

Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Konstanz
Professor Dr. Ulrich Weber, Würzburg

Redaktion

Dr. Franz-Peter Gillig, 7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18,
Telefon (07071) 26064

Seiten 525–572

Juristen JZ Zeitung

43. Jahrgang 3. Juni 1988 11

Aufsätze

Professorin Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Mainz

Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten

I. Einleitung

Wie kaum eine andere Materie des Schuldrechts war und ist das Deliktsrecht in den letzten Jahren und Jahrzehnten tiefgreifenden Änderungen unterworfen. Schon längst hat die Rechtsentwicklung die traditionellen Grenzen des Deliktsrechts gesprengt. Für die Differenzierung zwischen außervertraglicher und vertraglicher Haftung kann heute kaum mehr die Gegenüberstellung von Körper- und Eigentumsschäden auf der einen und reinen Vermögensschäden auf der anderen Seite als taugliches Kriterium angesehen werden. Wie freilich die erforderliche Abgrenzung im einzelnen vorzunehmen ist, erscheint noch weithin unsicher.

Aus der Fülle der Diskussionspunkte sollen im folgenden einige Fragen zum Begriff der deliktischen Eigentumsverletzung herausgegriffen werden. Im einzelnen handelt es sich dabei um folgende Fallgruppen:

II. Fallgruppen

1. „Weiterfressender“ Mangel

Die erste Fallgruppe ist in der Bundesrepublik unter dem Stichwort „weiterfressender“ Mangel bekannt geworden¹. In Frage steht dabei die außervertragliche Ersatzfähigkeit von Schäden an einer gekauften Sache oder einem Werk.

2. Sachschützende Vertragsleistungen

In der zweiten Fallgruppe geht es um die außervertragliche Einstandspflicht bei fehlerhafter Erbringung sachschützender

¹ Vgl. *BGH* vom 24. 11. 1976, *BGHZ* 67, 359 = *JZ* 1977, 343 mit Anmerkung *Lieb* und *Rengier* (Schwimmerschalter); *BGH* vom 5. 7. 1978, *NJW* 1978, 2241 (Hinterreifen); *BGH* vom 18. 1. 1983, *BGHZ* 86, 256 = *JZ* 1983, 499 mit Anmerkung *Stoll* (Gaszug); *BGH* vom 14. 5. 1985, *NJW* 1985, 2420 (Kompressor); *OLG Düsseldorf* vom 10. 1. 1985, *WM* 1985, 1079 (Pleuelhalbschalen); *AG Kiel* vom 22. 4. 1983, *DAR* 1984, 28 (Hauptbremszylindermanschette); *LG Karlsruhe* vom 22. 7. 1987, *JZ* 1987, 878 (Luftkompressor). Aus dem Schrifttum vgl. *Lang*, Zur Haftung des Warenlieferanten bei „weiterfressenden“ Mängeln im deutschen und anglo-amerikanischen Recht (1981); *Keibel*, Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 I BGB bei kauf- und werkvertraglichen Mängeln (1984); *Brüggemeier* *VersR* 1983, 501 ff.; *Kullmann* *BB* 1985, 409 ff.; *Reinickel/Tiedtke* *NJW* 1986, 10 ff.; *Schlechtriem* *JA* 1983, 255 ff.; *Schmidt-Salzer* *BB* 1983, 534 ff.

Vertragsleistungen, wenn am Eigentum des Gläubigers gerade jener Schaden eintritt, der durch die Vertragsleistung verhindert werden sollte².

3. Bearbeitung, Verbindung, Vermischung

Die dritte Fallgruppe bilden jene Fälle, in denen Sacheigentum zwar nicht durch die Vertragsleistung unmittelbar geschützt werden soll, aber doch bestimmungsgemäß mit der Vertragsleistung in enge Berührung kommt³.

Ehe auf die Lösungsmöglichkeiten im Rahmen dieser Fallgruppen im einzelnen eingegangen wird, sei zunächst auf die praktischen Konsequenzen, die eine Zuordnung zum Vertragsrecht oder zum Deliktsrecht mit sich bringt, hingewiesen.

III. Bedeutung der Zuordnung

1. Kreis der haftpflichtigen Personen

Die Qualifikation eines Schadens als Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB entscheidet zunächst grundsätzlich über den Kreis der haftenden Personen. Aufgrund einer Eigentumsverletzung haftet auch der mit dem Geschädigten in nicht unmittelbarer Vertragsbeziehung stehende Dritte, also der Hersteller eines Produktes gegenüber dem Endabnehmer, der lediglich mit dem Hauptunternehmer vertraglich verbundene Subunternehmer gegenüber dem Bauherrn, der Angestellte gegenüber dem Vertragspartner seines Arbeitgebers⁴.

² Vgl. *RG* vom 14. 5. 1909, *RGZ* 71, 173 (Kühlanlage); *BGH* vom 29. 11. 1972, *BGHZ* 60, 9 (Gewächshaus); *BGH* vom 25. 5. 1976, *BGHZ* 66, 315 (Frostschutzmittel); *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 186 = *JZ* 1981, 480 (Derosal); *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 199 (Benomyl); *BGH* vom 18. 9. 1984, *NJW* 1985, 194 (Dachabdeckfolie); *BGH* vom 13. 5. 1986, *BGHZ* 98, 45 = *JZ* 1986, 1070 (Ölwechsel); *BGH* vom 28. 10. 1986, *NJW* 1987, 1013; *OLG Hamburg* vom 15. 6. 1982, *VersR* 1983, 882 (Korrosionsschutzmittel); vgl. auch *BGH* vom 29. 9. 1960, *BGHZ* 33, 216 (Wachschiffstation); zum ganzen *Plum* *AcP* 181 (1981), 68 (121 ff.).

³ Vgl. etwa *RG* vom 27. 4. 1905, *JW* 1905, 367 Nr. 6 (Kalk); *OLG Hamm* vom 12. 7. 1961, *VersR* 1962, 432 (Sägegatter); *OLG Karlsruhe* vom 30. 5. 1985, *VersR* 1986, 1125 (Milchkühlanlage); vgl. auch *Plum* *AcP* 181 (1981), 68 (102 ff.).

⁴ Zur Haftung von Angestellten in herausgehobener und verantwortlicher Stellung nach den Grundsätzen der Produkthaftung vgl. *BGH* vom 3. 6.

Besonderes Gewicht hat diese Problematik, wenn man – wie zunehmend im Schrifttum gefordert⁵ und mittlerweile auch in einem dictum einer Entscheidung des *OLG Karlsruhe*⁶ angenommen – bei § 823 Abs. 1 BGB der Rechtsgutsverletzung die unmittelbare Rechtsgutsgefährdung gleichsetzt und den Haftpflichtigen für die Schadensabwehrkosten aufkommen läßt, was im praktischen Ergebnis einem deliktischen Nachbesserungsanspruch nahekommt.

2. Auswirkungen bei direkter Vertragsbeziehung

Erhebliche Bedeutung kommt der Einordnung als deliktische Eigentumsverletzung aber auch dann zu, wenn zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger direkte vertragliche Beziehungen bestehen. Denn oftmals werden Grenzen, die die vertragliche Haftungsordnung zieht, von der außervertraglichen Haftung gesprengt.

a) Gesetzliche Haftungsbeschränkungen

Dies gilt einmal für gesetzliche Haftungsbeschränkungen, wie sie sich namentlich für Frachtführer und ähnliche Gewerbe finden⁷. Ihre Geltung gegenüber einem deliktischen Anspruch hat die höchstrichterliche Rechtsprechung wiederholt verneint⁸.

Sollte sich für vertragliche Schadensersatzansprüche auch im internen deutschen Recht die sog. Vorhersehbarkeitsregel, wie sie etwa im Rahmen der Einheitskaufrechte⁹ gilt, durchsetzen¹⁰, das heißt, daß nur solche Schäden ersatzfähig sind, die der Schuldner bei Vertragsschluß als mögliche Folge eines Vertragsbruches voraussehen konnte, wird sich ein weiterer gravierender Unterschied zwischen Vertragshaftung und außervertraglicher Einstandspflicht ergeben.

b) Freizeichnungsklauseln

Wichtig ist die Zuordnung auch im Hinblick auf die Möglichkeit vertraglicher Risikobeschränkung im Wege von Freizeichnungsklauseln. Zwar hat sich die Rechtsprechung wiederholt dahingehend ausgesprochen, daß eine Freizeichnung in den allgemeinen Grenzen auch von deliktischer Haftung möglich sei¹¹. Gleichwohl ist die Tendenz unverkennbar, durch enge Auslegung und Anwendung der sog. „Unklarheitenregel“ nach § 5 AGBG Freizeichnungsklauseln gegenüber der deliktischen Einstandspflicht die Wirksamkeit zu versagen¹². In der Literatur wird sogar weitergehend die Auffassung vertreten, die deliktischen Verkehrspflichten stellen sog. Kardinalpflichten im Sinne des § 9 Abs. 2 AGBG dar und seien deshalb grundsätzlich freizeichnungsfest¹³.

