³⁰, kann die Anwendbarkeit einzelner Rechtsbehelfe des allgemeinen Schuldrechts mithin in den Fällen, in denen die Gewährleistungsansprüche wegen Unbehebbarkeit des Mangels o. ä. schon vor Gefahrübergang gegeben sind, nicht anders beantwortet werden als für die Zeit danach³¹.

b) Zum Anspruch auf das „Fehlersurrogat“ im besonderen

Im Ergebnis ist dem BGH freilich für den konkreten Fall durchaus recht zu geben. Speziell für den Anspruch aus § 281 BGB ist nämlich anzunehmen, daß dieser vor wie nach Gefahrübergang, also auch im Anwendungsbereich des Sachmängelrechts und damit ggf. neben den Gewährleistungsansprüchen, gegeben ist³². Denn anders als die Gewährleistungsansprüche bezweckt dieser Anspruch nicht den Ausgleich einer mangelbedingten Vermögenseinbuße des Käufers, sondern die Abschöpfung einer nach der vertraglichen Güterzuweisung unberechtigten Bereicherung des Verkäufers. Der Anspruch auf das Surrogat ist deshalb im Unterschied zu den sonstigen Rechten aus den „allgemeinen Bestimmungen“ den Gewährleistungsansprüchen gerade nicht funktionsäquivalent; die Besorgnis, die für jene geltenden Einschränkungen könnten durch die Zulassung „allgemei-

²⁵ So die in Bezug genommene Senatsentscheidung BGHZ 34, 32, 37.

²⁶ Dies gilt unabhängig vom jeweiligen Standpunkt im Streit um die Rechtsnatur der Sachmängelgewährleistung, vgl. einerseits z. B. Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung, 1974, S. 153 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1993, § 24, 3 a; Soergel/Huber, vor § 459 Rdn. 184, § 459 Rdn. 84; andererseits z. B. Lorenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. 1986, § 41 I c; ferner Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 5. Aufl. 1992, S. 207.

²⁷ Vgl. m. v. N. Herberger, Huber, Lorenz, Reinicke/Tiedtke aaO (Fn. 26).

²⁸ Vgl. Soergel/Huber, vor § 459 Rdn. 183, § 459 Rdn. 78.

²⁹ Vgl. Protokolle, bei Mugdan, Bd. II, S. 925: Es sei die „Annahme berechtigt, daß der Käufer (die Sache) in dem nämlichen Sinne habe kaufen wollen, in dem ... sie zum Verkaufe gestellt“ worden sei. In der ersten Kommission hatten demgegenüber noch überkommene „caveat-emptor“-Vorstellungen überwogen (vgl. Motive, bei Mugdan, Bd. II, S. 124 f.); auch diese würden freilich für die Zeit vor dem Gefahrübergang in gleicher Weise Geltung beanspruchen.

³⁰ So z. B. für § 461, 468 S. 2, 470 S. 2 BGB. Vgl. im einzelnen Soergel/Huber, vor § 459 Rdn. 175 ff., insbes. 183 ff. m. v. N.

³¹ Vgl. Herberger, Huber, Lorenz, Reinicke/Tiedtke aaO (Fn. 26, 30); ferner OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1366; Flume, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, 1948, S. 134 f.; Palandt/Putzo, BGB, 54. Aufl. 1995, Vorbem. v. § 459 Rdn. 3; a. A. z. B. Erman/Grünwald, vor § 459 Rdn. 16; MünchKommBGB/Westermann, § 459 Rdn. 4 f.

³² Vgl. bereits Eckardt, BB 1994, 1950 f.; ebenso Jauernig/Vollkommer, BGB, 7. Aufl. 1993, § 281 Anm. 2 b, § 459 Anm. IV 3; Lobinger, JuS 1993, 455 ff.; MünchKommBGB/Emmerich, § 281 Rdn. 7; Soergel/Huber, vor § 459 Rdn. 251; (nur) für den Fall des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses auch Palandt/Putzo, Vorbem. § 459 Rdn. 4; Reinicke/Tiedtke, S. 222 f.; Tiedtke, NJW 1992, 3214; ganz ablehnend OLG Hamm NJW-RR 1993, 1366; Erman/Grünwald, Rdn. 15 vor § 459; Palandt/Heinrichs, § 281 Rdn. 2; Wiedemann, EWIR § 281 BGB 1/91, 543.

