



## Der weiterfressende Mangel vor der Schuldrechtsmodernisierung

*Eigentum, Besitz, Kauf, Erbfolge, alles das sind Begriffe, welche durch die Gesetzgebung fixiert sind, aber es liegt ihnen nichts Ewiges, nichts Unabänderliches zugrunde.*

*Rudolf von Jhering*

### A. Überblick

Ein weiterfressender Mangel ist ein Mangel, der im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf einen Teil der Kaufsache begrenzt ist, objektiv mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand aufgefunden und repariert werden kann und der sich nach Gefahrübergang nachteilig auf die Beschaffenheit der übrigen Kaufsache auswirkt.

Die Grundlagen des Rechtsinstituts wurden v.a. von der Rechtsprechung gelegt. Der vorliegende Beitrag hinterfragt die Argumente für und wider einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch bei Weiterfressern für die Zeit *vor der Schuldrechtsmodernisierung* (SRMod)<sup>1</sup>.

### B. Der weiterfressende Mangel in der Rechtsprechung

#### 1. Argumente für die Rechtsfigur des weiterfressenden Mangels

Die Rechtsprechung stützte sich im wesentlichen auf folgende vier Erwägungen:

*Erstens*: Anspruchskonkurrenz zwischen Kauf- und Deliktsrecht. Das BGB selbst treffe hinsichtlich des Verhältnisses von Vertrags- und Deliktsrecht keine Aussage. Folglich, so die Rechtsprechung, stünden Kauf- und Deliktsrecht nebeneinander<sup>2</sup>, sodass ein deliktischer neben dem (i.d.R. verjährten) vertraglichen Anspruch grds. möglich sei.

Der *BGH* entnimmt die „Spielregeln“ für die Anwendung beider Rechtsbereiche den konkurrierenden Regelungskomplexen selbst. Das (kaufrechtliche) Gewährleistungsrecht, ebenso wie das Deliktsrecht, legen also sowohl die eigene Anwendbarkeit als auch das Verhältnis zu den jeweils konkurrierenden Bestimmungen fest. Und weil sich aus dem Kaufrecht grds. keine Auswirkungen auf konkurrierende Ansprüche aus Delikt ergeben, ist letzteres neben dem Kaufrecht anwendbar.

<sup>1</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I vom 29.11.2001 S. 3138 ff.

<sup>2</sup> So *BGH NJW* 1977 S. 379 ff. (380).

*Zweitens:* unterschiedliche Zwecke der beiden Haftungsordnungen. Gewährleistungs- und Deliktsrecht unterscheiden sich insofern, so der *BGH*, als Schäden und Risiken, die von der jeweiligen Haftungsordnung abgedeckt werden sollen, divergieren. Das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht schütze das Äquivalenzinteresse des Käufers als Vertragspartner, während das Deliktsrecht dem Schutz des Integritätsinteresses diene<sup>3</sup>.

*Drittens:* die unangemessen kurze sechsmonatige Verjährung. Von der Rechtsprechung allenfalls verdeckt angesprochen, war der wohl wichtigste Grund für die Anerkennung der hier behandelten Rechtsfigur die für zu kurz gehaltene (grds.) sechsmonatige Verjährung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche nach § 477 BGB a.F.<sup>4</sup> In sämtlichen vom *BGH* entschiedenen Fällen war der vertragliche Gewährleistungsanspruch spätestens im Zeitpunkt der Klageerhebung<sup>5</sup> verjährt.

Am deutlichsten kommt die verjährungsrechtliche Motivation der Rechtsprechung in den Feststellungen des *BGH* im *Kolbenfresser-Fall*<sup>6</sup> zur Geltung. Hier wurde ausgeführt, dass der weiterfressende Mangel „in aller Regel“ nicht aufgespürt werde<sup>7</sup>, sodass das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht nicht zum Zuge kommen könne. Dass man diese Aussage um den Zusatz „innerhalb der sechsmonatigen Verjährungsfrist“ ergänzen muss, wird nicht nur durch die Bezugnahme des *BGH*<sup>8</sup> auf den Beitrag von *Steffens*<sup>9</sup> deutlich, sondern auch dadurch, dass die Frage nach einem deliktischen Anspruch ohne die Verjährung der kaufrechtlichen Ansprüche von den Parteien kaum gestellt worden wäre. Man kann die Verjährung also i.S.v. *Fuchs*<sup>10</sup> als *versteckten* Entscheidungsgrund, weil die Grundlage der Entscheidung verborgen werde, bezeichnen.

