

Das Verhältnis von Mängelgewährleistung und Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB Zugleich ein Beitrag zur Rolle der Sperrwirkung und Subsidiarität in der Methodenlehre

Von Ref. iur. **Mats Huster**, Kiel, Wiss. Mitarbeiter **Christoph Weber**, Bayreuth*

I. Einführung

Normkonkurrenzen sind einer der Schlüssel zur Erfassung des Zivilrechts. Eine der Hauptaufgaben in der Examensvorbereitung besteht darin, die verschiedenen Teilgebiete des Bürgerlichen Rechts miteinander in Beziehung zu setzen und daraus konkrete Schlüsse für die Fallbearbeitung zu ziehen. Die Problematik um das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo (c.i.c) und der Anfechtung zum Kaufrecht ist den meisten Studierenden bekannt. Im Folgenden soll überprüft werden, ob der Vorrang des Kaufrechts auch gegenüber der Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB im Drei-Personen-Verhältnis besteht. Anlass hierfür bietet eine seit langem etablierte und weitgehend unwidersprochene Rechtsprechungslinie des BGH. Im Anschluss wird die Rechtsprechung des BGH nochmals aufgegriffen und untersucht, ob der Anspruch gegen den Dritten auch in anderer Weise vom Anspruch gegen den Vertragspartner abhängig ist.

II. Konkurrenz und Sperrwirkung im Umkreis der Mängelgewährleistung

1. Voraussetzungen der Sperrwirkung im Zwei-Personen-Verhältnis

Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar.¹ Soweit eine Sperrwirkung nicht wie bei § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB explizit angeordnet ist, bleibt sie die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.² Probleme können jedoch auftreten, wenn sich Anspruchsgrundlagen in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, ohne dass ihr Verhältnis gesetzlich geregelt ist. Ein Rechtsinstitut kann Wertungen enthalten, die durch andere Ansprüche umgangen werden können. Eine Umgehung droht, wenn:

- derselbe Anspruch unter geringeren Voraussetzungen gewährt wird,³
- ein weitergehender Anspruch unter denselben oder geringeren Vorgaben geltend gemacht werden könnte,⁴
- oder Ansprüche vorgesehen sind, die an anderer Stelle bewusst nicht gewährt werden.⁵

* Der Autor *Huster* ist Rechtsreferendar am Landgericht Kiel. Der Autor *Weber* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht der Universität Bayreuth (Prof. Dr. *Jessica Schmidt*).

¹ BGHZ 9, 301; 100, 190 (201); *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 41; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818 (821); *Thomale*, JuS 2013, 295 (296 f.).

² *Kuhn*, Jura 2013, 975; *ders.*, AcP 221 (2021), 845 (848 f.).

³ *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).

⁴ *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).

⁵ *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).

Bei dieser „Aushebelung“ einer vorrangigen gesetzlichen Wertung greifen die folgenden Auflösungsregeln:

1. Erfasst eine Anspruchsgrundlage nur Konstellationen, die auch in den Anwendungsbereich einer anderen Norm fallen, und stellt sie darüber hinaus noch zusätzliche Voraussetzungen auf, wird der andere Anspruch im Wege der Spezialität verdrängt.⁶
2. Wenn sich die Anwendungsbereiche zweier Normen teilweise überschneiden und beide darüber hinaus Konstellationen erfassen, die von der jeweils anderen nicht geregelt werden, muss mangels Verankerung im Wortlaut durch Auslegung anhand von Systematik und Telos ermittelt werden, ob einer der drei genannten „Umgehungsfälle“ vorliegt.⁷ Die Norm, die der maßgeblichen gesetzlichen Wertung nicht entspricht, tritt im Wege der Subsidiarität zurück.

2. Anwendung im Zwei-Personen-Verhältnis

Nun sollen die genannten Konkurrenzregeln anhand eines Beispiels verdeutlicht werden. Ein Klassiker ist das Verhältnis des Kaufrechts zu Ansprüchen aus c.i.c. gerichtet auf Vertragsaufhebung und zur Anfechtung.

Beispielsfall 1: Gebrauchtwagenhändler A verkauft im eigenen Namen an B einen 5 Jahre alten Opel Corsa. A hat infolge Fahrlässigkeit übersehen, dass der Wagen einen behebbaren Motorschaden hat und klärt B deshalb auch nicht über den Mangel auf. B möchte sich nun vom Vertrag lösen, da er den Vertrag unter diesen Umständen nicht abgeschlossen hätte.

Das Kaufrecht regelt die Voraussetzungen von Ansprüchen zwischen den Vertragsparteien. Abweichungen von allgemeinen Vorschriften sind unter anderem der Vorrang der Nacherfüllung („Recht zur zweiten Andienung“) gem. §§ 437, 439 BGB (genauerer siehe unten), der Haftungsausschluss bei Kenntnis des Käufers gem. § 442 Abs. 1 BGB und die Verjährung nach § 438 BGB. Diese vorrangigen Wertungen könnten durch Anwendung allgemeinerer Vorschriften umgangen werden.

C.i.c., Anfechtung und das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht haben im Verhältnis zueinander eigenständige Anwendungsbereiche.⁸ Daher handelt es sich um die Konstellation des „teilweisen Überschneidens“, bei der durch Auslegung anhand von Systematik und Telos ermittelt werden muss, welches Rechtsinstitut aufgrund eines Wertungswiderspruches im Wege der Subsidiarität zurücktritt (II. 1. Nr. 2).⁹

⁶ *Bachmann* (Fn. 1), § 241 Rn. 37.

⁷ *Bachmann* (Fn. 1), § 241 Rn. 37.

⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 268.

⁹ *Larenz* (Fn. 8), S. 268.

Die Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB und Ansprüche aus c.i.c. infolge mangelhafter Leistung setzen keine Fristsetzung voraus und enthalten keine mit § 442 Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung. Deswegen könnten der Vorrang der Nacherfüllung („Recht zur zweiten Andienung“) und § 442 Abs. 1 BGB als vorrangige Wertungen über eine „Aufhebung“ des Vertrags durch Anfechtung oder c.i.c. umgangen werden.¹⁰ Um diesen Wertungswiderspruch aufzulösen, sperrt das Kaufrecht die Anwendung dieser Vorschriften.¹¹

Im Beispielfall 1 kann B deshalb keinen Anspruch aus c.i.c. auf Vertragsaufhebung geltend machen und eine Anfechtung wegen § 119 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen.

Eine Ausnahme wird nur bei dem arglistig über einen Mangel täuschenden Verkäufer gemacht, der aufgrund der Wertungen des § 438 Abs. 3 BGB sowie § 444 BGB und wegen der durch die Täuschung entbehrlichen Fristsetzung bei Rücktritt und Schadensersatz von den §§ 434 ff. BGB nicht geschützt wird.¹² Deswegen kann eine gesetzliche Wertung durch allgemeinere Vorschriften nicht umgangen werden. § 123 BGB und c.i.c. bleiben anwendbar.¹³

III. Konkurrenzsituation im Drei-Personen-Verhältnis

Die bisherigen Ausführungen zur Konkurrenz von Mängelgewährleistung und c.i.c. gehören in der juristischen Ausbildung zum Standardwissen.

Eine schwierigere Frage wirft die Konkurrenz von Mängelgewährleistungshaftung und Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB auf. Wie üblich im Drei-Personen-Verhältnis sind auch hier die Wertungen schwieriger nachzuvollziehen. Dies spricht jedoch gerade für die Beschäftigung mit dieser Fragestellung, da man so das eigene Verständnis für Mehrpersonen-Verhältnisse und Gesetzeskonkurrenz insgesamt schärfen kann.

