Bearbeitet von Muntaser Krönung, Greifswald*

Hausarbeit im Zivilrecht für Fortgeschrittene

Sachverhalt

Bertrand Bauherr (B) hat kürzlich ein Einfamilienhaus erworben, welches er nun umfassend renovieren möchte, um es für seine Familie bezugsfein zu machen. Es bedarf vor allem einer neuen Wärmedämmung, da diese witterungsbedingt nicht mehr den Standards entspricht. Insbesondere bedarf es dafür neuer Fenster, da sich die alten Holzrahmen deutlich verzogen haben.

B beauftragt hierfür unter anderem die „Fensterbau Müller GmbH“ (M-GmbH), um sich von dieser neue Fenster mit Aluminiumrahmen einbauen zu lassen. Die M-GmbH verwendet hierfür Fenster des Herstellers Z. Die M-GmbH legt ihrem Angebot den Prospekt des Z bei, der dort Wärmedämmwerte für seine Fenster vorgibt. Im Rahmen ihrer wirksam einbezogenen, vorformulierten AGB verwendet die M-GmbH darüber hinaus folgende Klausel:

§ 9 Verjährung: Etwaige Mängelansprüche verjähren zwölf Monate nach der Abnahme.

Die M-GmbH baut im Folgenden die Fenster bei B nach den Regeln der Kunst ein. B, der zunächst mit dem Einbau zufrieden ist, nimmt die Fenster ab und zahlt der M-GmbH die vereinbarte Vergütung. Nach 15 Monaten, im zweiten Winter nach dem Einbau (im ersten Winter war das Haus noch unbewohnt wegen weiterer Renovierungsarbeiten) zeigt sich, dass die von B im Vertrauen auf die Richtigkeit des Prospekts eingebaute Heizung die gewünschte Zimmertemperatur nur mit einem enormen Energieverbrauch erreichen kann.

Ein im Folgenden von B beauftragter Sachverständiger teilt mit, dass die Fenster die im Prospekt genannten Wärmedämmwerte nicht erreichen. Der Sachverständige führt

* Stud. jur. *Muntaser Krönung* studiert im 7. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Wintersemester 2016/2017 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. *Stefan Habermeier*) gestellt und mit 15 Punkten bewertet. Die kursiven Anmerkungen in eckigen Klammern stammen von der GreifRecht-Redaktion.

weiter aus, dass es zum Zeitpunkt des Einbaus unmöglich war, Fenster herzustellen, die die im Prospekt genannten Werte hätten erreichen können. Solche Fenster seien erst ungefähr 1 Jahr später auf den Markt gekommen. Die alten Fenster könnten auch nicht nachgebessert werden.

Daraufhin ruft der B die M-GmbH an und fordert diese auf, alle eingebauten Fenster gegen neue Fenster, die den im Prospekt genannten Angaben genügen, zu ersetzen, was diese endgültig ablehnt.

Mit Blick auf drohende zusätzliche Heizkosten beauftragt B zunächst die „Sieglind Schnell GmbH“ (S-GmbH) mit dem Wechsel der alten Fenster. Die S-GmbH stellt dem B hierfür 10.000 Euro für den umfangreichen Aus- und Einbau in Rechnung, die der B zahlt und nun von der M-GmbH ersetzt haben möchte. B verlangt darüber hinaus auch Ersatz der ihm entstandenen höheren Heizkosten. Seit der Aufforderung zum Austausch sind diese bereits um 5.000 Euro höher gewesen als sie es bei Fenstern, die den Prospektangaben genügt hätten, gewesen wären. Auch in der Zeit ab der Abnahme bis zum Anruf sind die Heizkosten insgesamt um 5.000 Euro höher gewesen, sodass er insgesamt 10.000 Euro verlangt.

Gegen all dies wendet die M-GmbH ein, B habe die alten Fenster abgenommen und habe schon deswegen kein Anrecht auf Neue. Im Übrigen gab es ja damals sowieso keine Fenster, die den Ansprüchen des B genügt hätten. Schließlich hätten Ein- und Ausbau, was zutrifft, Kosten in Höhe von 10.000 Euro verursacht, was sie mit Blick auf die bisher angefallenen Heizkosten für unverhältnismäßig hält.

Die M-GmbH beruft sich im Übrigen gegenüber allen Ansprüchen auf Verjährung.

Aufgabe 1: Kann B nun von der M-GmbH den an die S-GmbH gezahlten Rechnungsbetrag sowie Schadensersatz für die bisher aufgewendeten Heizkosten verlangen?

Daneben hatte B das Fußbodenverlegerunternehmen „U-GmbH“ beauftragt, in seinem Einfamilienhaus durchweg Parkettböden zu verlegen mit einem Trittschutz, von dem Fachleute meinten, dass er einen ausreichenden Schallschutz gewährleistet.

Tatsächlich aber war ein solcher Schallschutz nur mit einem Trittschutz zu erreichen, der 20.000 Euro mehr kostete als die von B und der U-GmbH für den vorgesehenen vereinbarten Fußboden, der 50.000 Euro kostete.

Nachdem er eingezogen ist, bemerkte B, dass man jeden Schritt im Obergeschoss auch im Erdgeschoss laut und deutlich hörte. Daraufhin verlangt er eine komplette Nachbesserung des Trittschutzes, was Kosten in Höhe von 20.000 Euro verursachen würde. Da die U-GmbH diese Nachbesserung verweigerte, beauftragte der B den Unternehmer X, der den Fußboden nachbesserte, was Kosten in Höhe von 20.000 Euro verursachte.

Aufgabe 2: Kann der B von der U-GmbH den Ersatz der 20.000 Euro verlangen?

Hinweis: Unterstellen Sie für die folgende Aufgabe, dass Ansprüche des B gegen die M-GmbH bestehen.

Die M-GmbH hatte ihr Unternehmen von der im Handelsregister eingetragenen „Paul Pacht GmbH“ (P) für 10 Jahre gepachtet. Die Geschäfte der M-GmbH laufen in letzter Zeit immer schleppender. Sie hat sich entschieden, den auslaufenden Pachtvertrag nicht zu erneuern. P hat sich jedoch nach einem möglichen Nachfolger umgesehen und ist auf die „Niklas Nahtlos-GmbH“ (N-GmbH) gestoßen, die Interesse am Betrieb des Unternehmens bekundet hat.

Kurze Zeit später schließen die P-GmbH und die N-GmbH einen Pachtvertrag über das Unternehmen, der nahtlos an das Auslaufen des alten Pachtvertrages mit der M-GmbH anschließt. Die N-GmbH nutzte für die weitere Fortführung des Betriebes den Namen „Fensterbau Müller GmbH“, da sich dieser Name bei den Kunden eingeprägt hat und für Qualität steht. Der Inhaberwechsel wurde sodann im Handelsregister eingetragen.

B wendet sich nun wegen der Kosten für Heizung und S-GmbH an die N-GmbH. Schließlich gehöre ihr jetzt ja die „Fensterbau Müller GmbH“. Die N-GmbH wendet ein, dass sie dieses Unternehmen lediglich von P gepachtet habe und keinerlei Verträge mit der M-GmbH über den Unternehmensübergang geschlossen habe.

Aufgabe 3: Kann B nun von der N-GmbH Zahlung der Rechnungskosten für die S-GmbH sowie die erstattbaren Heizkosten verlangen?

Aufgabe 1: Ansprüche gegen die M-GmbH

A. Erstattung des Rechnungsbetrags

Der B könnte hier einen Anspruch auf Erstattung des Rechnungsbetrags i.H.v. 10.000 Euro gegen die M-GmbH aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637 Abs. 1 BGB[1] haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

1. Werkvertrag

Voraussetzung ist, dass ein Werkvertrag vorliegt. Ein solcher kommt durch Angebot und Annahme zustande und hat die Verpflichtung des Unternehmers zur Herbeiführung eines Erfolges – in Form eines Werkes – zum Gegenstand[2]. Dabei ist eine Abgrenzung zum Kaufvertrag notwendig, der nicht die Herstellung, sondern lediglich die Verschaffung von Eigentum zum Gegenstand hat[3], vgl. § 433 Abs. 1. Ferner ist hier auch zu den Werklieferungsverträgen abzugrenzen, die die Lieferung von noch herzustellenden Sachen zum Gegenstand haben und auf die insoweit das Kaufrecht Anwendung findet, vgl. § 651.

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des BGB.

2 *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 75. Aufl. 2016, Einf. v. § 631 Rn. 1.

3 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 7.

Entscheidend soll es auf den Willen der Beteiligten ankommen, welche Art der Vertragsdurchführung sie beabsichtigten[4]. Indizwirkung soll demnach auch § 634a Abs. 1 zukommen, der Beispiele für Werkverträge aufzählt[5].