*Viertens:* die Beschränkung kaufrechtlicher Schadensersatzansprüche auf die Fälle der Haftung für zugesicherte Eigenschaften gem. §§ 463; 480 Abs. 2 BGB a.F.<sup>11</sup> Zwar bestanden Schadensersatzansprüche aus §§ 463; 480 Abs. 2 BGB a.F. verschuldens*unabhängig*. Ein weitergehender verschuldens*abhängiger* Schadensersatzanspruch könne, so der *BGH*, den Interessen des Käufers aber häufig eher entsprechen als Wandelung oder Minderung.

## 2. Schlussfolgerungen der Rechtsprechung aus den dargestellten Argumenten

Auf den dargestellten vier Erwägungen aufbauend, hat der *BGH* § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung in den Fällen weiterfressender Mängel angewandt. Dem lag in der *Schwimmerschalter*-Entscheidung<sup>12</sup> noch die Auffassung zugrunde, dass das Eigentum an der Kaufsache zergliedert werden könne. Maßgebliches Kriterium war die Möglichkeit einer funktionellen

<sup>3</sup> *BGH* NJW 1983 S. 810 ff. (811).

<sup>4</sup> *Huber/Faust* „Schuldrechtsmodernisierung“, München, 2002 S. 390. So auch *Kullmann* BB 1985 S. 409, der allerdings zu weit geht und die kurze Verjährung als alleinigen „Ausgangspunkt“ der deliktischen Haftung bezeichnet. *Brüggemeier* VersR 1983 S. 501 ff. (507) stellt klar, dass §§ 477; 638 BGB a.F. nicht das allein ausschlaggebende Moment gewesen seien. So auch *Lieb* JZ 1977 S. 345.

<sup>5</sup> Siehe beispielsweise für den *Schwimmerschalter*-Fall – *BGH* NJW 1977 S. 379 ff. (381).

<sup>6</sup> NJW 1992 S. 1678 ff.

<sup>7</sup> *BGH* NJW 1992 S. 1678 ff. (1679).

<sup>8</sup> *BGH* NJW 1992 S. 1678 ff. (1679).

<sup>9</sup> VersR 1988 S. 977 ff.

<sup>10</sup> „Juristischer Kulturkampf“, Karlsruhe, 1912 S. 39.

<sup>11</sup> *BGH* NJW 1977 S. 379 ff. (381).

<sup>12</sup> *BGH* NJW 1977 S. 379 ff.

Begrenzung des Mangels, d.h. einer Aufteilung der Kaufsache in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil<sup>13</sup>.

Der geringe Wert dieses Abgrenzungsmerkmals wurde dem *BGH* durch das *OLG Braunschweig* im *Gaszug-Fall* vor Augen geführt<sup>14</sup>. Das *OLG* führte unter Beweis von in der Fülle und Präzision in jeder Hinsicht eindrucksvollen Kenntnissen der Zusammensetzung von Kraftfahrzeugantrieben aus, man könne – knapp formuliert – nicht abgrenzen, wo der Gaszug, und damit die Mangelhaftigkeit des Wagens, anfangen und aufhören<sup>15</sup>: „Wo sollte [die funktionelle Trennung] auch liegen: am Vergaser, der das Benzin-Luftgemisch über das Ventil weitergibt; am Ventil, das es in den Zylinder führt; am Kolben, der den Explosionsdruck in Bewegung umsetzt; an der Pleuelstange und Kurbelwelle, welche die lineare zur Drehbewegung führen; am Getriebe, das die Drehbewegung zu den Rädern übersetzt?“

Der *BGH* gestand die Abgrenzungsschwierigkeiten in seiner Revisionsentscheidung zum zitierten Urteil des *OLG Braunschweig* ein. Die Rechtsprechung bedient sich seitdem des – auf *Dunz/Kraus*<sup>16</sup> zurückgehenden – Kriteriums der *Stoffgleichheit*<sup>17</sup> von Mangelunwert und späterem Schaden, um einen deliktischen Schadensersatzanspruch beurteilen zu können. Demnach ist der deliktische Schadensersatzanspruch bei Stoffgleichheit ausgeschlossen<sup>18</sup>. Stoffgleichheit, so die Rechtsprechung, besteht, wenn der Mangel die ganze Sache erfasst, wenn der mangelhafte und der mangelfreie Teil der Sache nicht oder nur unter Inanspruchnahme eines unverhältnismäßigen Aufwands getrennt werden können; wenn die Mangelbeseitigung mit wirtschaftlich nicht vertretbaren Kosten verbunden wäre; wenn die Sache wegen des mangelhaften Teils für den bestimmungsgemäßen Gebrauch ungeeignet ist<sup>19</sup>. Ein defektes Teil darf also nicht *unmittelbar* zur Entwertung der Gesamtsache führen. Vielmehr ist ein Zwischenschritt erforderlich, durch den der Schaden an der Gesamtsache vergrößert wird<sup>20</sup>.