1975, NJW 1975, 1827 (Spannkupplung); einschränkend nunmehr *BGH* vom 7. 10. 1986, NJW 1987, 372 (Zink-Spray). Vgl. auch jüngst *BGH* vom 16. 6. 1987, JZ 1987, 1087 = NJW 1987, 2510 (Wachmann): Den Arbeitnehmer trifft gegenüber dem Eigentümer eingelagerten Gutes keine außervertragliche Obhutspflicht.

⁵ Vgl. *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 299; *G. Hager* AcP 184 (1984), 413 (424); *J. Hager* VersR 1984, 799 (804); differenzierend *Schwenzer* JZ 1987, 1059 (1061 ff.) m. w. Nachw.

⁶ *OLG Karlsruhe* vom 30. 5. 1985, VersR 1986, 1125; der *BGH* – Beschluß vom 18. 3. 1986, VersR 1986, 1125 (1127 f.) – hat die Frage noch offen gelassen.

⁷ Vgl. nur § 430 HGB; weitere Nachw. bei *Schlechtriem*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1591 (1639 Fn. 217).

⁸ Vgl. *BGH* vom 23. 3. 1966, *BGHZ* 46, 140; vgl. auch schon *RG* vom 28. 10. 1922, *RGZ* 105, 302; anders freilich für Haftungsbeschränkungen nach dem PostG, *RG* vom 1. 6. 1923, *RGZ* 107, 41; *BGH* vom 14. 7. 1954, *BGHZ* 14, 274.

⁹ Vgl. Art. 82 EKG; Art. 74 UN-KR.

¹⁰ Ihre Einführung fordert namentlich *U. Huber*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 647 (729, 802 f. zu § 281 a seines Vorschlags).

¹¹ Vgl. nur *BGH* vom 4. 6. 1975, *BGHZ* 64, 355; *BGH* vom 24. 11. 1976, *BGHZ* 67, 359 = JZ 1977, 343 (Schwimmerschalter); *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG (5. Aufl. 1986), § 9 Rnr. 115.

¹² Vgl. etwa *BGH* vom 11. 3. 1986, NJW 1986, 2757 (Fußbodenbelag); vgl. auch schon *BGH* vom 24. 11. 1976, vorige Fn.

c) Abwicklungsschutz

Von großer praktischer Bedeutung ist schließlich die Verjährungsfrage. Abgesehen vom Mietrecht, wo die kurze Verjährung für Ansprüche des Vermieters wegen Beschädigung der Mietsache dem Mieter auch im Rahmen der deliktischen Verantwortlichkeit zugute kommen soll¹⁴, lehnt die Rechtsprechung die Übertragung der für vertragliche Ansprüche geltenden Verjährungsvorschriften auf konkurrierende Deliktsansprüche ab¹⁵.

Dies hat Relevanz nicht allein im Hinblick darauf, daß die Verjährungsfristen im Vertragsrecht oft kürzer bemessen sind als in § 852 BGB, sondern vor allem für den Beginn der Verjährung, der bei vertraglichen Gewährleistungsansprüchen regelmäßig an den Abschluß der wesentlichen Leistungshandlungen des Schuldners, bei § 852 BGB hingegen an den Zeitpunkt der Kenntnis des Verletzten vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen geknüpft wird.

Auch die Verjährungsfrage gewinnt eine besondere Dimension, wenn man im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz der Schadensabwehrkosten anerkennt¹⁶.

Schließlich kommt der in § 377 HGB in Form der handelsrechtlichen Untersuchungs- und Rügepflicht niedergelegte Abwicklungsschutz dem neben dem Vertrag aus § 823 Abs. 1 BGB in Anspruch Genommenen nach einer jüngst ergangenen Grundsatzentscheidung des *BGH*¹⁷ nicht zugute.

d) Anwendbarkeit internationaler Abkommen

Die Zuordnung zum Deliktsrecht entscheidet auch häufig darüber, ob zwischen den Parteien eines grenzüberschreitenden Vertrages international vereinheitlichtes Sachrecht und/oder internes Deliktsrecht zur Anwendung kommt.

Praktische Bedeutung kommt der Einordnung insbesondere für den wichtigen Bereich grenzüberschreitender Warenkaufverträge zu¹⁸. So ist für das Haager Einheitliche Kaufrecht einhellige Ansicht, daß es die Deliktshaftung nach nationalem Recht unberührt läßt¹⁹. Das auf der Wiener Konferenz im Jahre 1980 ausgearbeitete UN-Kaufrecht scheint zwar vordergründig Eigentumsverletzungen in seinen Regelungsbereich einzubeziehen, denn nach Art. 5 dieses Abkommens ist ausdrücklich nur die Haftung für Personenschäden aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen. Aufgrund der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift wird man jedoch auch im Bereich des UN-Kaufrechts für das deutsche Recht davon ausgehen müssen, daß die Haftung wegen Sachschäden zumindest dann nach nationalem Recht zu beurteilen ist, wenn sich der Vertragsbruch gleichzeitig als Verletzung deliktischer Verkehrspflichten darstellt²⁰.

¹³ Vgl. *U. Huber* AcP 177 (1977), 281 (330 f.); *ders.* in: *Soergel*, BGB (11. Aufl. 1986), Vor § 459 Rnr. 233; *von Westphalen* NJW 1979, 838 (842 ff.); *ders.* WM 1983, 976 (980); dagegen aber *Manfred Wolf* NJW 1980, 2433 (2434). Für eine differenzierende Behandlung grundsätzlich auch *Deutsch*, Haftungsrecht, Bd. I (1976), § 20 III. 4., S. 333.

¹⁴ Vgl. *BGH* vom 31. 3. 1967, *BGHZ* 47, 53 (56); *BGH* vom 19. 9. 1973, *BGHZ* 61, 227 (229).

¹⁵ Vgl. nur *BGH* vom 25. 5. 1976, *BGHZ* 66, 315 (318 f.) (Frostschutzmittel); zum ganzen *Schlechtriem*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1591 (1661). A. A. soweit ersichtlich nur *OLG Düsseldorf* vom 14. 10. 1974, NJW 1975, 453; kritisch dazu *Schubert* NJW 1975, 1230.

¹⁶ Vgl. dazu oben bei Fn. 5 f.

¹⁷ Vgl. *BGH* vom 16. 9. 1987, WM 1987, 1299 (Flaschenkorken); vgl. auch *BGH* vom 28. 4. 1976, *BGHZ* 66, 208 (Batterie); §§ 377, 378 HGB nicht in Bezug auf Verletzung vertraglicher Nebenpflichten angewandt; aus der Literatur vgl. vor allem *Schlechtriem*, Festschrift Rheinstein, Bd. II (1969), S. 683 (695 ff.); *Schwarz* AcP 179 (1979), 57 (76 ff.).

¹⁸ Im internationalen Transportrecht wird der Anspruchskonkurrenz dadurch die Spitze gebrochen, daß die Haftung aufgrund aller Anspruchsgrundlagen auf das in den Abkommen niedergelegte Maß zurückgeführt wird, vgl. Art. 40 CIM; Art. 12 CA; Art. 28 Abs. 1 CMR; Art. 28 Warschauer Abkommen.

¹⁹ Vgl. *U. Huber*, *Schlechtriem*, EKG (1976), Art. 8 EKG Rnr. 11.

²⁰ Vgl. *Schlechtriem*, Einheitliches UN-Kaufrecht (1981), S. 21.

IV. Allgemeine Überlegungen zur Einordnung im deutschen Recht

Der Schlüssel zur Lösung der aufgezeigten Problematik kann sicher nicht darin gefunden werden, deliktische Ansprüche bei bestehender Vertragsbeziehung grundsätzlich abzuschneiden²¹. Ganz abgesehen davon, daß damit über Art und Umfang der Haftung nicht unmittelbar am Vertrag Beteiligten noch nichts gesagt ist, läuft eine solche Lösung Gefahr, zu stark zu schematisieren. Nicht empfehlenswert erscheint andererseits eine fallweise Übertragung vertragsrechtlicher Prinzipien auf außervertragliche Ansprüche²². Mag dies auch im Einzelfall zu einem akzeptablen Ergebnis führen, allein die Rechtssicherheit läßt eine klarere Grenzziehung als wünschenswert erscheinen²³.