Hier ist laut Sachverhalt eine Einigung zwischen B und der M-GmbH zustande gekommen. Die M-GmbH wird als juristische Person durch ihren Geschäftsführer vertreten, vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG[6]. B hat die M-GmbH damit beauftragt, neue Fenster in sein Haus einzubauen. Zunächst könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass ein Großteil der Arbeit die Lieferung der Fenster ist. Allerdings kam es dem B im Wesentlichen auf die bauliche Veränderung an, weniger auf die Lieferung als solche, die bei Kauf- oder Werklieferungsvertrag im Mittelpunkt steht. Die Veränderung einer Sache, unabhängig von ihrer Intensität, muss dann regelmäßig als Werkvertrag klassifiziert werden. Diese Ansicht findet zuletzt auch Anknüpfung in § 634a Abs. 1, der die Veränderungen von Bauwerken als Vertragsinhalt von Werkverträgen anzeigt. Mithin handelt es sich um einen Werkvertrag.

2. Mangel bei Abnahme

a) Mangel

Gem. § 633 Abs. 1 hat der Unternehmer dem Besteller die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Ein Sachmangel ist die negative Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit[7]. Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich zunächst aus dem subjektiven Willen der Parteien (Beschaffenheitsvereinbarung), der vertraglichen Niederschlag gefunden hat. Hilfsweise kann sodann auf die vertraglich vorausgesetzte Verwendung und zuletzt auf die gewöhnliche Verwendung abgestellt werden[8].

Fraglich ist hier, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung zustande gekommen ist.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung ergibt sich nicht nur aus dem Vertrag selbst, sondern auch aus anderen Umständen, die bis zum Vertragsschluss noch fortwirken[9]. Entscheidende Bedeutung hierfür hat die Frage, wie der Empfänger der Willenserklärung diese, unter Berücksichtigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte, verstehen durfte (sog. Empfängerhorizont)[10]. Zu den Beschaffenheitsmerkmalen einer Sache zählen nicht nur die ihr physisch anhaftenden Eigenschaften, sondern auch die tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt, die subjektive Bedeutung für den Besteller erlangen[11]. Insbesondere zählen solche Aussagen des Unternehmers dazu, auf deren Grundlage der Besteller seinen Auftrag erteilt[12]. Insoweit werden die in einem Prospekt beworbenen Aussagen eines Unternehmers, unabhängig davon ob von ihm stammend oder nicht, Vertragsinhalt[13].

Der B beruft sich hier auf die im Prospekt angegebenen Eigenschaften bezüglich der Heizdämmwerte. Der Prospekt der Firma Z ist von der M-GmbH dazu gelegt worden. Diese Erklärung musste von dem B so verstanden werden, dass die M-GmbH diese Heizdämmwerte auch verbauen wollte. Auch kam es ihm bei der Erteilung des Auftrags gerade auf die Heizdämmwerte an. Diese Prospektangaben haben mithin bis zum Vertragsschluss fortgewirkt und wurden Vertragsinhalt. Insoweit sind sie auch Teil der sich aus dem Vertrag ergebenden Beschaffenheitsvereinbarung geworden. Die Heizdämmwerte der eingebauten Fenster entsprechen nicht denen, die im Prospekt angegeben wurden. Mithin weicht – in dieser Hinsicht – die Ist- von der Sollbeschaffenheit ab.

Es liegt hier ein Sachmangel gem. § 633 Abs. 2 S. 1 vor.

b) Abnahme

Der Mangel müsste bereits bei Gefahrenübergang gem. § 644 Abs. 1 vorgelegen haben.

Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist die Abnahme gem. § 640 Abs. 1. Die Abnahme beschreibt die körperliche Hinnahme des Werkes und dessen Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß[14]. Ist eine körperliche Hinnahme ausgeschlossen, so tritt an ihre Stelle die Vollendung des Werkes gem. § 646[15]. Nimmt der Besteller, trotz positiver Kenntnis von Mängeln die Sache ab, ohne dass er sich seine verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte vorbehält, so sind diese ausgeschlossen, vgl. § 640 Abs. 2. Ein Kennenmüssen bzw. eine Untersuchungspflicht besteht hier nicht[16] und auch eine grob fahrlässige Unkenntnis des Bestellers würde nicht zu einem Ausschluss führen[17].

Hier ist eine körperliche Hinnahme des Werkes nicht möglich. Allerdings hat der B die Fenster als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt. Eine Abnahme ist eingetreten. Auch wenn der Mangel hätte bei einer Untersuchung erkannt werden können – was hier freilich schwer vorstellbar ist – würde dies nicht zu einem Ausschluss nach § 640 Abs. 2 führen. Der Einwand der M-GmbH, wonach das Werk abgenommen sei und deswegen die Ansprüche nicht greifen würden, geht mithin fehl. Folglich

4 BGH, NJW 2002, 3317 (Ls. 1).

5 *Busche*, in: MüKo (Fn. 3), § 651 Rn. 8.

6 Soweit im Folgenden von M-GmbH gesprochen wird, handelt es sich stets um die juristische Person, vertreten durch ihren Geschäftsführer.

7 *Busche*, in: MüKo (Fn. 3), § 633 Rn. 7.

8 *Drossart*, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, § 633 Rn. 11.

9 *Peters/Jacoby*, in: v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Neubearb. 2014, § 633 Rn. 173.

10 BGH, NJW 1997, 3087.

11 *Genius*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann et al., juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2014, § 633 Rn. 16.

12 *Genius*, in: jurisPK (Fn. 11), § 633 Rn. 18.

13 BGH, NJW-RR 2008, 258 (259).

14 BGHZ 48, 257 (262); BGH, NJW-RR 1993, 1461 (1462).

15 *Ebert*, in: Schulze et al., Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Aufl. 2014, § 640 Rn. 1.

16 *Schwenker*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 14. Aufl. 2014, § 640 Rn. 21; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 2), § 640 Rn. 13; etwas anderes ergibt sich freilich für die Beziehung zwischen Kaufleuten, vgl. §§ 381 Abs. 2, 377 HGB.

17 *Voit*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2012, § 640 Rn. 35.

liegt ein Ausschluss aufgrund positiver Kenntnis nicht vor. Es liegt ein Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vor.

3. Frist

Der B müsste der M-GmbH eine Frist zur Nacherfüllung gem. § 637 Abs. 1 gesetzt haben. Durch die Fristsetzung soll dem Schuldner die letztmalige Chance gegeben werden, die Leistung in mangelfreiem Zustand zu erbringen. Ist die Nacherfüllung indes aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, ist eine Fristsetzung nicht angezeigt, da sie in diesem Fall bloßen Formalismus darstellen würde[18]. Da die Selbstvornahme eine Weiterführung des Nacherfüllungsanspruchs darstellt, würde ein Ausschluss des Letzteren denklogisch auch in einem Ausschluss der Selbstvornahme münden[19].

a) Nacherfüllung

Die Nacherfüllung könnte hier unmöglich sein.

Unmöglichkeit beschreibt einen Zustand, in dem die Leistung aus tatsächlichen oder persönlichen Gründen dauerhaft nicht erbracht werden kann, vgl. § 275. Man unterscheidet dabei zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, vgl. §§ 275, 311a.

Hier versprach die M-GmbH, Fenster mit bestimmten Eigenschaften zu verbauen, die bei Abschluss des Vertrages nicht geliefert werden konnten. Das Leistungshindernis lag also vor Vertragsschluss vor, weshalb es sich hier um einen Fall der anfänglichen Unmöglichkeit handelt. Dies würde i.E. zu einem Ausschluss der Selbstvornahme führen. Ein Jahr später allerdings wurden die benötigten Fenster entwickelt. Es erscheint also problematisch, dass das anfängliche Leistungshindernis hier später weggefallen ist.

aa) Vorübergehende Unmöglichkeit

Vorübergehend unmöglich ist eine Leistung, wenn sie gegenwärtig unmöglich ist, aber künftig erbracht werden kann[20]. Die Behandlung der vorübergehen Unmöglichkeit ist umstritten, da sie gesetzlich ausdrücklich nicht geregelt wurde[21].

Zum Zeitpunkt als B und die M-GmbH den Vertrag geschlossen haben, hatte dieser zwar Bestandskraft, die primäre Leistungspflicht war aber ausgeschlossen, vgl. § 311a Abs. 1. Dies blieb von beiden Parteien bis 15 Monate nach Abnahme unbemerkt. In der Zwischenzeit sind Fenster mit den geforderten Eigenschaften entwickelt worden. Dies könnte in der Folge zu einem „Wiederaufleben" der Leistungspflicht geführt haben, da das Leistungshindernis tatsächlich nur von vorübergehender Natur war. Dies wäre aber nur dann denkbar, wenn die vorübergehende Unmöglichkeit nicht einer dauerhaften gleichzusetzen ist.

Für die Beurteilung ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Leistungshindernis eingetreten ist[22]. Demnach ist zu fragen, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzusehen war, dass das Leistungshindernis zu beseitigen war oder nicht, und ob den beiden Parteien unter Abwägung der gegenseitigen Interessen ein Abwarten zuzumuten war[23]. Wurde ein Leistungshindernis entsprechend der Kriterien als dauerhaft festgelegt, so wird diese Festlegung durch einen tatsächlichen Entfall des Leistungshindernisses nicht angegriffen[24]. Dadurch soll unter anderem die Dispositionsfreiheit der Parteien geschützt werden. Thematisiert wurde diese Problematik besonders in den Fällen, in denen die Leistungspflicht durch politische Unruhen[25] oder den Erlass einer Verordnung[26] ausgeschlossen war.

