

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 136

Regreßfiguren im Zivilrecht

**Eine Rückbesinnung auf
die Gesamtschuld unter Neubewertung
des Zessionsregresses gemäß § 255 BGB
und der Drittschadensliquidation**

Von

Jürgen Stamm



Duncker & Humblot · Berlin

JÜRGEN STAMM

Regreßfiguren im Zivilrecht

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Jürgen Welp

Band 136

Regreßfiguren im Zivilrecht

Eine Rückbesinnung auf
die Gesamtschuld unter Neubewertung
des Zessionsregresses gemäß § 255 BGB
und der Drittschadensliquidation

Von

Jürgen Stamm



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Stamm, Jürgen:

Regreßfiguren im Zivilrecht : Eine Rückbesinnung auf die Gesamtschuld unter Neubewertung des Zessionsregresses gemäß § 255 BGB und der Drittschadensliquidation / von Jürgen Stamm. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 136)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10223-1

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-10223-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1999/2000 von der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster als Dissertation angenommen. Sie wurde von meinem langjährigen Mentor, Herrn Prof. Dr. Berthold Kupisch, betreut. Ihm gebührt mein besonderer Dank für die Freiräume, die er mir stets eingeräumt hat, und für seine wertvollen Ratschläge, mit denen er mir bei der Abfassung der Abhandlung zur Seite gestanden hat.

Mein Dank gilt ebenso dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Helmut Kollhosser, auf dessen Empfehlung die Arbeit in die Münsterischen Beiträge zur Rechtswissenschaft aufgenommen worden ist.

Die Untersuchung wurde mit dem Harry-Westermann-Preis für das Jahr 2000 ausgezeichnet. Auch dafür möchte ich mich an dieser Stelle herzlich bedanken.

Dank schulde ich schließlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Herne, im September 2000

Jürgen Stamm

Inhaltsübersicht

Einleitung

§ 1 Vorbemerkungen	25
--------------------------	----

Erster Teil

Rechtsfiguren für den Regreß	29
-------------------------------------	----

Erstes Kapitel

Die Gesamtschuld und der Zessionsregreß analog § 255	29
-------------------------------------------------------------	----

§ 2 Einleitende Bemerkungen zum Regelungsgehalt von Gesamtschuld und Zessionsregreß gemäß § 255	29
§ 3 Der Zessionsregreß analog § 255 bei gestufter Haftung	33
§ 4 Rückbesinnung auf die Gesamtschuld	54
§ 5 Vermittelnde Meinungen zwischen Zessionsregreß und Gesamtschuld ...	64
§ 6 Rechtsprechung	66
§ 7 Eigenes Lösungsmodell im Anschluß an <i>Münchbach</i>	68
§ 8 Überlegungen zur Entstehungsgeschichte des Zessionsregresses und Folgerungen de lege ferenda	84

Zweites Kapitel

Die GoA als Regreßfigur	95
--------------------------------	----

§ 9 Einleitung	95
§ 10 Die sogenannten „auch fremden Geschäfte“ in Rechtsprechung und Literatur	95
§ 11 Praktische Konsequenzen aus der Anwendung der GoA als Regreßfigur .	104
§ 12 Eigenes Verständnis der GoA	108

Drittes Kapitel

Die sogenannte Rückgriffskondiktion	109
--------------------------------------------	-----

§ 13 Die Rückgriffskondiktion als Regreßinstitut	109
§ 14 Ergebnis zu den verschiedenen Regreßfiguren	114

*Zweiter Teil***Regreßregelungen im Baurecht unter besonderer Berücksichtigung
der Drittschadensliquidation** 115

§ 15 Einführung 115

Erstes Kapitel

Notwendigkeit von Regreßregelungen 119§ 16 Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur im Vorfeld einer
Regreßregelung 119

§ 17 Exkurs zur Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung des Bestellers 130

§ 18 Eigene Lösung im Anschluß an *Kraus*: Vorrang der §§ 642 ff. vor einer
Regreßregelung 142

Zweites Kapitel

Anwendungsbereich der Gesamtschuld 150§ 19 Typische Fallkonstellationen und ihre Lösung im Lichte der im ersten
Teil entwickelten Gesamtschuldskonzeption 150

§ 20 Abweichende Lösungen in Rechtsprechung und Literatur 154

Drittes Kapitel

**Der verbleibende Anwendungsbereich für die GoA
und die sogenannte Rückgriffskondition** 163

§ 21 Das Zusammenspiel von berechtigter und unberechtigter GoA 164

§ 22 Die sogenannte Rückgriffskondition und die Problematik der nachträglichen
Fremdtilgungsbestimmung 167

Viertes Kapitel

Fälle der Drittschädigung infolge obligatorischer Gefahrentlastung 172

§ 23 Vorbemerkung 172

§ 24 Lösungen, die einen Ausgleich zwischen dem geschädigten Zweitunter-
nehmer und seinem Vertragspartner, dem Bauherrn, suchen 175§ 25 Lösungswege, die eine Schadensabwicklung zwischen dem geschädigten
Zweitunternehmer und dem Erstunternehmer herbeiführen 183

§ 26 Die Lehre vom normativen Schaden im Detail 197

§ 27 Die Lehre von der Drittschadensliquidation 213

§ 28 Entwicklung eines eigenen Lösungsweges 227

§ 29 Vorteile eines originären deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs des geschädigten Dritten analog § 844 Abs. 1 im Vergleich mit den bisherigen Lösungen	239
§ 30 Neue Ansätze zur Kritik an der hier entwickelten Lösung	249
§ 31 Exkurs: Überlegungen de lege ferenda	252