1. Allgemeines zur Konkurrenz im Drei-Personen-Verhältnis

Bei Drei-Personen-Verhältnissen können sich die Anwendungsbereiche zweier Normen nicht vollständig decken oder überschneiden, da an den jeweiligen Rechtsverhältnissen mindestens eine andere Person beteiligt ist. Die Kollisionsregeln aus dem Zwei-Personen-Verhältnis, die an ein Überschneiden anknüpfen, sind daher zumindest nicht direkt anwendbar.

Grundsätzlich bestehen Ansprüche gegen verschiedene Schuldner ebenfalls unabhängig voneinander. Unter gewissen Umständen können Ansprüche inhaltlich stärker miteinander zusammenhängen und die Voraussetzungen einer Gesamtschuld gem. § 421 S.1 BGB erfüllen.¹⁴

Teilweise ist aber auch der Anspruch gegen einen Schuld-

ner durch das Bestehen eines Anspruchs gegen einen anderen Schuldner nach den Regeln der Subsidiarität gesperrt.¹⁵ Dies kann sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben wie beispielsweise in § 2329 Abs. 1 S. 2 BGB¹⁶ oder § 822 BGB.¹⁷

Vereinzelte mangelt es jedoch an einer gesetzlichen Bestimmung. Dann muss ähnlich wie im Zwei-Personen-Verhältnis vorgegangen werden, um Fälle der ungeschriebenen Subsidiarität zu identifizieren. Dies soll nun anhand eines bekannten Konkurrenzverhältnisses im Drei-Personen-Verhältnis aufgezeigt werden.

a) Verhältnis von Leistungs- zu Nichtleistungskondition

Nach dem Subsidiaritätsprinzip hat die Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB Vorrang vor der Nichtleistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB gegen einen dritten Empfänger. Rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen sollen vorrangig innerhalb von Leistungsbeziehungen rückabgewickelt werden. Dies wird hauptsächlich mit der bei der Auswahl des Vertragspartners betätigten Privatautonomie begründet.¹⁸ Die Parteien sollen darauf vertrauen können, dass sie ihre Einwendungen gegen den vermeintlichen Vertragspartner geltend machen können und dass sie nur dessen und nicht das Insolvenzrisiko eines Dritten tragen.¹⁹ Eine Nichtleistungskondition könnte zudem den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten aushebeln.²⁰

b) Methodische Einordnung

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Mehrpersonen-Verhältnissen wird maßgeblich durch Wertungen bestimmt, die an anderer Stelle des Gesetzes getroffen werden.²¹ Dadurch sollen Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung vermieden werden.²²

Letztendlich wird eine systematische Auslegung vorgenommen. Das Ziel dieser Auslegungsmethode ist die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.²³ Dazu werden unter anderem Normen so ausgelegt, dass sie mit allgemeinen Prinzipien und gesetzlichen Wertungen vereinbar sind.²⁴

Wenn ein Dritter eine Nichtleistungskondition geltend machen könnte, obwohl zwischen zwei Personen eine Leistungsbeziehung besteht, bestände ein Widerspruch zu dem Rechtsgrundsatz der Privatautonomie und der Systemscheidung für den gutgläubigen Erwerb (siehe oben). Um diesen Widerspruch aufzulösen, wurde im Wege systematischer Aus-

¹⁵ Thomale, JuS 2013, 295 (299).

¹⁶ Lange, in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 2329 Rn. 6.

¹⁷ Martinek/Heine, in: Juris-PraxisKommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 822 Rn. 1; Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 822 Rn. 1.

¹⁸ Thöne, JuS 2019, 193 (194).

¹⁹ Thöne, JuS 2019, 193 (194).

²⁰ Thöne, JuS 2019, 193 (196).

²¹ Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2022, § 5 Rn. 5.

²² Staake (Fn. 21), § 5 Rn. 5.

²³ Schäfers, JuS 2015, 875 (878).

²⁴ Schäfers, JuS 2015, 875 (878).

¹⁰ Höpfner, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.9.2022, § 437 Rn. 14; R. Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 (463).

¹¹ BGH NJW 1973, 1234.

¹² Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 311 Rn. 15.

¹³ BGH NJW 1973, 1234.

¹⁴ Zur Diskussion um die genauen Voraussetzungen Heine-meyer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 421 Rn. 9.

legung der Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskondition entwickelt.²⁵ Das Bestehen einer Leistungsbeziehung schließt daher eine Nichtleistungskondition aus, sodass die genannten Wertungen nicht unterlaufen werden können.

c) Abstrakte Kriterien

Bevor in das konkrete Beispiel eingestiegen wird, soll noch einmal der anfangs vorgestellte Kriterienkatalog im Hinblick auf das Drei-Personen-Verhältnis modifiziert werden. Wie im Zwei-Personen-Verhältnis auch, ist die Subsidiarität und gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche mangels gesetzlicher Anordnung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.²⁶

Im Drei-Personen-Verhältnis kann dabei gerade nicht darauf abgestellt werden, dass Anspruchsvoraussetzungen umgangen werden. Die Ansprüche bestehen zwischen verschiedenen Personen. Stattdessen ist maßgeblich, ob durch ein Nebeneinander zweier Ansprüche gesetzliche Wertungen zugunsten oder zulasten eines der potenziellen Anspruchsgegner unterlaufen werden. Bei Vorliegen eines Wertungswiderspruchs muss durch systematische Auslegung Widerspruchsfreiheit hergestellt werden. Das Verhältnis kann dann folgendermaßen aufgelöst werden:

1. Werden im Drei-Personenverhältnis durch die Geltendmachung eines Anspruchs in dem einen Verhältnis die Wertungen eines Anspruchs in dem anderen Verhältnis unterlaufen, tritt ersterer im Wege der Subsidiarität zurück.²⁷ In diesen Fällen geht es um den Schutz des Schuldners des vorrangigen Anspruchs.
2. Möglich ist aber auch, dass der Zweck des zurücktretenden Anspruchs die Subsidiarität erfordert. Dann würde bei einer parallelen Anwendung nicht eine Wertung der vorrangigen, sondern der subsidiären Anspruchsgrundlage umgangen werden. In diesem Fall geht es um den Schutz des Schuldners des zurücktretenden Anspruchs.

2. Ungeschriebene Subsidiarität der Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB gegenüber der Mängelgewährleistungshaftung des Verkäufers gem. § 439 Abs. 1 BGB nach dem BGH und der h.M.

Um dies zu veranschaulichen und einen Fall der ungeschriebenen schwachen Subsidiarität vorzustellen, fügen wir der eingangs betrachteten Konstellation der Konkurrenz zwischen c.i.c. und Mängelgewährleistung eine weitere Person hinzu.

²⁵ An dieser Stelle bestehen Überschneidungen zur teleologischen Auslegung: Man könnte auch davon ausgehen, dass anhand der gesetzlichen Systematik der Regelungszweck ermittelt und eine teleologische Auslegung vorgenommen wird. Ausgangspunkt bei der Begründung des Subsidiaritätsprinzips sind aber in beiden Fällen die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen. Allgemein zur Ermittlung des Normzwecks Schäfer, JuS 2015, S.875 (879).

²⁶ Wiegand, Die „Sachwalterhaftung“ als richterliche Rechtsfortbildung, 1991, S. 371.

²⁷ In diese Kategorie muss das Verhältnis von Leistungs- zu Nichtleistungskondition eingeordnet werden.

Im Zentrum der Betrachtung steht deshalb die Dritthaftung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB.

