

Aufsatz ZR

Professor Dr. Christian Gomille*

Die Drittschadensliquidation im System des Haftungsrechts

DOI 10.1515/jura-2017-0123

Die Drittschadensliquidation ist eines der durch richterliche Rechtsfortbildung in das Haftungsrecht gelangten Instrumente, die den Kreis der Ersatzberechtigten über die durch das Tatbestandsprinzip und das Dogma vom Gläubigerinteresse gezogenen Grenzen hinaus erweitern. Im Unterschied zu anderen Rechtsfiguren gleichen Zwecks ist die Vermeidung sog. zufälliger Schadensverlagerungen ihr kennzeichnendes Merkmal. Neuerdings hält der BGH eine solche korrekturbedürftige Schadensverlagerung auch dort für möglich, wo ein Dritter für die Folgen des Schädigerhaltens aufzukommen hat. Diese Rechtsprechung wirft abermals die Fragen auf, welche konkrete Bedeutung die Schadensverlagerung als Tatbestandsmerkmal der Drittschadensliquidation hat und wie letztere im System des deutschen Haftungsrechts zu verorten ist.

I. Einleitung

Das deutsche Zivilrecht gewährt nur demjenigen den Ausgleich eines erlittenen Verlusts, zu dessen Gunsten die Voraussetzungen einer entsprechenden Anspruchsgrundlage erfüllt sind (sog. Tatbestandsprinzip).¹ Außerdem kann der solchermaßen Berechtigte nur den Schaden ersetzt verlangen, den er nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB unmittelbar selbst erlitten hat (sog. Dogma vom Gläubigerinteresse).² Diese Grundsätze haben zur Folge, dass der lediglich mittelbar Geschädigte von der Kompensation sei-

nes Verlusts weitgehend ausgeschlossen ist.³ So hat etwa die Ehefrau, die im Hinblick auf eine ihrem Ehemann gewährte, fehlerhafte Anlageberatung Investitionen tätigte und dabei Verluste erlitt, an sich keinen Ersatzanspruch gegen die Bank.⁴ Ebenso wenig kann der Vermächtnisnehmer Ersatz verlangen, wenn ein Dritter den noch beim Erben befindlichen Gegenstand zerstört.

Zwar leisten das Tatbestandsprinzip und das Dogma vom Gläubigerinteresse einen wesentlichen Beitrag dazu, das Haftungsrisiko für den Einzelnen vorhersehbar zu machen.⁵ Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass der Ausschluss des nur mittelbar Geschädigten unter Umständen korrekturbedürftig ist. Dabei erweitern die Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter sowie über die Vertrauenshaftung gem. § 311 III BGB den Kreis der aus vertragsähnlichen Schuldverhältnissen Ersatzberechtigten über die allgemeinen Regeln hinaus. Diese Lösungen setzen also beim Tatbestandsprinzip an. In Ergänzung hierzu und in offener Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse gestattet die Drittschadensliquidation einem dem Grunde nach Berechtigten (»Anspruchsinhaber«), den Schaden eines Dritten geltend zu machen.⁶ Angesichts neuerer Rechtsprechungsentwicklungen ist zu klären, welche Reichweite die Drittschadensliquidation hat und wie sie sich zur Vertrauenshaftung sowie zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter verhält.

¹ OLG Celle, VersR 2006, 1376; Staudinger/Schiemann, BGB, 2017, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 49; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 1993, § 34 I.

² Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 692.

*Kontaktperson: Christian Gomille, der Verfasser ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg und vertritt im Sommersemester 2017 einen Lehrstuhl an der Universität Siegen.

³ MünchKomm/Oetker, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 289; Looschelders, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 1023.

⁴ So lag der Fall bei OLG München MDR 2010, 1205.

⁵ Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 49; Weiss, JuS 2015, 8.

⁶ Staudinger/Schiemann, BGB, 2004, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 62; Neuner, JZ 1999, 126 (131).

II. Die zufällige Schadensverlagerung als Kennzeichen der Drittschadensliquidation

1. Der Begriff der Schadensverlagerung

Die »zufällige Schadensverlagerung« ist das Erkennungszeichen und zentrale Tatbestandsmerkmal der Drittschadensliquidation.⁷ Nach einer geläufigen Kurzformulierung liegt sie vor, wenn der Berechtigte und der Geschädigte auseinanderfallen.⁸ Im Einzelnen ist damit folgendes Phänomen gemeint: In einem Drei-Personen-Verhältnis verstößt eine Person gegen ihre allgemeinen deliktischen oder gegebenenfalls auch vertraglichen Verhaltenspflichten und verwirklicht dadurch gegenüber einer anderen Person die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 I BGB und/oder §§ 280 ff. BGB. Dieser Inhaber des Schadensersatzanspruchs steht allerdings mit der dritten Person dieser Konstellation in einer schuldrechtlichen Sonderverbindung. Deren Ausgestaltung bringt es mit sich, dass der Berechtigte bei Anwendung der Differenzhypothese gem. § 249 I BGB rechnerisch deshalb keinen Schaden erleidet, weil in diesem Verhältnis der Dritte die Folgen des Schädigerverhaltens zu tragen hat. Zwischen dem Dritten und dem Schädiger ist jedoch keine Anspruchsgrundlage verwirklicht.

Veranschaulichen lässt sich das anhand der bereits erwähnten Zerstörung einer vermachten Sache. Als Eigentümer dieser Sache erlangt der Erbe gegen den Schädiger an sich einen Anspruch aus § 823 I BGB. Auf der Rechtsfolgenseite ist jedoch kein Schaden feststellbar. Beim hypothetischen Geschehensverlauf ohne das schädigende Ereignis hätte der Erbe die Sache nämlich in Erfüllung seiner Pflicht aus § 2174 BGB an den Vermächtnisnehmer übereignet, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Demgegenüber verliert der Vermächtnisnehmer infolge der Zerstörung der Sache gem. § 275 I BGB seinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, erhält seinerseits aber kein Recht auf Kompensation gegen den Schädiger. Weder bestehen zwischen beiden nämlich schuldrechtliche Sonderbeziehungen noch steht der verlorene Anspruch aus

§ 2174 BGB unter dem Schutz des § 823 I BGB. Somit bleibt das pflichtvergessene Verhalten des Schädigers zivilrechtlich für ihn folgenlos, so dass der Dritte den Vermögensnachteil endgültig zu tragen hat.

2. Die Zufälligkeit der Schadensverlagerung als Wertungskriterium

a) Zufällige Schadensverlagerung und unbillige Entlastung des Schädigers

Auf den ersten Blick steht dieses Ergebnis in Einklang mit der Grundregel *casum sentit dominus*. Danach hat jedes Rechtssubjekt seine erlittenen Vermögensnachteile hinzunehmen, sofern nicht die Verantwortung hierfür einem anderen gesetzlich zugerechnet wird.⁹ Da das Tatbestandsprinzip und das Dogma vom Gläubigerinteresse die Pflicht zum Ausgleich fremder Vermögensnachteile jedoch in persönlicher Hinsicht begrenzen, scheint es wertungsgerecht zu sein, wenn der Betroffene in den Fällen der Schadensverlagerung keinen Ersatz für seine Einbuße erhält.