Fünftes Kapitel

Grenzfälle im Spektrum zwischen vertraglichem Schadensausgleich, deliktsrechtlichem Drittschadensersatz und Regreß 261

§ 32 Eingruppierung der Fallkonstellation in Abhängigkeit von der Frage nach der Eigenschaft des Zweitunternehmers als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn	262
§ 33 Die Auswahl der adäquaten Ausgleichsregelung im Vorfeld einer Regreßlösung	265

Sechstes Kapitel

Schlußbetrachtungen zum Regreß des Bauunternehmers 276

§ 34 Allgemeines Lösungsschema zur Bewältigung von Regreßsituationen ...	276
§ 35 Besonderheiten bei Verträgen, denen die VOB/B zugrunde liegt	281
§ 36 Resümee	287

Dritter Teil

Die Drittschadensliquidation außerhalb des Werkvertragsrechts 289

§ 37 Obligatorische Gefahrentlastung im Kaufrecht	289
§ 38 Fälle der mittelbaren Stellvertretung	309
§ 39 Obhutsfälle	318
§ 40 Abschließende Stellungnahme zu der Lösung von <i>Junker</i>	324
§ 41 Ergebnis zum dritten Teil	331

Schluß 333

§ 42 Folgerungen für das allgemeine Regreßrecht	333
§ 43 Gesamtergebnis	337

Literaturverzeichnis	338
-----------------------------	-----

Gesetzesmaterialien	349
----------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	350
----------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

	Einleitung	25
§ 1	Vorbemerkungen	25
	I. Problemstellung	25
	II. Zielsetzung	26
	III. Gang der Darstellung	26
	<i>Erster Teil</i>	
	Rechtsfiguren für den Regreß	29
	Erstes Kapitel	
	Die Gesamtschuld und der Zessionsregreß analog § 255	29
§ 2	Einleitende Bemerkungen zum Regelungsgehalt von Gesamtschuld und Zessionsregreß gemäß § 255	29
	I. Die Gesamtschuld	29
	II. Der Zessionsregreß gemäß § 255	30
	1. Primäre Regelung des § 255: Erleichterung der Schadensberechnung bei Verlust einer Sache	31
	2. Sekundäre Regelung des § 255: Ausgleich für die erhöhte Schadensersatzhaftung des Schuldners	32
§ 3	Der Zessionsregreß analog § 255 bei gestufter Haftung	33
	I. Dogmatische Überlegungen zur analogen Anwendung des § 255	34
	1. Direkte Anwendung des § 255	34
	2. Analoge Anwendung des § 255 im Blickfeld der Gesamtschuld	35
	3. Rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder gesetzliche Anordnung als Voraussetzung der Gesamtschuld	36
	4. Das Kriterium der Erfüllungsgemeinschaft als Wesensmerkmal der Gesamtschuld	37
	5. Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen der Gesamtschuld	38
	6. Teleologische Reduktion des § 421 S. 1 durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Gleichstufigkeit“	38
	a) Herkunft des Kriteriums der „Gleichstufigkeit“	39
	b) Vereinbarkeit des Kriteriums der „Gleichstufigkeit“ mit dem Gesetz	41

c) Abweichende Interessenlage bezüglich der §§ 422 ff.	43
d) Ergebnis zu der teleologischen Reduktion des § 421 S. 1	44
7. Vergleichbare Interessenlage für die analoge Anwendung des § 255	44
8. Ergebnis der dogmatischen Überlegungen	46
II. Das Konzept des Zessionsregresses analog § 255 in der Praxis	46
1. Praktikabilität der Abgrenzungsformel	46
2. Ausgestaltung des Zessionsregresses im Vergleich mit der Gesamtschuld	47
a) Freistellungsanspruch aus § 426 Abs. 1 vor Befriedigung des Gläubigers	48
b) Dynamische Regreßregelung des § 426 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 gegenüber starrem Zessionsregreß	49
c) Gesetzlicher Forderungsübergang gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 im Vergleich mit dem Abtretungserfordernis des § 255	50
d) Schutz des ausgleichspflichtigen Schuldners durch Erhalt seiner Einreden gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 412, 404	51
e) Schutz des ausgleichsberechtigten Schuldners durch Übergang der Nebenrechte gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 412, 401	52
f) Vorrang des Gläubigers gegenüber dem ausgleichsberechtigten Schuldner gemäß § 426 Abs. 2 S. 2	52
III. Ergebnis zum Zessionsregreß analog § 255	53
§ 4 Rückbesinnung auf die Gesamtschuld	54
I. <i>Ehmanns</i> Versuch einer Typologie der Gesamtschuld	54
II. <i>Münchbachs</i> Ausgleichsregelung des § 255 als aliud gegenüber der Gesamtschuld	56
1. Verständnis <i>Münchbachs</i> vom Inhalt des § 255	57
a) Wertung aufgrund der erhöhten Schadensersatzhaftung des Schuldners im Außenverhältnis	58
b) Wertung aufgrund eines Schuldverhältnisses zwischen Schuldner und Drittem im Innenverhältnis	58
c) Ergebnis zum Inhalt des § 255	59
2. <i>Münchbachs</i> Formel zur Abgrenzung des § 255 von der Gesamtschuld	59
a) Zirkelschluß von der Abgrenzungsformel auf den Regelungsgehalt des § 255 und der Gesamtschuld	60
b) § 426 als Ausgleichs- und Regreßregelung	60
c) § 255 kein aliud, sondern <i>lex specialis</i>	61
3. Ergebnis zu der Auffassung <i>Münchbachs</i>	63
§ 5 Vermittelnde Meinungen zwischen Zessionsregreß und Gesamtschuld ...	64
I. Zessionsregreß bei Besitzverlust sowie nachträglicher Sachzerstörung und Sachbeschädigung	64