Hier war das Leistungshindernis – rückblickend betrachtet – nur vorübergehend. Gleichwohl hat die Rechtsprechung in diesen Fällen die vorübergehende der dauerhaften Unmöglichkeit gleichgestellt, da zum Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses nicht realistisch abschätzbar war, wann das Hindernis entfallen würde. Anders soll es aber in den Fällen liegen, in denen z.B. ein Gemälde gestohlen wird, das zwei Jahre später wieder auftaucht, die Parteien aber in der Zwischenzeit weder Rücktritt erklären noch Schadensersatz verlangen[27]. Hier soll der Schuldner dann zur Leistung wieder verpflichtet sein, es findet folglich ein Wiederaufleben der Leistungspflicht statt[28]. In die Betrachtung soll auch mit einfließen, ob der Gläubiger noch ein Interesse an der Leistung hat und ob dem Schuldner – nach Beseitigung des Hindernisses – die Vertragserfüllung noch zugemutet werden kann[29].

Im Zeitpunkt, als der Vertrag eingegangen worden ist, waren beide Parteien in der Annahme, es gäbe Fenster mit den versprochenen Werten. Ob es zu diesem Zeitpunkt für sie realistisch einschätzbar war, dass neue Fenster entwickelt werden, entzieht sich insoweit einer Wertung, als dass Beide – laut Sachverhalt – einer Unkenntnis unterlagen. Der B erteilte den Auftrag unter anderem, weil er sich besonders gute Heizdämmwerte versprach. Abwegig erscheint dann die Wertung, er hätte bei hypothetischer Kenntnis die Neuentwicklung abgewartet. Allerdings war er im ersten Winter im Haus nicht eingezogen, da noch weitere Renovierungsarbeiten ausstehend waren.

18 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II Besonderer Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 134.

19 *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 24 Rn. 22.

20 *Wieser*, Schuldrechtsreform – Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht, MDR 2002, 858 (861).

21 *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866 (866 ff.); *Canaris*, in: Baums/Wertenbruch/Lutter (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 143 ff.; BT-Drs. 14/6040, S. 129.

22 *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 143.

23 KG Berlin, Urt. v. 04.09.1998 – 17 U 3053/97; ZEV 1999, 494 (494 ff.).

24 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 2), § 275 Rn. 12; BGH, NJW 2007, 3777 (3777 ff.).

25 BGHZ 1983, 197 (politische Unruhen im Iran).

26 *Alpmann*, in: jurisPK (Fn. 11), § 275 Rn. 17 ff.; BGH, JZ 2005, 350 (Leitsatz).

27 Freilich umstritten bleibt hier die Frage, welche Ansprüche genau der Gläubiger bei einer vorübergehen Unmöglichkeit hat.

28 *Däubler*, in: Lorenz et al. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heidrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 64 ff.

29 BGHZ 83, 197 (197 ff.).

Unter diesem Gesichtspunkt wäre es auch denkbar, dass er eine Neuentwicklung abwartet. Denn anders als in den Fällen, in denen es nur eine unrealistische Chance auf Wegfall des Leistungshindernisses gab, ist der Fortschritt der Technik nicht ganz so ungewiss. Näher ist der Fall also am Gemälde-Beispiel: Technischer Fortschritt ist in ähnlichem Maße ungewiss wie das Auffinden gestohlener Gegenstände. Machen die Parteien sodann in der *Schwebezeit* – so liegt der Sachverhalt auch hier – aus mangelndem Willen oder mangelnder Kenntnis keine weitergehenden Ansprüche geltend, steht einem „Wiederaufleben" der Leistungspflicht nichts im Wege. Laut Sachverhalt hat der B hier auch weiterhin Interesse an der Leistung. Aufgrund der Unkenntnis konnten die Parteien hier keine besondere Härte empfinden, weshalb ein Ausschluss auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt. Folglich erscheint es hier sachgerecht, die Leistungspflicht wiederaufleben zu lassen. Eine Nacherfüllung ist mithin weiter möglich.

bb) Unverhältnismäßigkeit

Die Nacherfüllung könnte hier unverhältnismäßig sein. Gem. § 635 Abs. 3 steht es dem Gläubiger frei, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Eine Unverhältnismäßigkeit soll gegeben sein, wenn der angestrebte Erfolg oder Teilerfolg im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zum dafür nötigen Geldaufwand steht[30]. Freilich soll dies nicht schon bereits dann gegeben sein, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung in keinem Verhältnis zu den Herstellungskosten stehen[31]. Indizien für eine Unverhältnismäßigkeit können u.a. ein vergleichsweise geringes objektives Interesse an der mangelfreien Vertragsleistung sein, soweit ihr ein unangemessen hoher Kostenaufwand gegenüber steht[32].

Hier belaufen sich die Kosten der M-GmbH auf 10.000 Euro. Das objektive Interesse des B ist vor allem in den möglichen Einsparungen zu sehen. Allein in der Zeit seit Abnahme bis Ausbau, sind dem B laut Sachverhalt Heizmehrkosten i.H.v. 10.000 Euro entstanden. Wägt man das Interesse und die Kosten gegeneinander ab, steht der Erfolg in einem vernünftigen Verhältnis zum Kostenaufwand. Somit ist der Kostenaufwand hier nicht unverhältnismäßig und die M-GmbH kann die Nacherfüllung nicht verweigern.

b) Fristsetzung

Der B hat hier keine Frist gesetzt. Allerdings könnte die Fristsetzung entbehrlich sein. Gem. § 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs.1 Nr. 1 ist eine Fristsetzung dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Hier hat der B die M-GmbH angerufen und gefordert, dass die Fenster ausgetauscht werden, was diese daraufhin ernsthaft und endgültig verweigert. Eine Fristsetzung ist somit entbehrlich.

4. Ausschluss

Die Gewährleistungsansprüche dürften nicht ausgeschlossen sein.

Die Ansprüche könnten hier verjährt sein. Die Verjährung richtet sich hier nach § 634a. In Absatz 1 wird zunächst zwischen beweglichen Werken (Nr. 1) und Bauwerken (Nr. 2) sowie Werken, die weder unter Nr. 1 noch Nr. 2 passen, unterschieden[33]. *[Bei Wiedergabe des Gesetzesinhalts keine Fußnote.]* Unter Nr. 2 sollen Bauwerke fallen, also unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material i.V.m. dem Erdboden hergestellte Errichtungen[34]. Aber auch einzelne Arbeiten sollen darunter fallen, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sie zur Errichtung beigetragen haben[35]. Ebenso umfasst sind solche Reparatur- und Modernisierungsmaßnahmen an bereits bestehenden Gebäuden, wenn sie von derartigem Umfang sind, dass sie für die Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind[36]. Von Nr. 1 sollen dann Arbeiten an beweglichen Sachen erfasst sein[37]. Mitunter können aber auch Reparaturen an Bauwerken hierunter fallen, soweit diese nicht von wesentlicher Bedeutung für das Gebäude sind[38].

Hier wurden die Fenster komplett ausgewechselt. Eine derartige Instandsetzung ist für die Brauchbarkeit eines Hauses von wesentlicher Bedeutung. Somit kann sie als wesentliche bauliche Veränderung verstanden werden. Die bauliche Maßnahme unterliegt damit der Verjährung gem. § 643a Abs. 1 Nr. 2 von fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes, vgl. § 643a Abs. 2.

Laut Sachverhalt hat der B den Mangel 15 Monate nach Abnahme entdeckt und seine Ansprüche geltend gemacht. Hiernach wären die Ansprüche noch nicht verjährt. Etwas anderes könnte sich aber aus den AGB ergeben.

a) AGB

Gem. § 9 der AGB sollen Mängelansprüche nach zwölf Monaten verjähren. Dazu müsste die Klausel wirksam Vertragsbestandteil geworden sein.

Laut Sachverhalt handelt es sich hier um wirksam einbezogene, vorformulierte AGB. Eine Individualabrede (§ 305b) ist hier ferner nicht ersichtlich.

Die Klausel müsste einer inhaltlichen Kontrolle genügen. Zur Eröffnung ist erforderlich, dass die Klausel vom Gesetz abweichende Reglungen trifft, vgl. § 307 Abs. 3 S. 1.

30 Statt Vieler: OLG Hamm, NJW-RR 2003, 965.

31 BGH, BauR 1995,540 (541); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1450.

32 *Pastor*, in: Werner/ders., Der Bauprozess, 13. Aufl. 2011, Rn. 2102.

33 *Hirsch*, Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2014, § 22 Rn. 642.

34 *Rösch*, in: jurisPK (Fn. 11), § 634a Rn. 13; BGHZ 57, 60 (60 ff.).

35 BGH, NJW 2002, 2100 (2100).

36 *Leupertz/Halfmeier*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB (Kommentar), 11. Aufl. 2016, § 634a Rn. 6.

37 *Medicus/Lorenz*, BT (Fn. 18), Rn. 781.

38 *Raab*, in: Dauner-Lieb/Langen, Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 643a Rn. 23; OLG Düsseldorf, NJW 2003, 3140.