Wie sich aus der systematischen Stellung innerhalb des § 311 BGB und der Formulierung „auch“ ergibt, handelt es sich dogmatisch gesehen um einen Fall der c.i.c.²⁸ Grundlage der in Abs. 3 kodifizierten Haftung ist, wie sich aus S. 2 ergibt, primär die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens durch den Dritten.²⁹

Darüber hinaus ist für diese Konstellation auch die Fallgruppe des wirtschaftlichen Eigeninteresses (*procurator in rem suam*) anerkannt, wobei deren Anwendungsbereich eher schmal ist.³⁰ Im Folgenden wird daher die Dritthaftung infolge der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens zugrunde gelegt. Dabei ist in den hier interessierenden Konstellationen vor allem die Fallgruppe des Agenturgeschäfts eines Gebrauchtwagenhändlers in der BGH-Judikatur stark vertreten.³¹

Beispielsfall 2: B betreibt einen Gebrauchtwagenhandel und bietet im Namen der V im Internet einen gebrauchten Skoda zum Verkauf an. Auf einem der von B ins Internet gestellten Lichtbilder war eine Standheizung im Wert von 500 € zu erkennen, die zwar in der Fahrzeugbeschreibung als Zusatzausstattung erwähnt wurde, nach dem Willen der V nicht verkauft werden sollte. B hatte dies aus einfacher Fahrlässigkeit heraus übersehen. Restwertaufkäuferin A erwirbt den Wagen und nimmt ihn von B entgegen. Die Standheizung war zuvor von V ausgebaut worden. A verlangt nun von B Erstattung von 500 € mit der Begründung, dass B dafür einstehen müsse, dass das übergebene Fahrzeug nicht über die im Internet abgebildete Standheizung verfügt und somit über einen geringeren Wert verfüge.

Fraglich ist nun, wie sich das Verhältnis zwischen der Haftung des Dritten und der Haftung des Verkäufers gestaltet. Die ständige Rechtsprechung des BGH geht hier davon aus, dass „die Haftung des Dritten nicht weiter geht als die des Verkäufers“.³² Insbesondere müsse also der Käufer dem Verkäufer zunächst erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er gegen den Dritten vorgehen kann.³³ Der Vorrang der Nacherfüllung greift damit auch zugunsten des Dritten.³⁴

Weiterhin geht die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung davon aus, dass vertragliche Haftungsprivilegierungen im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer

²⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 163.

²⁹ Ausführlich zu § 311 Abs. 3 BGB *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 ff., 1039 ff.

³⁰ *Herresthal*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 311 Rn. 530.

³¹ *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 311 Rn. 126.

³² BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.); BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

³³ BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

³⁴ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 14. Aufl. 2020, Rn. 2329.

auch zugunsten des Dritten wirken³⁵ oder auch die Verjährungsfrist aus dem Kaufvertrag im Verhältnis zum Dritten gilt.³⁶ Dieses Ergebnis der Rechtsprechung übernimmt die Literatur im Wesentlichen.³⁷

Im Drei-Personen-Verhältnis wird die Anwendung der c.i.c. durch das Mängelgewährleistungsrecht also nicht von vornherein komplett gesperrt.³⁸ Vielmehr wird eine im Hinblick auf die Nacherfüllung schwach ausgeprägte Subsidiarität³⁹ und im Hinblick auf das Durchschlagen von Haftungsbeschränkungen Art „Akzessorietät“⁴⁰ konstruiert.

3. Methodische Reflexion der Lösung des BGH

Ob diese vom BGH derart formulierte Subsidiarität und Akzessorietät einer kritischen Überprüfung standhält, soll im Folgenden beleuchtet werden. Jedenfalls vom Ergebnis her lässt sich das gefundene Ergebnis mit der methodischen „Mischform“ der Übertragung von Schranken und Voraussetzungen eines Anspruchs auf einen anderen Anspruch im Zwei-Personen-Verhältnis vergleichen.⁴¹ Im Kern geht es darum, wie stark „vertragsausgerichtet“⁴² die Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB unter Zugrundelegung der heutigen Gesetzssystematik noch ist.

Die einzige Begründung, die geliefert wird, stellt maßgeblich darauf ab, dass ansonsten der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen würde.⁴³ Auch in der Literatur hat sich bisher keine schlüssige dogmatische Erklärung herausgebildet⁴⁴ oder man setzt die Gleichstellung einfach als geboten voraus.⁴⁵ Soweit kritische Stimmen zur Lösung des BGH geäußert werden, stützen diese sich auf die Eigenständigkeit der Haftung aus § 311 BGB gegenüber der Haftung des Verkäufers.⁴⁶

³⁵ Vgl. *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2334 ff.

³⁶ BGHZ 87, 302; anders anscheinend BGH NJW 1977, 1914 (1915).

³⁷ *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 9 Rn. 25; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl. 2022, § 5 Rn. 11; *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 534; kritisch *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 33 Rn. 64.

³⁸ *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2328.

³⁹ *Diehl*, ZfS 2011, 269 (Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.1.2011 – VIII ZR 346/09 [LG Halle a.d. Saale]): Schwach ausgeprägt deswegen, weil der Käufer nur einen bestimmten Rechtsbehelf gegen den Verkäufer erfolglos geltend machen muss und nicht der Anspruch gegen den vorrangigen Anspruchsgegner vollständig ausgeschlossen sein oder die Durchsetzung sämtlicher Ansprüche gescheitert sein muss. Zu der starken Subsidiarität weiter unten III. 4.

⁴⁰ *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64.

⁴¹ *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976 f.); in diese Richtung auch *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2329: „Teilweise Sperrwirkung“.

⁴² *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 (924).

⁴³ BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

⁴⁴ *Faust*, JuS 2011, 457 (459); *Revilla*, jurisPR-VerkR 15/2011 Anm. 1.

⁴⁵ *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2328.

⁴⁶ *Stöber*, EWIR 2011, 271 (272).

Welcher dieser Ansätze schlussendlich überzeugt, ist anhand einer methodischen Reflexion der Rechtsfigur der Akzessorietät bzw. Subsidiarität zu ergründen.

Klar ist, dass der Vorrang der Nacherfüllung nur die Subsidiarität der Dritthaftung gegenüber der Nacherfüllung begründen könnte. Keine Aussage aber kann damit für das Durchschlagen von Haftungsbeschränkungen getroffen werden.

a) Wertungskern des „Rechts zur zweiten Andienung“

Die Aussage des BGH zum Vorrang der Nacherfüllung kann auf mehrerlei Weise interpretiert werden. Zunächst könnte durch die Inanspruchnahme des Dritten der Vorrang der Nacherfüllung zugunsten des Verkäufers unterlaufen werden. Weiterhin könnte auch primär auf den Schutz des Dritten abgestellt werden, wenn der Vorrang der Nacherfüllung sich auch primär zu dessen Gunsten auswirken soll (vgl. III. 1. c).