II.	Zessionsregreß bei Besitz- und Eigentumsverlust	65
III.	Ergebnis zu den vermittelnden Meinungen	66
§ 6	Rechtsprechung	66
§ 7	Eigenes Lösungsmodell im Anschluß an <i>Münchbach</i>	68
I.	Regelungsgehalt der Gesamtschuld	68
1.	Voraussetzungen des § 421 S. 1	68
2.	Rechtsfolge der Gesamtschuld: Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 426 Abs. 1 und § 426 Abs. 2	69
II.	Regelungsgehalt des § 255	71
III.	Abgrenzung der Gesamtschuld vom Zessionsregreß	72
1.	Ausgangsfall: L wird die Sache von D gestohlen	72
a)	Gesamtschuldlösung	73
b)	Lösung im Wege des Zessionsregresses	74
aa)	Abtretungserfordernis	74
bb)	Einseitige Ausgleichsregelung	75
2.	Erste Abwandlung: Die Sache wird von D zerstört	76
a)	Wortlaut und Systematik des § 255	76
b)	Teleologische und historische Auslegung	77
3.	Zweite Abwandlung: Die Sache wird von D beschädigt	78
4.	Dritte Abwandlung: D veräußert die Sache mit Genehmigung des E an X	80
5.	Vierte Abwandlung: D veräußert die Sache ohne Genehmigung des E an X	81
a)	X gibt die Sache an E zurück	81
b)	D leistet an E Schadensersatz	81
c)	L leistet an E Schadensersatz	82
IV.	Ergebnis der eigenen Lösung	83
§ 8	Überlegungen zur Entstehungsgeschichte des Zessionsregresses und Folgerungen de lege ferenda	84
I.	Berechnung des Schadensersatzes bei Besitzverlust	84
1.	Motive des Gesetzgebers: Sinn und Zweck der Schadensersatzregelung	84
2.	Wortlaut und Systematik	84
3.	Ergebnis zur Schadensersatzregelung des § 255	85
II.	Zessionsregreß	85
1.	Die Beweggründe des Gesetzgebers für die Zessionsregelung	85
a)	Vermeidung einer Eigentümergemeinschaft	86
b)	Berücksichtigung des Traditionsprinzips im Sinne der §§ 929 ff.	86
aa)	Erster Entwurf und Motive	87
bb)	Zweiter Entwurf und Protokolle	88
cc)	Harmonisierung des ersten und des zweiten Entwurfs	88

c) Ergebnis zu den Motiven des Gesetzgebers zum Zessionsre- greß	90
2. Wortlaut des § 255	91
a) Erste Formulierungsschwäche: „Ansprüche aus dem Eigen- tum“	91
b) Zweite Formulierungsschwäche: „nur gegen Abtretung“	92
3. Systematische Folgerungen aus dem Zusammenspiel des § 255 mit § 426 und § 985	92
III. Ergebnis	94

Zweites Kapitel

Die GoA als Regreßfigur 95

§ 9 Einleitung	95
§ 10 Die sogenannten „auch fremden Geschäfte“ in Rechtsprechung und Lite- ratur	95
I. Anwendbarkeit der GoA bei „auch fremden Geschäften“	96
1. Argumente im Widerstreit zwischen Befürwortern und Gegnern der „auch fremden Geschäfte“	97
2. Erweiterung des Blickwinkels auf die Regelungen über die Gesamtschuld	97
II. Die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens	99
III. Das Interesse und der Wille des Geschäftsführers an der Übernahme des Geschäftes durch den Geschäftsherrn	101
IV. Der Aufwendungsersatzanspruch als Regreßanspruch	102
V. Ergebnis	104
§ 11 Praktische Konsequenzen aus der Anwendung der GoA als Regreßfigur .	104
I. Praktikabilität der Abgrenzungsformel zur Gesamtschuld	104
II. Ausgestaltung der GoA im Vergleich mit der Gesamtschuld	105
1. Freistellungsanspruch vor Befriedigung des Gläubigers	105
2. Flexible Regreßregelung	106
3. Gesetzlicher Forderungsübergang	106
4. Erhalt der Einreden	106
5. Erhalt der Nebenrechte	107
6. Vorrang des Gläubigers	107
III. Ergebnis	107
§ 12 Eigenes Verständnis der GoA	108
I. Funktion und Wesen der GoA	108
II. Abgrenzung der GoA von der Gesamtschuld und dem Zessionsre- greß gemäß § 255	108

Inhaltsverzeichnis	15
Drittes Kapitel	
Die sogenannte Rückgriffskondiktion	
§ 13 Die Rückgriffskondiktion als Regreßinstitut	109
I. Dogmatische Begründung	110
II. Praktikabilität der in der Literatur vorgenommenen Abgrenzung zwischen Gesamtschuld und Rückgriffskondiktion	111
III. Ausgestaltung der Rückgriffskondiktion im Vergleich mit der Gesamtschuld	111
IV. Ergebnis zu der Bewertung der Rückgriffskondiktion als Regreß- figur	112
V. Eigenes Verständnis von der sogenannten Rückgriffskondiktion ...	113
§ 14 Ergebnis zu den verschiedenen Regreßfiguren	114
<i>Zweiter Teil</i>	
Regreßregelungen im Baurecht unter besonderer Berücksichtigung der Drittschadensliquidation	
§ 15 Einführung	115
Erstes Kapitel	
Notwendigkeit von Regreßregelungen	
§ 16 Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur im Vorfeld einer Regreßregelung	119
I. Die Entscheidung des BGH vom 27. Juni 1985 – Az.: VII ZR 23/84: Versagung jeglichen Ausgleichs	119
1. Vorbemerkung zu den notwendigen Weichenstellungen im Vor- feld einer Regreßregelung	120
2. Die beiden grundlegenden Prämissen des BGH	121
3. Vorunternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Verhält- nis zum Nachunternehmer	121
II. Lösungswege in der Literatur auf der Entscheidungsgrundlage des BGH	122
III. Kritische Stimmen gegenüber der Weichenstellung des BGH	124
1. Konzentration der Problematik um die Eigenschaft des Vorunter- nehmers als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn auf die Fälle der Bauverzögerung	124
2. Entschädigungsanspruch des Zweitunternehmers gegen den Bau- herrn aus § 642	125
IV. Stellungnahme zu den Lösungswegen in Rechtsprechung und Litera- tur	125