M. E. geht es im deutschen Recht um eine sachgerechte Abgrenzung allgemeiner deliktischer Verkehrspflichten von besonderen Vertragspflichten²⁴. Dabei ist es nützlich, sich die historische Wurzel der Verkehrspflichten ins Gedächtnis zu rufen, nämlich die Verkehrssicherungspflichten²⁵. Dieser Begriff umreißt m. E. auch heute noch in treffender Weise den Kern des Deliktsrechts: nämlich Gefahrsteuerung einerseits und – wenn auch u. U. beschränkter – Publikumsverkehr andererseits²⁶. Vertragliche Pflichten werden hingegen aufgrund eines besonderen Versprechens übernommen. Will man nicht die Versprechenshaftung gänzlich durch eine einebnende Deliktshaftung aus den Angeln heben lassen²⁷, erscheint eine klare Grenzziehung besonders dringlich.

Dies soll nun für die eingangs erwähnten Fallgruppen versucht werden.

V. Einordnung der Fallgruppen

1. Herstellung eines mangelhaften Bauwerks, Lieferung einer fehlerhaften Sache

Bei Errichtung eines mangelhaften Bauwerks verneint die ständige Rechtsprechung²⁸ einen Anspruch des Bestellers we-

gen deliktischer Eigentumsverletzung. Eine andere Position vertrat bislang nur das *OLG Stuttgart* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1966²⁹. Das Gericht bejahte eine Eigentumsverletzung in einem Fall, wo sich von mangelhaften Dachplatten Betonbrocken lösten, wobei maßgeblich darauf abgehoben wurde, daß die Werkleistung so mangelhaft war, daß sie eine Gefahr für Leib und Leben von Personen darstellte.

Bis zum Jahre 1976 konnte man auch im Kaufrecht von dem Grundsatz ausgehen, daß die Lieferung einer mangelhaften Sache keine Eigentumsverletzung darstellt, weil nicht in bereits bestehendes Eigentum des Abnehmers eingegriffen wird. Mit der Schwimmerschalter-Entscheidung des *BGH*³⁰ änderte sich die Situation. Hier wurden erstmals Schäden an der gelieferten Sache aufgrund eines sog. weiterfressenden Mangels als deliktische Eigentumsverletzung angesehen. In einer Reihe von weiteren Entscheidungen wurde diese Rechtsprechung inzwischen bestätigt³¹. Maßgeblich dafür, ob eine deliktische Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB vorliegt, ist – nach anfänglichem Schwanken der Rechtsprechung hinsichtlich der anwendbaren Kriterien –, ob der an der Sache eingetretene Schaden mit dem ursprünglichen Mangelunwert identisch ist oder nicht³².

Noch hat es der *BGH* offen gelassen, ob er diese Grundsätze auf die Errichtung mangelhafter Bauwerke übertragen will³³.

Sowohl die Rechtsprechung zur Herstellung eines Bauwerks als auch die zum weiterfressenden Mangel bei Lieferung einer Sache sind in der Literatur wiederholt auf Kritik gestoßen, freilich mit je unterschiedlicher Zielrichtung.

Während sich in den 60er und 70er Jahren verschiedene Autoren³⁴ dafür einsetzten, in den Bauwerks-Fällen eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB zu bejahen, wurde umgekehrt gegen die Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel vor allem angeführt, daß sie das System der Vertragshaftung in bedenklicher Weise beiseite schiebe³⁵.

Sicher scheint zunächst, daß das Problem des weiterfressenden Mangels bei Herstellung eines Werkes und bei Lieferung einer Sache nicht unterschiedlich behandelt werden kann³⁶. Die Einordnung als Kauf- oder Werkvertrag, die zudem, wenn man einen Blick auf die einschlägige Rechtsprechung wirft, nicht selten etwas Zufälliges an sich hat – man denke nur an den „Kauf“ vom Bauträger, der nach ständiger Rechtsprechung Werkvertrag ist³⁷ – kann schlechterdings nicht darüber entscheiden, ob bei identischem Sachverhalt neben dem Vertragsbruch eine unerlaubte Handlung vorliegt oder nicht.

²⁸ Vgl. *BGH* vom 30. 5. 1963, *BGHZ* 39, 366 (367); vgl. auch schon *RG* vom 27. 4. 1905, *JW* 1905, 367 Nr. 6; *OLG Karlsruhe* vom 7. 3. 1956, *NJW* 1956, 913; *OLG München* vom 6. 10. 1976, *NJW* 1976, 438 mit Anmerkung *Freund/Barthelmess*.

²⁹ *OLG Stuttgart* vom 29. 7. 1966, *NJW* 1967, 572.

³⁰ *BGH* vom 24. 11. 1976, *BGHZ* 67, 359 = *JZ* 1977, 343 mit Anmerkung *Lieb und Rengier* (Schwimmerschalter).

³¹ Vgl. *BGH* vom 5. 7. 1978, *NJW* 1978, 2241 (Hinterreifen); *BGH* vom 18. 1. 1983, *BGHZ* 86, 256 = *JZ* 1983, 499 mit Anmerkung *Stoll* (Gaszug); *BGH* vom 14. 5. 1985, *NJW* 1985, 2420 (Kompressor); a. A. *LG Karlsruhe* vom 22. 7. 1987, *JZ* 1987, 828 (Luftkompressor).

³² Vgl. *BGH* vom 14. 5. 1985, vorige Fn.; gegen die Praktikabilität dieses Abgrenzungskriteriums *Reinicke/Tiedtke* *NJW* 1986, 10 (13 f.).

³³ Vgl. *BGH* vom 7. 11. 1985, *BGHZ* 96, 221 = *JZ* 1986, 397 mit Anmerkung *Stoll* (Spundwand).

³⁴ Vgl. *Freund/Barthelmess* *NJW* 1975, 281 (283 ff.); *Wilts* *VersR* 1967, 817 (818 f.).

³⁵ Vgl. nur *Rengier* *JZ* 1977, 345 (347); *Schwarz* *AcP* 179 (1979), 57 (72 ff.); *Esser/Weyers*, *Schuldrecht*, Bd. II (6. Aufl. 1984), § 6 III 2, S. 68; *Kötz*, *Deliktsrecht* (3. Aufl. 1983), S. 208; *Brüggemeier* *VersR* 1983, 502 (509); *Keibel*, Fn. 1, S. 51; vgl. auch *LG Karlsruhe* vom 22. 7. 1987, *JZ* 1987, 828 (Luftkompressor); differenzierend *Stoll* *JZ* 1983, 501 (504); *G. Hager* *BB* 1987, 1748 (1750).

³⁶ So auch von *Westphalen* *NJW* 1979, 838 (839); *Lang*, Fn. 1, S. 210 ff.; *Litbarski*, *Festschrift Korbion* (1986), S. 269 (279); ansatzweise auch *Schlechtriem* *JA* 1983, 255 (258).

³⁷ Vgl. *BGH* vom 29. 6. 1981, *NJW* 1981, 2344; *BGH* vom 6. 5. 1982, *NJW* 1982, 2243 (Musterhaus); *BGH* vom 10. 3. 1983, *BGHZ* 87, 112 (117) (Fertighaus).

²¹ In diese Richtung geht das französische Recht, das grundsätzlich dem Prinzip des „non-cumul“ folgt, vgl. dazu statt aller *Schlechtriem*, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung* (1972), S. 63 ff.

²² So das englische Recht, wo in den letzten Jahren die außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung auch auf primäre Vermögensschäden ausgedehnt wurde – vgl. nur *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, (1983) 1 A. C. 520, H. L. –, zunehmend jedoch vertragsrechtliche Prinzipien auf diese Art außervertraglicher Haftung übertragen werden; zur Haftungsfreizeichnung vgl. das dictum von Lord Roskill in *Junior Books*, aaO, S. 546; vgl. auch schon *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, (1964) A. C. 465, H. L.; ansatzweise auch zur Verjährung *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners (A Firm)*, (1983) 2 A. C. 1, H. L.

²³ Der Rechtssicherheit wäre freilich auch Genüge getan, wenn sich der Gesetzgeber im Sinne des Vorschlags von *Schlechtriem*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II (1981), S. 1591 (1674 ff.) entscheiden sollte, für klar umrissene Fallgruppen das Konkurrenzproblem explizit zu regeln.

²⁴ In diesem Sinne auch *MünchKomm/Mertens*, *BGB* (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 79 a: Einschränkung deliktischer Verkehrspflichten auf den Bereich der Sicherheitsgewährleistung unter Ausschluss des Bereichs der Qualitätssicherung, womit er freilich im einzelnen zu teilweise anderen Ergebnissen gelangt als im folgenden dargelegt. Ansatzweise – jedenfalls für Unterlassungsdelikte – nunmehr auch *BGH* vom 16. 6. 1987, *JZ* 1987, 1087 = *NJW* 1987, 2510 (Wachmann). Für eine grundsätzliche Neustrukturierung der Haftungen, freilich nicht mit dem Ziel der Einschränkung der Verkehrspflichten, sondern des Zurückdrängens vertraglicher Lösungen, auch *Picker*, *JZ* 1987, 1041 (1055 ff.).