ner“ Ansprüche überspielt werden, gilt für ihn gerade nicht. Der Senat hatte diese Frage allerdings bereits in seinem einen ganz ähnlichen Fall betreffenden Urteil vom 8. März 1991³³ aufgeworfen und ausdrücklich offengelassen; er hatte dabei mit der Formulierung, es sei „nach der bisherigen Rechtsprechung zweifelhaft, ob (dieser Anspruch) neben den Regeln über die Sachmängelgewährleistung überhaupt zum Zuge kommen“ könne, schon seine Skepsis angedeutet. Indem der Senat hier diese Möglichkeit nicht einmal anspricht und statt dessen eine Stellungnahme zu den beiden eben genannten Grundsatzfragen vorzieht, gibt er zu erkennen, daß er zumindest weiterhin Bedenken hat, generell neben den Gewährleistungsrechten einen Anspruch auf das „Fehlersurrogat“ anzuerkennen.

c) Zur Relevanz des Gewährleistungsausschlusses

Wie sich aus der Wiedergabe der Berufungsentscheidung ergibt, war dort ein Anspruch des Klägers auf die Versicherungsleistung offenbar mit der Begründung abgelehnt worden, infolge des Gewährleistungsausschlusses sei schon vor Gefahrübergang die Leistungspflicht des beklagten Verkäufers eingeschränkt gewesen. Hierfür hatte das Berufungsgericht sich auf das bereits erwähnte Senatsurteil aus dem Jahre 1991 berufen. Der Senat weist dies zurück (sub 1.): Er habe sich dazu seinerzeit nicht geäußert³⁴; zudem würden auf der Grundlage der Auffassung des Berufungsgerichts die Belange des Käufers nicht gewahrt, da dieser die mangelhafte Kaufsache folgerichtig überhaupt nicht zurückweisen dürfte. Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Rechte des Käufers im Hinblick auf nach Vertragsschluß eintretende zufällige Verschlechterungen der Kaufsache auch durch einen Gewährleistungsausschluß nicht geschmälert werden können. Dies beruht freilich nicht, wie der Senat offenbar meint, auf den trotz des Gewährleistungsausschlusses fortbestehenden Rechten des Käufers aus den „allgemeinen Bestimmungen“; diese sind vielmehr in gleichem Umfang ausgeschlossen wie die Gewährleistungsrechte³⁵. Jedoch sind Gewährleistungsausschlußklauseln im Regelfall dahin auszulegen, daß ein erst nach Vertragsabschluß entstehender Mangel schon gar nicht erfaßt wird³⁶; das Recht, die unbehebbar mangelhaft gewordene Kaufsache zurückzuweisen, beruht daher auf dem unberührt gebliebenen Wandlungsanspruch.

3. Zur Schadenshöhe

Zur Schadenshöhe führt der Senat aus (sub 3.), in Höhe der Differenz zwischen dem Kaufpreis (zzgl. Vertragskosten) und dem vorgetragenen objektiven Wert von DM 670 000,- könne die Käuferin „als Nichterfüllungsschaden geltend machen, daß sie die Brandentschädigung erhalten hätte ...“; deshalb sei „die eingeklagte Teilforderung von DM 390 000,- berechtigt“. Dies verwundert insofern, als die Versicherungssumme hier so deutlich hinter dem vorgetragenen objektiven Wert zurückblieb, daß bei Abzug des vereinbarten Kaufpreises und der Vertragskosten die Klagesumme unterschritten worden wäre³⁷. Die Rechnung des Senats stimmt deshalb nur, wenn man die Vorschrift des § 323 II 2. Hs. BGB berücksichtigt; hiernach mindert sich der Kaufpreis für den Fall, daß der Käufer die Versicherungsleistung als stellvertretendes Commodum verlangt, um den gleichen Prozentsatz, um den die Summe aus

Restwert und Versicherungsleistung den objektiven Wert der Kaufsache unterschreitet³⁸.