Hier wurde die Verjährungsfrist entgegen der in § 643a gesetzlich getroffenen Reglung auf ein Jahr verkürzt. Mithin wird hier von der gesetzlichen Reglung abgewichen.

aa) Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle richtet sich nach den §§ 307 Abs. 1 u. 2, 308, 309. Laut § 309 Nr. 8 lit. b) ff) ist die Verkürzung der in § 643 Abs. 1 Nr. 2 genannten Verjährungsfrist immer unzulässig. Hier will die M-GmbH die Verjährungsfrist auf 12 Monate beschränken. Damit weicht sie in negativer Weise von der Verjährungsfrist ab. Diese Klausel verstößt mithin gegen § 309 Nr. 8 lit. b) ff) und wird damit unwirksam.

bb) Rechtsfolgen

Gem. § 306 Abs. 1 führt die Unwirksamkeit der AGB oder einzelner Teile nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages. Gem. § 306 Abs. 2 führt die Unwirksamkeit dazu, dass die gesetzlichen Reglungen greifen.

b) Zwischenergebnis

Die Klausel, wonach die Mängelgewährleistung nach 12 Monaten verjährt, ist hier nicht Vertragsbestandteil geworden. Mithin verjähren die Ansprüche hier erst nach fünf Jahren gem. § 634a Abs. 1 Nr. 2. Weitere Ausschlussgründe sind hier nicht ersichtlich.

5. Aufwendungen

Der B müsste hier Aufwendungen getätigt haben.

Aufwendungen in diesem Zusammenhang sind alle erforderlichen, freiwilligen Vermögensopfer, die der Besteller zur Beseitigung des Mangels tätigt[39]. Die Beseitigung kann hier durch den Besteller selbst, aber auch durch einen Drittunternehmer erfolgen[40]. Erforderlich sind solche Aufwendungen, die ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Besteller zur Beseitigung aufbringen würde[41]. Unnötige Mehrkosten sind dabei vom Besteller zu vermeiden[42]. Allerdings kann allein aus dem Umstand, dass die Kosten des Drittunternehmers höher sind, als die des Unternehmers selbst, nicht bereits geschlossen werden, dass die Aufwendungen nicht erforderlich sind. Die Begründung dafür liegt in dem erhöhten Risiko, mit dem die Arbeiten des beseitigenden Unternehmers verbunden sind[43]. Dadurch kann, je nach Einzelfall, ein höheres Entgelt gerechtfertigt sein. Den Besteller trifft insoweit auch keine Pflicht den billigsten Unternehmer zu beauftragen[44].

Hier hat der B die S-GmbH mit der Mängelbeseitigung beauftragt. Durch den Aus- und Einbau sind Kosten i.H.v. 10.000 Euro entstanden. Dagegen wendet die M-GmbH ein, dies sei unverhältnismäßig. Insoweit könnte man davon ausgehen, dass die durch B getätigten Aufwendungen nicht mehr als erforderlich anzusehen sind. Dieser Annahme muss aber entgegengehalten werden, dass die M-GmbH die Nacherfüllung selbst verweigert hat, weswegen ein etwaiges Prognosenrisiko zu ihren Lasten gehen muss. Auch wenn unterstellt werden würde, B hätte hier Kosten verursacht, die nicht unbedingt erforderlich waren, um den vertragsgemäßen Zustand zu erreichen, so geht auch dieses Risiko zu Lasten der M-GmbH, da es durch die Verweigerung der Nacherfüllung von ihr selbst gesetzt worden ist. Mithin hat der B hier erforderliche Aufwendungen i.H.v. 10.000 Euro getätigt[45].

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar und nicht untergegangen. *[Als Einrede wird die Verjährung grundsätzlich unter ‚Anspruch durchsetzbar' geprüft.]*

III. Ergebnis

Der B hat einen Anspruch gegen die M-GmbH auf Erstattung des Rechnungsbetrags i.H.v. 10.000 Euro aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637 Abs. 1.

B. Schadensersatz statt der Leistung

Der B könnte einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 10.000 Euro gegen die M-GmbH aus § 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 haben.

I. Anspruch entstanden

1. Mangelhaftes Werk

B und die M-GmbH haben hier einen Werkvertrag geschlossen. Die Fenster sind mangelhaft i.S.d. § 633 Abs. 2. Eine Fristsetzung ist entbehrlich, da die M-GmbH die Nachbesserung endgültig abgelehnt hat.

2. Vertretenmüssen

Die M-GmbH müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben.

Das Vertretenmüssen richtet sich nach § 276 Abs. 1. Der Schuldner hat mithin Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, sofern eine mildere Haftung nicht ersichtlich ist. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, vgl. § 276 Abs. 2. Auf welchen Zeitpunkt sich das Vertretenmüssen zu beziehen hat, ist umstritten. Insoweit kann es nach einer Meinung nur auf den Zeitpunkt ankommen, in dem die Nacherfüllung

39 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 2), § 637 Rn. 7.

40 *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2014, Rn. 683.

41 BGH, NJW-RR 1991, 789; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT (Fn. 19), § 25 Rn. 20.

42 *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB (Kommentar), 16. Aufl. 2015, § 637 Rn. 5.

43 *Raab*, in: NK-BGB (Fn. 38), § 637 Rn. 19; *Busche*, in: MüKo (Fn. 3), § 637 Rn. 11.

44 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1530; *Genius*, in: jurisPK (Fn. 11), § 637 Rn. 19.

45 Im Ergebnis so auch: OLG Düsseldorf, BauR 2012, 960: hier hat das Gericht das sechsfache als noch erforderlich angesehen; *Bröker*, Glasfassade: Architekt haftet trotz Beiziehung von Sonderfachleuten!, IBR 2009, 593; OLG Bamberg, BauR 2005, 1219.

ausbleibt[46], während eine andere Meinung[47] sowohl die Mangelhaftigkeit der Leistung als auch das Ausbleiben der Nacherfüllung als Bezugspunkt akzeptiert[48].

Hier hat die M-GmbH zu Unrecht die Nacherfüllung verweigert, vgl. oben. Mithin hat sie sogar vorsätzlich ihre Pflicht zur Nacherfüllung nicht erfüllt. Sowohl nach der ersten Meinung als auch nach der zweiten Meinung liegt ein Vertretenmüssen vor, weswegen der Streit dahingestellt bleiben kann.

Folglich hat die M-GmbH die Pflichtverletzung zu vertreten.

3. Schaden

Dem B müsste ein Schaden entstanden sein.

Der Schuldner ist so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre[49]. Es gilt der Grundsatz der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1. Soweit die Herstellung nicht möglich ist, muss in Geld entschädigt werden, vgl. § 251 Abs. 1, was bei Ansprüchen aus § 634 Nr. 4 regelmäßig der Fall ist, da der Unternehmer zahlen soll und nicht (mehr) nacherfüllen[50]. Der zu ersetzende Schaden bemisst sich aus dem Betrag der Differenz der Vermögenslagen, mit und ohne schädigendem Ereignis (sog. Differenztheorie)[51].

a) Kosten des Austauschs

Zu unterscheiden ist hier zwischen kleinem und großen Schadensersatz statt der Leistung. Bewirkt der Schuldner nur einen Teil der Leistung, so soll der Gläubiger nur zum kleinen Schadensersatz berechtigt sein[52]. In diesem Fall kann der große Schadensersatz nur dann verlangt werden, wenn der Gläubiger kein Interesse an der Teilleistung haben durfte. Letztlich soll er auch nicht zum großen Schadensersatz berechtigt sein, wenn der Mangel nur unerheblich ist, vgl. § 281 Abs. 1 S. 3.

Durch den Austausch sind dem B zusätzliche Kosten i.H.v. 10.000 Euro entstanden. Hätte die M-GmbH vertragsgemäß geleistet, so wären die zusätzlichen Kosten nicht entstanden. Da der Mangel allen Fenstern anhaftet, liegt keine Teilleistung vor. Auch erscheint es hier abwegig von einer Unerheblichkeit zu sprechen. Daher wird der B hier Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen wollen/dürfen. Die M-GmbH hat dem B die für den Austausch angefallenen 10.000 Euro gem. §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 zu ersetzen.

b) Heizkosten ab Aufforderung

Möglicherweise könnte der B auch die Heizmehrkosten seit der Aufforderung zum Austausch i.H.v. 5.000 Euro als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen. Allerdings kann der Grund für die Heizmehrkosten auch in der verzögerten Nacherfüllung zu sehen sein, was – vorbehaltlich der Prüfung – als Verzugsschaden aufzufassen wäre. Fraglich ist also, worunter diese Heizmehrkosten zu fassen sind.