²⁵ Vgl. nur *RG* vom 30. 10. 1902, *RGZ* 52, 373; *RG* vom 23. 2. 1903, *RGZ* 54, 53.

²⁶ Vgl. auch *Brüggemeier*, *Deliktsrecht* (1986), S. 90.

²⁷ Vgl. auch eindrücklich für das us-amerikanische Recht die Schrift von *Gilmore*, *The Death of Contract* (1974). Andererseits ist unverkennbar, daß wir es in anderen Bereichen, nämlich dort, wo es um vertragliche Verstärkung genuin deliktischer Verkehrspflichten geht, mit einer „Hypertrophie des Vertrages“ zu tun haben, vgl. etwa *Kreuzer* *JZ* 1976, 778 (780); vgl. auch *Stoll* *AcP* 176 (1976), 145 (150 f. Fn. 21); *ders.*, *Festschrift Flume*, Bd. I (1978), S. 741 (752); *von Bar*, *Verkehrspflichten* (1980), S. 298 Fn. 152, 312 ff.; *Medicus*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I (1981), S. 479 (489 ff.); *Picker*, *JZ* 1987, 1041 (1042f.); dagegen vor allem *Canaris*, *Festschrift Larenz II* (1983), S. 27 (85 ff.).

Maßgeblich muß auch hier sein, ob eine allgemeine Verkehrspflicht verletzt worden ist.

Beachtung verdient insoweit die us-amerikanische Rechtsprechung³⁸. Schon im Jahre 1915 bejahte das *Appellationsgericht New York*³⁹ die Haftung eines Herstellers auch in einem Fall, in dem bei einem Unfall aufgrund fehlerhafter Bremsen allein das Fahrzeug zu Schaden kam. Entscheidend wurde dabei auf die Pflichtverletzung seitens des Herstellers, die sich in einem Unfall realisierte, abgehoben, die Art des Schadens sei demgegenüber nachrangig. In der Folgezeit wurde dieser Gedanke näher dahingehend präzisiert, daß ein Schaden an der Sache dann nach außervertraglichen Grundsätzen ersatzfähig ist, wenn gleichzeitig ein Personenschaden oder Schaden an anderem Eigentum eingetreten ist oder es auf Zufall beruhte, daß dieser ausblieb⁴⁰.

M. E. können diese Gedanken auch für das deutsche Recht fruchtbar gemacht werden. Die Verlagerung des Schwerpunkts vom eingetretenen Erfolg auf das inkriminierte Verhalten ist gerade der Kern deliktischer Verkehrspflichten. Eine allgemeine Verkehrspflicht ist aber immer nur dann verletzt, wenn von dem Mangel außer der Sache selbst Personen oder anderes Eigentum *bedroht* werden⁴¹. So war die Sachlage in den drei ersten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum weiterfressenden Mangel, dem Schwimmerschalter-Fall⁴², wo es zu einem Brand kam, dem Hinterreifen-⁴³ und dem Gaszug-Fall⁴⁴, wo es um Unfälle von Kraftfahrzeugen ging. Insofern kann diesen Entscheidungen im Ergebnis zugestimmt werden⁴⁵.

Anders aber war die Situation im Kompressor-Fall aus dem Jahre 1985⁴⁶. Durch ein fehlerhaft konstruiertes Ölabflußrohr eines Kompressors kam es zu Schäden am Dieselmotor, der daraufhin ausgetauscht werden mußte. Von vornherein bedrohte der Fehler ausschließlich das Produkt selbst. Die Pflicht, eine funktionstüchtige Maschine zu liefern, ist dem Hersteller aber allein aufgrund seines vertraglichen Versprechens auferlegt, sie ist keine Pflicht auch der Allgemeinheit gegenüber. Der Fall kann deshalb nicht anders behandelt werden, als wenn der Hersteller von vornherein einen Kompressor mit fehlerhaftem Dieselmotor geliefert hätte.

Entsprechendes muß für die Bauwerksfälle gelten. Stürzt das erbaute Haus aufgrund mangelnder Tragfähigkeit der Zwischendecken ein⁴⁷, liegt eine Verkehrspflichtverletzung und damit ein über § 823 Abs. 1 BGB ersatzfähiger Eigentumsschaden vor, gleichgültig, ob die Bauwerksteile, die sich unter den Decken befanden, bereits vor dem Einziehen der Decken in das Eigentum des Bestellers übergegangen waren oder nicht. Der bereits erwähnten Entscheidung des *OLG Stuttgart*⁴⁸ ist deshalb im Prinzip beizupflichten. Bröckelt hingegen lediglich der Putz von der Hauswand ab⁴⁹, so ist der Kern des Leistungsinteresses betroffen.

³⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Lang*, Fn. 1, S. 69 ff.

³⁹ *Quackenbush v. Ford Motor Co.*, 167 App. Div. 433, 153 N. Y. S.2d 131 (1915). Bemerkenswert ist, daß diese Entscheidung bereits ein Jahr, bevor das oberste Gericht des Staates New York in *McPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916) die Fahrlässigkeitshaftung des Herstellers für Personenschäden auch außerhalb einer Vertragsbeziehung anerkannte, erging.

⁴⁰ Vgl. dazu mit umfassenden Nachw. *Pennsylvania Glass Sand Corp. v. Caterpillar Tractor Co.*, 652 F. 2d 1165 (3d Cir. 1981); kritisch insgesamt *Prosser & Keeton on Torts* (5. Aufl. 1984), S. 709.

⁴¹ In diesem Sinne auch *Mertens VersR* 1980, 397 (406); *MünchKommB/Bertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 86; *Stoll JZ* 1983, 501 (503); *G. Hager AcP* 184 (1984), 413 (417); im Ergebnis wohl auch *Lang*, Fn. 1, S. 179 ff.

⁴² *BGH* vom 24. 11. 1976, *BGHZ* 67, 359 = *JZ* 1977, 343 mit Anmerkung *Lieb und Rengier* (Schwimmerschalter).

⁴³ *BGH* vom 5. 7. 1978, *NJW* 1978, 2241 (Hinterreifen).

⁴⁴ *BGH* vom 18. 1. 1983, *BGHZ* 86, 256 = *JZ* 1983, 499 mit Anmerkung *Stoll* (Gaszug).

⁴⁵ So auch *Stoll JZ* 1983, 501 (503); *G. Hager AcP* 184 (1984), 413 (417).

⁴⁶ *BGH* vom 14. 5. 1985, *NJW* 1985, 2420 (Kompressor); vgl. auch *LG Karlsruhe* vom 22. 7. 1987, *JZ* 1987, 828 (Luftkompressor).

⁴⁷ Vgl. *BGH* vom 14. 3. 1957, *VersR* 1957, 304 (Ortbeton).

⁴⁸ Vgl. oben Fn. 29.

2. Sachschützende Vertragsleistungen

Bei der zweiten Fallgruppe, den sachschützenden Vertragsleistungen, stellt sich gleichfalls die Frage, ob, wenn der Schaden am Eigentum des Abnehmers eintritt, den das Produkt oder Werk verhindern sollte, dem Abnehmer ein seinen eigenen Regeln folgender deliktischer Ersatzanspruch zustehen soll.

Der *BGH*⁵⁰ und ihm folgend die oberlandesgerichtliche Judikatur⁵¹ hält hier einen deliktischen Ersatzanspruch für möglich. Grundlegend waren insoweit die beiden *Apfelschorf-Entscheidungen* aus dem Jahre 1981⁵². Danach haftet der Hersteller für die Wirkungslosigkeit sachschützender Produkte, wenn „der Betroffene den Schadenseintritt auf anderem Weg hätte verhüten können und der Hersteller, weil er auf die Gebrauchstauglichkeit des Produktes vertraut hat, ihn davon abgehalten hat“⁵³.

M. E. kann dieser Rechtsprechung nicht gefolgt werden. Die Gebrauchstauglichkeit eines Produktes oder Werkes stellt das typische Vertragsinteresse dar⁵⁴. Dies zeigt sich schon daran, daß derselbe Schaden regelmäßig auch dann eintreten würde, wenn die sachschützende Vertragsleistung nicht fehlerhaft, sondern nur verspätet erbracht wird, hat nur der Gläubiger im Vertrauen auf die Rechtzeitigkeit der Erfüllung andere sachschützende Maßnahmen unterlassen. Kann es im Hinblick auf die Verletzung deliktischer Verkehrspflichten einen Unterschied machen, ob ein Parkplatzwächter nicht zum Dienst erscheint oder ob er nach Dienstbeginn sofort einschläft?