Tatbestandsprinzip und Dogma vom Gläubigerinteresse sind aber kein Selbstzweck, sondern rechtstechnische Instrumente, um vorgegebene Wertungen umzusetzen. Dabei droht eine allzu weitreichend konzipierte Haftpflicht in Konflikt mit der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG zu geraten.¹⁰ Deshalb geht es bei beiden Grundsätzen allein darum, die Gefahr einer uferlosen und unkalkulierbaren Haftung des Einzelnen zu vermeiden. Stellt man vor diesem Hintergrund das Schädigerverhalten in sämtlichen Fällen der Schadensverlagerung zivilrechtlich folgenlos, zieht man der Haftpflicht deutlich engere Grenzen, als es die Vermeidung einer uferlosen Haftung gebietet oder auch nur rechtfertigt. Namentlich dort, wo die Schadensverlagerung auf den Dritten aus der maßgeblichen Sicht des Schädigers zufällig ist, ist eine Haftungsbefreiung in der Sache nicht gerechtfertigt.¹¹

Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Derjenige, der eine deliktische oder vertragliche Verhaltenspflicht verletzt, indem er z. B. eine fremde Sache zerstört, richtet sich darauf ein, dem Eigentümer bzw. seinem Vertrags-

⁷ BGHZ 133, 36 (41); BGH NJW 2016, 1089 Rn. 27; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, Vorb v § 249 Rn. 105; Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 439; Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 1024; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 693; Riehm, JuS 2016, 462 (463).

⁸ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 42; Ebenroth/Reuschle, HGB, 3. Aufl. 2015, § 421 Rn. 24.

⁹ NK/Katzenmeier, BGB, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkung zu §§ 823 ff. Rn. 1.

¹⁰ RGRK/Steffen, BGB, 12. Aufl. 1989, Vor § 823 Rn. 7; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 75. I. 1.

¹¹ Soergel/Ekkenga/Kuntz, BGB, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 340; Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 1024.

partner zum Schadensersatz verpflichtet zu sein.¹² Dies ist das übliche Resultat seines Verhaltens, das der Schädiger vorhersehen kann. Demgegenüber kann der Schädiger nicht damit rechnen, dass die von ihm zerstörte Sache etwa Gegenstand eines Vermächtnisses war und somit die Folgen seines Verhaltens auf den Vermächtnisnehmer verlagert werden. Aus der Perspektive des Schädigers ist diese Schadensverlagerung vielmehr ein Umstand, der ihn rein zufällig von der Ersatzpflicht befreit. Da das Tatbestandprinzip und das Dogma vom Gläubigerinteresse den Einzelnen aber nur vor unvorhersehbaren Haftungsfolgen schützen sollen, ist es mit ihrer Zwecksetzung nicht vereinbar, dem Schädiger die Folgen einer solchen zufälligen Schadensverlagerung zu belassen. Vielmehr läge hierin eine unbillige Entlastung des Schädigers.¹³ Letztlich zeigt sich hier eine Interessenlage, die mit derjenigen bei der versagten Vorteilsausgleichung vergleichbar ist: Soll dem Schädiger die nachträgliche Leistung eines Dritten nicht zugutekommen, so kann nichts anderes gelten, wenn der Dritte den künftigen Schaden bereits im Vorhinein übernimmt.¹⁴

b) Ersatzansprüche des Geschädigten gegen den Berechtigten

Freilich begrenzt der Zweck der Drittschadensliquidation, eine unbillige Entlastung des Schädigers auf Kosten des geschädigten Dritten zu vermeiden, zugleich ihren Wirkungsbereich. So besteht für ihre Anwendung kein Raum, wenn der Anspruchsinhaber selbst dem Geschädigten zum Ersatz verpflichtet ist,¹⁵ etwa weil er die vermachte Sache nachlässig verwahrte und so erst deren Zerstörung ermöglichte. Das wirtschaftliche Interesse des Geschädigten ist in diesen Fällen abgesichert. Auch entsteht dem Anspruchsinhaber in Form der Ersatzverpflichtung ein eigener Schaden, für den er bei dem Schädiger Rückgriff nehmen kann. Ein Bedürfnis zur Schadensregulierung im Verhältnis des Schädigers und des Dritten besteht in dieser Konstellation nicht.

c) Eigener deliktischer Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger

Hat der Geschädigte gegen den Schädiger zwar keinen vertraglichen, wohl aber einen deliktischen Anspruch auf Schadensersatz, erfolgt zuweilen dennoch ein Rückgriff auf die Grundsätze über die Drittschadensliquidation. So hatte eine Gesellschaft bei einem Lagerunternehmen Waren untergebracht, die im Eigentum ihrer Tochtergesellschaft standen. Als Teile des Lagerguts abhandenkamen, gestattete der BGH die Drittschadensliquidation, obgleich die Eigentümerin unmittelbar selbst aus § 831 I BGB berechtigt war.¹⁶ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass dem Geschädigten die Vorzüge einer vertraglichen Haftung, insbesondere die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB, ebenfalls zugutekommen müssten.¹⁷ Andernfalls werde der Schädiger unbillig begünstigt.¹⁸ Vor dem Hintergrund des bislang Gesagten verwundert diese Rechtsprechung zunächst. Sie lässt sich jedoch mit Blick auf die Prozesssituation erklären. Macht der Geschädigte seinen möglichen deliktischen Anspruch gerichtlich geltend, so steht im Zeitpunkt der Klageerhebung nämlich weder fest, ob er das Verschulden seines Gegners wird beweisen können, noch, ob dieser gegebenenfalls mit der Entlastung gem. § 831 I 2 BGB durchdringt. Deshalb können der eigene deliktische Schadensersatzanspruch des Dritten sowie die Drittschadensliquidation zu seinen Gunsten gleichzeitig und unabhängig voneinander eingeklagt werden.¹⁹

3. Zufällige Schadensverlagerung und Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Beim Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter wird der Dritte dergestalt in den Schutzbereich eines zwischen anderen Personen bestehenden Vertrags einbezogen, dass die Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten gem. § 241 II BGB auch ihm gegenüber zu beachten sind, und zwar mit der Folge, dass der Dritte einen eigenen Anspruch aus § 280 I BGB gegen den Schädiger hat, wenn dieser diese

¹² Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 842.

¹³ BGH NJW 2016, 1089 Rn. 27; NJW-RR 2001, 1612 (1613); *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1024; *Büdenbender*, NJW 2000, 986 (987).

¹⁴ MünchKomm/Oetker, BGB (7. Aufl. 2016), § 249 Rn. 289; *Peters*, AcP 180 (1980), 329 (343 f.).

¹⁵ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1030.