1. Erste Prämisse des BGH: Anknüpfung an eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn zur mangelfreien Erstellung der Vorarbeiten	126
2. Zweite Prämisse des BGH: Annahme einer Mitwirkungspflicht anstelle einer Mitwirkungsobliegenheit des Bauherrn	127
3. Die Lösung von <i>Hochstein</i>	127
4. Die Lösung von <i>Kraus</i>	128
V. Ergebnis	129
§ 17 Exkurs zur Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung des Bestellers	130
I. Bedeutung der Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung	130
1. Aufwendungsersatzanspruch aus § 304	131
2. Entschädigungsanspruch aus § 642	131
3. Teilvergütungsanspruch aus § 645 Abs. 1 S. 2	132
4. Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. 1: Mitwirkungspflicht oder Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers?	132
II. Die Rechtsansicht des BGH bis zu seiner Entscheidung vom 27. Juni 1985	133
III. Literaturmeinungen	135
1. Mitwirkungshandlung des Bestellers als Obliegenheit	135
2. Einstufung der Mitwirkungshandlung als Pflicht	136
3. Vermittelnde Meinungen	136
4. Meinungen, die eine Stellungnahme zur Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung des Bestellers für entbehrlich halten	137
IV. Entbehrlichkeit einer Stellungnahme?	137
V. Stellungnahme zu den drei übrigen Meinungen	139
1. Wortlaut und Systematik der §§ 642 ff.	139
2. Sinn und Zweck der §§ 642 ff. unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Motive	139
VI. Ergebnis	142
§ 18 Eigene Lösung im Anschluß an <i>Kraus</i> : Vorrang der §§ 642 ff. vor einer Regreßregelung	142
I. Gegenansprüche des geschädigten Nachunternehmers gegen den Bauherrn, die eine Lösung im Dreiecksverhältnis ermöglichen	142
II. Ansprüche des Nachunternehmers gegen den Vorunternehmer	145
III. Das Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 642 ff. und der Drittschadensliquidation	147
IV. Ergebnis	149

Zweites Kapitel

Anwendungsbereich der Gesamtschuld 150

§ 19 Typische Fallkonstellationen und ihre Lösung im Lichte der im ersten Teil entwickelten Gesamtschuldskonzeption 150

I. Die Lücken der vertraglichen und deliktsrechtlichen Ausgleichsregelungen 150

II. Ergänzung der Ausgleichsmechanismen im Dreiecksverhältnis durch die Regreßregelungen der Gesamtschuld 151

§ 20 Abweichende Lösungen in Rechtsprechung und Literatur 154

I. Die Entscheidungen des OLG Hamm vom 9. November 1990 – Az.: 26 U 23/90, vom 10. Januar 1992 – Az.: 26 U 82/91 und vom 30. März 1995 – Az.: 17 U 205/93 155

1. Ablehnung der Gesamtschuld 155

2. Berechtigte GoA 157

3. Unberechtigte GoA gemäß den §§ 684, 812 158

4. Ablehnung der Drittschadensliquidation 159

II. Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. vom 26. Januar 1988 – Az.: 7 U 284/86 und die Entscheidung des OLG München vom 3. Juli 1987 – Az.: 14 U 840/86: Versagung jeglichen Ausgleichs .. 160

III. Lösung im Wege des Zessionsregresses analog § 255 162

IV. Ergebnis 163

Drittes Kapitel

Der verbleibende Anwendungsbereich für die GoA und die sogenannte Rückgriffskondition 163

§ 21 Das Zusammenspiel von berechtigter und unberechtigter GoA 164

I. Funktion der berechtigten GoA 164

II. Verhältnis der berechtigten GoA zum Vertragsrecht 165

III. Die unberechtigte GoA als notwendiges Pendant zur berechtigten GoA entsprechend dem Verhältnis von Bereicherungs- und Vertragsrecht 166

§ 22 Die sogenannte Rückgriffskondition und die Problematik der nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung 167

I. Abwicklung im Dreiecksverhältnis nach Maßgabe der zugrunde liegenden Verträge 167

II. Regreßansprüche im Wege der sogenannten Rückgriffskondition? . 168

III. Der Weg von der nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung über den einhergehenden Fremdgeschäftsführungswillen zur GoA 170