Zu dieser Frage werden unterschiedliche Meinung vertreten[53] da sie zu den noch ungeklärtesten Fragen des (gar nicht mehr so) neuen Schuldrechts zählt. Die zwei wohl größten Ansichten sind die inhaltliche und die zeitlich-dynamische Abgrenzungsmethode. Die erste Auffassung möchte Schadensersatz statt der Leistung dann erblicken, wenn der geltend gemachte Schaden sich als funktionaler Ersatz der Primärleistung darstellt[54]. Was genau sodann unter funktionalem Ersatz zu verstehen sein soll, ist wiederum innerhalb dieser Meinung umstritten. Kann der Schaden zum Zeitpunkt des Verlangens nicht mehr durch eine hypothetisch ordnungsmäßige Nacherfüllung vermieden werden, so soll, der zweiten Ansicht folgend, Schadensersatz statt der Leistung nicht mehr in Betracht kommen[55]. Das Verhältnis zwischen § 281 und § 286 beurteilen allerdings beide Auffassungen gleich[56]: Fällt die primäre Leistungspflicht weg (§ 275, § 281 Abs. 4 o. § 346 Abs. 1), so ist ab dem Zeitpunkt kein Raum mehr für einen Verzugsschaden, da die Leistung nicht mehr erbracht werden kann.

Hier ist laut Sachverhalt allgemein nach der Möglichkeit des Schadensersatzes gefragt. Der B hat insoweit keinen genauen Willen geäußert, wie er die ihm zusätzlich entstandenen Kosten ersetzt haben will. Verweigert der B die Nacherfüllung bzw. verlangt er Schadensersatz statt der Leistung und erlischt dadurch endgültig die primäre Leistungspflicht (§ 281 Abs. 4), so kann er die zusätzlichen Heizkosten i.R.d. Schadensersatzes statt der Leistung geltend machen. Die beiden Meinung führen zum gleichen Ergebnis. Auf eine Stellungnahme kann folglich verzichtet werden.

c) Zwischenergebnis

Der B kann zunächst einmal die zusätzlichen Ein- und Ausbaukosten i.H.v. 10.000 Euro geltend machen, §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1. Auch kann er die zusätzlichen Heizkosten i.H.v. 5.000 Euro seit Aufforderung geltend machen.

---

46 *Ernst*, in: MüKo (Fn. 22), § 281 Rn. 48; a.A. *Benicke/Hellwig*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 110.

47 *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 437 Rn. 49; *Ders.*, in: Heidrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2007, S. 219; BGH, NJW 2008, 2837.

48 Ablehnend: *Benicke/Hellwig*, in: Soergel (Fn. 46), § 280 Rn. 110.

49 BGH, NJW 1985, 793; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 2), § 249 Rn. 2.

50 *Schellhammer*, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 9. Aufl. 2014, Rn. 460.

51 BGHZ 27, 138; 99, 196; *v. Hinden/Jacoby*, in: Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar, 15. Aufl. 2015, Vor §§ 249-253 Rn. 3.

52 *Looschelders*, BT (Fn. 40), Rn. 625.

53 Statt Vieler: *Benicke/Hellwig*, in: Soergel (Fn. 46), § 280 Rn. 266.

54 *Canaris*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 5; *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 2003, 727; *Benicke/Hellwig*, in: Soergel (Fn. 46), § 280 Rn. 276.

55 *Ernst*, in: MüKo (Fn. 22), § 280 Rn. 65 ff., § 281 Rn. 115; *Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht – Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497.

56 *Canaris*, in: Lorenz (Fn. 54), S. 5 ff.; *Grigoleit/Riehm* (Fn. 54), AcP 2003, 727 (751); *Ernst*, in: MüKo (Fn. 22), § 280 Rn. 65 ff., § 281 Rn. 115; *Lorenz* (Fn. 55), NJW 2002, 2497; *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger (Fn. 9), § 286 Rn. 184 m.w.N.

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar und nicht untergegangen.

III. Ergebnis

Soweit der B Schadensersatz statt der Leistung begehrt, steht ihm ein Anspruch für den Ein- und Ausbau i.H.v. 10.000 Euro, sowie für die Heizmehrkosten seit Aufforderung i.H.v. 5.000 Euro aus §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 zu.

C. Heizkosten seit Abnahme

Der B könnte einen Anspruch auf Schadensersatz für die ihm in der Zeit seit Abnahme bis Anruf entstandenen Heizkosten gegen die M-GmbH aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 haben.

I. Anspruch entstanden

1. Mangelhaftes Werk

Wie bereits oben dargelegt, handelt es sich hier um einen Werkvertrag. Auch haben die Fenster einen Mangel gem. § 633 Abs. 2, was die Pflichtverletzung darstellt[57]. Eine Fristsetzung ist nicht notwendig, da es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung handelt, der auch durch eine geglückte Nacherfüllung nicht beseitigt werden könnte (sog. Mangelfolgeschaden)[58].

2. Vertretenmüssen

Die M-GmbH müsste den Mangel zu vertreten haben.

Der Schuldner hat grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soweit eine strengere oder mildere Haftung nicht in Betracht kommt, § 276 Abs. 1.

Vorsatz scheidet hier aus. Laut Sachverhalt hat die M-GmbH die Fenster „nach den Regeln der Kunst“ eingebaut. Es ist nicht ersichtlich, dass die M-GmbH Kenntnis von den mangelnden Dämmwerten gehabt hat. Mithin hat sie hier nicht fahrlässig gehandelt.

a) Prüfungspflicht

Möglicherweise ergibt sich hier ein Verschulden aus einer Prüfungspflicht.

Eine Prüfungspflicht des Werkunternehmers ergibt sich insoweit aus der Herstellungs- bzw. Verschaffungspflicht aus §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1[59]. Der Bauunternehmer ist im Rahmen seiner Fachkenntnisse dazu verpflichtet, die von ihm verwendeten Baustoffe auf ihre Geeignetheit hin zu überprüfen[60]. Diese Verpflichtung erstreckt sich aber nur auf das mögliche Maß und umfasst z.B. nicht das gesonderte Einholen von Gutachten[61].

Dem Sachverhalt sind keine Angaben darüber zu entnehmen, dass die M-GmbH an den von der Z vorgegebenen Werten zweifeln durfte. Bis auf die Dämmwerte liegt auch kein weiterer Mangel vor. Ohne eigene, umfangreiche Untersuchungen hätte sie den Mangel nicht entdecken können. Dies geht aber über ihre Fachkenntnisse und damit über das nötige Maß hinaus. Weitere Anhaltspunkte für die Verletzung der Prüfungspflicht sind nicht ersichtlich. Somit wird die Prüfungspflicht nicht verletzt.

b) Garantie

In der Prospektbeilage könnte eine von der M-GmbH übernommene Garantie gem. § 639 für die Dämmwerte zu sehen sein.

Dazu müsste sich aus der Vertragsauslegung ein unbedingter Einstandwille der M-GmbH ergeben[62]. Erörterungsbedürftig ist also wie die Beilage aus dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden musste[63]. Gleichwohl bleiben aber an die Bejahung einer Garantie erhebliche Voraussetzungen geknüpft[64].

Hier hat die M-GmbH ihrem Angebot ein Prospekt der Z beigelegt. Aus dieser könnte der B einen Einstandwillen geschlossen haben. Grundsätzlich werben Unternehmen aber explizit mit von ihnen übernommenen Garantien, um mehr Kunden zu akquirieren. Dies tat die M-GmbH hier gerade nicht. Folglich liegt der Schluss, dass sie keine Einstandspflicht übernehmen wollte, näher. Dies musste der B auch genau so aufgefasst haben. Mithin liegt hier keine Garantie vor.

c) Erfüllungsgehilfe

Möglicherweise tritt die Z-GmbH hier als Erfüllungsgehilfe der M-GmbH auf, § 278.

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Unternehmers in dessen Pflichtenkreis aktiv wird[65]. Handelt dieser selbst schuldhaft i.S.d. § 276, muss der ihn beauftragende Unternehmer sich dieses Verhalten zurechnen lassen[66] (Zurechnungsnorm).

Die Z-GmbH hat hier in ihrem Prospekt Dämmwerte angegeben, die sie zum damaligen Zeitpunkt nicht liefern konnte. Freilich wird man davon ausgehen können, dass die Z-GmbH dies wusste und wenn nicht, es zumindest hätte wissen müssen. Mithin hat sie hier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und handelte fahrlässig, vgl. § 276 Abs. 2. Einzig umstritten ist, ob der Baustofflieferant eines Werkunternehmers, diesem als Erfüllungsgehilfe zugerechnet werden kann.

57 *Alpmann*, in: jurisPK (Fn. 11), § 280 Rn. 34.

58 *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB (Fn. 38), § 280 Rn. 61; BT-Drs. 14/6040, S. 135.

59 *Pastor*, in: Werner/ders. (Fn. 32), Rn. 2037; OLG Bremen, NJW-RR 2001, 1462.

60 OLG München, BauR 2004, 680.

61 *Pastor*, in: Werner/ders. (Fn. 32), Rn. 2041.

62 *Schmidt-Kessel*, in: P/W/W (Fn. 36), § 276 Rn. 31.

63 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (Fn. 9), § 633 Rn. 171.

64 *Messerschmidt*, in: Privates Baurecht (Fn. 8), § 639 Rn. 36.

65 *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 42), § 278 Rn. 6.