¹⁶ BGH NJW 1985, 2411; ebenso bereits BGH NJW 1963, 2071 (2074); zweifelnd *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 699.

¹⁷ RGZ 93, 39 (41); zust. MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 305; wohl *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 439.

¹⁸ RGZ 93, 39 (41).

¹⁹ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 305.

Pflichten verletzt.²⁰ Ebenso wie die Drittschadensliquidation soll diese Figur die rechtliche Situation des nur mittelbar Geschädigten verbessern. Aus dessen Sicht sind beide Konstruktionen deshalb auch in gewisser Weise austauschbar, das heißt, um seine Interessen zu bedienen, könnte man alle Fälle der Drittschadensliquidation als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter konstruieren und umgekehrt.²¹ Dies wirft die Frage nach dem sachlichen Kriterium auf, welches beide voneinander trennt.

Der Unterschied wird recht schnell deutlich, wenn man die Situation des Schädigers betrachtet. Kommt die Drittschadensliquidation zur Anwendung, so bleibt es dabei, dass seine jeweilige Pflichtverletzung den fraglichen Schaden nur einmal und nur bei einer Person auslösen kann. Anders ausgedrückt: In der Summe erhöht die Drittschadensliquidation das Haftungsrisiko für den Schädiger nicht.²² Es geht allein darum, die bloß zufällige Verlagerung des Schadens auszugleichen.²³ Das ist beim Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter anders. Dort tritt neben den Vertragspartner wenigstens eine weitere Person, gegenüber der vertragliche Pflichten aus § 241 II BGB bestehen. Deshalb kann ein einzelnes Fehlverhalten im Verhältnis zu mehreren Personen Pflichtverletzungen und Schadensersatzpflichten begründen.²⁴ Im Gegensatz zur Drittschadensliquidation erhöht also der Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter jedenfalls abstrakt-generell das Haftungsrisiko des Schädigers.²⁵

Die entscheidende Wertungsfrage hinter der Abgrenzung von Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter geht also dahin, unter welchen Umständen es für den Schädiger zumutbar ist, wegen desselben Fehlverhaltens sowohl dem unmittelbar als auch dem mittelbar Geschädigten zu haften. Bedenkt

man, dass die Vermeidung einer uferlosen und unkalkulierbaren Einstandspflicht gem. Art. 2 I GG eine verbindliche Leitlinie für die Ausgestaltung des Haftungsrechts ist, kommt eine wertungskonforme Erhöhung des gesetzlich fixierten Haftungsrisikos im Wege der Rechtsfortbildung nur dort in Betracht, wo die zusätzlichen Risiken objektiv bestimmbar und auch für den potentiellen Schädiger abzuschätzen sind.²⁶ Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter gewährleistet dies mit den Tatbestandsmerkmalen (1.) der Leistungsnähe, (2.) der Gläubignähe sowie (3.) der Erkennbarkeit dieser beiden für den Schuldner.²⁷ Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen werden die Interessen des mittelbar Geschädigten über den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter berücksichtigt.²⁸ Nur in den verbleibenden Fällen kann die Drittschadensliquidation zur Anwendung kommen.

4. Zufällige Schadensverlagerung und Vertrauenshaftung

Ähnlich erfolgt die Abgrenzung von der Dritthaftung wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens gem. § 311 III BGB. Auch hier entsteht zwischen dem Schädiger und dem Dritten ein Schuldverhältnis, vermöge dessen zwischen beiden die Pflichten aus § 241 II BGB gelten.²⁹ Eine solche Inanspruchnahme von Vertrauen setzt voraus, dass der Schädiger durch sein Verhalten Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung eines Dritten nimmt, indem er eine von ihm persönlich ausgehende Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Geschäfts bietet.³⁰ In Betracht kommt das insbesondere bei Sachverständigen – etwa für zum Verkauf stehende Immobilien oder Kunstwerke – sowie bei sonstigen neutralen und objektiven sog. Auskunftspersonen, deren sachkundige Äußerungen den Dritten von dem Geschäftsabschluss überzeugen sollen.³¹ Wiederum weiß der potentielle Schädiger von der Verwendung seiner Äußerung gegenüber Dritten, was die Ausweitung des Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB gestattet. Mit einer aus Sicht des Schädigers zufälligen Schadensverlagerung haben diese Konstellationen folglich nichts zu tun.

²⁰ MünchKomm/Thume, HGB, 3. Aufl. 2014, § 407 Rn. 94; Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 433; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 839.

²¹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 839.

²² Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 440; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, Rn. 693.

²³ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 BGB Rn. 292; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 841.

²⁴ Medicus/Petersen (Fn. 10) Rn. 841.

²⁵ Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 17 II.; freilich ist eine konkrete Erhöhung des Haftungsrisikos keine notwendige Voraussetzung des Vertrags mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter. Vielmehr können diese ohne Weiteres auch dann eingreifen, wenn der Schaden von vornherein nur in der Person des einbezogenen Dritten entstehen kann (MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328 BGB Rn. 191). So liegt es etwa, wenn der zu Bedenkende aufgrund einer anwaltlichen Falschberatung die an sich vorgesehene letztwillige Zuwendung nicht erhält. Entscheidend ist nur, ob die Einbeziehungsvoraussetzungen in seiner Person erfüllt sind.

²⁶ BeckOK/Janoschek, BGB, 41. Ed. 2016, § 328 Rn. 53; Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 17 II.

²⁷ Larenz, Schuldrecht I, § 17 II.

²⁸ Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb v § 249 Rn. 109; Weiss, JuS 2015, 8 (10).

²⁹ MünchKomm/Emmerich, BGB, § 313 Rn. 172.

³⁰ BGH NJW-RR 1991, 1241 (1242).

³¹ MünchKomm/Emmerich, BGB, § 313 Rn. 179.

III. Die Fallgruppen der Drittschadensliquidation

Somit lassen sich zwar einige abstrakte Aussagen über die Drittschadensliquidation und ihre Verortung im Haftungsrecht treffen. Dennoch ist ihr praktischer Geltungsbereich auf bestimmte Fallgruppen beschränkt.³²

1. Schadensverlagerung durch obligatorische Gefahrentlastung

a) Die typischen Konstellationen

Dabei werden unter dem Oberbegriff der obligatorischen Gefahrentlastung Konstellationen zusammengefasst, in denen eine schuldrechtliche Norm den Schaden nicht dem Anspruchsinhaber zuweist, sondern einem Dritten.³³ Die Beschädigung oder Zerstörung einer vermachten Sache gehört systematisch hierher.³⁴