Mit dem Umschwung der Rechtsprechung auf das Kriterium der Stoffgleichheit war eine Abkehr von der gedanklichen Aufteilung des *Eigentums* hin zu einer am Schaden orientierten Betrachtung verbunden<sup>21</sup>. Entscheidend war von nun an nicht mehr die räumliche Begrenzung des Mangels, in sachenrechtlicher Terminologie die Mangelhaftigkeit nur eines von mehreren Bestandteilen einer Gesamtsache, sondern eine wirtschaftliche Betrachtung. Bei der Feststellung des *Schadens* wurde nunmehr gefragt, ob die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vollständig oder nur teilweise entwertet war, ob also für eine weitere Wertminderung – durch die Auswirkung des weiterfressenden Mangels – Raum geblieben war.

<sup>13</sup> *BGH* NJW 1977 S. 379 ff. (381). Das Merkmal der funktionellen Abgrenzbarkeit verlangt gegenwärtig noch *Katzensteiner* NJW 1997 S. 486 ff. (489) als „unabdingbare Voraussetzung dafür, daß der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB als erfüllt angesehen werden kann“.

<sup>14</sup> *OLG Braunschweig* NJW 1979 S. 1552 f. (1553).

<sup>15</sup> *OLG Braunschweig* NJW 1979 S. 1552 f. (1553).

<sup>16</sup> A.a.O. S. 14; 66.

<sup>17</sup> Kritisch gegenüber der Stoffgleichheit *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (84): „eine nicht weiter reflektierte oder begründete ad-hoc-Erfindung“.

<sup>18</sup> *BGH* NJW 1983 S. 810 ff. (812) – *Gaszug-Fall*, angedeutet allerdings schon im (ersten) *Hinterreifen-Fall* – *BGH* NJW 1978 S. 2241 ff. (2243).

<sup>19</sup> *Kullmann* BB 1985 S. 409 ff. (413). Zu den Fallgestaltungen der Stoffgleichheit auch *Brüggemeier* VersR 1983 S. 501 ff. (504). *Stoll* JZ 1983 S. 501 ff. (503) stellt darauf ab, ob sich in der Beschädigung des Produkts eine pflichtwidrig geschaffene Umweltgefahr verwirklicht hat.

<sup>20</sup> Diese Abgrenzung zieht sich durch alle Fälle – vom *Schwimmerschalter-Fall* über *Hinterreifen-Fall*, *Gaszug-Fall* und *Hebe-bühne-Fall* bis zum *Kompressor-Fall*.

<sup>21</sup> Unzutreffend insoweit *Gsell*, NJW 2004 S. 1913 ff. (1914).

### C. Die Kritik der Literatur und ihre Berechtigung

Die dargestellte Rechtsprechung ist wie folgt kritisiert worden:

*Erstens*: das Eigentum an einem einheitlichen Kaufgegenstand in den funktionell abgrenzbaren schadhaften Vertragsgegenstand und den ansonsten einwandfreien aufzuspalten, sei gekünstelt<sup>22</sup>. Eine hinreichend präzise Abgrenzung einer vollständig mangelhaften von einer begrenzt fehlerhaften und im übrigen einwandfreien Kaufsache sei unmöglich. Als Abhilfe wurde vorgeschlagen, auf die „Defektäquivalenz“<sup>23</sup> statt auf die Stoffgleichheit abzustellen<sup>24</sup>.