IV. Ergebnis 171

Viertes Kapitel

Fälle der Drittschädigung infolge obligatorischer Gefahrentlastung	172
§ 23 Vorbemerkung	172
§ 24 Lösungen, die einen Ausgleich zwischen dem geschädigten Zweitunternehmer und seinem Vertragspartner, dem Bauherrn, suchen	175
I. Die Entscheidung des OLG Köln vom 15. April 1975 – Az.: 15 U 156/74: Vergütungsanspruch des geschädigten Zweitunternehmers analog § 645	176
1. Tragweite der Entscheidung	176
2. Extensive Anwendung des § 645	177
a) Erste Analogie: Anwendung des § 645 auf sonstige Fälle, bei denen die Leistungsstörung auf ein willentliches Verhalten des Bestellers zurückzuführen ist	177
b) Zweite Analogie: Anwendung des § 645 auf Fälle der Drittverantwortung	178
aa) Planwidrige Regelungslücke des Gesetzes	179
bb) Vergleichbare Interessenlage	180
II. Die Entscheidung des BGH vom 6. November 1980 – Az.: VII ZR 47/80	181
III. Ergebnis	182
§ 25 Lösungswege, die eine Schadensabwicklung zwischen dem geschädigten Zweitunternehmer und dem Erstunternehmer herbeiführen	183
I. Ansprüche des geschädigten Zweitunternehmers gegen den Erstunternehmer aus eigenem Recht	183
1. Die Entscheidung des BGH vom 9. April 1984 – Az.: II ZR 234/83: Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 wegen einer Besitzverletzung	185
a) Umfang des Besitzschutzes	185
b) Besitzschutz zwischen Mitbesitzern	186
c) Rechtsfolge: Ersatz des sogenannten Haftungsschadens	187
2. Die Rechtsfigur der „Vertretung im Vertrauen (V. i. V.)“	189
3. Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 wegen einer Verletzung des „wirtschaftlichen Eigentums“	190
4. Ergebnis zu den Lösungen, die dem geschädigten Zweitunternehmer eigene Rechte gegen den Erstunternehmer zusprechen	191
II. Lösungen, die dem Zweitunternehmer ein Vorgehen aus abgetretenem Recht des Bauherrn ermöglichen	191
1. Lehre vom normativen Schaden	192
2. Drittschadensliquidation	193
3. Die Entscheidung des BGH vom 30. September 1969 – Az.: VI ZR 254/67: Spagat zwischen der Drittschadensliquidation und der Lehre vom normativen Schaden	195
III. Ergebnis zu den Lösungswegen in Rechtsprechung und Literatur	196

§ 26 Die Lehre vom normativen Schaden im Detail	197
I. Methodischer Lösungsansatz	197
II. Problematik der Folgeschäden	199
III. Abtretungserfordernis analog § 281	201
1. Analoge Anwendung des § 281 in den Fällen der Sachmängelhaftung	202
2. Analoge Anwendung des § 281 auf das umgekehrte Rollenverhältnis von Abtretungsberechtigtem und Abtretungsverpflichtetem	202
a) Planwidrige Regelungslücke des Gesetzes: Die Zessionsregelung des § 281 im Blickfeld der Gesamtschuld und des Zessionsregresses gemäß § 255	203
b) Schutzzweck des § 281	206
c) Vergleichbarer Schutzzweck zugunsten des Bauherrn als Abtretungsverpflichtetem	207
d) Vergleichbarer Schutzzweck zugunsten des Zweitunternehmers als Abtretungsberechtigtem	209
3. Ergebnis zu den Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 281	209
IV. Einschränkung der Differenzhypothese	210
V. Ergebnis zu der Kritik an der Lehre vom normativen Schaden	212
§ 27 Die Lehre von der Drittschadensliquidation	213
I. Methodischer Lösungsansatz	213
II. Sachgerechte Abwicklung von Folgeschäden	213
III. Drittschadensersatz und Übertragungsmechanismus analog § 281	214
1. Vorstellungen des Gesetzgebers zum Drittschadensersatz	216
2. Rechtsfortbildung im Sinne der Drittschadensliquidation: Voraussetzungen und Rechtsfolge	217
3. Erstreckung der Drittschadensliquidation auf vertragliche Anspruchsgrundlagen trotz fehlenden Vertragsbandes zwischen dem Dritten und dem Schuldner	217
4. Übertragungsmechanismus analog § 281	220
5. Ergebnis zum Drittschadensersatz	220
IV. Berücksichtigung der Differenzhypothese	221
V. Zwischenergebnis	221
VI. Unberechtigte Einreden des Schuldners gemäß § 404	221
VII. Wertungswiderspruch zu dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	223
VIII. Umgehung des Deliktsrechts	225
IX. Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse	226
X. Ergebnis zu der Kritik an der Drittschadensliquidation	227
§ 28 Entwicklung eines eigenen Lösungsweges	227
I. Methodischer Lösungsansatz	228

II.	Ermittlung der eigentlichen Ursache für die Probleme in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Werkvertragsrecht	228
III.	Rechtsfortbildung im Sinne des zuvor entwickelten Lösungsansatzes: Möglichkeit einer teleologischen Reduktion der §§ 946 ff., 93 ff.?	230
IV.	Alternative Lösungswege	231
	1. Weiterentwicklung der Lehre vom normativen Schaden aufgrund der im ersten Teil entwickelten Gesamtschuldkonzeption	232
	2. Reform des Drittschadensersatzrechtes durch Anknüpfung an die geltenden Bestimmungen zum Drittschadensersatz in Form der §§ 844, 845	232
	a) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 844 Abs. 1 in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung ...	233
	b) Rechtsfolge bei der Berechtigung zum Drittschadensersatz ..	236
	3. Beschränkung der Berechtigung zur Drittschadensliquidation auf deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen und Überleitung gemäß § 426 Abs. 2 S. 1	237
V.	Ergebnis	239
§ 29	Vorteile eines originären deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs des geschädigten Dritten analog §§ 823 Abs. 1, 844 Abs. 1 im Vergleich mit den bisherigen Lösungen	239
	I. Methodischer Lösungsansatz	239
	II. Ersatz für Folgeschäden	240
	III. Originärer Schadensersatzanspruch	241
	IV. Versagung vertraglicher Schadensersatzansprüche	243
	V. Berücksichtigung der Differenzhypothese	244
	VI. Vermeidung unberechtigter vertraglicher Einreden	245
	VII. Klares Abgrenzungsmodell des vertraglichen Drittschutzes vom deliktsrechtlichen Drittschadensersatz	246
	VIII. Ergebnis	248
§ 30	Neue Ansätze zur Kritik an der hier entwickelten Lösung	249
	I. Drittschadensregulierung durch den Dritten anstelle einer Drittschadensliquidation durch den Gläubiger	249
	II. Unliebsame Gläubigermehrheiten	249
	III. Durchbrechung des deliktsrechtlichen Enumerativprinzips	250
	IV. Neue Willkür der Ergebnisse	250
	V. Haftungserweiterung zu Lasten des Erstunternehmers	251
	VI. Ergebnis	252
§ 31	Exkurs: Überlegungen de lege ferenda	252
	I. Anknüpfung an die Überlegungen der Schuldrechtskommission ...	252
	II. Ergänzung des § 644 durch einen neuen Absatz 2	254
	III. Erläuterung des § 644 Abs. 2 n.F.	255
	1. Anwendungsbereich	255