Instruktiv für diese Fallgruppe ist aber nach wie vor der Versendungskauf, bei dem § 447 I BGB die zufällige Schadensverlagerung verursacht.³⁵ So mögen zwei Unternehmer einen Kaufvertrag abgeschlossen und vereinbart haben, dass der Verkäufer die Sache dem Käufer an dessen Sitz liefern werde. Den Transport überträgt der Verkäufer einem verlässlichen Bekannten, der die Sache auf dem Transportweg leicht fahrlässig zerstört. Natürlich schuldet der Transporter dem Verkäufer nun Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 280 ff. BGB bzw. des § 823 I BGB. Indes fehlt auf der Rechtsfolgenseite ein nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden. Das Eigentum an der zerstörten Sache hätte der Verkäufer auch bei plangemäßigem Verlauf der Dinge verloren, und zwar durch Übereignung an den Käufer gem. § 929 S. 1 BGB. Auch muss er keine weiteren Erfüllungsversuche unternehmen, weil die eingetretene Unmöglichkeit ihn gem. § 275 I BGB von seiner primären Leistungspflicht befreit.³⁶ Allerdings behält er abweichend von der Grundregel des § 326 I 1 BGB gem. § 447 I BGB den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Im Verhältnis zum Verkäufer er-

leidet der Käufer folglich einen Verlust, weil er die Leistung nicht erhält und dennoch die Gegenleistung erbringen muss. Diesen Verlust bekommt er auch nicht durch den Transporter ausgeglichen. Mangels vertraglicher Verbindung zwischen Käufer und Transporter sind §§ 280 ff. BGB in diesem Verhältnis von vornherein nicht anwendbar. Die Voraussetzungen des § 823 I BGB sind nicht erfüllt, da die Sache im Zeitpunkt ihrer Zerstörung noch im Eigentum des Verkäufers steht. Zufällig ist diese Schadensverlagerung, weil der Transporter mangels Einblick in das Innenverhältnis zwischen dem Absender und dem Empfänger weder weiß, welche Art von Vertrag der Lieferung zugrunde liegt, noch, ob Absender und Empfänger eine Schick- oder eine Bringschuld vereinbart haben.

In Zusammenhang mit der obligatorischen Gefahrentlastung ist schließlich noch die Beschädigung oder Zerstörung einer eingebauten Sache vor Abnahme des Werkes zu erwähnen.³⁷ In diesem Fall ist die betroffene Sache durch den Einbau gem. § 946 BGB in das Eigentum des Werkbestellers übergegangen, so dass der Schädiger diesem gegenüber an sich aus § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist. Allerdings folgt aus der Gefahrtragungsregel des § 644 I BGB, dass der Unternehmer die beschädigte oder zerstörte Sache auszutauschen hat. Der Vermögensnachteil entsteht somit beim Unternehmer, der sich gegenüber dem Schädiger jedoch regelmäßig auf keine Anspruchsgrundlage berufen kann.

b) Spezialbestimmungen für die obligatorische Gefahrentlastung

In wesentlichen Konstellationen namentlich des Versendungskaufs bedarf es zwischenzeitlich freilich nicht mehr des Rückgriffs auf die Drittschadensliquidation, um eine unbillige Entlastung des Schädigers zu vermeiden. Dort verhindern besondere gesetzliche Bestimmungen bereits, dass es zu einer zufälligen Schadensverlagerung kommt.

So geht zunächst die Gegenleistungsgefahr nicht nach § 447 I BGB auf den Käufer über, wenn der Verkäufer den Transport selbst oder durch eigene Leute vornimmt.³⁸ Setzt der Verkäufer eine gewerblich tätige Transportperson ein, erhält der Käufer aus § 421 I 2 HGB einen eigenen Anspruch gegen den Schädiger. Wegen § 474 II 2 BGB a. F. war § 447 I BGB auf Verbrauchsgüterkaufverträge lange Zeit von vornherein unanwendbar. Seit Mitte 2014 gilt diese Gefahrtragungsregel gem. § 474 IV BGB im Verhältnis zwischen

³² *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1023; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 695.

³³ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 8 III. 6.

³⁴ *MünchKomm/Oetker*, BGB, § 249 Rn. 300.

³⁵ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1027.

³⁶ Das gilt sowohl für den Stück- als auch für den Gattungskauf. Denn gem. § 243 Abs. 2 BGB tritt Konkretisierung ein, sobald der Verkäufer eine Sache mittlerer Art und Güte an die Transportperson übergibt (*BeckOK/Sutschet*, BGB, § 243 Rn. 16; *MünchKomm/Emmerich*, BGB, § 243 Rn. 27).

³⁷ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 8 III. 6.

³⁸ *Jauernig/Berger*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 447 Rn. 12.

Unternehmern und Verbrauchern jedoch immerhin dort, wo der Käufer die Transportperson mit der Ausführung beauftragt hat, ohne dass der Verkäufer ihm diese Transportperson zuvor benannt hätte.

2. Zufällige Schadensverlagerung bei der mittelbaren Stellvertretung

Auch bei der mittelbaren Stellvertretung kann es zu einer Verlagerung des Schadens weg von der dem Grunde nach ersatzberechtigten Person hin zu einem nicht ersatzberechtigten Dritten kommen. Hier wird die Drittschadensliquidation zugelassen³⁹ und teils sogar als gewohnheitsrechtlich verfestigt bezeichnet.⁴⁰ Archetypisch ist die Kommission gem. §§ 383 ff. HGB: So mag etwa ein Kommissionär von einem Unternehmer mit der Beschaffung von Produktionsmitteln beauftragt sein. Nachdem der Kommissionär im eigenen Namen einen entsprechenden Kaufvertrag geschlossen hat, gerät der Verkäufer mit der Lieferung in Verzug. Die Folgen sind Produktionsausfälle und Gewinneinbußen des Unternehmers.

Hier schuldet der Verkäufer gem. §§ 280 I, II, 286 I BGB den Ersatz der durch seinen Verzug verursachten Verzögerungsschäden. Jedoch ist Gläubiger dieses Anspruchs sein Vertragspartner, mithin nicht der Unternehmer und Kommittent, sondern der Kommissionär. Außerdem ist der Unternehmer und Kommittent durch den verspäteten Erhalt der Produktionsmittel in keinem seiner durch § 823 I BGB geschützten Rechte oder Rechtsgüter betroffen. Im Verhältnis zum Verkäufer lässt sich ein Schadensersatzanspruch des Kommittenten somit nicht konstruieren. Da aber auch der Kommissionär das Kommissionsgut verspätet an den Kommittenten weitergereicht hat, liegt es scheinbar nahe, dass dieser nach §§ 280 ff. BGB für die entstandenen Produktionsausfallschäden aufzukommen hat. Wie § 384 III HGB aber zu entnehmen ist, schuldet der Kommissionär lediglich das Bemühen um ein ordnungsgemäß vollzogenes Ausführungsgeschäft, nicht aber den Vollzug selbst.⁴¹ Erneut droht also der Schädiger dadurch von seiner Pflicht zur Kompensation befreit zu werden, dass derjenige, der dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet ist, und derjenige, der den Vermögensnachteil erlitten hat, verschiedene Personen sind.