Außer einer weiteren Bereicherung des ohnehin beträchtlichen Fundus an juristischen Begriffsungetümen war mit diesem Vorschlag allerdings wenig geleistet. Dass bei der Feststellung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs Abgrenzungsprobleme bestehen, kann und darf nicht geleugnet werden. Was aber die angebliche Aufspaltung des Eigentums betrifft, geht die Kritik ins Leere. Wie angesprochen, ist der *BGH* im *Gaszug-Fall*<sup>25</sup> von der (gedanklichen) Aufspaltung des Eigentums abgegangen und hat das zentrale Problem auf die Ebene des Schadensbegriffs verlagert<sup>26</sup>. Es wird also bei der Beurteilung des aus der – feststehenden – Eigentumsverletzung resultierenden Vermögensschadens die Differenzhypothese angewandt. Die Vermögenslage vor und nach der Realisierung des weiterfressenden Mangels wird verglichen. Maßgeblich ist dabei die Differenz zwischen dem infolge des Mangels geminderten Wert der Sache und dem Wert nach Realisierung des Weiterfressers. War die Kaufsache also schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs „Schrott“, führt die weitere Beeinträchtigung der Kaufsache keinen Vermögensschaden herbei. War die Sache dagegen kein wertloser Ausschuss, hatte sie also trotz des Mangels einen nicht unerheblichen Gebrauchswert, wird das Vermögen des Eigentümers durch das Weiterfressen zusätzlich gemindert, wird der Eigentümer also geschädigt. Wenn das Fahrzeug und sein Gaszug oder seine Hinterreifen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB getrennt betrachtet werden, hat dies mit Künstlichkeit oder Spalterei folglich nichts zu tun. Es findet nur eine in der Rechtsanwendung immer wieder notwendige Differenzierung statt. Entscheidend ist, ob durch die Verwirklichung des weiterfressenden Mangels ein *weiterer* Schaden eingetreten ist<sup>27</sup>.

Die These vom angeblichen partiellen Eigentumsschutz<sup>28</sup> wäre obendrein auch nicht haltbar. Wollte man eine Eigentumsverletzung verneinen, müsste dies, weil das Eigentum ja nicht nur gegenüber dem *Verursacher* des Mangels minderwertig sein könnte, allgemein, d.h. gegenüber jedermann gelten. Daraus folgte wiederum, dass der (mangelhafte) Teil des Eigentums deliktsrechtlich gegenüber niemandem geschützt wäre, dass also jedermann zugreifen könnte, ohne nachteilige Rechtsfolgen befürchten zu müssen. Das widerspräche der Bedeutung des Eigentums im BGB. Als absolutes Recht ist das Eigentum als solches geschützt, unabhängig davon, ob es einen Wert verkörpert. Der Aspekt des Wertes spielt nur bei der Frage des Schadens und der Höhe des Schadensersatzes eine Rolle.

<sup>22</sup> Siehe nur *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (82 f.); *Reinicke/Tiedtke* NJW 1986 S. 10 ff. (12).

<sup>23</sup> Zu diesem Begriff siehe *Merkel* NJW 1987 S. 358 ff. (350).

<sup>24</sup> *Merkel* NJW 1987 S. 358 ff. (360).

<sup>25</sup> Siehe oben Fn 14; 18.

<sup>26</sup> Insofern ist auch der Ansatz von *Ebel* NJW 1978 S. 2494 f. mit seiner an § 93 BGB orientierten Abgrenzung zur Feststellung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs überholt.

<sup>27</sup> Man kann das Kriterium der Stoffgleichheit mit *Katzenmeier* NJW 1997 S. 486 ff. (489) also tatsächlich als „Leerformel“ bezeichnen, denn die Anwendung der Differenzhypothese erfordert keinen neuen Namen.

<sup>28</sup> Siehe nur *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (82 f.); *Reinicke/Tiedtke* NJW 1986 S. 10 ff. (12).

In Bezug auf die Eigentumsverletzung war die Entscheidung im *Schwimmerschalter*-Fall, wo der BGH noch von der Erforderlichkeit der Aufspaltung des Eigentums ausging, also nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zutreffend. Zwar fehlt es im BGB an einer Definition des Eigentums. § 903 BGB beschreibt lediglich die aus dem Eigentum erwachsenden Befugnisse. Ein nur teilweiser Schutz desselben ist aber nicht denkbar<sup>29</sup>. Die Eigentumszuordnung, und damit die Verfügungsbefugnis i.S.v. § 903, 1 BGB, folgt den Regelungen über die Übereignung. Ausgehend von §§ 929 ff. BGB (Übereignung *beweglicher* Sachen), wird aufgrund der sachenrechtlichen *Typenfixierung*<sup>30</sup> einheitlich Eigentum an dem Vertragsgegenstand, also auch an dem schadhafte Teil der Sache verschafft<sup>31</sup>. An die Berechtigung des Käufers, und damit an den Eigentumserwerb anknüpfend, stellt sich dann in einem nächsten Schritt die Frage der Eigentumsbeeinträchtigung<sup>32</sup>. Eine solche besteht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, wenn die im Eigentum des Anspruchstellers stehende Sache zerstört, beschädigt, verunstaltet oder ihm entzogen wird<sup>33</sup>. Bei der Auswirkung weiterfressender Mängel auf bei Gefahrübergang unversehrte Teile der Kaufsache sind eine Beschädigung oder gar die Zerstörung ohne Zweifel gegeben. Eine Eigentumsverletzung liegt, wenn sich der weiterfressende Mangel auswirkt, also in jedem Fall vor.