Der Vorrang der Nacherfüllung/das Recht zur zweiten Andienung ist nicht explizit im Gesetz geregelt.⁴⁷ Das Vorrangverhältnis folgt daraus, dass die Rechtsbehelfe von Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, Abs. 2, 326 Abs. 5, 440 BGB), Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S. 1 BGB) sowie Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 283 BGB) voraussetzen, dass die Nacherfüllung nach Fristsetzung nicht erbracht oder unmöglich oder unzumutbar ist.⁴⁸

Der Vorrang der Nacherfüllung dient den Interessen des Verkäufers. Ihm soll grundsätzlich noch eine Gelegenheit eingeräumt werden, sich die Gegenleistung zu verdienen.⁴⁹ Daraus folgt, dass der Vertrag aufrechterhalten werden soll und solche Rechtsbehelfe nachrangig sein sollen, welche den Bestand des Vertrages betreffen.⁵⁰

Zum anderen soll aber auch der Käufer das erhalten, was ihm nach dem Vertrag zusteht.⁵¹ Deswegen steht ihm auch ein subjektives Recht auf die Vornahme der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB zu. Dessen Ausübung verbleibt aber in seiner eigenverantwortlichen Entscheidung und er kann nicht durch den Verkäufer klageweise zur Duldung der Nachbesserung gezwungen werden.⁵²

Der Verkäufer hat dagegen kein explizit geregeltes subjektives Recht dahingehend, dass er die Nacherfüllung wirklich vornehmen darf. Dies steht schließlich – wie dargelegt – nicht in seinem Interesse. Sein wirtschaftliches Interesse besteht nur darin, dass der Vertrag nicht ganz oder teilweise rückabgewickelt wird.⁵³ Das Fristsetzungserfordernis ist dem-

⁴⁷ *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 68; *Woitkewitsch*, MDR 2005, 1268; *Mankowski*, JZ 2015, 781.

⁴⁸ *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 439 Rn. 2; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 437 Rn. 6.

⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 221; BGH NJW 2005, 1348 (1350); *Mankowski*, JZ 2015, 781 (785).

⁵⁰ BGH ZIP 2021, 573 (575); *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 69.

⁵¹ BGH ZIP 2021, 573 (575).

⁵² *Mankowski*, JZ 2015, 781 (785).

⁵³ *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 71; *Rüfner*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 320

nach kein subjektives Recht des Verkäufers, sondern vielmehr eine Obliegenheit des Käufers, bei deren Verletzung Rechtsbehelfe verloren gehen.⁵⁴

b) Konsequenzen für die Begründung des BGH und das Akzessorietätsdogma

Da der Vorrang der Nacherfüllung direkt nur dem Schutz des Verkäufers dient, kann nur auf dessen Beeinträchtigung abgestellt werden. Was passiert nun im Hinblick auf den Vorrang der Nacherfüllung, wenn der Dritte unmittelbar in Anspruch genommen werden könnte?

Den Verkäufer betrifft dies nur dann, wenn der Dritte Regress nehmen könnte.

Beispielsfall 3 – Fortsetzung von Beispielsfall 2: B zahlt an A die verlangten 500 €. Nun verlangt B von V wiederum 500 €, da sie als Verkäuferin primär für die Mängelhaftung verantwortlich sei.

Abwandlung 1: B und V haben ausdrücklich vereinbart, dass B für die korrekte Information von Kaufinteressenten über die Beschaffenheit des Wagens verantwortlich ist.

Abwandlung 2: V verschweigt vorsätzlich, dass sie die Standheizung ausbauen wird und B weist deshalb gutgläubig in der Online-Annonce nicht darauf hin.

aa) Gesamtschuldnerregress

Einem Regress könnte sich der Verkäufer dann ausgesetzt sehen, wenn er und der Dritte als Gesamtschuldner haften und dem Dritten ein Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB zusteht. Dies wird etwa von *Faust* angedeutet.⁵⁵ Auch der BGH scheint davon auszugehen, dass der Verkäufer und der Dritte (konkret in dem entschiedenen Fall: Gebrauchtwagenhändler) als Gesamtschuldner haften.⁵⁶ Auch in der Literatur wird teilweise pauschal angenommen, dass Verkäufer und Dritter nach § 311 Abs. 3 BGB als Gesamtschuldner haften.⁵⁷ Allerdings war im dort zitierten Fall auch ein c.i.c.-Anspruch gegen den Verkäufer nicht gesperrt, da ein Fall der arglistigen Täuschung vorlag.⁵⁸

Anderorts argumentiert man ebenfalls in diese Richtung, eine Gesamtschuld bestehe nur, wenn der Vertragspartner auch

aus c.i.c. hafte.⁵⁹ In Anbetracht dieser Unsicherheiten ist jedenfalls klar, dass es sich nicht um den Normalfall einer Gesamtschuld handelt. Es ist daher eine genauere Betrachtung angezeigt.

(1) Voraussetzungen für das Bestehen einer Gesamtschuld

Voraussetzung für das Bestehen einer Gesamtschuld gem. § 421 S. 1 BGB ist, dass mehrere Schuldner die Befriedigung desselben Leistungsinteresses schulden.⁶⁰ Dies setzt aber keine exakt inhaltsgleichen Leistungspflichten voraus. Vielmehr genügt eine „inhaltliche Verschiedenheit hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit“⁶¹. Deshalb kommt es nicht auf den Rechtsgrund der Schuld an und auch nicht darauf, ob eine Anspruchsgrundlage Verschulden voraussetzt und die andere nicht.⁶² Auch kommt es nicht darauf an, dass ein Anspruch auf Naturalleistung und der andere Anspruch auf Geld gerichtet ist.⁶³ Auch unterschiedliche Verjährungsfristen hindern die Entstehung einer Gesamtschuld nicht.⁶⁴

Eine Gesamtschuld scheint deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Betrachtet man die Voraussetzungen der Gesamtschuld für diesen Fall, so kommt es insbesondere auf die Identität des Leistungsinteresses an. Gerade nicht entscheidend ist, dass der Anspruch gegen den Verkäufer zunächst auf Nacherfüllung (d.h. Naturalleistung) gerichtet ist und der Anspruch aus c.i.c. nur auf Geldleistung.

Es muss für die Frage nach dem konkret geforderten Interesse nach den Fallgestaltungen differenziert werden. Macht der Käufer geltend, er hätte bei richtiger Information einen für ihn günstigeren Vertrag abschließen können, so richtet sich der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse.⁶⁵ In diesem Fall besteht auch eine Gesamtschuld zwischen dem Verkäufer und dem Dritten. Insbesondere in den Fällen des Agenturgeschäfts wird wegen der Quasi-Parteistellung des Gebrauchtwagenhändlers verbreitet angenommen, dass der Gebrauchtwagenhändler dem Käufer auf Erfüllung haftet und deshalb eine gesamtschuldnerische Haftung zu bejahen sei.⁶⁶ In dieser Fallgestaltung besteht also zumindest die potenzielle Gefahr des Rückgriffs.

Im Beispielsfall 2 verlangt A von B den Betrag des Werts der Standheizung, die auch Gegenstand des Nacherfüllungsverlangens gegenüber V wäre. In der Sache verlangt er also das positive Interesse. Hier wäre eine gesamtschuldnerische Haftung zu bejahen.

Rn. 48 zur Situation bei der (mangelhaften) Vorleistung durch den Verkäufer und den Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit der Gegenleistungspflicht.

⁵⁴ *Mankowski*, JZ 2015, 781 (782); *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (722).

⁵⁵ *Faust*, JuS 2011, 457 (458).

⁵⁶ BGH NJW 1977, 1914 (1915).

⁵⁷ Allgemein *Dieckmann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 311 Rn. 89; speziell für das Agenturgeschäft *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 (931) unter Verweis auf *Looschelders*, JA 2010, 380 und BGH NJW 2010, 858.

⁵⁸ BGH NJW 2010, 858 (859); *Looschelders*, JA 2010, 380; auch bei BGH NJW 1977, 1914 (1915).

⁵⁹ *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 533.

⁶⁰ *Heinemeyer* (Fn. 14), § 421 Rn. 5.

⁶¹ BGHZ 43, 227 (233); *Gehrlein*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 421 Rn. 5.

⁶² *Gehrlein* (Fn. 61), § 421 BGB Rn. 4.