Freilich liefert der Provisionsanspruch des Kommissionärs Anlass zu Zweifeln. Zwar mag es sein, dass vom

Kommissionär nicht zu vertretende Leistungsverzögerungen nicht zwingend zu Lasten dieses Anspruchs gehen.⁴² Gleichwohl stellt § 396 I 1 HGB als Grundsatz auf, dass die Provision erst mit der Erfüllung des Ausführungsgeschäfts verdient ist.⁴³ Kommt danach die Drittschadensliquidation zur Anwendung, obwohl die Provision des Kommissionärs wegen des Verzugs des Verkäufers gekürzt wird, scheint der Verkäufer nämlich für zwei Schäden aufkommen zu müssen: Für den Provisionsschaden des Kommissionärs zum einen und für den Produktionsausfallschaden des Kommittenten zum anderen. Hier läge also keine Schadensverlagerung mehr vor, sondern vielmehr eine Schadenskumulation. Doch handelt es sich hierbei um ein Scheinproblem. So wäre vom Produktionsausfallschaden des Kommittenten nämlich der Betrag abzuziehen, um den sich seine Provisionsschuld gegenüber dem Kommissionär mindert.⁴⁴ Selbst wenn der Verkäufer sich in dieser Situation sowohl mit dem Kommissionär als auch mit dem Kommittenten auseinandersetzen müsste, bliebe es in der Summe dennoch stets bei dem reinen Produktionsausfallschaden des Kommittenten. Aus diesem Grund belässt man dem Kommissionär den vollen Provisionsanspruch, sofern nur im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Kommittenten (über den Umweg der Drittschadensliquidation) der Verzögerungsschaden gedeckt ist.⁴⁵ Gleiches gilt für den Schadensersatz statt der Leistung.⁴⁶

In den Fällen der mittelbaren Stellvertretung wird für den potentiellen Schädiger freilich häufig erkennbar sein, dass sein Vertragspartner für Rechnung eines bestimmten Dritten agiert. So ergibt sich die Tätigkeit als Kommissionär nicht selten bereits aus der Firma des Unternehmers. Auch im Interbankenverhältnis beim bargeldlosen Zahlungsverkehr ist der Empfängerbank bewusst, dass die anweisende Bank den Zahlungsauftrag für Rechnung eines ihrer Kunden erteilt. Trotzdem wird das Interesse des Geschäftsherrn auch in diesen Konstellationen über die Drittschadensliquidation und nicht über den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter durchgesetzt.⁴⁷ Ursächlich hierfür ist, dass die an der mittelbaren Stellvertretung Beteiligten mit dieser Konstruktion gerade den Zweck verfolgen, den Geschäftsherrn aus der Abwicklung

³⁹ BGHZ 176, 281 Rn. 35; BGH NJW-RR 2001, 1612 (1613); NJW-RR 2008, 786 Rn. 18; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1029.

⁴⁰ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 8 III. 4.

⁴¹ MünchKomm/Häuser, HGB, 3. Aufl. 2013, § 384 Rn. 4.

⁴² MünchKomm/Häuser, HGB, § 396 Rn. 6.

⁴³ *Baumbach/Hopt*, HGB, 37. Aufl. 2016, § 396 Rn. 2.

⁴⁴ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 8 III. 4., sehen die bloße Schadensverlagerung durch den möglichen eigenen Ersatzanspruch des Kommissionärs demgegenüber deshalb nicht infrage gestellt, weil es sich um eine Nebenwirkung des allein maßgeblichen typischen Schadens handle.

⁴⁵ MünchKomm/Häuser, HGB, § 393 Rn. 6.

⁴⁶ *Oetker/Bergmann*, HGB, 4. Aufl. 2015, § 396 Rn. 6.

⁴⁷ BGHZ 176, 281 Rn. 35.

des Ausführungsgeschäfts herauszuhalten.⁴⁸ Er soll also nicht in eine schuldrechtliche Sonderbeziehung zu dem potentiellen Schädiger treten, weshalb seine Interessen auch nicht über eine etwaige Schadenskumulation, sondern einzig durch eine Korrektur der zufälligen Schadensverlagerung berücksichtigt werden können. Tatbestandlich scheidet der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter dabei am Nichtvorliegen der erforderlichen Gläubigernähe.

3. Zufällige Schadensverlagerung bei der Obhut für fremde Sachen

Die Obhutsfälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer den Besitz an der Sache dem Vertragspartner des späteren Schädigers überlassen hat. Ein berühmtes Beispiel aus der Rechtsprechung ist der sog. *Elbkahnfall*.⁴⁹ Dort hatte ein Hamburger Unternehmer von dem Eigentümer einen Lastkahn gemietet, um eine Ladung Zucker zu transportieren. Er beauftragte einen anderen Unternehmer damit, diesen Lastkahn durch den *Reihersstieg* zu schleppen. Bei der Ausführung dieses Auftrags beschädigte ein ansonsten offenbar zuverlässiger Angestellter des Schleppunternehmers den Kahn fahrlässig.

Die h. M. gestattet es hier dem Mieter, den Schaden des Eigentümers zu liquidieren, da abermals Anspruch und Schaden auseinanderfallen.⁵⁰ So bestehen keine vertraglichen Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Schleppunternehmer. Ein deliktischer Anspruch wegen Eigentumsverletzung aus § 831 I BGB scheidet an der Exkulpation gem. § 831 I 2 BGB. Da der Lastkahn nicht im Eigentum des Mieters steht, erleidet er insoweit auch keinen Schaden, den er nach § 280 I BGB gegenüber dem Schleppunternehmer geltend machen könnte. Die zufällige Schadensverlagerung ergibt sich nach h. M. hier daraus, dass der Schädiger nicht wissen kann, ob die zerstörte Sache tatsächlich im Eigentum eines anderen steht. Demgegenüber komme ein Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte in diesen Konstellationen nicht in Betracht, weil die Einbeziehung des Dritten für den Schädiger typischerweise nicht erkennbar sei.⁵¹

Tatsächlich verbleibt in den Obhutsfällen gleichwohl nur wenig Raum für den Rückgriff auf die Drittschadens-

liquidation. Ist nämlich der Schädiger Erfüllungsgehilfe des Obhutspflichtigen gegenüber dem Eigentümer, so wird der Schaden im Verhältnis der beiden zuletzt Genannten reguliert.⁵² Eine solche Situation wird sich häufig, aber keineswegs stets einstellen. Beispielsweise bleibt die Drittschadensliquidation maßgeblich, wenn im Verhältnis des Obhutspflichtigen zum Eigentümer § 690 BGB eingreift.⁵³