Demzufolge ist auch nicht zu befürchten, dass mittels § 823 Abs. 1 BGB ein reiner Vermögensschaden<sup>34</sup> ersetzt wird<sup>35</sup>. Ein bloßer Vermögensschaden ist gegeben, soweit das Äquivalenzinteresse betroffen ist. Diesem Interesse wird aber im Falle eines weiterfressenden Mangels durch das Deliktsrecht gerade nicht Genüge getan. Nach § 823 Abs. 1 BGB wird nur die *zusätzliche* Vermögenseinbuße *infolge* der *Eigentumsbeeinträchtigung* ersetzt, also dem Integritätsinteresse hinsichtlich des Eigentums Rechnung getragen.

*Zweitens*: die deliktische Haftung, so die weitere Kritik der Literatur, führe bei weiterfressenden Mängeln zu widersprüchlichen Ergebnissen. Sei die Sache vollständig mangelhaft, habe der Käufer keine deliktischen, sondern nur kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche. Sei der Mangel hingegen weniger umfangreich, stünde dem Käufer neben dem kaufrechtlichen ein deliktischer Anspruch zu. Das sei nicht richtig. Der Käufer bekomme mehr Rechte, wenn der Mangel kleiner sei. Umgekehrt werde er um so weniger geschützt, je größer der Mangel sei<sup>36</sup>.

Auch diese Kritik an der deliktischen Haftung für weiterfressende Mängel vermag nicht zu überzeugen. Ist eine Kaufsache von Anfang an so mangelhaft, dass sie unbrauchbar ist, wird der Käufer dies häufig erkennen, kann sofort reagieren und ist durch das Kaufrecht ausreichend geschützt<sup>37</sup>. Der Vorwurf eines ungerechtfertigt ungleichen Schutzniveaus greift in den weitaus meisten Fällen also nicht.

<sup>29</sup> Palandt/*Bassenge* BGB<sup>62</sup> Überbl v § 903 Rz 1.

<sup>30</sup> Zur Begriffsverwendung vgl. Palandt/*Bassenge* BGB<sup>62</sup> Einleitung zum 3. Buch – Rz 3.

<sup>31</sup> Der einheitliche Eigentumserwerb gilt gem. §§ 973 Abs. 1; 825 Abs. 1 BGB bei Grundstücken aufgrund der §§ 93 f. BGB umso mehr.

<sup>32</sup> Zur Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB *Katzenmeier* a.a.O. S. 66 ff., insbesondere S. 77 ff.

<sup>33</sup> Zur Unterscheidung der Eigentumsverletzung vgl. Palandt/*Thomas* BGB<sup>62</sup> § 823 Rz 8.

<sup>34</sup> Von § 823 Abs. 1 BGB wird das Vermögen als solches nicht geschützt – dazu *von Bieberstein* FS von Caemmerer, 1979, S. 432; *von Caemmerer* „Gesammelte Schriften“, Bd. I, Tübingen, 1968 S. 470 f.; Protokolle zum BGB Bd. II S. 567 ff.

<sup>35</sup> Siehe dazu *von Westphalen* MDR 1998 S. 805 ff. (809); *BGH* NJW 1986 S. 922 ff. (924).

<sup>36</sup> *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (85); *Reinicke/Tiedtke* NJW 1986 S. 10 ff. (14).

<sup>37</sup> In diesem Sinne dürfte auch der *BGH* zu verstehen sein. Denn in der *Kolbenfresser*-Entscheidung erwähnt er als eine Besonderheit des weiterfressenden Mangels den Umstand, dass der Mangel regelmäßig nicht entdeckt wird, *BGH* NJW 1992 S. 1678 ff. (1679).

Außerdem trifft es zwar zu, dass deliktischer Schadensersatz regelmäßig nur dann gewährt wird, wenn sich geringfügige Mängel weiterfressen. Ob sich große oder kleine Ursachen auswirken, ist für den Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aber nicht entscheidend. Entscheidend ist allein die Stoffgleichheit. Solange diese fehlt, solange also die Eigentumsverletzung durch das Weiterfressen selbst eines *großen* Mangels einen (weiteren) Vermögensschaden herbeiführen kann, kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Besteht dagegen Stoffgleichheit, kann das Weiterfressen selbst eines *kleinen* Mangels nicht zu einer (weiteren) Wertminderung führen. Unbrauchbarer als unbrauchbar kann die Sache nicht werden, ein (weiterer) Vermögensschaden ist ausgeschlossen.