2. Voraussetzungen	257
3. Rechtsfolge	258
IV. Lösung des Ausgangsfalles anhand der neuen Lösung	259
V. Kritik an der vorgeschlagenen Gesetzesänderung	259
1. Verstoß gegen Art. 14 GG	260
2. Wertungswiderspruch mit den Vorschriften der §§ 946 ff., 93 ff. und sonstigen eigentumsrechtlichen Vorschriften	260
VI. Ergebnis	261

Fünftes Kapitel

**Grenzfälle im Spektrum zwischen vertraglichem Schadensausgleich,
deliktsrechtlichem Drittschadensersatz und Regreß** 261

§ 32 Eingruppierung der Fallkonstellation in Abhängigkeit von der Frage nach der Eigenschaft des Zweitunternehmers als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn	262
I. Pflicht des Bauherrn zur rechtzeitigen Bereitstellung des Grundstücks	262
II. Pflicht des Bauherrn zur mangelfreien Erbringung der Vorarbeiten .	263
1. Abgrenzung zwischen Obliegenheit und Pflicht	263
2. Gewährleistungspflicht des Bauherrn gegenüber dem Zweitunternehmer?	263
III. Allgemeine Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn	264
IV. Ergebnis	265
§ 33 Die Auswahl der adäquaten Ausgleichsregelung im Vorfeld einer Regreßlösung	265
I. Eigener Lösungsvorschlag: Differenzierung in Abhängigkeit von der eingetretenen Leistungsstörung	265
II. Nochmals: Die Entscheidung des BGH vom 27. Juni 1985 – Az.: VII ZR 23/84	267
1. Schadensersatzanspruch des Zweitunternehmers gegen den Bauherrn aus § 286 Abs. 1	268
2. Entschädigungsanspruch des Zweitunternehmers gegen den Bauherrn aus § 642	271
3. Drittschadensliquidation	271
4. Ergebnis	272
III. Nochmals: Alternative Lösungswege in der Literatur	272
1. Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn	272
2. Drittschadensliquidation	274
3. Schadensersatzanspruch analog § 645	275
IV. Ergebnis	275

Sechstes Kapitel

Schlußbetrachtungen zum Regreß des Bauunternehmers 276

§ 34 Allgemeines Lösungsschema zur Bewältigung von Regreßsituationen	276
I. Erste Fallgruppe: Fälle der Alleinverpflichtung des Zweitunternehmers als möglicher Regreßberechtigter	277
II. Zweite Fallgruppe: Fälle der Mehrverpflichtung	279
III. Dritte Fallgruppe: Fälle der Alleinverpflichtung des Erstunternehmers als möglicher Regreßgegner	279
§ 35 Besonderheiten bei Verträgen, denen die VOB/B zugrunde liegt	281
I. Der Regelungsgehalt der §§ 6 Nr. 6, 9 Nr. 3 VOB/B für die Fälle der Bauverzögerung	281
II. Die spezielle Gefahrtragungsregelung der §§ 7, 12 Nr. 6 VOB/B . .	284
III. Die Ausgleichsregelungen des § 10 Nr. 2–6 VOB/B im Innenverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer	286
IV. Die Vergütungsregelung des § 2 Nr. 8 VOB/B als weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs der GoA	287
§ 36 Resümee	287

*Dritter Teil***Die Drittschadensliquidation außerhalb des Werkvertragsrechts** 289

§ 37 Obligatorische Gefahrentlastung im Kaufrecht	289
I. Unterschiede zu den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Werkvertragsrecht	289
1. Abweichende Interessenlage im Kaufrecht bezüglich des Zeitpunktes des Gefahrübergangs	290
2. Unterschiede bei der analogen Anwendung des § 281	291
3. Drittschadensliquidation im Kaufrecht	291
4. Ergebnis	292
II. Problemlösung unter Berücksichtigung der aufgezeigten Unterschiede	292
1. Überwindung des Trennungsprinzips durch Anpassung der Eigentumsverhältnisse an die Gefahrtragung	292
2. Drittschadensersatz analog § 844 Abs. 1	293
3. Drittschadensliquidation und Forderungsübergang gemäß § 426 Abs. 2 S. 1	294
III. Unterschiede zu den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Werkvertragsrecht bezüglich des vertraglichen Drittschutzes	295
1. Abweichende Interessenlage im Kaufrecht hinsichtlich der Drittbegünstigung des Frachtvertrages	296
2. Konsequenzen für den vertraglichen Drittschutz im Kaufrecht . .	297