4. Zufällige Schadensverlagerung in Treuhandverhältnissen

In den Treuhandfällen hat der Vertragspartner des Schädigers demgegenüber nicht lediglich den Besitz an einer fremden Sache. Vielmehr hat er von dem Dritten Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben, die er aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung aber nicht oder wenigstens nicht ausschließlich im eigenen Interesse wahrnehmen darf.⁵⁴ So mag der Darlehensnehmer seiner Bank sicherungshalber einen Kaufpreisanspruch gegen seinen Schuldner abgetreten haben. Nach der Abtretung gerät der Kaufpreisschuldner mit seiner Zahlungspflicht in Verzug. Der anhand von § 288 BGB zu ermittelnde Verzugsschaden bei einer Geldschuld⁵⁵ entsteht hier nicht in der Person des Sicherungsgebers, denn dieser ist im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr Inhaber der Forderung. Vielmehr hat die Sicherungsnehmerin die Forderung inne. Wegen der treuhänderischen Bindung aus dem Sicherungsvertrag entsteht ihr jedoch insoweit kein Schaden, als der Anspruch aus §§ 286, 288 BGB ihr Sicherungsinteresse übersteigt.⁵⁶ Deshalb wird der Sicherungsnehmerin gestattet, den Verzugsschaden des Sicherungsgebers im eigenen Namen geltend zu machen.⁵⁷

Freilich bedarf es auch in den Treuhandkonstellationen stets genauer Prüfung, ob Schaden und Anspruch tatsächlich bei verschiedenen Personen verwirklicht sind. Insbesondere bei der Sicherungsübereignung wird dies oftmals zu verneinen sein. Soweit dort die negative Einwirkung auf das Sicherungsgut das Sicherungsinteresse des Sicherungsnehmers beeinträchtigt, erlangt dieser ohne Weiteres einen eigenen Ersatzanspruch gegen den Schädiger. Der zu leistende Schadensersatz ist dann Surro-

⁴⁸ Peters, AcP 180 (1980), 329 (364); i.Erg. ähnlich BGHZ 176, 281 Rn. 32f.

⁴⁹ RGZ 93, 39.

⁵⁰ RGZ 93, 39 (40f.); Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 1030; grundsätzlich auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 699.

⁵¹ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 7. a).

⁵² Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 7. a).

⁵³ Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 1030.

⁵⁴ Henssler, AcP 196 (1996), 37 (41).

⁵⁵ MünchKomm/Ernst, BGB, § 288 Rn. 1.

⁵⁶ BGHZ 128, 371 (375).

⁵⁷ BGHZ 128, 371 (377); Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 698; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 5.

gat für das beeinträchtigte Recht.⁵⁸ Hinzu kommt, dass der Sicherungsgeber bei der Sicherungsübereignung typischerweise unmittelbarer Besitzer der Sache bleibt und, je nach Ausgestaltung des Sicherungsvertrags, sogar ein Anwartschaftsrecht behält.⁵⁹ Bei der Verwaltungstreuhand sind derartige Typizitäten hingegen nicht feststellbar, so dass man es dort bei der Drittschadensliquidation des Trenehmers zugunsten des Treugebers belassen sollte.⁶⁰

5. Zufällige Schadensverlagerung durch Leistung des Dritten auf den Schaden?

a) Die Konstellation von BGH NJW 2016, 1089

Es wurde bereits erwähnt, dass der versagten Vorteilsausgleichung und der zugelassenen Drittschadensliquidation wenigstens ähnliche Wertungen zugrunde liegen. Der BGH hat diese Wertungsparallele nun weitergedacht und eine zufällige Schadensverlagerung auch dort angenommen, wo der Dritte auf den durch den Schädiger verursachten Schaden leistet.

Konkret ging es um eine verpachtete Industriehalle. Dabei hatte der Pächter sich gegenüber dem Eigentümer verpflichtet, sämtliche während der Pachtzeit erforderlichen Ausbesserungen auf eigene Kosten vorzunehmen. Später beauftragte der Eigentümer für eigene Rechnung einen Architekten mit einer Erweiterung der Halle. Der Architekt arbeitete jedoch mangelhaft, was Schäden am Hallenboden nach sich zog. Nachdem Verhandlungen über die Mangelbeseitigung gescheitert waren, ließ der Pächter die erforderlichen Sanierungsarbeiten am Hallenboden vornehmen und bezahlte sie selbst. Der BGH ließ eine Drittschadensliquidation des Eigentümers zugunsten seines Pächters zu. So sei dem aus §§ 280 I, III, 281, 634 Nr. 4 BGB berechtigten Eigentümer ein Schaden gar nicht erst entstanden. Die Kosten der Sanierung habe aufgrund der im Pachtvertrag enthaltenen Ausbesserungsklausel nämlich von vornherein der Pächter zu tragen gehabt.⁶¹ Der Pächter hingegen sei gegenüber dem Architekten weder unter vertraglichen noch unter deliktischen Gesichtspunkten berechtigt.⁶²

In der Literatur wurde diese Rechtsprechung im Ergebnis so hingenommen,⁶³ obwohl sie sich nicht in die hergebrachten Fallgruppen der Drittschadensliquidation einfügt. Insbesondere liegt kein Fall der obligatorischen Gefahrentlastung vor. Zum einen spielen Fragen des Gefahrübergangs in der Konstellation keine Rolle.⁶⁴ Zum anderen befriedigt der Dritte hier ein Leistungsinteresse des Anspruchsinhabers, welches – anders als in den Fällen der §§ 447 I, 644 I BGB und ähnlich dem Zahlungsanspruch gegen den Sachversicherer – durch das schädigende Ereignis erstmals entsteht.

b) Drittzuwendung ohne bestehende Leistungspflicht

Betrachtet man den Einfluss, den die Drittzuwendung auf die Schadensentwicklung beim Geschädigten hat, so ist im Ausgangspunkt danach zu differenzieren, ob der Dritte aufgrund einer bereits vor dem schädigenden Ereignis bestehenden Pflicht auf den Schaden leistet – genauer: das im Schaden zum Ausdruck gekommene Leistungsinteresse des Anspruchsinhabers befriedigt – oder nicht. Besteht keine solche Pflicht und will der Zuwendende dem Geschädigten lediglich eine Wohltat zukommen lassen, findet nach den Grundsätzen über die versagte Vorteilsausgleichung keine Anrechnung auf den Schaden statt.⁶⁵ Eine Drittschadensliquidation des Geschädigten zugunsten des Empfängers scheidet daher von vornherein aus.

Nicht anders liegt es, wenn der Dritte mit seiner Zuwendung gem. § 267 I BGB die Schuld des Schädigers zu erfüllen bezweckt. Natürlich erlischt hier gem. § 362 I BGB der Ersatzanspruch des Geschädigten.⁶⁶ Ob der Zuwendende in der Folge bei dem Schädiger Regress nehmen kann, hängt von dem zwischen diesen beiden bestehenden Innenverhältnis ab.⁶⁷ Denkbar sind Ansprüche insbesondere aus Auftrag (§ 670 BGB) oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683 S. 1, 677 BGB).⁶⁸ Sind deren Voraussetzungen nicht erfüllt, gewährt die h.M. dem Dritten einen Anspruch aus § 812 I 1 BGB als sog. Rückgriffskonklition.⁶⁹ In den Fällen des § 267 I BGB steht der zuwendende Dritte folglich nicht ohne eigenen Anspruch gegen

⁵⁸ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 5.