⁶³ BGHZ 43, 227 (233); 51, 275 (277); *Kreße*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.9.2021, § 421 Rn. 19.

⁶⁴ *Heinemeyer* (Fn. 14), § 421 Rn. 5.

⁶⁵ *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 340.

⁶⁶ Vgl. *Emmerich*, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 196; *Büttner*, Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten, 2006, S. 39 (Fn. 36).

Anders liegt der Fall, wenn die Vertragsaufhebung und andere Schadensposten abseits des Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden.⁶⁷ Hier stimmen das durch den Nacherfüllungsanspruch verkörperte positive Interesse und der Inhalt des Schadensersatzanspruchs gegen den Dritten nicht überein. In dieser Fallgestaltung kann im Wege des Gesamtschuldnerregresses von vornherein keine Inanspruchnahme des Verkäufers erfolgen.

(2) Konkrete Regressmöglichkeit gegenüber dem Verkäufer

Sollte im konkreten Fall die gesamtschuldnerische Haftung und damit die potenzielle Regressgefahr bejaht werden, ist aber noch zu untersuchen, ob dies die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Dritten hindern kann. Die tatsächliche Regressgefahr und damit die Beeinträchtigung des Vorrangs der Nacherfüllung hängt immer vom Innenverhältnis der Schuldner ab (§ 426 Abs. 1 BGB). Hier stellt sich nun die Frage, ob es dem Käufer/Gläubiger zugemutet werden kann, die Erfolgsaussichten einer Klage vom Innenverhältnis von Verkäufer und Drittem abhängig zu machen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall: Der Zweck der Gesamtschuld besteht gerade darin, dem Gläubiger die Auseinandersetzung mit dem Innenverhältnis der Schuldner abzunehmen.⁶⁸ Dieser Wertungsgesichtspunkt setzt sich gegenüber dem Vorrang der Nacherfüllung durch, insbesondere da ein Regress des Dritten nur dann droht, wenn der Verkäufer im Innenverhältnis für den Mangel nicht allein verantwortlich ist. Regelmäßig wird es aber so sein, dass der Verkäufer sich im Innenverhältnis auf die Sachkunde des Dritten verlässt und dem Dritten die Verantwortlichkeit für die Überprüfung auf die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands überträgt. Hat der Verkäufer dagegen weitergehendes Wissen über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, so kann er sich wegen arglistiger Täuschung im Verhältnis zum Käufer ohnehin nicht auf den Vorrang der Nacherfüllung berufen.⁶⁹

In Beispielsfall 3 – Abwandlung 1 ist kein Regress des B möglich, da insofern etwas anderes bestimmt ist i.S.v. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.

In Beispielsfall 3 – Abwandlung ist V wegen des vorsätzlichen Handelns im Innenverhältnis analog § 254 BGB voll verantwortlich und sieht sich deswegen einer Regressforderung des B ausgesetzt. Hierdurch wird aber nicht der Vorrang der Nacherfüllung umgangen, da A bei arglistigem Handeln der V selbst ohne Nacherfüllungsverlangen zum Rücktritt oder zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen könnte (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3, 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB bzw. § 475d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 BGB)

bb) Regress aus dem Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Drittem

Ein Rückgriff auf die Regelungen zur Gesamtschuld ist aber

⁶⁷ Herresthal (Fn. 30), § 311 Rn. 339.

⁶⁸ Heinemeyer (Fn. 14), § 421 Rn. 2; Kreße, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 421 Rn. 2; Gehrlein (Fn. 61), § 421 Rn. 1.

⁶⁹ Siehe oben II. 2.

gar nicht notwendig, soweit im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Drittem eine abschließende vertragliche Regelung über Schadensersatzansprüche besteht.⁷⁰ Aber auch hier wird die tatsächliche Regressgefahr im Regelfall sehr gering sein. Wenn es um Regress durch einen Schadensersatzanspruch geht, so ist dieser bei mangelndem Vertretenmüssen des Verkäufers ausgeschlossen. Wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit trotz der Expertise des Dritten zu vertreten hat, so wird im Verhältnis zum Dritten regelmäßig eine arglistige Täuschung zu bejahen sein.

Auch muss der Verkäufer hier nicht vor dem Rückgriff durch den Dritten geschützt werden, da er die Voraussetzungen des Rückgriffs durch die Gestaltung des Vertragsverhältnisses zum Dritten privatautonom regeln konnte.

cc) Schadensrechtliche Lösung

Stöber bietet für den von der Rechtsprechung formulierten Vorrang der Nacherfüllung im Drei-Personen-Verhältnis einen alternativen Begründungsweg an. Denn solange der Käufer noch nicht zum Schadensersatz statt der Leistung übergegangen ist, besteht der Nacherfüllungsanspruch weiter fort. Solange der Anspruch noch besteht, fehle es auch an einer Vermögensminderung beim Käufer.⁷¹

Richtig daran ist, dass genau untersucht werden muss, ob bei ordnungsgemäßer Aufklärung durch den Dritten überhaupt ein günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre und damit ob überhaupt ein entsprechender Schadensersatzanspruch besteht.⁷²

Bejaht man allerdings, dass ein günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre und somit dem Grunde nach einen Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB, so ist die schadensrechtliche Lösung aber abzulehnen. Denn der Anspruch auf Nacherfüllung müsste dann schadensrechtlich im Rahmen der Vorteilsausgleichung anrechenbar sein, was die Entstehung einer Gesamtschuld ausschließen würde.⁷³ Jedoch erfolgt eine Anrechnung von Leistungen Dritter bzw. von Leistungsansprüchen gegen Dritte auf Grundlage eines vor dem schädigenden Ereignis bereits bestehenden Schuldverhältnisses nur dann, wenn diese den Zweck haben, den Schädiger zu entlasten.⁷⁴ Der Nacherfüllungsanspruch dient aber vor allem dem Interesse des Käufers am Erhalt des geschuldeten wirtschaftlichen Wertes.⁷⁵ Daher ist eine Anrechnung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung ausgeschlossen.

⁷⁰ In diese Richtung Büttner (Fn. 66), S. 40 Fn. 40; für den Rückgriff des Schuldners gegen den Dritten auch Schmitz, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, 1980, S. 154.

⁷¹ Stöber, EWiR 2011, 271 (272); ähnlich auch LG Halle a.d. Saale BeckRS 2011, 2589 (Vorinstanz zu BGH NJW-RR 2011, 462).

⁷² Schinkels, LMK 2011, 315341.

⁷³ Vgl. Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 421 Rn. 16.

⁷⁴ Brand, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 Rn. 297.

⁷⁵ Höpfner (Fn. 10), § 439 Rn. 2.

dd) Vergleich mit dem Zwei-Personen-Verhältnis

Ein weiteres Argument gegen die Relevanz des Vorrangs der Nacherfüllung im Verhältnis zum Dritten ergibt sich aber auch bei einem genauen Vergleich mit dem Zwei-Personen-Verhältnis. Wie oben dargelegt, wird die Anwendung der c.i.c. im Zwei-Personen-Verhältnis durch das Kaufrecht ausgeschlossen.⁷⁶ Allerdings kann der Verkäufer nach ständiger Rechtsprechung selbständige Nebenpflichten in Form von Beratungspflichten übernehmen⁷⁷ oder gleich einen parallelen Beratungsvertrag abschließen.⁷⁸ Bei Verletzung dieser Pflichten sind Schadensersatzansprüche nicht durch die §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen.⁷⁹ Dies setzt voraus, dass der Verkäufer oder ein Erfüllungsgehilfe als Berater aufgrund seiner Expertise „Vertrauensperson“ gewesen ist.⁸⁰

Das Kaufrecht regelt also nicht die Haftung für besonderes Vertrauen, das über das bei einem gewöhnlichen Vertragsschluss bestehende Vertrauen hinausgeht. Wenn die Haftung für besonderes Vertrauen schon im Zwei-Personen-Verhältnis nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, muss dies auch für die Haftung eines Dritten als Vertrauensperson gelten. Die Begründung besonderen Vertrauens durch einen nicht am Vertrag beteiligten Dritten ist nämlich noch ungewöhnlicher als durch den am Vertrag beteiligten Verkäufer. Daher wird die Haftung für die Verletzung dieses Vertrauens erst recht nicht durch das Kaufrecht geregelt und kann nicht durch dieses beschränkt werden.

c) Zwischenergebnis

Die bisherigen Überlegungen haben somit bereits ergeben, dass der Vorrang der Nacherfüllung ungeeignet ist, die schwache Subsidiarität der Sachwalterhaftung zu begründen.