Die Gebrauchstauglichkeit der Vertragsleistung ist typischerweise abhängig von den Vereinbarungen zwischen den Parteien und sollte insbesondere auch einer vertraglichen Risikoordnung im Wege von Haftungsbegrenzungsklauseln zugänglich sein⁵⁵. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Hat ein Werkunternehmer einen Gefrierraum in ein Gebäude einzubauen, so werden Vertragsgestaltung und Gegenleistung nicht unbeeinflusst davon bleiben, welchen Zwecken die Anlage zu dienen bestimmt ist, ob sie einem Betrieb zur Herstellung von Speiseeis dienen soll oder einem Forschungslabor, dessen hochempfindliche Reagentien auf die exakte Einhaltung bestimmter Temperaturen angewiesen sind. Weist der Besteller den Unternehmer nicht darauf hin, welche besonderen, über das normalerweise Erwartbare hinausgehenden Schäden bei einem Nichtfunktionieren der Anlage zu besorgen sind, käme eine Anspruchskürzung nach § 254 Abs. 2 BGB in Betracht. Nicht anders aber kann der Fall beurteilt werden, wenn der Besteller nicht in direkter vertraglicher Beziehung zu dem Werkunternehmer steht, sondern es sich um einen Subunternehmer handelt⁵⁶. Dies muß selbst dann gelten, wenn die Anlage einen Konstruktionsfehler aufweist, der sie auch als zu normalen Gebrauchszwecken untauglich erscheinen läßt. In-

⁴⁹ Vgl. *BGH* vom 11. 1. 1978, *NJW* 1978, 1051 (Lotsand); vgl. auch *BGH* vom 11. 3. 1981, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. III, I. 184.

⁵⁰ Vgl. *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 186 = *JZ* 1981, 480 (Derosal); *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 199 (Benomy); *BGH* vom 18. 9. 1984, *NJW* 1985, 194 (Dachabdeckfolie); *BGH* vom 28. 10. 1986, *NJW* 1987, 1013. Vgl. aber *RG* vom 14. 5. 1909, *RGZ* 71, 173 (Kühlanlage); *BGH* vom 29. 11. 1972, *BGHZ* 60, 9 (Gewächshaus); *BGH* vom 13. 5. 1986, *BGHZ* 98, 45 = *JZ* 1986, 1070 (Ölwechsel), wo jeweils deliktische Ansprüche überhaupt nicht thematisiert werden.

⁵¹ Vgl. *OLG Hamburg* vom 15. 6. 1982, *VersR* 1983, 882 (Korrosionsschutzmittel).

⁵² Vgl. *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 186 = *JZ* 1981, 480 (Derosal); *BGH* vom 17. 3. 1981, *BGHZ* 80, 199 (Benomy).

⁵³ *BGHZ* 80, 186 (190).

⁵⁴ Kritisch auch *G. Hager AcP* 184 (1984), 413 (415); *ders.* *BB* 1987, 1748 (1749); ähnlich *Plum AcP* 181 (1981), 68 (121 f.) mittels der von ihm aufgestellten Abgrenzungskriterien „Akquisitions- und Integritätsbereich“.

⁵⁵ Vgl. auch *BGH* vom 29. 9. 1960, *BGHZ* 33, 216 (Wachschiffstation) zur Zulässigkeit von Haftungsbegrenzungsklauseln.

⁵⁶ Ähnlich auch *Schlechtriem*, in: 25 Jahre Karlsruher Forum (1983), S. 64 (66), der grundsätzlich für die Maßgeblichkeit des Subunternehmervertrages eintritt; ansatzweise auch im Rahmen der Verkehrspflichten differenzierend *BGH* vom 28. 10. 1986, *NJW* 1987, 1013 (1014).

soweit hat das bereits im 16. Jahrhundert von *Molinaeus* aufgestellte Beispiel⁵⁷, wer ein undichtes Bierfaß liefere, hafte nur für den Wert ausgelaufenen Bieres, aber nicht für den höheren Wert des wider Erwarten eingefüllten Weines, bis heute nichts von seiner Gültigkeit verloren.

Sachschützende Vertragsleistungen sind deshalb m. E. gänzlich aus dem Bereich deliktischer Verkehrspflichten herauszunehmen^{58,59}. Raum für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB bleibt nur, soweit nicht der Kern des besonderen vertraglichen Versprechens betroffen ist. Um nochmals das Gefrierraumbeispiel zu bemühen: Steigt die Raumtemperatur aufgrund eines Fehlers der Anlage und werden deshalb die Reagentien unbrauchbar, so ist allein das Werkvertragsrecht berufen. Kommt es hingegen aufgrund des Fehlers zu einem Brand, liegt eine Verletzung deliktischer Verkehrspflichten vor, die einen außervertraglichen Schadensersatzanspruch auch bezüglich der Reagentien rechtfertigt⁶⁰.

3. Bearbeitung, Verbindung und Vermischung

Die dritte Fallgruppe bilden jene Fälle, in denen es sich um Schäden an Sachen handelt, die bestimmungsgemäß mit der Vertragsleistung in Berührung kommen, ohne von dieser in ihrem Bestand geschützt zu werden.

Hierzu rechnet einmal der Werkvertrag in der vom historischen Gesetzgeber als Idealtypus angesehenen Form, der Ausführung eines Werkes an bestellereigenem Material. Durch fehlerhaften Einbau eines Achsaggregats entstehen Risse am Rahmen des Fahrzeugs⁶¹, beim Lackieren von Lichtrastern werden diese verformt⁶², durch einen Mangel der gelieferten Kreisförderanlage wird die ursprüngliche Anlage des Bestellers überbeansprucht und erleidet Schaden⁶³.

Auch die Fälle be- und verarbeitender Maschinen gehören zu dieser Fallgruppe. Für die Beurteilung im Hinblick auf die Verletzung deliktischer Verkehrspflichten kann es keinen Unterschied machen, ob beispielsweise der Schuldner selbst Holz in bestimmter Art und Weise zuschneiden soll oder ob er das dazu erforderliche Sägegatter liefert.

Schließlich sind die Fälle der Verbindung, Vermischung und sonstigen bestimmungsgemäßen engen Kontaktes hierher zu rechnen. Das fehlerhafte Bauwerk wird wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, der gelieferte verunreinigte Sand wird mit anderem Material zu unbrauchbarem Beton vermischt, mangelhafte Flaschenkorken verderben den Wein⁶⁴.

Die Rechtsprechung beurteilt die geschilderten Fälle in unterschiedlicher Weise.

Ist das Werk an bestellereigenem Material auszuführen, wie im Achsaggregat-⁶⁵ oder Lichtraster-Fall⁶⁶, oder kommt Sacheigentum in sonstiger Weise bestimmungsgemäß in enge Berührung mit der Vertragsleistung, wie im Flaschenkorken-Fall⁶⁷, so wurde bislang regelmäßig ein seinen eigenen Grundsätzen folgender deliktischer Ersatzanspruch bejaht.

Anders werden die Verbindungs- und Vermischungsfälle beurteilt. Die Rechtsprechung verneinte hier wiederholt eine Eigentumsverletzung mit dem Argument, mit der Vermischung entstehe originär neues, wenngleich mangelhaftes Eigentum⁶⁸. Auch in der Errichtung eines fehlerhaften Bauwerks wurde keine Eigentumsverletzung bezüglich des Grundstücks⁶⁹, im Aufbringen fehlerhaften Putzes keine Eigentumsverletzung bezüglich des Hauses gesehen⁷⁰. Diese Entscheidungen folgen im wesentlichen sachenrechtlichen Kriterien⁷¹, nur vereinzelt hat der *BGH* einer stärker funktionalen Betrachtungsweise zugeneigt⁷².

Für die Untergruppe der weiterverarbeitenden Maschinen liegen nur wenige obergerichtliche Entscheidungen vor: Während das *OLG Hamm*⁷³ im Falle eines Sägegatters, das Holzverschnitt produzierte, eine Eigentumsverletzung ablehnte, hielt das *OLG Karlsruhe*⁷⁴ eine deliktische Ersatzpflicht bei Lieferung einer defekten Milchkühlanlage, wenn diese die darin befindliche Milch zu Butter verrührt, grundsätzlich für möglich.