⁵⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 698.

⁶⁰ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 5.; siehe etwa RGZ 107, 132 (135), für den Fall der Inkassoession.

⁶¹ BGH NJW 2016, 1089 Rn. 23, 25.

⁶² BGH NJW 2016, 1089 Rn. 28.

⁶³ BeckOK/Flume, BGB, § 249 Rn. 383; Riehm, JuS 2016, 462 (463); Weiss, NJW 2016, 1091.

⁶⁴ Weiss, NJW 2016, 1091 (1092).

⁶⁵ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 251.

⁶⁶ MünchKomm/Krüger, BGB, § 267 Rn. 15.

⁶⁷ Erman/Artz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 267 Rn. 9.

⁶⁸ MünchKomm/Krüger, BGB, § 267 Rn. 19.

⁶⁹ BGHZ 70, 389 (396 f.); BeckOK/Lorenz, BGB, § 267 Rn. 16; MünchKomm/Krüger, BGB, § 267 Rn. 21.

den Schädiger da. Eine Drittschadensliquidation des Schädigers zu seinen Gunsten erübrigt sich.

c) Drittzuewendung aufgrund bestehender Leistungspflicht

aa) Die Schuldnermehrheit aus Schädiger und Dritten

In dem vom BGH entschiedenen Fall leistete der Pächter allerdings aufgrund der im Pachtvertrag enthaltenen Ausbesserungsklausel, die ihn nach übereinstimmendem Parteiverständnis auch entsprechend verpflichtete. Führt man im Verhältnis von Eigentümer und Architekten die Differenzhypothese gem. § 249 I BGB durch, so ist es nicht a priori ausgeschlossen, diese Leistungspflicht des Dritten mit dem BGH als schadensausschließend zu berücksichtigen. Zwar hätte sich für den Eigentümer bei mangelfreier Werkleistung die Notwendigkeit einer Ersatzvornahme gar nicht erst ergeben. Allerdings wäre in diesem Fall auch die Pflicht des Pächters, diese Ersatzvornahme auf eigene Kosten durchzuführen, nicht aktuell geworden. So betrachtet ergibt sich im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Architekten eine Nullsumme.

Sollten bereits zuvor bestehende Pflichten, aufgrund derer der Dritte das durch das schädigende Ereignis erstmals entstandene Leistungsinteresse des Anspruchsinhabers zu erfüllen hat, tatsächlich auf diese Weise in die Differenzhypothese einfließen, ergäben sich einige Widersprüche. Zunächst würde der Anspruchsinhaber selbst dann keinen Ersatzanspruch gegen den Schädiger erwerben, wenn der Drittverpflichtete insolvent wäre. Dies ist nach der Interessenlage kaum zu rechtfertigen. Weiter würde dem Anspruchsinhaber im Verhältnis zum Schädiger auch dort kein Schaden entstehen, wo ein Sachversicherer als Dritter für den entstandenen Verlust aufkommt. Die Leistungspflicht etwa des Sachversicherers kann aber schon deshalb keine die Schadensentstehung ausschließende Wirkung haben, weil andernfalls ein Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger, der gem. § 86 I VVG auf den Versicherer übergehen könnte, von vornherein nicht existierte.⁷⁰

Daraus folgt: Hat dem Anspruchsinhaber neben dem Schädiger aufgrund einer bereits vor dem schädigenden Ereignis bestehenden Leistungspflicht ein Dritter den entstandenen Verlust zu ersetzen, so ergibt sich eine Schuldnermehrheit aus diesen beiden. Die bloße Existenz des Anspruchs gegen den Dritten hindert nicht die Schadens-

entstehung. Allenfalls kann die Erfüllung der Schuld des Dritten den Ersatzanspruch tilgen.⁷¹

bb) Der Regressanspruch des Dritten

Leistet der Dritte auf seine Schuld, mag das Leistungsinteresse des Geschädigten befriedigt sein. Gleichwohl wird der Schädiger hierdurch regelmäßig nicht entlastet.⁷² Das weitere Schicksal des gegen ihn gerichteten Ersatzanspruchs richtet sich nach der zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Schuldnermehrheit. Sind der Dritte und der Schädiger Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB, wirkt die Erfüllung seiner Schuld durch den Dritten gem. § 422 I 1 BGB auch für den Schädiger. Nach § 426 II BGB geht der fortbestehende Schadenersatzanspruch aber auf den Dritten über.⁷³ Ist eine Gesamtschuld mit der h. M. wegen fehlender Gleichstufigkeit der beiden Pflichten zu verneinen, ordnet das Gesetz – wie etwa bei § 86 I 1 VVG – die *cessio legis* häufig durch eine Sonderbestimmung an.⁷⁴ Dort, wo eine entsprechende Regelung fehlt, besteht für den Dritten immer noch die Möglichkeit, über § 255 BGB an den gegen den Schädiger gerichteten Ersatzanspruch zu gelangen.⁷⁵ In allen diesen Fällen kann der Dritte folglich Regress beim Schädiger nehmen, so dass weder Raum noch Bedürfnis besteht, zu seinen Gunsten die Grundsätze über die Drittschadensliquidation heranzuziehen.

Folglich droht der Dritte nur solchen Konstellationen auf dem Schaden sitzen zu bleiben, in denen mangels Gleichstufigkeit keine Gesamtschuld vorliegt, das Gesetz eine *cessio legis* nicht speziell anordnet und auch § 255 BGB nicht einschlägig ist. Zunächst dürften solche Fälle außerordentlich selten sein. So setzt die fehlende Gleichstufigkeit nämlich den intern vollständigen Regress zugunsten des Drittleistenden gerade voraus.⁷⁶ Demnach hat das Fehlen einer besonderen Regressregel eine gewisse Indizwirkung für das Vorliegen einer Gesamtschuld. Dabei ist es auch im Rahmen des § 426 II BGB durchaus zulässig, die Ersatzpflicht einem der beiden Schuldner vollständig zuzuweisen.⁷⁷ Aber selbst wenn man in einer solchen Situation eine Gesamtschuld mit der Begründung ablehnt, dass kein Zweifel an der letztlichen Einstandspflicht des

⁷¹ Peters, AcP 180 (1980), 329 (343).

⁷² MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 254.

⁷³ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 255.

⁷⁴ Erman/Böttcher, BGB, § 421 Rn. 12; MünchKomm/Bydlinski, BGB, § 421 Rn. 12.

⁷⁵ Erman/Böttcher, BGB, § 421 Rn. 12; MünchKomm/Bydlinski, BGB, § 421 Rn. 12.

⁷⁶ Staudinger/Looschelders, BGB (2012), § 421 Rn. 27.

⁷⁷ Erman/Böttcher, BGB, § 421 Rn. 12; Soergel/Forster, BGB, § 255 Rn. 3.

⁷⁰ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 255.