3. Dogmatische Begründung von Akzessorietät und starker Subsidiarität

Die bisherigen Überlegungen haben aber noch keinen Ertrag für den anderen Teil der Formel des BGH erbracht: Das Durchschlagen von Haftungsbegrenzungen aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem (Akzessorietät).⁸¹ Hierfür gibt es allerdings in der Literatur Erklärungsansätze.

a) Ansatz von Ballerstedt

In der grundlegenden Abhandlung von *Ballerstedt*⁸² zur Eigenhaftung von Stellvertretern aus c.i.c. finden sich Ansätze einer Akzessorietätslehre. Diese Argumentationslinie soll im

Folgenden nachvollzogen werden, um sie im Anschluss im Hinblick auf die heutige Gesetzessystematik zu überprüfen.

Ballerstedt untersucht äußerst detailliert, in welchen Fällen ein Stellvertreter aus c.i.c. haften kann. Nachdem er die Fälle herausgearbeitet hat, in denen ein Stellvertreter einen eigenständigen haftungsbegründenden Vertrauenstatbestand etabliert, beschäftigt er sich mit den gegen diese Haftung vorgebrachten grundsätzlichen Einwänden.⁸³ Als am wichtigsten stuft er das Argument ein, dass der Vertreter nicht Herr des Geschäftes sei, nicht unmittelbar an dessen Erfolg partizipieren könne und deswegen auch kein Risiko tragen dürfe. Er gibt diesem Einwand zu, dass man die Haftung des Dritten nicht unabhängig von dem Zweckzusammenhang der Vertragsverhandlung betrachten könne.⁸⁴ Er zieht eine Parallele zum Auftraggeber beim Kreditauftrag gem. § 778 BGB, der ebenfalls als Gewährsträger auftritt und daher wie ein Bürge haftet.⁸⁵ Auch die Haftung des Dritten aus c.i.c. soll daher grundsätzlich wie die eines Bürgen beschränkt sein.⁸⁶ Die Begrenzung der Haftung wird also aus der sozialen Rolle des Vertreters hergeleitet.

Dieser Ansatz geht in der Sache sogar noch weiter als die Rechtsprechung. Denn der Bürge haftet nicht nur akzessorisch zur Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern nach § 771 S. 1 BGB subsidiär (Einrede der Vorausklage). D.h., dass der Gläubiger erst dann gegen den Dritten vorgehen könnte, wenn Ansprüche gegen den Schuldner nicht durchsetzbar sind.⁸⁷

Dies würde im Ergebnis eine stark ausgeprägte Subsidiarität darstellen.⁸⁸ Zugleich wird damit wegen der fehlenden Gleichstufigkeit der Ansprüche eine Gesamtschuld ausgeschlossen.⁸⁹

Diese Verknüpfung geht auch über den eng begrenzten Fall des Vorrangs der Nacherfüllung hinaus und bezieht sich stattdessen auf sämtliche Fälle der Dritthaftung aus c.i.c.

Volle Haftung soll nach *Ballerstedt* dagegen in den Fällen eintreten, in denen der Vertreter zugleich mit wirtschaftlichem Eigeninteresse (*procurator in rem suam*) handelt und gleichzeitig Vertrauen in Anspruch nimmt.⁹⁰ In diesen Fällen bestände keine gestufte Haftung, sondern eine Gesamtschuld. Auch weitere Fälle werden angedeutet, aber nicht vollständig in systematischer Weise entwickelt.⁹¹

Die Argumentation von *Ballerstedt* geht methodisch auf den Sinn und Zweck des zurücktretenden Anspruchs und die besondere Schutzbedürftigkeit des Dritten zurück (vgl. III. 1. c). Wenn man also die Subsidiarität auf die Schutzwürdigkeit

⁷⁶ Siehe oben II. 1.

⁷⁷ BGH NJW 1983, 2397 (2398).

⁷⁸ BGH NJW 1999, 3192 (3193). Die Abgrenzung ist hier nicht vollständig klar, vgl. *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 55.

⁷⁹ BGH NJW 1983, 2397 (2398); BGH NJW 1999, 3192 (3193).

⁸⁰ BGH NJW 1983, 2397 (2398); BGH NJW 1999, 3192 (3193).

⁸¹ BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.); BGH NJW-RR 2011, 462 (464 Rn. 18); *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64.

⁸² *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 501 ff.

⁸³ *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 522.

⁸⁴ *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 523.

⁸⁵ *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 523.

⁸⁶ *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 524.

⁸⁷ Hierfür entschieden *Schmitz* (Fn. 70), S. 153 ff.

⁸⁸ *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 771 Rn. 1; *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 771 Rn. 1.

⁸⁹ So auch *Schmitz* (Fn. 70), S. 145, der schon die Inhaltsgleichheit ablehnt.

⁹⁰ *Schmitz* (Fn. 70), S. 145.

⁹¹ *Schmitz* (Fn. 70), S. 525.

des Anspruchsgegners zurückführt, so ist der zweite Anspruchsgegner umso schutzbedürftiger, je mehr er vom ersten Anspruchsgegner abhängig ist bzw. in dessen betriebliche Strukturen eingebunden ist.

Dem schließt sich *Schmitz* unter anderem mit dem Argument an, dass für den Gläubiger gar kein schützenswertes Interesse an der Inanspruchnahme des Dritten bestehe, solange er gegen seinen Vertragspartner vorgehen könne.⁹² Er argumentiert also aus der Perspektive des Gläubigers und zieht auch eine Parallele zum Abzahlungskauf (dazu unten).

Eine ähnliche Differenzierung wird in jüngerer Zeit auch von *Schwarze* vertreten. Nach seiner Auffassung ist ein Gleichlauf dann geboten, wenn der Dritte „im Lager“ des Vertragspartners auftritt.⁹³ Eine größere Eigenständigkeit der Dritthaftung sei allerdings bei einer neutralen Rolle des Dritten geboten.⁹⁴ *Schwarze* vertritt jedoch keine an *Ballerstedt* angelehnte bürgengleiche, subsidiäre Haftung.

b) Kritische Betrachtung des Ansatzes von *Ballerstedt* im Hinblick auf die starke Subsidiarität

Zunächst soll jedoch das Argument von *Ballerstedt* unter Rückgriff auf § 778 BGB noch einmal einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

Ballerstedt sieht Gemeinsamkeiten zwischen der Sachwalterhaftung und der Haftung bei einem Kreditauftrag. Der „Auftraggeber“ eines Kredits erhöhe das Vertrauen in die Leistung des Kreditnehmers, während der Sachwalter Gewähr für die Leistung des Verkäufers übernimmt. Deswegen müsse der Dritte wie der Auftraggeber nachrangig im Verhältnis zum Beauftragten/Kreditgeber haften.