Unter dem Schlagwort der Stoffgleichheit wird also lediglich die Differenztheorie angewandt. Die Frage lautet, ob das *Weiterfressen* eine *weitere Vermögensseinbuße* verursacht hat. Folglich richtet sich die beschriebene Kritik<sup>38</sup> auch nur auf den ersten Blick gegen die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB in den Weiterfresserfällen. Tatsächlich greifen die Kritiker die Differenzhypothese an – und deswegen kann die Kritik auch nicht überzeugen. *Mommssens* Schadenslehre<sup>39</sup> als Ausgangspunkt der Differenzhypothese bei § 249 Abs. 1 BGB ist gerade deswegen anerkannt, weil beides in der Anwendung präzise und im Ergebnis einleuchtend ist. Wo sich darüber beschwert wird, wird Klage gegen eine genaue Differenzierung als Ausgangspunkt einer in den legislativ gesteckten Grenzen gerechten Rechtsanwendung, kurz: gegen die hohe Kunst der Juristerei geführt. Man schenke dem kein Gehör.

*Drittens*: beanstandet wurde in der Literatur auch die Umgehung der §§ 459 ff. BGB a.F. durch Gewährung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs<sup>40</sup>. Das Mängelgewährleistungsrecht sei abschließend. Für deliktische Ansprüche wegen Mängeln der Kaufsache sei daher neben den kaufrechtlichen Regelungen kein Raum. Zum Beleg für den Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistung wurde v.a. auf die §§ 463; 477 BGB a.F. abgestellt. Lasse man einen deliktischen Schadensersatzanspruch neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten zu, würden die strengen Maßgaben des § 463 BGB a.F. und die Verjährung aus § 477 BGB a.F. unterlaufen<sup>41</sup>. Der abschließende Charakter des Kaufrechts gelte auch für weiterfressende Mängel, weil die kaufrechtliche Sonderordnung bereits dann anwendbar sei, wenn der Mangel bei Gefahrübergang auch nur im Keim angelegt gewesen sei<sup>42</sup>. Sei die kaufrechtliche Verjährung, wie von der Rechtsprechung aufgezeigt, zu kurz, müsse das Verjährungsrecht durch den Gesetzgeber geändert werden<sup>43</sup>.

Dieser Kritik ist zuzugeben, dass die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. für die Fälle, in denen der Verkäufer zugleich der Schadensverursacher ist, ausgeschaltet wurde. Dass aber mit der Gewährung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs sogleich eine *Umgehung* der kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen verbunden (gewesen) sein soll, leuchtet nicht ein. Eine *Umgehung* bedeutet, dass das Ziel einer Regelung vereitelt wird<sup>44</sup>. Das Ziel des § 477 BGB a.F. bestand darin, dem Verkäufer durch eine kurze Verjährungsfrist möglichst rasch Rechtssicherheit zu verschaffen<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (85); *Reinicke/Tiedtke* NJW 1986 S. 10 ff. (14). Dagegen *Katzenmeier* NJW 1997 S. 486 ff. (491): „nur scheinbar paradox“; *Merkel* NJW 1987 S. 358 ff. (360).

<sup>39</sup> *Mommsen* „Die Lehre vom Interesse“, Braunschweig, 1855.

<sup>40</sup> *Rengier* JZ 1977 S. 346 f. (347).

<sup>41</sup> Siehe *Foerste* ZRP 2001 S. 342 f.

<sup>42</sup> Dazu *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (83).

<sup>43</sup> Dazu *Harrer* Jura 1984 S. 80 ff. (83 m.w.Nachw. in Fn 20). *Brüggemeier* VersR 1983 S. 501 ff. (508 ff.) wollte den Fristlauf, ohne den Gesetzgeber zu bemühen, erst mit Erkennbarkeit – ob objektiv oder subjektiv ist unklar – des Mangels, allerdings spätestens ein Jahr nach Gefahrübergang, beginnen lassen.

<sup>44</sup> *Palandt/Heinrichs* BGB<sup>62</sup> § 134 Rz 28 (zur rechtsgeschäftlichen Umgehung).

<sup>45</sup> *Palandt/Putzo* BGB<sup>60</sup> § 477 Rz 1.