66 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 384.

aa) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung orientiert sich am Gesetzgeber. Dieser wollte den Lieferanten ausdrücklich nicht als Erfüllungsgehilfen des Unternehmers verstehen[67]. So soll der Lieferant nicht Erfüllungsgehilfe sein können, da dieser nicht ausreichend in den Arbeitskreis des Unternehmers eingegliedert ist[68].

Nach dieser Auffassung müsste sich die M-GmbH das Verschulden der Z-GmbH nicht zurechnen lassen.

bb) Literatur

Die Literatur möchte hingegen den Lieferanten in den Verantwortungskreis hineinziehen mit dem Argument, dass es für den Besteller keinen Unterschied macht, ob der Unternehmer die Sache aus eigenen Materialien herstellt oder zur Erfüllung seiner Werkleistung Materialien von außerhalb bezieht, da er in jedem Fall das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln schuldet, vgl. § 633 Abs. 1[69].

Nach dieser Ansicht wäre die Z-GmbH hier Erfüllungsgehilfe und ihr Verschulden würde der M-GmbH zugerechnet werden.

cc) Stellungnahme

Klar ist die Ausgangslage: Der Werkunternehmer übernimmt zumeist weder die Herstellung der Baustoffe, noch gibt er deren Herstellung gesondert in Auftrag. Insoweit kann an einer Eingliederung in den Arbeitskreis des Unternehmers durchaus gezweifelt werden. Gleichwohl besteht die Hauptleistungspflicht des Unternehmers gerade darin, das bestellte Werk zu besorgen, oder mit anderen Worten: sich in die Position zu versetzen, die ihm die Erfüllung der Leistungspflicht ermöglicht. Auch wenn der Gesetzgeber diese Einordnung ablehnt, verkennt er dabei zweckgebundene Erwägungen: Durch die Arbeitsteilung – der Unternehmer muss nicht selbst die Fenster herstellen – erwachsen diesem Vorteile. Die Reglung des § 278 will dem gerade dadurch Rechnung tragen, dass die damit verbundenen Risiken dem Unternehmer und nicht dem Besteller aufgebürdet werden. Dass der Lieferant dadurch wohlmöglich auf Lebzeiten Erfüllungsgehilfe des Unternehmers wird, kann diese Ansicht nicht angreifen[70]. Die Keimzelle dieses Umstands – wenn er denn überhaupt zutrifft – liegt freilich allein in der Sphäre des Verkäufers selbst. Dieser hat sich ja gerade durch sein Verhalten etwas zu Schulden kommen lassen, weswegen nicht von einer unbilligen Härte gesprochen werden kann. Schlussendlich kann es auch keinen Unterschied rechtfertigen, wenn der Unternehmer seinerseits einen Drittunternehmer einsetzt oder von ihm (aus Kostengründen) nur den Baustoff bezieht[71]. Dies muss besonders dann gelten, wenn integrale Bestandteile des Herstellungsprozesses bezogen werden[72]. Das ergangene Urteil des EuGH zur Frage der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbraucherschutz Richtlinie 1999/44/EG bestärkt diese Auffassung[73]. Der Kläger hatte hier nicht durch die Beklagte hergestellte, mangelhafte Fliesen von ebendieser erworben und sie verbaut. Das Gericht sprach dem Kläger einen Anspruch auf die Aus- und Wiedereinbaukosten zu, obwohl die Montage nicht Teil der vertraglichen Vereinbarung war. Damit durchbrach das Gericht i.E. die verschuldensabhängige Haftung für Schäden und ließ die Beklagte für die Mängel der Fliesen haften[74]. Übertragen auf die Problematik des Erfüllungsgehilfen, muss sich ein ähnliches Ergebnis auftun: Vertraut der Besteller gutgläubig auf die vom Unternehmer eingesetzten Baustoffe, rechtfertigt es keinen Unterschied, ob dieser sie selbst herstellt oder nicht. Der Baustofflieferant muss als Erfüllungsgehilfe gelten können[75].

Hier hat die M-GmbH die Fenster von der Z-GmbH erworben. Hinsichtlich der verbauten Stoffe war der B gutgläubig. Für die Arbeiten der M-GmbH waren diese von wesentlicher Bedeutung. Dadurch hat sie in den Arbeitskreis der M-GmbH eingegriffen. Da die Z-GmbH folglich als Erfüllungsgehilfen auftritt, muss ihr Verschulden der M-GmbH zugerechnet werden.

Somit liegt ein Vertretenmüssen der M-GmbH vor.

3. Kausaler Schaden

Dem B müsste ein Schaden entstanden sein.

Von der Rechtsfolge des Schadensersatzes neben der Leistung sind alle Schäden erfasst, die nicht Verzögerungsschäden sind oder auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen (§§ 286 u. 281 Abs. 1)[76]. Der entstandene Schaden muss adäquat-kausal auf der Pflichtverletzung beruhen[77]. Der zu ersetzende Schaden bemisst sich aus dem Betrag der Differenz der Vermögenslagen mit und ohne schädigendem Ereignis (sog. Differenztheorie)[78].

67 BT-Drs. 14/6040, S. 210.

68 OLG Brandenburg, BauR 2007, 1783; BGH, NJW 1978, 1157.

69 *Weller*, Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellerfehler, NJW 2012, 2312 (2312 ff.); *Peters*, Die Erfüllungsgehilfen des Verkäufers neu hergestellter Sachen, ZGS 2010, 24 (24 ff.); *Schmidt-Kessel*, in: P/W/W (Fn. 36), § 278 Rn. 21; *Klees*, Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, MDR 2010, 305 (305 ff.).

70 *Caspers*, in: Staudinger (Fn. 9), § 278, Rn. 37.

71 OLG Karlsruhe, ZIP 1998, 1689.

72 Auf dieser Linie: *Wolf*, Die Haftung des Werkunternehmers, für Lieferantenverschulden, ZIP 1998, 1657 (1657 ff.).

73 EuGH, EuZW 2011, 631; anzumerken ist aber, dass das Gericht diesen Standpunkt nur für das Verhältnis von Verbraucher zu Unternehmer bezieht; des Weiteren gilt die angegebene Richtlinie nur für das Kaufrecht, der dahinter stehende Rechtsgedanke kann insoweit aber auf das Werkvertragsrecht übertragen werden; so ähnlich: *Grundemann*, in: MüKo (Fn. 22), § 278 Rn. 31.

74 *Lorenz*, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241 (2241 ff.).

75 So: *Weller* (Fn. 69), NJW 2012, 2312 (2312 ff.); *Peters* (Fn. 69), ZGS 2010, 24 (24 ff.); *Schmidt-Kessel*, in: P/W/W (Fn. 36), § 278 Rn. 21; *Klees* (Fn. 69), MDR 2010, 305 (305 ff.); *Grundmann*, in: MüKo (Fn. 22), § 278 Rn. 31; a.A. BGH, NJW 1985, 2475; BGH, NJW 1978, 1157; *Waas*, Zum Anwendungsbereich des § 278 BGB im Verhältnis von Werkunternehmer und Besteller, VersR 1999, 1202 (1202 ff.); *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB (Fn. 38), § 278 Rn. 15; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 2), § 278 Rn. 13; *Caspers*, in: Staudinger (Fn. 9), § 278 Rn. 37 m.w.N.

76 *Schulze*, in: HK-BGB (Fn. 15), § 280 Rn. 16.

77 *Eckert*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2004, Rn. 618.

78 BGHZ 27, 138; 99, 196; *v. Hinden/Jacoby*, in: StuKo (Fn. 51), Vor §§ 249-253 Rn. 3.

Wären die richtigen Fenster von der M-GmbH verbaut worden, so wären dem B nicht zusätzliche Heizkosten entstanden. Sein Vermögen hat sich in der Folge um 5.000 Euro gemindert.

Dem B ist ein adäquat-kausaler Schaden i.H.v. 5.000 Euro entstanden.

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar und nicht untergegangen.

III. Ergebnis

Der B hat einen Anspruch auf die ihm seit der Abnahme bis zum Anruf entstandenen Heizkosten i.H.v. 5.000 Euro gegen die M-GmbH aus §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1.

D. Verzugsschaden

Der B könnte ferner einen Anspruch auf Ersatz der höheren Heizkosten seit Verweigerung bis zum Austausch i.H.v. 5.000 Euro gegen die M-GmbH aus §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 haben.

B und die M-GmbH haben hier einen Werkvertrag geschlossen und der Anspruch daraus ist auch fällig. Die Pflichtverletzung besteht hier in der Nichterfüllung des bestehenden Nacherfüllungsanspruchs. Auch hat die M-GmbH dies zu vertreten. Da die M-GmbH die Nacherfüllung endgültig verweigert, ist eine Mahnung entbehrlich, vgl. § 286 Abs. 2. Der Schaden beträgt 5.000 Euro. Der Anspruch ist auch durchsetzbar und nicht untergegangen.

Der B hat einen Anspruch auf Ersatz der höheren Heizkosten seit Verweigerung bis zum Austausch i.H.v. 5.000 Euro gegen die M-GmbH aus §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1.

E. § 823 Abs. 1

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 scheidet hier aus, da der B nur Vermögensschäden erlitten hat, die keine Rechtsgutverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 darstellen[79].