3. Besonderheiten des HGB-Transportrechts	298
4. Das Konkurrenzverhältnis von deliktsrechtlichem Drittschadensersatz und vertraglichem Drittschutz	299
5. Auswirkungen für die bisher an der Drittschadensliquidation geäußerte Kritik	301
IV. Exkurs: Lösung de lege ferenda	303
1. Vorschlag der Schuldrechtskommission: Beschränkung des § 447 auf den Handelskauf	303
2. Kritik an dem Vorschlag der Schuldrechtskommission in der Literatur	306
3. Ergänzung des § 447 durch einen neuen § 447 a	307
V. Ergebnis zu den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Kaufrecht	308
§ 38 Fälle der mittelbaren Stellvertretung	309
I. Untergang und Verschlechterung des Auftragsgutes	310
1. Drittschadensliquidation	310
2. Kritik an der Drittschadensliquidation	311
3. Vergleich mit den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Kaufrecht	311
4. Problemlösung	312
5. Lösung de lege ferenda in Anlehnung an das Kaufrecht	313
6. Möglichkeiten der Rechtsvereinheitlichung im allgemeinen Schuldrecht für sämtliche Fälle der obligatorischen Gefahrentlastung ..	313
7. Ergebnis	314
II. Verzugsfälle	314
1. Anknüpfungspunkte für eine Rechtfertigung der Drittschadensliquidation in den Fällen des Verzugs	315
2. „Zufällige Schadensverlagerung“ oder Ausuferung der Drittschadensliquidation?	316
III. Ergebnis zur Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung	318
§ 39 Obhutsfälle	318
I. Drittschadensliquidation trotz bestehender deliktsrechtlicher Ausgleichsansprüche des Dritten gegen den Schädiger	319
II. Schadensverlagerung auf vertraglicher Ebene als Prämisse der Drittschadensliquidation	320
III. Interessenlage bei den Obhutsverhältnissen unter der Prämisse der Drittschadensliquidation	320
IV. Vergleich mit der Interessenlage in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung im Kaufrecht	321
V. Lösung über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?	321
§ 40 Abschließende Stellungnahme zu der Lösung von <i>Junker</i>	324
I. Die Rechtsfigur der „Vertretung im Vertrauen (V. i. V.)“	324

II. Das „wirtschaftliche Eigentum“ als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1	328
§ 41 Ergebnis zum dritten Teil	331
Schluß	333
§ 42 Folgerungen für das allgemeine Regreßrecht	333
§ 43 Gesamtergebnis	337
Literaturverzeichnis	338
Gesetzesmaterialien	349
Sachwortverzeichnis	350

Einleitung

§ 1 Vorbemerkungen

I. Problemstellung

Der Regreß ist ein Rechtsinstitut zum Ausgleich von Leistungen innerhalb eines Dreiecksverhältnisses. Dem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Schuldner wird die Möglichkeit eingeräumt, von einem Dritten Ersatz zu verlangen. Typische Fallkonstellationen dieser Rückgriffsproblematik finden sich regelmäßig im Baurecht, da hier verschiedene Unternehmer mit der Fertigstellung eines Bauobjektes beschäftigt sind. Treten Baumängel auf, haben diese in der Regel Auswirkungen auf die Werkleistungen anderer am Bau tätiger Unternehmer. Nimmt der Bauherr einen der Bauunternehmer auf Mängelbeseitigung in Anspruch, stellt sich das Problem, ob und ggf. wie dieser gegen andere Bauunternehmer Regreß üben kann.

Zur Lösung der insbesondere im Baurecht auftretenden Regreßprobleme haben Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Regreßfiguren entwickelt. Neben der Gesamtschuld sind der Zessionsregreß analog § 255¹, die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) und die sogenannte Rückgriffskondiktion aus dem Bereicherungsrecht herangezogen worden. Ebenfalls erörtert werden Ausgleichsregelungen im Wege der Drittschadensliquidation, wobei die Rechtsnatur und der Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts bis heute ungeklärt sind. Es darf aber nicht übersehen werden, daß es sich hier ebenfalls um eine Regreßfigur zur Abwicklung von Schadensfällen im Dreiecksverhältnis handelt, auch wenn die dabei auftretenden Konkurrenzprobleme mit anderen Regreßfiguren bisher zumeist unberücksichtigt geblieben sind.

Den zentralen Streitpunkt der Auseinandersetzung bildet zumeist die Frage nach der Abgrenzung von Gesamtschuld und Zessionsregreß analog § 255, wobei andere Regreßfiguren in den Hintergrund treten. Da aber auch diese Abgrenzungsfrage bis heute nicht abschließend geklärt ist, besteht in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor eine Rechtsunsicherheit im Umgang mit den unterschiedlichen Regreßfiguren.² Dabei handelt es sich

¹ Paragraphen ohne nachfolgende Angabe eines Gesetzes sind solche des BGB.

² Darauf hat schon *Rüßmann*, Gesamtschuld, JuS 1974, 292 (293), hingewiesen: „So wenig die Rechtsprechung über einen allgemeinen Trend auf Ausweitung der

nicht nur um ein rein dogmatisches Abgrenzungsproblem; auch unter praktischen Gesichtspunkten treten erhebliche Unterschiede auf. So setzt beispielsweise der Zessionsregreß analog § 255 ebenso wie die Drittschadensliquidation analog § 281 eine Abtretung voraus, während es bei der Gesamtschuld gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 zum gesetzlichen Forderungsübergang kommt. Daneben entscheidet die Wahl des Regreßweges zugleich über die Fragen der Geltendmachung vertraglicher Einreden, des Übergangs vertraglicher Nebenrechte, der Verjährung, des Umfangs des Schadensausgleichs sowie eines Freistellungsanspruchs bereits vor Befriedigung des Gläubigers. Hält man sich die Tragweite dieser Entscheidung vor Augen, so gilt es sorgfältig zwischen den verschiedenen Regreßfiguren im Zivilrecht abzuwägen, die von Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden sind.