Der Händler, der für den Mangel selbst regelmäßig nicht verantwortlich war, sollte vor einer Inanspruchnahme möglichst geschützt werden. Von jeher war jedoch anerkannt, dass der Verkäufer bei Verletzung von Verkehrspflichten (§ 823 Abs. 1 BGB) und von Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag (pFV) bis zu dreißig Jahre lang haftete<sup>46</sup>. Insoweit ist die Kritik unberechtigt. Absolute Sicherheit vor weiterer Inanspruchnahme sollte der Verkäufer nach sechs Monaten keineswegs haben.

Abzulehnen ist der Vorwurf der Umgehung auch deshalb, weil der Verkäufer nicht in seiner Eigenschaft als Verkäufer Schuldner des deliktischen Schadensersatzanspruchs ist. In Anspruch genommen wird der *Verursacher* des weiterfressenden Mangels<sup>47</sup>. Der Verursacher war vom Schutzzweck des § 477 BGB a.F., anders als der Verkäufer, nicht erfasst. Folglich fand mit der Gewährung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs auch keine „Umgehung“ kaufrechtlicher Regelungen statt. Dies galt selbst in den Fällen, in denen der *Verkäufer zugleich Verursacher* des Fehlers war, denn der Horizont der §§ 433 ff. BGB war und ist auf die Stellung des Verkäufers als Verkäufer begrenzt. Ist der Verkäufer *auch Verursacher* des Mangels, kann er *als Verursacher* einem – gegenüber dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht – weiteren Haftungssystem unterfallen. §§ 433 ff. BGB zielen nicht darauf ab, solche Verursacher zu begünstigen, die selbst als Verkäufer auftreten. Daher begründet die Stellung als Verkäufer für den Verursacher grds. keine „kaufrechtliche Schutzweste“.

Ferner war das Argument von der Umgehung des § 463 BGB a.F. denkbar ungeeignet, einen deliktischen Schadensersatzanspruch auszuschließen. § 463 BGB a.F. statuierte, ebenso wie § 480 Abs. 2 BGB a.F. eine (verschuldensunabhängige) Garantiehaftung für zugesicherte Eigenschaften. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB hingegen setzt Verschulden voraus. Ein weiterer Unterschied besteht, weil bei § 823 Abs. 1 BGB der Gesichtspunkt der Zusage einer besonderen Eigenschaft fehlt. §§ 463; 480 Abs. 2 BGB a.F. knüpften an eine bestimmte Zusage an, waren also Fälle der Erklärungs haftung. § 823 Abs. 1 BGB bezieht sich dagegen auf eine tatsächliche Handlung, die Verursachung des weiterfressenden Mangels<sup>48</sup>. Das deliktsrechtliche Pendant zu §§ 463; 480 Abs. 2 BGB a.F. war hinsichtlich der Nichterfüllung von Eigenschaftszusicherungen<sup>49</sup> § 826 BGB, nicht § 823 Abs. 1 BGB. § 823 Abs. 1 BGB war folglich neben den Bestimmungen zur kaufrechtlichen Gewährleistung anwendbar.

Mit dem Argument der Umgehung der §§ 459 ff. a.F. BGB hängt schließlich der Hinweis der Kritiker zusammen, durch die Anwendung des Deliktsrechts werde § 377 HGB unterlaufen<sup>50</sup>. Auch dieser Kritikpunkt überzeugt nicht. § 377 Abs. 1 HGB bezieht sich lediglich auf durch den Käufer erkennbare Mängel<sup>51</sup>. Wie § 377 Abs. 3 HGB zeigt, bleibt die nachträgliche Geltendmachung zunächst nicht erkennbarer Mängel möglich. Weiterfressende Mängel sind bei fehlender Stoffgleichheit aber in aller Regel nicht ohne weiteres erkennbar<sup>52</sup>, so dass § 377 HGB ihre – spätere – Geltendmachung zulässt; ganz abgesehen von der Tatsache, dass der Anwendungsbereich des § 377 HGB ohnehin auf Geschäfte unter Kaufleuten beschränkt ist. Es ist also festzuhalten, dass die von der Literatur vorgebrachte Kritik nicht durchgreift.

<sup>46</sup> Palandt/*Putzo* BGB<sup>60</sup> § 477 Rz 2 ff.

<sup>47</sup> Das kann, wie in *BGH NJW* 2004 S. 1032 ff., dem neuen *Hinterreifen-Fall*, auch einmal der Verkäufer der Ware sein.