Schädigers besteht, ist die Drittschadensliquidation nicht das nächstliegende Instrument, um Abhilfe zugunsten des Dritten zu schaffen. Unter diesen Voraussetzungen besteht nämlich eine Regresslücke, die entweder durch eine entsprechende Anwendung des § 255 BGB oder durch eine Gesamtanalogie zu den Bestimmungen über die *cessio legis* zu schließen ist.⁷⁸

Anhand dieser Grundsätze ist auch die BGH NJW 2016, 1089 zugrunde liegende Konstellation zu lösen. Entweder sieht man den Pächter und den Architekten als Gesamtschuldner des Eigentümers an oder man gewährt dem Pächter Regress im Wege der Analogie. Jedenfalls handelt es sich nicht um einen Fall der Drittschadensliquidation.

IV. Die Durchführung der Drittschadensliquidation

Schließlich seien zwei Punkte angesprochen, die man der Durchführung der Drittschadensliquidation zuschlagen mag.

Hier geht es zunächst darum, aus wessen Perspektive der zu liquidierende Schaden zu ermitteln ist. So halten manche nur einen hypothetischen eigenen Schaden des Anspruchsinhabers für beachtlich. Schadenserhöhende Umstände in der Position des Dritten seien für den Schädiger nämlich nicht vorhersehbar.⁷⁹ Demnach soll etwa der Kommissionär nicht den entgangenen Gewinn des Kommittenten liquidieren dürfen.⁸⁰ Doch überzeugt diese These nicht. Denn erstens spielt die Vorhersehbarkeit der konkreten Schadenshöhe im Schadensrecht auch sonst keine Rolle.⁸¹ Zweitens ist die Ermittlung eines hypothetischen Schadens des Anspruchsinhabers oft mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.⁸² Und drittens wirkt sich das Abstellen auf den Dritten für den Schädiger mitunter auch günstig aus.⁸³ So kann im erwähnten Beispiel der Sicherungszession die Bank häufig einen höheren Zinsanspruch geltend machen als der Sicherungsgeber. Ursache hierfür ist die Vorstellung, dass die Bank eingehende Gelder sofort wieder gewinnbringend nutzen kann, nämlich durch Ab-

schluss neuer Kreditverträge zu den im fraglichen Zeitraum banküblichen Zinssätzen.⁸⁴ Diese können über dem Zinsschaden liegen, den der Sicherungsgeber geltend machen kann. Richtig ist es deshalb, den zu liquidierenden Schaden wenigstens regelmäßig aus der Perspektive des Dritten zu ermitteln.

Die technische Abwicklung der Drittschadensliquidation orientiert sich an dem Fixpunkt, dass Inhaber des Anspruchs nicht der Dritte ist, sondern der dem Grunde nach Berechtigte.⁸⁵ Folglich kann und darf dieser den Drittschaden zunächst im eigenen Namen geltend machen.⁸⁶ Im Innenverhältnis zum Dritten ist er aus § 285 BGB zur Weiterleitung der Ersatzleistung an den Dritten verpflichtet.⁸⁷ Allerdings kommt § 285 Abs. 1 BGB unmittelbar nur dort zur Anwendung, wo dem Anspruchsinhaber tatsächlich eine Leistungspflicht unmöglich wird, was insbesondere die Rückgewähr bei den Obhutsfällen sowie die Übereignung und Übergabe beim Versendungskauf betrifft. Aber auch in den übrigen Fällen ergibt sich ein Abtretungsanspruch des Dritten jedenfalls aus dem Grundgedanken der Drittschadensliquidation.⁸⁸ Freilich kann der dem Grunde nach Berechtigte den Anspruch auch an den Dritten abtreten, noch ehe er ihn realisiert hat. Ebenso kann er den Dritten zur Einziehung ermächtigen.⁸⁹ Klagt er selbst und in eigenem Namen, kann er Leistung an den Dritten beantragen.⁹⁰ Ebenso ist es zulässig, den Dritten als gewillkürten Prozessstandschafter einzusetzen.⁹¹

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Drittschadensliquidation gestattet es einem dem Grunde nach zum Schadensersatz Berechtigten, den Schaden eines Dritten geltend zu machen, in dessen Person keine Anspruchsgrundlage verwirklicht ist. Es handelt sich um

⁷⁸ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 257; Staudinger/Bittner, BGB (2014), § 255 Rn. 45 f.

⁷⁹ Soergel/Ekkenga/Kuntz, BGB, Vor § 249 Rn. 340; Neuner, JZ 1999, 1999, 126 (131).

⁸⁰ Soergel/Ekkenga/Kuntz, BGB, Vor § 249 Rn. 340.

⁸¹ Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 70; Loo-schelders, Schuldrecht AT, Rn. 1029.

⁸² Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 70.

⁸³ Medicus/Petersen, BR, Rn. 838.

⁸⁴ BGHZ 128, 371 (374); Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb v § 249 Rn. 107.

⁸⁵ BGHZ 25, 250 (259); MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 294; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 67.

⁸⁶ BGHZ 25, 250 (258); BGH NJW 2016, 1089 Rn. 32.

⁸⁷ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 694; Riehm, JuS 2016, 462 (463).

⁸⁸ Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 67; vgl. auch BGHZ 25, 250 (259); Riehm, JuS 2016, 462 (463).

⁸⁹ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 8 III. 9.

⁹⁰ MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 294.

⁹¹ BGHZ 25, 250 (259 f.); RGRK/Aiff, BGB, 12. Aufl. 1976, Vor § 249 Rn. 31; MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rn. 294.

eine offene Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse. Diese Durchbrechung ist dort gerechtfertigt, wo ein starres Festhalten am Dogma vom Gläubigerinteresse den Schädiger unbillig entlasten würde. So liegt es namentlich, wenn der Schaden aufgrund für den Schädiger unerkennbarer Umstände weg von dem Anspruchsinhaber hin zu einem Dritten verlagert wird.

Die Drittschadensliquidation ist nur in wenigen anerkannten Fallgruppen notwendig und zulässig. Namentlich geht es um die Fälle der obligatorischen Gefahrentlastung, der mittelbaren Stellvertretung, der Treuhandverhältnisse sowie der Obhut für fremde Sachen. Befriedigt der Dritte hingegen ein Leistungsinteresse des

Anspruchsinhabers, welches durch das schädigende Ereignis erstmals entsteht, liegt kein Fall der Drittschadensliquidation vor. Insoweit spielt es auch keine Rolle, ob der Dritte diese Leistung freiwillig erbringt oder ob eine entsprechende Rechtspflicht vor oder nach dem schädigenden Ereignis begründet wurde.

Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter gewährt dem geschädigten Dritten einen eigenen Anspruch und ist deshalb vorrangig zu prüfen. Sind seine Merkmale erfüllt, kommt eine Anwendung der Grundsätze über die Drittschadensliquidation nicht in Betracht. Gleiches gilt für das Verhältnis von Drittschadensliquidation und Vertrauenshaftung.