Bei genauer Betrachtung ist die Interessenlage jedoch verschieden. Der Kreditgeber erteilt den Kredit nicht, weil der „Auftraggeber“ die Liquidität des Kreditnehmers verbessert, sondern weil er auf den Auftraggeber im Falle einer Nichtleistung zurückgreifen kann.⁹⁵ Die Regelung des § 778 BGB ist auf die spezifische Interessenlage beim Kreditauftrag zugeschnitten und soll dem Beauftragten die Geschäftschancen zuweisen, während die Geschäftsrisiken dem Auftraggeber zugewiesen werden.⁹⁶ Hierdurch wird unter anderem ausgeglichen, dass der Beauftragte in Abweichung von § 669 BGB auf eigene Rechnung tätig wird.⁹⁷ Somit sind beide Konstellationen nicht vergleichbar und die Wertung des § 778 BGB kann nicht übertragen werden.

⁹² *Schmitz* (Fn. 70), S. 153.

⁹³ *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64; ebenso *Büttner* (Fn. 66), S. 41: dieser stellt vor allem auf die Leistungsbezogenheit der Tätigkeit des Sachwalters ab und grenzt so zur Haftung von Sachverständigen in den Gutachterfällen (VSD) ab.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ *Habersack* (Fn. 88), § 778 Rn. 5; ähnlich *Sticht*, Zur Haftung des Vertretenen und des Vertreters aus Verschulden bei Vertragsschluss sowie des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung, 1966, S. 99.

⁹⁶ *Madaus*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 778 Rn. 2.

⁹⁷ Vgl. *Madaus* (Fn. 96), § 778 Rn. 24.

Außerdem wäre im Hinblick auf die bürgengleiche, subsidiäre Haftung entsprechend § 778 BGB im Ergebnis jedenfalls einzuwenden, dass bei jedem kaufmännisch handelnden Dritten konsequenterweise auch § 349 S. 2 HGB berücksichtigt werden müsste und man somit im Ergebnis in vielen Fällen wiederum zu einer primären Haftung des Dritten gelangen würde. Jedenfalls bei den auch in der Rechtsprechung dominierenden Fällen von gewerblichen Gebrauchtwagenhändlern im Rahmen eines Agenturgeschäfts, ließe sich unter diesem Gesichtspunkt daher im Regelfall keine Subsidiarität in Form einer bürgengleichen Haftung begründen.

c) *Anderweitige Legitimation von Subsidiarität und Akzessorietät der Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB?*

Da der Ansatz von *Ballerstedt* letztendlich nicht überzeugt, sollen im Folgenden mehrere Konstellationen betrachtet werden, die möglicherweise den Ansatzpunkt für die eingeschränkte Haftung des Dritten bieten.

aa) Wertung von § 650t BGB und § 359 Abs. 1 S. 3 BGB

Für die mögliche Begründung einer bürgengleichen Subsidiarität und Akzessorietät kann auf andere gesetzlich explizit geregelte Konstellationen zurückgegriffen werden. Dies betrifft die Haftung von Architekt und bauausführendem Unternehmer gem. § 650t BGB⁹⁸ sowie die Geltendmachung von Gegenrechten gegen Verkäufer und Darlehensgeber bei verbundenen Verträgen gem. § 359 Abs. 1 S. 3 BGB.⁹⁹ Zunächst muss betrachtet werden, warum die subsidiäre Geltendmachung gegenüber Architekt und Darlehensgeber angeordnet wurde. Anschließend wird überprüft, ob es sich um allgemeine Wertungen handelt, die auf das Verhältnis von Käufer, Verkäufer und Sachwalter übertragen werden können.

(1) § 359 Abs. 1 S. 3 BGB

Beispielsfall 4: Die Direktbank D bietet in Zusammenarbeit mit verschiedenen Einzelhändlern ein Finanzierungsmodell an: Elektronikhändler E ist Kooperationspartner der D und hat eine entsprechende Vollmacht, um zum Zwecke der Finanzierung Darlehensverträge mit Verbrauchern im Namen der D abzuschließen. Er verkauft dem Verbraucher V den Plasmafernseher des Typs „Bildwunder“ und schließt im Namen der D den Darlehensvertrag. Der Fernseher leidet an einem behebbaren Mangel. V

⁹⁸ Diese Parallele wird unter umgedrehten Vorzeichen diskutiert von *Büttner* (Fn. 66), S. 121, da zum damaligen Zeitpunkt ohne § 650t BGB die Rechtsprechung von einer gesamtschuldnerischen Haftung von Bauunternehmer und Architekt ausging.

⁹⁹ *Schmitz* (Fn. 70), S. 153 zieht hier die Parallele zum Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Abzahlungskauf, der zum damaligen Zeitpunkt noch allein auf richterlicher Rechtsfortbildung zu § 6 AbzG beruhte. Zur Entwicklungsgeschichte des Einwendungsdurchgriffs *Rosenkranz*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 15.4.2022, § 359 Rn. 2 f.; *Habersack* (Fn. 88), § 359 Rn. 4.

stellt nach Entdeckung des Defekts sofort die Zahlung der Darlehensraten ein.

Gem. § 359 Abs. 1 S. 3 BGB kann der Verbraucher bei einem verbundenen Vertrag die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn er im Rahmen des mit dem Darlehen verbundenen Vertrags erfolglos Nacherfüllung verlangt hat. V kann in Fall 4 daher erst die Zahlung an D verweigern, wenn er erfolglos Nacherfüllung von D erlangt hat. Diese Konstellation hat mit dem Verhältnis von Sachwalterhaftung und Kaufrecht gemeinsam, dass der Vorrang der Nacherfüllung sich auf ein weiteres Rechtsverhältnis auswirkt. Dies hat folgenden Hintergrund: Der Darlehensgeber ist nicht mit den Details der Leistungserbringung vertraut. Daher soll durch vorrangige Inanspruchnahme des Schuldners sichergestellt werden, dass der Darlehensgeber nicht aufgrund seiner Unwissenheit zu Unrecht wegen nicht bestehender Mängel Zahlungsaufschub gewährt.¹⁰⁰ Die Norm regelt damit ein spezifisches Problem des Verbraucherkreditrechts, das an den laufend fälligen Tilgungsraten hängt. Der Darlehensgeber wird, weil er nicht mit den Details der Leistungserbringung vertraut ist, für besonders schutzwürdig erachtet. Bei § 311 Abs. 3 BGB haftet der Dritte jedoch gerade, weil er in den Vertragsverhandlungen besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt und somit mit dem Vertragsinhalt vertraut ist.¹⁰¹ Mithin ist er nicht schutzwürdig und die Wertung des § 359 Abs. 1 S. 3 BGB ist nicht übertragbar.

(2) § 650t BGB

Beispielsfall 5: Bauunternehmer B und Architekt A sind am Bau des Einfamilienhauses des V beteiligt. Wegen eines Ausführungsfehlers des B und eines Überwachungsfehlers des A entsteht ein Mangel am Haus. V verlangt von A kleinen Schadenersatz statt der Leistung. A weigert sich und verweist darauf, dass V erst einmal B in Anspruch nehmen müsste.

Gem. § 650t BGB kann der Architekt trotz gesamtschuldnerischer Haftung mit dem Bauunternehmer erst in Anspruch genommen werden, wenn von dem Architekten Nacherfüllung verlangt wurde.