III. Ergebnis

Wer sich zur Übereignung eines erst noch zu erwerbenden Gegenstands verpflichtet, hat hierfür regelmäßig auch bei nachträglichen Erschwerungen der Beschaffung einzustehen; zum Schadensersatz ist er jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB (Nachfristsetzung bzw. Unbehebbarkeit des Leistungshindernisses) verpflichtet. Soweit der Erfüllungsanspruch zuvor bereits durch zufällige teilweise Zerstörung der Kaufsache erloschen ist, entsteht von Anfang an kein Schadensersatzanspruch; dafür, daß durch die unterbliebene Verschaffung der Kaufsache auch kein Anspruch auf die Versicherungssumme als deren (Teil-)Surrogat entstanden ist, haftet der Verkäufer deshalb entgegen der Ansicht des BGH nicht. Zu widersprechen ist schließlich auch den Ausführungen des V. Senats zum Konkurrenzverhältnis zwischen den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen und den Rechten des Käufers aus den „allgemeinen“ Vorschriften: Sind die Gewährleistungsrechte bei unbehebbarem Mangel schon vor Übergabe gegeben, so verdrängen sie die „allgemeinen“ Käuferrechte ebenso wie nach Gefahrübergang. Gerade insoweit versteht der Senat seine Stellungnahme aber trotz ihrer Kürze offensichtlich als grundsätzliche, wie nicht zuletzt daraus hervorgeht, daß er sie zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt hat. Die Praxis wird sich daher auf sie einstellen müssen.

Überlegungen zur Zulässigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel

Von Staatsanwalt Dr. Hartmut Schneider, Berlin

Die Befragung eines in Straftat befindlichen Beschuldigten in seiner Zelle durch einen mit einer Wanze versehenen und als V-Mann agierenden Mithäftling scheitert am Menschen-

³³ BGHZ 114, 34, 37. Dort waren die Aufbauten des verkauften Grundstücks gleichfalls durch einen Brand erheblich beschädigt worden; jedoch war gleichwohl die Übergabe erfolgt. Da die Gewährleistungsansprüche seinerzeit bereits verjährt waren, hatte der Käufer gemäß § 281 BGB die noch vom Verkäufer eingezogene Versicherungsentschädigung als „Fehlersurrogat“ verlangt; er war damit jedoch vor dem BGH gescheitert, da jener die kurze gewährleistungsrechtliche Verjährung entsprechend auf diesen Anspruch übertragen wollte.

³⁴ Indes hatten einige Formulierungen der damaligen Entscheidung zu einem solchen Mißverständnis durchaus Anlaß gegeben, so vor allem die, daß den Käufer aufgrund des Gewährleistungsausschlusses „die Preisgefahr (treffe), um die es hier geht“ (BGHZ 114, 34, 37). Die Inkonsequenz, die der Senat hier *Tiedtke* (NJW 1992, 3213) und dem Berufungsgericht vorwirft, war folglich in seinem eigenen Urteil bereits angelegt, indem er einerseits von der auf den Käufer übergegangenen Preisgefahr sprach und andererseits das Zurückweisungsrecht des Käufers bei nachträglich aufgetretenen Mängeln betonte.

³⁵ Vgl. *Eckardt*, BB 1994, 1948; *Soergel/Huber*, § 433 Rdn. 261, vor § 459 Rdn. 185, 192, 235.

³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 87, 88; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1366, 1367; *Eckardt*, BB 1994, 1948 f.; *Soergel/Huber*, vor § 459 Rdn. 251, § 459 Rdn. 223; anders aber offenbar der Senat (ebenso wie schon in BGHZ 114, 34, 39); explizit *Erman/Grünwald*, Rdn. 12 vor § 459.

³⁷ DM 1 543 000,- (Versicherungsleistung) abzgl. 1 230 000,- (Kaufpreis und Vertragskosten) = DM 313 000,-.

³⁸ Vom Restwert des beschädigten Grundstücks, der sich dem Tatbestand des BGH nicht entnehmen läßt, hängt das Ergebnis dagegen nicht ab: Ist er gleich Null, so beträgt der Schaden, d. h. der objektive Gesamtwert der noch erbringbaren Leistung, DM 1 543 000,- (also ca. 18,8 % weniger als der ursprüngliche objektive Wert), und der Kaufpreis vermindert sich um die gleichen 18,8 % auf DM 975 000,-; ist er höher, so steigt zwar der bei der Schadensberechnung in Anrechnung zu bringende Kaufpreis, aber eben auch der Schaden, da der Käufer das Grundstück mit dem betreffenden Restwert ja erhalten hätte.