II. Zielsetzung

Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, die Strukturen im Regreßrecht zu vereinfachen. Es soll gezeigt werden, daß es neben der Gesamtschuld grundsätzlich keiner weiteren Regreßinstitute bedarf, um im Einzelfall zu einer angemessenen Ausgleichsregelung zu gelangen. Dies liegt zum einen daran, daß die Regelungen des BGB zur vertraglichen und deliktsrechtlichen Schadensabwicklung in einer Vielzahl von Fällen bereits zu sachgerechten Ergebnissen führen; die Frage nach einer Regreßregelung stellt sich überhaupt nicht mehr. Zum anderen wird sich die Gesamtschuld als diejenige Regreßfigur erweisen, die in Übereinstimmung mit den Wertungen des Vertragsrechts den Interessen aller Beteiligten am besten gerecht wird. Sowohl unter dogmatischen als auch unter praktischen Gesichtspunkten führt sie in der Vielzahl aller Regreßfälle zu einer zufriedenstellenden Lösung.

III. Gang der Darstellung

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist mit ihrem ersten Teil eine abstrakte Untersuchung der unterschiedlichen Regreßfiguren im deutschen Zivilrecht. Im ersten Kapitel wird dabei der Frage nach der Abgrenzung von Gesamtschuld und Zessionsregreß analog § 255 nachgegangen, da sie den Kernpunkt der Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Literatur bildet. Der Zessionsregreß analog § 255 ist vornehmlich von *Selb* zur Lösung der Fälle der sogenannten gestuften Haftung entwickelt worden. Er tritt zunehmend in Konkurrenz zur Gesamtschuld. Daneben werden auch

Gesamtschuldregeln hinaus klare Strukturen der Abgrenzung der Gesamtschuld von anderen Schuldnermehrheiten erkennen läßt, so wenig ist ein Blick in die Literatur geeignet, die Verwirrung um diesen Problemkomplex zu beseitigen.“ An dieser Verwirrung hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert.

die GoA und die Rückgriffskondiktion als Lösungswege erörtert. Ausgehend von der Darstellung der Gesamtschuld und des Zessionsregresses soll daher im Anschluß im zweiten und dritten Kapitel das Augenmerk auf diese Regreßfiguren gelenkt werden, die in Rechtsprechung und Literatur zumeist isoliert betrachtet werden. Dies gilt insbesondere für die Anwendung der GoA in den sogenannten Fällen der „auch fremden Geschäfte“, die bislang noch nicht in den Gesamtzusammenhang der unterschiedlichen Regreßfiguren des BGB eingeordnet worden sind. Der Vergleich mit der Gesamtschuld eröffnet aber gerade hier – sowohl unter dogmatischen als auch unter praktischen Gesichtspunkten – eine neue Perspektive, die es erlaubt, die GoA auf ihren ursprünglichen Anwendungsbereich, die Fälle des rein altruistischen Handelns, zurückzuführen. Entsprechendes gilt für die sogenannte Rückgriffskondiktion, so daß sich im Ergebnis die Gesamtschuld als das zentrale Regreßinstitut des BGB entpuppt.

Im zweiten Teil der Arbeit werden zunächst die abstrakten Ergebnisse des ersten Teils anhand typischer Fallkonstellationen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung überprüft und ergänzt. Da es in der Rechtspraxis regelmäßig im Baurecht zu Regreßproblemen kommt, handelt es sich dabei insbesondere um Regreßansprüche zwischen Bauunternehmern. Diese Fallkonstellation leitet zu dem eigentlichen Schwerpunkt des zweiten Teils der Arbeit über, der Untersuchung der Drittschadensliquidation. Die Anknüpfung an das Werkvertragsrecht ermöglicht eine Neubewertung der Drittschadensliquidation, die sich im Rahmen der vorwiegend am Kaufrecht orientierten Betrachtungsweise von Rechtsprechung und Literatur nur schwer erschließt.

Inwieweit Regreßregelungen überhaupt erforderlich sind, wird im ersten Kapitel untersucht. Im Vorfeld einer Regreßlösung ist zunächst der Frage nachzugehen, ob nicht bereits die vertraglichen und gesetzlichen Ausgleichsmechanismen, die das BGB vorsieht, eine sachgerechte Schadensabwicklung ermöglichen. Praktischer Anknüpfungspunkt sind Fälle der Bauverzögerung, die in Rechtsprechung und Literatur Anlaß zu zahlreichen Meinungsstreitigkeiten gegeben haben. Im Rahmen der Auseinandersetzung besteht Gelegenheit, den Besonderheiten des Werkvertragsrechts nachzugehen und notwendige Vorfragen, beispielsweise die Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkungshandlung des Bestellers, abzuklären.

Im zweiten Kapitel werden die Fallvarianten analysiert, bei denen ein gemeinsames Fehlverhalten mehrerer Bauunternehmer zu einer Leistungsstörung führt. Es handelt sich hier um typische Anwendungsfälle der Gesamtschuld, so daß die Regreßregelungen des § 426 Abs. 1 und Abs. 2 noch einmal unter praktischen Gesichtspunkten beleuchtet werden können. Daran schließt sich an die im Baurecht eher selten vorkommende Konstellation, bei der ein Unternehmer tätig wird, ohne hierzu dem Bauherrn gegen-