Will man auch in dieser Fallgruppe eine sachgerechte Abgrenzung zwischen bloßer Vertragsverletzung und deliktischer Verkehrspflichtverletzung vornehmen, so kann es m. E. auf eine Einordnung nach sachenrechtlichen Kriterien nicht ankommen. Es muß vielmehr hier entsprechend der Wertung zum Problem des weiterfressenden Mangels vorgegangen werden⁷⁵. Aus einer solchen Sichtweise ergeben sich folgende Konsequenzen:

In den Verbindungs-, Vermischungs- und sonstigen Kontaktfällen kommt es darauf an, ob infolge des zugefügten mangelhaften Materials eine Umweltgefahr geschaffen wird oder nicht. So wird man die Errichtung eines später einstürzenden Bauwerks sowohl als Eigentumsverletzung hinsichtlich des Bauwerks selbst als auch hinsichtlich des Grundstücks anzusehen haben. Umgekehrt liegt wiederum keine deliktische Verkehrspflichtverletzung in der Aufbringung mangelhaften Putzes oder in der Lieferung mangelhafter Korken, die zu einer Trübung des Weines führen.

Auch die klassischen Werkvertragsfälle können auf dieser Grundlage einer angemessenen Lösung zugeführt werden. Grundsätzlich sollte Ersatz für Schäden an bestellereigenem Material nur nach der vertraglichen Sonderordnung gewährt

⁵⁷ Vgl. *König*, in: *Kolloquium für von Caemmerer* (1973), S. 75 (77).

⁵⁸ Nur am Rande sei angemerkt, daß diese Sichtweise nicht ohne Auswirkungen auf die Haftung Dritter, die auf die sachschützende Vertragsleistung in schuldhafter Weise einwirken, bleiben kann. Wird ein angestellter Genetiker verletzt und gehen deshalb ausschließlich von ihm betreute Zellkulturen zugrunde, kann ein Lastkraftwagen aufgrund eines drittverschuldeten Unfalls die Alarmanlage nicht rechtzeitig ausliefern und wird in der nächsten Nacht das Warenlager geplündert, gehen die Kücken aufgrund eines drittverschuldeten Stromausfalls ein (vgl. *BGH* vom 4. 2. 1964, *BGHZ* 41, 123 = *JZ* 1964, 457), so hat der für den Unfall Verantwortliche mittelbar allein auf ein vertragliches Forderungsrecht eingewirkt. Dies aber ist vom Schutzzweck der von ihm verletzten Norm regelmäßig nicht erfaßt. Daß es sich – zufällig – um eine sachschützende Vertragsleistung handelt, kann an dieser Beurteilung nichts ändern. Auf die Parallelität dieser Fragen weist auch *G. Hager* BB 1987, 1748 (1749) hin. Vgl. im übrigen zum gegenwärtigen Streitstand zu diesem Problem *MünchKomm/Mertens*, BGB (2. Aufl. 1986), § 823 Rnr. 95 ff.

⁵⁹ Dadurch soll freilich nicht ausgeschlossen werden, daß im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB im Einzelfall einem Gesetz ein sachschützender Zweck beigemessen und so eine deliktische Einstandspflicht begründet wird, vgl. *BGH* vom 2. 12. 1986, *NJW* 1987, 1694 (1695) (Putenfutter) zu § 3 FuttermittelG.

⁶⁰ Vgl. auch *OLG Celle* vom 26. 2. 1981, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. III, II.103 (Unkrautbekämpfungsmittel): deliktische Eigentumsverletzung bei Schädigung von Nutzpflanzen.

⁶¹ *BGH* vom 4. 3. 1971, *BGHZ* 55, 392.

⁶² *BGH* vom 24. 3. 1977, *NJW* 1977, 1819 mit Anmerkung *Schlechtriem*.

⁶³ *BGH* vom 25. 5. 1979, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. III, I.159.

⁶⁴ Vgl. *BGH* vom 16. 9. 1987, *WM* 1987, 1299.

⁶⁵ Vgl. Fn. 61.

⁶⁶ Vgl. Fn. 62.

⁶⁷ Vgl. Fn. 64; etwas einschränkend *BGH* vom 7. 11. 1985, *BGHZ* 96, 221 (229 f.) = *JZ* 1986, 397 (399) mit Anmerkung *Stoll* (Spundwand): Auch der deliktische Anspruch sei davon abhängig, daß dem Werkunternehmer vorher Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden sei.

⁶⁸ Vgl. schon *RG* vom 27. 4. 1905, *JW* 1905, 367, Nr. 6 (Kalk).

⁶⁹ Vgl. *BGHZ* vom 30. 5. 1963, *BGHZ* 39, 366 (367) (Decken); *RG* vom 27. 4. 1905, vorige Fn.

⁷⁰ Vgl. *BGH* vom 11. 1. 1978, *NJW* 1978, 1051 (Lotsand).

⁷¹ Vgl. auch *BGH* vom 5. 5. 1981, *JZ* 1981, 589 (Asbestzementplatten), wo eine Eigentumsverletzung für möglich gehalten wurde, weil Regen aus den Platten Substanzen löste, die sich als weißliche Beläge an den Fenstern niederschlugen. Strikt sachenrechtlich will auch *Plum* AcP 181 (1981), 68 (105 ff.) vorgehen.

⁷² So im Kreisförderanlage-Fall, Fn. 63, wo der *BGH* davon ausging, daß mit der neuen Kreisförderanlage, in die die alte einbezogen werden sollte, eine einheitliche Gesamtanlage hergestellt werden sollte, so daß eine deliktische Eigentumsverletzung hinsichtlich der ursprünglichen Anlage ausscheide.

⁷³ *OLG Hamm* vom 12. 7. 1961, *VersR* 1962, 432 (Sägegatter).

⁷⁴ *OLG Karlsruhe* vom 30. 5. 1985, *VersR* 1986, 1125 (Milchkühlanlage).

⁷⁵ Insoweit ist dem *BGH* – vom 5. 7. 1978, *NJW* 1978, 2241 (2242) (Hinterreifen) – durchaus zuzustimmen, wenn er die Notwendigkeit des Gleichlaufs der Haftung des Herstellers einer Gesamtsache und der eines Lieferanten eines Einzelteils, das in eine Gesamtsache eingebaut wird, betont.

werden⁷⁶. Freilich können hier im Einzelfall Probleme auftreten, in welchem Umfang das Bestellereigentum in das typische Werkvertragsrisiko einbezogen ist. Insoweit kann jedoch m.E. auf die Rechtsprechung des *BGH* zur Abgrenzung zwischen werkvertraglicher Gewährleistung und positiver Forderungsverletzung zurückgegriffen werden. Die Formel, daß solche Schäden, die eng mit dem Werkmangel zusammenhängen, ausschließlich der werkvertraglichen Sonderordnung unterliegen, hat der *BGH* durch eine jahrzehntelange Typenbildung nach Tatbestandsgruppen inzwischen hinreichend präzisiert⁷⁷. Darüberhinaus kann auch die Rechtsprechung zur Auslegung der sogenannten Bearbeitungsklausel nach den Allgemeinen Haftpflichtbedingungen herangezogen werden⁷⁸.

Ein Schaden im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist jedoch auch bei engem Zusammenhang mit dem Werkmangel immer dann zu bejahen, wenn er sich als Realisierung einer Umweltgefahr darstellt. Beeinträchtigt das fehlerhaft eingebaute Achsaggregat die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs, so liegt m.E. eine Verkehrspflichtverletzung vor; werden hingegen beim Lackieren der Lichttraster diese verbogen, ist ausschließlich Werkvertragsrecht berufen⁷⁹. Entsprechendes gilt für die Gutachtenfälle. Stürzt aufgrund eines fehlerhaften geologischen Gutachtens das errichtete Haus ein, wäre eine Eigentumsverletzung zu bejahen, wo ein Weinlabor den Säuregehalt von Most falsch bestimmt und dadurch der Wein verdirbt⁸⁰, hingegen nicht.

Die Beurteilung der Fälle der be- und verarbeitenden Maschinen hat schließlich denselben Grundsätzen zu folgen. Kommt es zu Schäden an dem zu bearbeitenden Material, weil die Maschine die versprochene Leistung nicht erbringt – so im Sägegatter⁸¹ und im Milchkühlanlagen-Fall⁸² – entscheidet die Vertragsordnung über einen möglichen Ersatz. Bricht jedoch etwa aufgrund des Maschinendefektes ein Brand aus, so ist auch die Zerstörung des zu bearbeitenden Materials eine deliktische Eigentumsverletzung.

VI. Konsequenzen und Folgerungen

Die hier vorgestellte Lösung einer Eingrenzung deliktischer Verkehrspflichten muß sich nun allerdings fragen lassen, ob sie nicht zu einer starken Verkürzung des Haftpflichtrechts in bezug auf Sachschäden führt. Dabei bedürfen die Ansprüche gegen den unmittelbaren Vertragspartner und solche gegen am Vertrag nicht direkt Beteiligte gesonderter Betrachtung.

⁷⁶ Im Grundsatz ebenso noch *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung (1972), S. 319; einschränkend jedoch *ders.*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1591 (1668 f.).