Aufgabe 2: Parkettboden

A. Aufwendungsersatz

Der B könnte einen Anspruch gegen die U-GmbH auf Ersatz seiner erforderlichen Aufwendungen i.H.v. 20.000 Euro aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637 haben.

I. Anspruch entstanden

1. Werkvertrag

Laut Sachverhalt ist eine Einigung zwischen B und der U-GmbH zustande gekommen. Als juristische Person wird die U-GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten, vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG[80]. Durch das Verlegen des neuen Parkettbodens wurde ein wesentlicher Bestandteil des Hauses verändert. Dies stellt regelmäßig den Inhalt eines Werkvertrags dar.

2. Mangel

Es müsste ein Sachmangel zum Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen haben. Die Parteien haben im Vertrag einen bestimmten Parkettboden festgelegt. Darin ist auch eine Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen. Bei ihren Arbeiten hat die U-GmbH den im Vertrag benannten Parkettboden auch verlegt. Ein darüber hinausgehender Mangel ist im Sachverhalt nicht benannt. Folglich weicht die Ist- nicht von der Soll-Beschaffenheit ab.

Es könnte sich um einen funktionalen Mangel handeln.Dies beschreibt den Sachverhalt, dass eine Zweckbestimmung Teil des Vertrages geworden ist.. Kann diese, selbst durch eine dem Vertrag entsprechende, ordnungsmäßige Leistung (ausgenommen die Zweckbestimmung) nicht erreicht werden, so stellt sich diese Verfehlung als Mangel dar[81]. Der Bauunternehmer soll nach Ansicht des BGH ein „funktionstaugliches“ und „zweckentsprechendes“ Werk schulden[82]. Dies entspricht insoweit auch der Ansicht eines Großteils der Literatur[83]. Dementsprechend soll sich an dieser Schuld auch dann nichts ändern, wenn der Zweck durch die vertraglichen Absprachen nicht erreicht werden kann[84]. Ausschlaggebend ist auch hier der objektive Empfängerhorizont, also wie die Erklärung des Bestellers verstanden werden musste[85].

Laut Sachverhalt erteilte der B seinen Auftrag unter der Maßgabe, dass er einen ausreichenden Schallschutz benötigt. Die Erklärung des B musste die U-GmbH so verstehen, dass es ihm auf den Trittschutz ankommt. Diese Erklärung wirkte auch bis zum Vertragsschluss fort. Mithin ist die Zweckbestimmung Teil des Vertrages geworden und die U-GmbH schuldet auch ein „zweckentsprechendes“ Werk.

Die U-GmbH hat den vertraglich festgelegten Parkettboden verbaut. Mit diesem konnte allerdings der Zweck eines ausreichenden Trittschutzes, entgegen der berechtigten Erwartung des B, nicht erreicht werden. Im

79 *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II. Band: Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, § 76 S. 392.

80 Soweit im Folgenden von U-GmbH gesprochen wird, handelt es sich stets um die juristische Person vertreten durch ihren Geschäftsführer.

81 *Pastor*, in: Werner/ders. (Fn. 32), Rn. 1964.

82 BGH, NJW 1998, 3196.

83 *Drossart*, in: Privates Baurecht (Fn. 8), § 633 Rn. 16; *Busche*, in: MüKo (Fn. 3), § 633 Rn. 14; *Schwenker*, in: Erman (Fn. 16), § 633 Rn. 10a.

84 BGH, NJW 1998, 3196; *Leible*, Rechtsprechung Zivilrecht, JA 1999, 177; BGH, NZBau 2008, 109.

85 *Ganten*, in: ders./Jansen/Voit, Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar VOB Teil B, 3. Aufl. 2013, § 13 Abs. 1 Rn. 20.

Ergebnis stellt sich dies als negative Abweichung dar und begründet einen funktionalen Mangel. Dieser Mangel lag auch bereits bei Abnahme vor.

3. Frist

Die U-GmbH hat die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, weswegen eine Fristsetzung durch B entbehrlich ist, vgl. §§ 637 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1.

4. Ausschluss

Ein Ausschluss ist hier nicht ersichtlich.

5. Aufwendungen

Der B müsste hier Aufwendungen getätigt haben. Aufwendung sind alle freiwilligen Vermögensopfer.

Hier hat der B laut Sachverhalt den Trittschutz durch das Unternehmen X nachbessern lassen. Die ihm entstandenen Kosten belaufen sich auf 20.000 Euro. Somit sind ihm Aufwendungen i.H.v. 20.000 Euro entstanden.

Der Klärung bedarf es, ob der B sich hier einen entstandenen Vorteil anrechnen lassen muss.

Grundsätzlich gilt, dass sich der Gläubiger Vorteile, die in einem inneren Zusammenhang zu einem schädigenden Ereignis stehen, auf seinen Schadensersatz anrechnen lassen muss[86]. Dies folgt aus der Überlegung zu § 249, wonach der Gläubiger so zu stellen ist, wie er ohne Schaden stünde. Gleichzeitig soll er aber auch nicht besser dastehen, als er ohne Schaden stünde (*compensatio lucri cum damno*)[87]. „Sowieso-Kosten" beschreiben die Kosten, um die das Werk ohnehin teurer gewesen wäre, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre[88]. Voraussetzung für die Einordnung als „Sowieso-Kosten" ist, dass der Unternehmer die zusätzliche Leistung, wäre ihre Notwendigkeit bereits bei Vertragsdurchführung entdeckt worden, nur unter zusätzlicher Vergütung vorgenommen hätte[89].

Laut Sachverhalt wäre ein Parkettboden, der die Zweckbestimmung erreicht hätte, um 20.000 Euro teurer gewesen. Hätte die U-GmbH die Notwendigkeit zum damaligen Zeitpunkt erkannt, so hätte sie sich diese Zusatzleistung vergüten lassen. Mithin hätte der B zusätzliche Kosten i.H.v. 20.000 Euro bei einer ordnungsmäßigen Vertragsdurchführung „sowieso" tragen müssen. Auf seine getätigten Aufwendungen muss sich der B folglich „Sowieso-Kosten" i.H.v. 20.000 Euro anrechnen lassen.

Bildet man den Betrag der Differenz aus den Vermögenslagen mit und ohne schädigendem Ereignis, unter Anrechnung der „Sowieso-Kosten", ergibt sich eine Schadenshöhe von Null Euro.

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar und nicht untergegangen.

III. Ergebnis

Der B hat hier einen Anspruch auf seine Aufwendungen i.H.v. 20.000 Euro gegen die U-GmbH aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637, worauf er sich allerdings „Sowieso-Kosten" i.H.v. 20.000 Euro anrechnen lassen muss.

B. Schadensersatz statt der Leistung

Der B könnte einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 i.H.v. 20.000 Euro gegen die U-GmbH haben.

I. Anspruch entstanden

Hier ist ein Werkvertrag zwischen B und der U-GmbH zustande gekommen. Auch ist das Werk mangelhaft (dazu bereits oben). Eine Fristsetzung ist entbehrlich. Ferner hat die U-GmbH zu Unrecht die Nacherfüllung verweigert. Des Weiteren hätte sie erkennen müssen, dass mit dem von ihr verbauten Parkettboden samt Trittschutz die Zweckbestimmung nicht erreicht werden konnte. Somit hat sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht aufgebracht und handelte folglich fahrlässig, vgl. § 276 Abs. 2. Der Schaden des B besteht hier i.H.v. 20.000 Euro, auf den eine Anrechnung i.H.v. 20.000 Euro für „Sowieso-Kosten" stattfindet. *[Damit beträgt der Schaden null Euro und der Anspruch besteht nicht (mehr).]*

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist weder untergegangen noch ist er nicht durchsetzbar.

III. Ergebnis

Der B hat einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 i.H.v. 20.000 Euro gegen die U-GmbH, auf die er sich „Sowieso-Kosten" i.H.v. 20.000 Euro anrechnen lassen muss.

C. § 823 Abs. 1

Ein Anspruch des B aus § 823 Abs. 1 scheidet hier aus, da hier nur das Vermögen des B beeinträchtigt wurde, was nach ganz h.M kein von § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut darstellt[90].

Aufgabe 3: Unternehmensfortführung

A. Unternehmensfortführung

Der B könnte einen Anspruch gegen die N-GmbH aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637 oder §§ 634 Nr. 4, 633

86 *Ebert*, in: Ermann (Fn. 16), Vor §§ 249-253 Rn. 82.

87 *Schiemann*, in: Staudinger (Fn. 9), § 249 Rn. 132; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 31 Rn. 21.

88 *Genius*, in: jurisPK (Fn. 11), § 634 Rn. 57; BGH, NJW-RR 1990, 89 (89 f.).

89 *Raab*, in: NK-BGB (Fn. 38), § 635 Rn. 22; OLG Nürnberg, BauR 2001, 961.

90 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Fn. 79), § 76 S. 392.

Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 280, 281 jeweils i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Rechnungskosten, sowie aus §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 oder §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 jeweils i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Heizkosten haben.