<sup>48</sup> Zu ungenau daher *Tiedtke* ZIP 1992 S. 1446 ff. (1449 f.).

<sup>49</sup> Zu Arglist bei Vertragsschluss sowie zur Erteilung unrichtiger Auskünfte i.Z.m. § 826 siehe den Überblick bei Palandt/*Thomas* BGB<sup>62</sup> § 826 Rz 22 ff.

<sup>50</sup> Dazu schon *Schlechtriem* JA 1983 S. 255 ff. (256 m.w.Nachw.).

<sup>51</sup> Baumbach/*Hopt* HGB<sup>30</sup> § 377 Rz 24 f.

<sup>52</sup> *BGH NJW* 1992 S. 1678 ff.

### **D. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung der deliktischen Haftung für weiterfressende Mängel**

Bei der Begründung zur Aufrechterhaltung des deliktischen Schadensersatzanspruchs für weiterfressende Mängel kann, wie bei allen dauerhaften Rechtspraktiken, die Frage der Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht unbeantwortet bleiben. Jenseits aller Argumentation hinsichtlich Für und Wider einer Entwicklung kann sich eine Praxis zum Gewohnheitsrecht verfestigen. Dadurch werden zwar die Argumente nicht Makulatur<sup>53</sup>, aber es besteht mit der gewonnenen Rechtssicherheit ein Vorteil gegenüber ständiger Rechtsprechung als Richterrecht<sup>54</sup>.

Die Entstehung von Gewohnheitsrecht kommt aber nur in Betracht, wenn und soweit ein Rechtsinstitut außerhalb des geltenden Rechts oder gegen<sup>55</sup> geltendes Recht entwickelt wurde. Die bisherige Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass die Anwendung des Deliktsrechts in Fällen des weiterfressenden Mangels nichts anderes als eine präzise Anwendung des geltenden Rechts darstellt. Deshalb scheidet die Anerkennung entsprechenden Gewohnheitsrechts aus<sup>56</sup>.

### **E. Ergebnis**

Die deliktische Haftung für Weiterfresser passte vor der SRMod als Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB nahtlos in das System BGB. Ein Vorrang des Kaufrechts, der zum Ausschluss des deliktischen Schadensersatzanspruch geführt hätte, existierte nicht.

Zitierempfehlung: *Herwig/Masch*, [www.iuraquest.de/WFM1/wfm.pdf](http://www.iuraquest.de/WFM1/wfm.pdf), S.

<sup>53</sup> Begriffsverwendung nach von *Kirchmann* „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, Nachdruck Heidelberg, 1988 S. 25.

<sup>54</sup> Zur stark eingeschränkten Rechtssicherheit des Richterrechts siehe demnächst *Masch* „Die Dritthaftung von Banken bei fehlerhaften Eigenauskünften“, Teil 2, B.V.2.f und Teil 5, A.1.

<sup>55</sup> Siehe dazu *Ostertun* „Gewohnheitsrecht in der Europäischen Union“, Berlin, 1996 S. 36; 54.

<sup>56</sup> Wer dies anders sieht, etwa weil der Eigentumsbegriff des BGB falsch angewandt werde, muss beide Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts – *longa consuetudo* und *opinio iuris* – bejahen. Die dauernde Übung besteht, denn das Rechtsinstitut wird seit 1977 - *BGH NJW 1977 S. 379 ff.* (*Schwimmerschalter-Fall*), mit dem Kriterium der Stoffgleichheit seit 1983 - *BGH NJW 1983 S. 810 ff.* (*Gaszug-Fall*) - angewandt. Schwieriger ist es, die Rechtsüberzeugung zu begründen. Will man nicht jede (höchst-)richterliche Praxis als von den betroffenen Verkehrskreisen akzeptiert und angewandt präsumieren, was die Möglichkeit einer „Setzung von Gewohnheitsrecht“ durch die Gerichte bedeutete; will man sich gleichzeitig nicht mit der bloßen Behauptung begnügen, die Übung sei von den Beteiligten akzeptiert, tut man sich schwer, die Rechtsüberzeugung als tatsächliches, quasi demokratisches Element (*Müller* „Richterrecht“, Berlin, 1986 S. 83; 117) des Gewohnheitsrechts festzustellen. Angesichts der stetigen Rechtsprechung, des entsprechenden Echos in der Kommentarliteratur und der Anpassung der Haftpflicht-Versicherungsbedingungen (*Brüggemeier VersR 1983 S. 501 ff.* (508)) wird man aber von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung der Beteiligten ausgehen können.