⁷⁷ Vgl. aus neuerer Zeit *BGH* vom 13. 5. 1986, *BGHZ* 98, 45 = *JZ* 1986, 1070 (Ölwechsel); *BGH* vom 30. 6. 1983, *NJW* 1983, 2440 (Ladebordwand); vgl. im übrigen die Nachw. bei *MünchKomm/Soergel*, BGB (1980), § 635, Rnr. 36 ff.; *Palandt/Thomas*, BGB (46. Aufl. 1987), Vorbem. vor §§ 633 ff. Anm. 4e); *Jauernig/Schlechtriem*, BGB (4. Aufl. 1987), § 635 Anm. 4b); *Ehlen/Blatt*, Festschrift Korbion (1986), S. 69 ff. Eine Ausnahme ist allerdings bezüglich der Gutachtenfälle zu machen. Bekanntlich wendet der *BGH* §§ 635, 638 BGB zwar im Hinblick auf Gutachten an, die in Zusammenhang mit der Errichtung eines Bauwerkes stehen, vgl. *BGH* vom 9. 7. 1962, *BGHZ* 37, 341 (344) (Architekt); *BGH* vom 18. 9. 1967, *BGHZ* 48, 257 (261 f.) (Statiker); *BGH* vom 9. 3. 1972, *BGHZ* 58, 225 (228 f.) (Vermessungsingenieur); die Haftung wegen fehlerhafter sonstiger Gutachten soll sich jedoch nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung richten, vgl. *BGH* vom 5. 5. 1983, *BGHZ* 87, 239 (242) (tierärztlicher Untersuchungsbefund). Für die hier erforderliche Differenzierung sollten jedoch alle sich auf Sachgüter beziehenden Gutachten zunächst einmal nach der Vertragsordnung beurteilt werden.

⁷⁸ Vgl. etwa *BGH* vom 12. 7. 1962, *LM* Nr. 14 zu § 4 AHB; *BGH* vom 25. 3. 1970, *BB* 1970, 822; *BGH* vom 30. 6. 1971, *LM* Nr. 32 zu § 4 AHB; *BGH* vom 13. 6. 1973, *LM* Nr. 35 zu § 4 AHB.

⁷⁹ So wohl auch noch *Schlechtriem* *NJW* 1977, 1819 (1820); anders *ders.*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (1981), S. 1591 (1669).

⁸⁰ Vgl. *BGH* vom 21. 9. 1983, *MDR* 1984, 209.

⁸¹ Vgl. oben Fn. 73.

⁸² Vgl. oben Fn. 74.

⁸³ Vgl. *BGH* vom 2. 6. 1980, *BGHZ* 77, 215 (223); *Peters/Zimmermann*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 77 (187 ff.); *Heinrichs* *NJW* 1982, 2021 (2023).

1. Direkte Vertragsbeziehung

Der direkte Vertragspartner haftet, auch wenn man die deliktischen Verkehrspflichten einschränkt, bei schuldhafter Vertragsverletzung nach wie vor aus Vertrag auf Schadensersatz, sei es etwa nach § 635 BGB oder nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung.

Nun unterliegen freilich die vertraglichen Ansprüche häufig einer sehr kurzen Verjährungsfrist, wie beispielsweise in §§ 477, 638 BGB. Daß eine Verjährungsfrist von sechs Monaten beginnend mit Abschluß der Leistungshandlungen des Schuldners unangemessen kurz ist, kann mittlerweile als *communis opinio* gelten⁸³ und wird bei einem Blick auf die Verjährungsregelungen für Vertragsansprüche in ausländischen Rechtsordnungen⁸⁴ bestätigt. Eine Umgehung dieser kurzen Fristen dürfte denn auch unausgesprochen an der Wiege manch richterrechtlicher Ausdehnung außervertraglicher Einstandspflicht gestanden haben⁸⁵. Hier sollte jedoch an den Verjährungsvorschriften selbst angesetzt und für sie – was ja gerade auch ein wichtiges Anliegen der Schuldrechtsreform darstellt⁸⁶ – eine angemessene Neuregelung gefunden werden.

Wichtig erscheint vor allem, daß für die aus dem Deliktsrecht herausgenommenen Fallgruppen die Besonderheiten vertraglicher Haftung erhalten bleiben: Die Möglichkeit vertraglicher Risikoordnung im Wege von Freizeichnungsklauseln, die man dann einer – allerdings offenen und offen gelegten – Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG unterstellen kann; das Erfordernis handelsrechtlicher Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten; die Anknüpfung des Verjährungsbeginns an den Abschluß der vertragstypischen Leistungshandlungen; und nicht zuletzt die Anwendung internationalen Einheitsrechts auf grenzüberschreitende Warenkaufverträge.

2. Keine direkte Vertragsbeziehung

Im Hinblick auf die Haftung von am Vertrag nicht unmittelbar Beteiligten – dem Warenhersteller, dem Zulieferer oder etwa dem Subunternehmer – scheint die Eingrenzung deliktischer Verkehrspflichten gemessen am derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung zu einer fühlbaren Rechtsschutzlücke zu führen, würde doch beispielsweise der Hersteller des unwirksamen Pflanzenschutzmittels nicht deliktisch, der Verkäufer in der Regel mangels Verschuldens nicht aus Vertrag haften.

Die richtige Lösung liegt m.E. hier freilich in einer behutsamen Ausdehnung vertraglicher Haftung über die unmittelbar am Vertragsschluß Beteiligten hinaus. Ohne auf die Einzelheiten einer solchen vertragsrechtlichen Lösung eingehen zu können, sei hierzu nur folgendes angemerkt. Dogmatisch bieten sich zwei Lösungswege an: Ein dem Garantievertrag nachgebildetes Entstehenmüssen für Darbietung und Versprechen oder der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

Eine von direkter Vertragsbeziehung unabhängige Haftung für Versprechen kennt vor allem das us-amerikanische Recht. Obgleich die meisten Staaten etwa eine außervertragliche Haftung des Warenherstellers für bloße Vermögensschäden, wozu weite Bereiche der oben behandelten Fallgruppen gerechnet werden⁸⁷, ablehnen, lassen sie ihn – auch wenn Zwischen-

⁸⁴ Für England vgl. Sec. 5 Limitation Act 1980 i. d. F. 1986 (6 Jahre); für USA vgl. Sec. 2–725 UCC (4 Jahre); außerhalb des Anwendungsbereiches des UCC sehen einzelstaatliche Statutes of Limitations in der Regel für Vertragsansprüche Verjährungsfristen von 3 bis 6 Jahren vor.

⁸⁵ Bis auf den Gaszug-Fall, *BGH* vom 18. 1. 1983, *BGHZ* 86, 256 = *JZ* 1983, 499 mit Anmerkung *Stoll*, betrafen alle Urteile des *BGH* zum weiterfressenden Mangel – vgl. Fn. 1 – Fälle direkter Verkäufer-Käufer-Beziehung; vertragliche Ansprüche waren jeweils nach § 477 BGB verjährt.

⁸⁶ Vgl. nur *Heinrichs* *NJW* 1982, 2021 (2027), der sogar eine Abkoppelung der Reform des Verjährungsrechts von der Schuldrechtsreform zwecks Beschleunigung ersterer empfiehlt.

⁸⁷ Vgl. vor allem für Diebstahl- und Feueralarmanlagen Annotation, 37 A. L. R. 4th 47 ff. (1985); abgelehnt wird etwa auch die außervertragliche Haftung der Wasserwerke gegenüber Eigentümern von Häusern, wenn aufgrund

glieder in die Absatzkette eingeschaltet sind – gleichwohl unter Umständen vertraglich für diese Schäden wegen Fehlens einer express warranty nach dem Uniform Commercial Code entstehen⁸⁸. In Anlehnung hieran wird in jüngerer Zeit⁸⁹ wieder verstärkt auch in der deutschen Literatur⁹⁰ insbesondere für den Warenhersteller eine vertragsunabhängige Garantie- oder zusicherungsähnliche Haftung für Eigenschaftsangaben befürwortet. Bedenklich an diesem Lösungsweg stimmt vor allem die dogmatische Nähe zur Zusicherung. Es wäre zu befürchten, daß eine derartige Haftung entsprechend dem Gedanken des § 11 Nr. 11 AGBG als freizeichnungsfest angesehen werden würde; eine Lösung, die es m.E. gerade durch die Herausnahme dieser Fallgruppen aus dem Deliktsrecht zu verhindern gilt⁹¹.

Größere Flexibilität verspricht insoweit der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Nun hat zwar der *BGH* in der grundlegenden Hühnerpest-Entscheidung⁹² jede vertragsrechtliche Lösung für die Probleme der Produkthaftungspflicht verworfen. Gleichwohl erscheint dieser Weg für die hier problematisierten Fallgruppen als gangbar, und er wird auch neuerdings wieder teilweise in der deutschen Literatur vertreten⁹³.