Auch hier wirkt sich der Vorrang der Nacherfüllung auf ein anderes Rechtsverhältnis zu dem Architekten aus. Dadurch wird der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs des Bauträgers gesichert und der Architekt vor einem wertlosen Ausgleichsanspruch bei einer Insolvenz des Bauträgers geschützt.¹⁰² Hiermit hat der Gesetzgeber auf die vermehrt und strukturell in der Branche problematische Zahlungsunfähigkeit von Bauunternehmern reagiert.¹⁰³ Somit wollte der Gesetzgeber keine allgemeine Wertung aufstellen, sondern auf ein besonderes Risiko des Architekten reagieren.

¹⁰⁰ Habersack (Fn. 88), § 359 Rn. 50.

¹⁰¹ Herresthal (Fn. 30), § 311 Rn. 515.

¹⁰² Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 650t Rn. 1.

¹⁰³ Busche (Fn. 102), § 650t Rn. 1.

Aus § 650t BGB folgt also nicht, dass der Sachwalter nachrangig in Anspruch genommen werden kann.

bb) Grundlegende Einwände gegen die Akzessorietät aufgrund der dogmatischen Selbstständigkeit von § 311 Abs. 3 BGB

Neben diesen systematischen Erwägungen sprechen aber auch grundlegende dogmatische Erwägungen zur Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB gegen die Akzessorietät. Denn Grundlage der Haftung ist gerade die Selbstständigkeit des Vertrauens in den Dritten, welches neben das in den Verkäufer tritt.¹⁰⁴ Da es neben die Gewährleistung durch den Verkäufer tritt, wird die Haftung auch nicht durch einen derartigen Ausschluss im Verhältnis Käufer-Verkäufer verhindert.¹⁰⁵ Im Gegenteil kann die eigenständige Haftung des Dritten gerade in den Fällen des Haftungsausschlusses durch den Verkäufer bedeutsam werden, da er sich oftmals nur wegen des Vertrauens auf den Dritten auf einen solchen Haftungsausschluss einlassen wird.¹⁰⁶

Grundlegender ausgedrückt, würde durch die Berufung auf den Haftungsausschluss das Vertrauen inhaltsleer werden. Wer Vertrauen gewährt, steht für die Richtigkeit der Angaben als Person ein. Wenn sich der Dritte auf den Haftungsausschluss beruft, verneint er aber das Entstehen für das zuvor durch ihn gewährte Vertrauen.¹⁰⁷ Die Konstellation erinnert an den Abschluss einer Beschaffensvereinbarung unter gleichzeitigem Haftungsausschluss.¹⁰⁸ Auch hier möchte der Verkäufer für etwas einstehen und schließt seine Verantwortung gleichzeitig aus. Daher kann er sich wegen widersprüchlichen Verhaltens gem. § 242 BGB nicht auf den Ausschluss berufen. Die vorliegende Konstellation sollte ebenso behandelt werden.

cc) Ausnahme: Schwache Subsidiarität und Akzessorietät beim Agenturgeschäft

Beispielsfall 6: Gebrauchtwagenhändler G verkauft im Namen des Verbrauchers V einen gebrauchten Corsa an K und übernimmt im Innenverhältnis eine Absatzgarantie. Der Wagen ist mangelhaft, was G fahrlässig verkennt.

Eine Ausnahme hiervon ist im Falle des Agenturgeschäfts über einen Gebrauchtwagenhändler wegen der sich sonst ergebenden Wertungswidersprüche zu machen. Vergegenwärtigt man sich die Schutzbedürftigkeit des Dritten in den Fällen des Agenturgeschäftes (d.h. des Gebrauchtwagenhändlers), lässt sich auch für diese Fälle eine schwache Subsidiarität (d.h. im Hinblick auf die Nacherfüllung) und Akzessorietät begründen. Denn bei einem Umgehungsgeschäft, in welchem der Gebrauchtwagenhändler wie in Fall 6 wirtschaftlich das komplette Risiko trägt, würde er nach h.M. wie ein Verkäufer

¹⁰⁴ Vgl. Emmerich (Fn. 66), § 311 Rn. 188.

¹⁰⁵ Ebenso Wiegand (Fn. 26), S. 372.

¹⁰⁶ Wiegand (Fn. 26), S. 372; im Hinblick auf den dort als Beispiel angeführten Gebrauchtwagenhändler wird hier allerdings eine andere Auffassung vertreten (siehe unten cc).

¹⁰⁷ Ähnlich Wiegand (Fn. 26), S. 372.

¹⁰⁸ BGH NJW 2007, 1346 (1349).

nach den §§ 437 ff. BGB haften.¹⁰⁹ Dann wäre es wertungswidersprüchlich, ihm i.R.d. § 311 Abs. 3 BGB die Berufung auf den Vorrang der Nacherfüllung (Subsidiarität) und evtl. bestehende Haftungsbeschränkungen (Akzessorietät) zu versagen.¹¹⁰

Damit besteht durch die Einführung des Umgehungsgeschäftes gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform ein greifbarer, gesetzesimmanenter Begründungsansatz für die Akzessorietät. Methodisch gesehen handelt es sich hierbei um einen Schluss a maiore ad minus.¹¹¹

Daher ist der Rechtsprechung im Ergebnis weitgehend Recht zu geben, da die meisten entschiedenen Fälle Konstellationen des Agenturgeschäfts zum Gegenstand hatten.¹¹² In anderen Fällen passt die unbesehene Übernahme dieser Grundsätze jedoch nicht zum konkreten Fall. So hatte die jüngste Entscheidung, welche nach den vorstehenden Grundsätzen entschieden wurde, kein klassisches Agenturgeschäft zum Gegenstand, sondern die Vertretung des Verkäufers durch ein Kfz-Sachverständigenbüro.¹¹³ Nach der wirtschaftlichen Situation wäre hier gerade keine Umgehung zu befürchten gewesen und deshalb auch keine Haftung des Dritten als Verkäufer in Betracht gekommen.

IV. Schluss

Nach hier vertretener Auffassung greift die vom BGH angenommene Subsidiarität nur im Fall der Agentur-Fälle. Zugegeben: Die vorstehenden Ausführungen haben eine sehr spezielle Konkurrenzsituation im Drei-Personen-Verhältnis beleuchtet. Doch lassen sich aus der Beschäftigung mit solch einem Sonderfall allgemeine Schlüsse für die juristische Arbeitsweise ziehen.

Apodiktische Begründungen werfen meist beim Leser sehr viele Fragen auf. Was für ein Urteil des BGH gilt, gilt auch für juristische Prüfungsarbeiten und sonstige „juristische Produkte“. Wertungen sollten offengelegt werden und sorgfältig begründet werden. Damit wird die eigene Begründung angreifbarer und diskussionsfähiger, gleichzeitig aber brauchbarer für den juristischen Gedankenaustausch und damit für die Bewertung. Insbesondere bei Fragen der ungeschriebenen Anspruchskonkurrenz im Zwei- oder Drei-Personen-Verhältnis sollte daher auch in der Prüfung ausführlich begründet werden, um die Qualität der eigenen Leistung zu erhöhen.

¹⁰⁹ Faust (Fn. 48), § 476 Rn. 14; a.A. S. Lorenz, in: Münchener, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 476 Rn. 45.

¹¹⁰ Ebenso Büttner (Fn. 66), S. 39 f.; ähnlich nur im Hinblick auf üblicherweise selbst vom Gebrauchtwagenhändler verwendete Bedingungen Wiegand (Fn. 26), S. 391 f.

¹¹¹ Vgl. zu den verschiedenen Schlussformen als Argumentationsmuster für die Begründung einer Rechtsfortbildung Meier/Jocham, JuS 2016, 392 (395).

¹¹² BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.).

¹¹³ BGH NJW-RR 2011, 462.