I. Anspruch entstanden

1. Handelsgeschäft

Bei der M-GmbH müsste es sich zunächst um ein Handelsgeschäft i.S.d. § 25 Abs. 1 S. 1 handeln.

Eine GmbH gilt stets als Handelsgeschäft i.S.d. HGB, vgl. § 13 Abs. 3 GmbHG.

2. Erwerb unter Lebenden

Das Handelsgeschäft muss unter Lebenden erworben worden sein.

Darunter versteht man jede auf Dauer angelegte und durch Rechtsgeschäft begründete Unternehmensübertragung[91]. Der Rechtsgrund des Erwerbs ist dabei unbeachtlich[92]. Auch hat „Erwerb" hier keine rechtstechnische Bedeutung, vielmehr wird darunter jede Unternehmensübertragung in anderer Weise als durch Erbfolge verstanden[93], auch die nur zeitweilige[94].

Hier hat die N-GmbH das Unternehmen von der P-GmbH gepachtet. Die N-GmbH als juristische Person wird durch ihren Geschäftsführer vertreten, vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG[95]. Obwohl die Pacht nur für eine begrenzte Zeit vorgenommen sein wird, stellt dies kein Erwerbshindernis dar. Problematisch erscheint allerdings, dass die N-GmbH in keiner rechtlichen Beziehung zu der M-GmbH steht.

Grundsätzlich soll eine Haftung trotz fehlender vertraglicher Beziehungen zwischen Erst- und Zweitpächter bestehen[96]. Dies wird zum einen auf den Grundsatz der Unternehmenskontinuität gestützt, zum anderen auf die Firmenfortführung[97]. Durch den letztgenannten Grundsatz identifiziert sich der neue mit dem alten Unternehmensträger, worin sich gerade die, über das private Vermögen hinausgehende, persönliche Haftung begründet[98]. Auch durch die nach außen tretende Unternehmenskontinuität, die einen Schutz des Rechtsverkehrs begründet, bestärkt diese Ansicht weiter[99]. Eine andere Ansicht vertritt dazu *Thiessen,* der einer derartigen Haftung ablehnend gegenübersteht, da sie seiner Meinung nach nur schwer für den Zweitpächter vermeidbar ist[100]. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass dieser „Bürde" das Interesse des „Erwerbs" an den Geschäftsbeziehungen gegenübersteht und dadurch ein Interessenausgleich erreicht wird[101]. Für einen Haftungsausschluss soll laut dem BGH eine Vereinbarung mit dem bisherigen Pächter von Nöten sein[102], wohingegen die Literatur aus praktischen Erwägungen einen einseitigen Haftungsausschluss akzeptieren möchte[103].

Mithin stellt es auch einen Erwerb i.S.d. § 25 HGB dar, wenn keine rechtlichen Beziehungen zwischen Erst- und Zweitpächter bestehen.

Folglich hat die N-GmbH hier von der M-GmbH das Handelsgeschäft erworben. Ein Ausschluss, ob einseitig oder durch Vertrag mit der M-GmbH, ist hier nicht ersichtlich.

3. Fortführung des Handelsgeschäftes

Eine Geschäftsfortführung (anders: Unternehmenskontinuität) liegt dann vor, wenn es sich durch die Übernahme des wesentlichen Kerns des Unternehmens für den Rechtsverkehr so darstellt, als sei es eine Weiterführung des bisherigen Unternehmens[104]. Indizien für eine solche Geschäftsfortführung sind unter anderem: die Beibehaltung der Räumlichkeiten, des Kundenstamms oder des gleichen Geschäfts unter der gleichen Adresse[105].

Hier schließen sich die Geschäfte der N-GmbH „nahtlos" an die der M-GmbH an. Zum einen führt sie ihre Geschäfte an derselben Adresse weiter wie die M-GmbH. Zum anderen kommt es ihr auch auf den zumindest teilweisen Erhalt des vorherigen Kundenstamms an. Mithin liegt hier eine Geschäftsfortführung vor.

4. Firmenfortführung

Die Firmenfortführung stellt eine unverzichtbare Voraussetzung für die Haftung gem. § 25 Abs. 1 HGB dar[106]. Die Firma ist der Name des Kaufmanns unter dem dieser seine Geschäfte betreibt, vgl. § 17 HGB. Erforderlich ist insoweit, dass der prägende Teil des alten Namens beibehalten wird und die Verkehrsanschauung von einer Firmenfortführung ausgehen kann[107].

---

91 *Lettl*, Handelsrecht, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 18; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 22. Aufl. 2016, § 8 Rn. 144.

92 *Burgard*, in: Canaris/Habersack/Schäfer, Handelsgesetzbuch (Kommentar), Bd. 1 Einleitung, §§ 1-47b, 5. Aufl. 2009, § 25 Rn. 51.

93 *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 8. Aufl. 2015, § 25 Rn. 4.

94 *Burgard*, in: GroKo HGB (Fn. 92), § 25 Rn. 52 u. 56.

95 Soweit im Folgenden von N-GmbH gesprochen wird, handelt es sich stets um die juristische Person vertreten durch ihren Geschäftsführer.

96 BGH, NJW 1984, 1186.

97 *Vossler*, in: Oetker, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 4. Aufl. 2015, § 25 Rn. 18.

98 *Wilhelm*, Die Haftung bei Fortführung eines Handelsgeschäfts ohne Übernahmevertrag mit dem Vorgänger, NJW 1986, 1797.

99 *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1; BGH, NJW 1984, 1186.

100 *Thiessen*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2016, § 25 Rn. 50.

101 *Reuschle*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 3. Aufl. 2014, § 25 Rn. 28.

102 BGH, NJW 1984, 1186.

103 *Reuschle*, in: EBJS-HGB (Fn. 101), § 25 Rn. 28; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 100), § 25 Rn. 49; *Burgard*, in: GroKo (Fn. 92), § 25 Rn. 54; *Wilhelm* (Fn. 98), NJW 1986, 1797 (1798).

104 BGH, NJW 2006, 1001; BGH, JuS 2010, 261; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch (Kommentar), § 25 Rn. 6.

105 *Wamser*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht (Kommentar), 3. Aufl. 2016, § 25 HGB Rn. 8 ff.; OLG München, BB 1996, 1682-1683.

106 *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 29; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 100), § 25 Rn. 57.

107 BGH, WM 2004, 1178; OLG Düsseldorf, NZG 2005, 176; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht Handels-

Hier führt die N-GmbH das Unternehmen unter genau der selben Bezeichnung wie vorher weiter. Es liegt unstrittig eine Firmenfortführung vor.

5. Haftungsausschluss, § 25 Abs. 2 HGB

Für einen Haftungsausschluss, der gegenüber Dritten wirksam sein soll, ist erforderlich, dass dieser vereinbart wurde und er entweder ins Handelsregister eingetragen wurde oder er den betroffenen Dritten bekannt gemacht wurde[108]. Bei unmittelbarer Weiterverpachtung ist umstritten, ob eine einseitige Erklärung auch ausreichend sein soll für einen solchen Ausschluss[109].

Hier wurde der Inhaberwechsel ins Handelsregister eingetragen. Nicht eingetragen wurde allerdings ein Haftungsausschluss, weder ein vereinbarter noch ein einseitiger. Eine Bekanntmachung gegenüber Dritten ist dem Sachverhalt ebenfalls nicht zu entnehmen.

Ein Haftungsausschluss ist nicht gegeben.

6. Haftungsumfang

Durch § 25 Abs. 1 HGB haftet der neue Inhaber für alle Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers, die bis zum Geschäftsübergang (bzw. Eintragung ins Handelsregister, vgl. § 15 Abs. 1 HGB) in seinem Geschäft begründet wurden[110]. Gleichwohl bleibt der alte Inhaber weiterhin verpflichtet. Es handelt sich folglich um einen gesetzlichen Schuldnerbeitritt[111].

Die von B geltend gemachten Forderungen sind bereits vor Übergang, durch Verträge wirksam entstanden (Bearbeitervermerk). Mithin besteht eine Haftung der N-GmbH, über die gegen die M-GmbH geltend gemachten Ansprüche.

II. Anspruch untergegangen/durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar.

B. Ergebnis

Der B hat einen Anspruch gegen die N-GmbH aus §§ 634 Nr. 2, 633 Abs. 2, 637 oder §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 3, 280, 281 jeweils i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Rechnungskosten, sowie aus §§ 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 280 Abs. 1 oder §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 jeweils i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Heizkosten.

gesetzbuch (Kommentar), 1. Aufl. 2015, § 27 Rn. 16.

108 OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1349; *Jung*, Handelsrecht, 11. Aufl. 2016, § 19 Rn. 11; *Heil*, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 30. 4. 2008 – 31 Wx 41/08, RNotZ 2008, 427.

109 Bejahend: *Reuschle*, in: EBJS-HGB (Fn. 101), § 25 Rn. 81; *Thiessen*, in: MüKoHGB (Fn. 100), § 25 Rn. 50; a.A. BGH, NJW 1984, 1186.

110 *Brox/Henssler* (Fn. 91), § 8 Rn. 141.

111 *Reuschle*, in: EBJS-HGB (Fn. 101), § 25 Rn. 58.