Die Ablehnung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte in der Absatzkette ist berechtigt, wo es um den Kernbereich deliktischer Verkehrspflichtverletzungen geht. Hier ist regelmäßig ein unbestimmter Kreis von Personen in ihrer körperlichen Integrität oder ihrem Sacheigentum bedroht. Man würde die Haftung aufgrund Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ins Uferlose ausdehnen, würde man alle potentiell Geschädigten in den Schutzbereich einbeziehen. Insoweit erscheint die Eingrenzung bei echten Integritätsschäden erforderlich und wünschenswert.

Anders liegt es in den hier problematisierten Fallgruppen. Der Sache nach geht es um das Vertrauen auf ein gegebenes Versprechen. Insofern stehen diese Fälle den Gutachten- und Testatfällen⁹⁴ nahe, in denen der *BGH* den jeweiligen Anga-

ben drittschützende Wirkung beimißt. Nehmen wir den Fall der sachschützenden Vertragsleistung oder der verarbeitenden Maschine. Erstens kann sich das Risiko der fehlerhaften Vertragsleistung nur beim Abnehmer des fehlerhaften Produkts verwirklichen, die zu schützende Personengruppe ist damit objektiv abgrenzbar⁹⁵; und zweitens ist das Schadensrisiko für den Schuldner überschaubar und durch den Vertragsgegenstand vorgegeben⁹⁶. Insoweit erscheint es legitim, wenn man auf den Sinn des konkreten Vertrages – etwa zwischen dem Endhersteller einer Milchkühlanlage und seinem Zulieferer – abstellt, den Abnehmer der Anlage als eigentlichen Destinatär der Leistung bzw. Schutzpflicht⁹⁷ hinsichtlich seines Interesses in bezug auf die Milchbearbeitung in den Schutzbereich des Vertrages einzubeziehen.

Die Ergebnisse, zu denen man mittels des Vertrages mit Schutzwirkung für den Abnehmer gelangt, werden sich wohl häufig mit jenen decken, die die Rechtsprechung heute mit der Annahme deliktischer Verkehrspflichten erzielt. Der wesentliche Vorzug des hier vertretenen dogmatischen Lösungsansatzes ist jedoch, daß sich die Rechte des Abnehmers aus dem Vertrag, z.B. zwischen Haupt- und Subunternehmer, ableiten. Die Haftung knüpft unmittelbar an das Versprechen an und ist in ihrem Umfang davon abhängig.

VII. Zusammenfassung

Auf dem Gebiet des Sachgüterschutzes muß m.E. die Differenzierung zwischen deliktischer und vertraglicher Haftungsordnung im Sinne des Übergangs vom Erfolgs- zum Handlungsunrecht durch eine sachgerechte Eingrenzung deliktischer Verkehrspflichten vorgenommen werden⁹⁸. Eine außervertragliche Einstandspflicht kommt nur in Betracht, wenn der dem Ersatzpflichtigen zur Last gelegte Pflichtenverstoß gleichzeitig zur Gefährdung von Personen oder Sacheigentum, das nicht Gegenstand der Vertragsleistung im weiteren Sinne ist, führt. Alle übrigen Fälle sind nach der vertraglichen Sonderordnung, die behutsam auf nicht unmittelbar am Vertrag Beteiligte zu erweitern ist, zu beurteilen.

Wassermangels ein Brand nicht gelöscht werden kann, vgl. *Rabin*, in: *Furmston, The Law of Tort* (1986), S. 25 (35) m. w. Nachw.

⁸⁸ Grundlegend insoweit *Baxter v. Ford Motor Co.*, 168 Wash. 456, 12 P.2d 409 (1932); *Randy Knitwear, Inc. v. American Cyanamid Co.*, 11 N.Y.2d 5, 226 N.Y.S.2d 363, 181 N.E.2d 399 (1962); *Seely v. White Motor Co.*, 63 Cal.2d 1, 403 P.2d 145, 45 Cal.Rptr. 17 (1965).

⁸⁹ Erinnert sei hier auch an die in den 60er Jahren vielfach vertretenen quasivertraglichen Lösungen für die Probleme der Produkthaftungspflicht, die dann freilich durch die deliktsrechtliche Lösung etwas in Vergessenheit geraten sind, vgl. nur *W. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 1963, S. 8 ff.; *K. Müller* AcP 165 (1965), 285 (304 ff.); *Diederichsen*, Die Haftung des Warenherstellers (1967), S. 363 ff.; *Canaris* JZ 1968, 494 (502 f.).

⁹⁰ So vor allem *Königden*, Selbstbindung ohne Vertrag (1981), S. 349 ff.; vgl. auch *G. Hager* AcP 184 (1984), 413 (436); *ders.* BB 1987, 1748 (1751).

⁹¹ Das us-amerikanische Recht läßt bei Vorliegen einer express warranty zwar keinen generellen Haftungsausschluß (vgl. Sec. 2-316 UCC), wohl aber eine Haftungsbeschränkung nach 2-719 UCC zu, sofern dem Käufer jedenfalls ein minimum adequate remedy verbleibt.

⁹² *BGH* vom 26. 11. 1968, *BGHZ* 51, 97 = *JZ* 1969, 387 mit Anmerkung *Deutsch*.

⁹³ Vgl. *Canaris*, Festschrift *Larenz* II (1983), S. 27 (99 f.); für die Haftung des Subunternehmers vgl. *Schlechtriem*, in: 25 Jahre *Karlsruher Forum* (1983), S. 64 (65); etwas zweifelnd freilich nunmehr *Schlechtriem/Neufang* ZfBR 1987, 55 (59).

⁹⁴ Vgl. *BGH* vom 28. 4. 1982, NJW 1982, 2431 (Konsul I); *BGH* vom 23. 11. 1985, JZ 1985, 951 m. kritischer Anm. *H. Honsell* (Konsul II); *BGH* vom 2. 11. 1983, NJW 1984, 355; kritisch dazu *Littbarski* NJW 1984, 1667 ff.; *BGH* vom 19. 3. 1986, JZ 1986, 1111 mit Anmerkung *Ebke/Fechtrup*; *BGH* vom 26. 11. 1986, NJW 1987, 1758 mit Anmerkung *Hopt* NJW 1987, 1745; kritisch *Grunewald* AcP 187 (1987), 285 ff.

⁹⁵ Vgl. zu diesem Kriterium *BGH* vom 2. 11. 1983 und 26. 11. 1986, vorige Fn.; *Hopt*, Festschrift *Pleyer* (1986), S. 341 (359).

⁹⁶ Auf diesen Gesichtspunkt stellt vor allem *von Caemmerer*, Festschrift *Wieacker* (1978), S. 311 (324) = *Gesammelte Schriften* III (1983), S. 189 (202) ab.

⁹⁷ Vgl. *BGH* vom 26. 11. 1986, NJW 1987, 1758 (1759); vgl. auch schon *BGH* vom 28. 2. 1977, *BGHZ* 69, 82 (Lastschriftverfahren); *MünchKomm/Gottwald*, BGB (2. Aufl. 1985), § 328 Rnr. 69. Zu Recht weist m.E. *Canaris*, Festschrift *Larenz* II (1983), S. 27 (99) darauf hin, daß es in dieser (neuen) Fallgruppe des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte darum gehe, das Leerlaufen von Pflichten bzw. den Wegfall von Schutzansprüchen durch wirtschaftsorganisatorische Zufälligkeiten und dgl. zu verhindern.

⁹⁸ Im Kern entspricht dies dem „public law view“ des Haftungsrechts, wie er in den USA zunehmend vertreten wird, daß nämlich Haftungsrecht der Verhaltenssteuerung zu dienen hat mit dem Ziel, ein Regulierungssystem für Sicherheit zu schaffen.

Professor Dr. Bernhard Großfeld und Mitarbeiter stud. iur. Ulrich Irriger

Intertemporales Unternehmensrecht

A. Einleitung

Manches Unternehmen ist älter als das Bürgerliche Gesetzbuch, das Aktien-, GmbH- oder Genossenschaftsgesetz¹. Da-

mit fragt sich, welche Vorschriften für die Rechtsverhältnisse maßgebend sind, die unter dem früheren Recht entstanden sind, und welche Rechtswirkungen sie unter dem neuen Recht erzeugen. Die Antwort gibt das Intertemporale Recht. Es

¹ Zum intertemporalen Recht von bergbautreibenden Gesellschaften vgl.:

Großfeld, Die Rechtsnatur des Erbsälzer-Collegiums Werl – Eine Studie zum intertemporalen Unternehmensrecht, ZfB 1987, erscheint demnächst.