

Sachverhalt

Der Versicherungskonzern SV hat seine Rücklagen in Immobilien angelegt. Eine dieser Immobilien ist an die Kreissparkasse K vermietet worden. V möchte dieses Mietverhältnis beenden und spricht gegenüber K eine Kündigung aus. Die Firmenjuristen von V und K streiten jetzt über die Wirksamkeit dieser Kündigung. V bittet den selbständigen Rechtsanwalt R um Erstellung eines Gutachtens zur Klärung der Rechtslage. Sie hofft, daß dieses Gutachten ihre Rechtsauffassung bestätigt und K bereits im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens zu einem Einlenken bewegt.

1. R hat sich gegen ein Honorar von DM 20.000,- verpflichtet, das gewünschte Gutachten anzufertigen. Da es sich um eine umfangreiche Aufgabe handelt, lehnt er andere Aufträge, die ihm zu einem Honorar in Höhe von DM 10.000,- verholfen hätten, ab. R beginnt mit seiner Arbeit, dann sie jedoch nicht zu Ende führen, da V aufgrund interner Unstimmigkeiten wichtige Informationen trotz wiederholter Aufforderung nicht wie vereinbart weitergibt. Dabei entstehen R durch mehrere erfolglose Fahrten zu V DM 2.000 an Reisekosten. R setzt V schließlich eine Frist von vier Wochen und droht mit Schadensersatzforderungen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist will R wissen, welche Ansprüche er gegen V geltend machen kann.
2. R kann das Gutachten anfertigen und gelangt zu dem Ergebnis, daß die Kündigung des Mietvertrages rechtmäßig sei. K läßt sich von dem Gutachten nicht beeindrucken. Acht Monate später kommt es schließlich zu einem Prozeß. In dem Verfahren stellt sich heraus, daß R die letzte Änderung der mietrechtlichen Kündigungsvorschriften verpaßt hat. Tatsächlich ist die Kündigung nach geltendem Recht eindeutig unwirksam. V verliert den Prozeß und muß die Kosten des Verfahrens und der gegnerischen Anwälte in Höhe von DM 30.000,- tragen. Nun macht R einen Anspruch gegen V auf Zahlung des vereinbarten Honorars in Höhe von DM 20.000,- geltend. V weigert sich. Hilfsweise will sie mit ihren Gegenansprüchen aufrechnen. R meint, für Beschwerden sei es jetzt zu spät. Muß V zahlen?
3. R kann das Gutachten anfertigen und gelangt zu dem Ergebnis, daß die Kündigung des Mietvertrages rechtmäßig sei. K läßt sich von dem Gutachten beeindrucken. K räumt die Immobilie des V und zieht in ein anderes Gebäude um. Dabei fallen Kosten in Höhe von DM 50.000,- an, die bei einem späteren Umzug nicht entstanden wären. Erst kurze Zeit später bemerkt K, daß R in seinem Gutachten von einer veralteten rechtlichen Grundlage ausgegangen ist. Nach geltendem Recht ist die Kündigung eindeutig unwirksam. Hat K einen Anspruch auf Schadensersatz gegen V oder R?

Gutachten

Bevor mit einer Bearbeitung der verschiedenen Fälle begonnen wird, muß zunächst festgestellt werden, welches Recht anwendbar ist. In Frage kommen würde hier neben dem Bürgerlichen Recht das Handelsrecht. Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute und bei Rechtsverhältnissen anzuwenden, bei denen zumindest ein Beteiligter die Kaufmannseigenschaft besitzt.¹ R ist auf Grund seines freien Berufes kein Kaufmann², V ist als Versicherung³ auch nicht als Kaufmann einzustufen, genauso wenig K als Sparkasse⁴. Folglich kommt nur Bürgerliches Recht zur Anwendung.

Fallvariante 1:

I) Anspruch des R auf Honorar in Höhe von 20000,-DM aus § 631 I BGB

R kann einen Anspruch auf das Honorar in Höhe von 20.000,- DM aus dem Gutachtenvertrag mit V haben. Fraglich ist, welchem Vertragstyp der Gutachtenvertrag zuzuordnen ist. Es könnte sich entweder um einen Dienst- oder um einen Werkvertrag handeln. Das Abgrenzungskriterium liegt im Ziel der Verträge. Der Dienstvertrag zielt auf die Arbeitsleistung als solche, das Wirken des Dienstleistenden ab, während der Unternehmer des Werkvertrages einen Erfolg erzielen, ein Werk herstellen, soll. Beim Dienstvertrag steht somit der Arbeitseinsatz im Mittelpunkt, während beim Werkvertrag darüber hinaus ein Arbeitsprodukt geschuldet wird.⁵ Objekt des Vertrages zwischen R und V ist die Erstellung eines Rechtsgutachtens seitens des R. Ein solches Gutachten ist ein unkörperliches Arbeitsergebnis, welches unmittelbar als herbeizuführendes Ergebnis durch die Tätigkeit des R ein Werk i.S. des § 631 II BGB darstellt.⁶ Es liegt auch weder ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB, da es nicht um die Übereignung einer fertigen Sache handelt, noch ein Auftrag gem. § 662 BGB, da die Erstellung entgeltlich vereinbart wurde, vor. Somit könnte ein Werkvertrag zwischen R und V gegeben sein.⁷

1) Wirksamer Werkvertrag zwischen R und V

R müßte als Unternehmer zu qualifizieren sein, der zur Herstellung eines versprochenen Werkes, d.h. zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses, im Austausch gegen die Zahlung eines Honorars seitens der V, verpflichtet wird. Unternehmer i.S. des § 631 I BGB ist jemand, der

¹ vgl. Jung, HR Kp. 1 Rn 1

² Röhrich, Vor §§ 1–7, Rn 37

³ da weder Angaben über das Gebiet, auf dem die Versicherung tätig ist, noch über ihre Gesellschaftsform gemacht werden; vgl. Röhrich §

1

Rn 45

⁴ vgl. Röhrich Vor §§ 1–7 Rn 30 mit Einschränkungen

⁵ vgl. Palandt - Sprau, Einf. v. § 631 Rn 5; Erman - Seiler, Vor § 631 Rn 4; Staudinger - Peters, Vorbem. Zu §§ 631 ff., Rn 22

⁶ vgl. Palandt - Sprau, Einf. v. § 631 Rn 4, 12; Erman - Seiler, Vor § 631 Rn 26; Soergel - Teichmann Vor § 631 Rn 63, BGH BB 1974,

578,

⁷ vgl. BGH BB 74, 578 f.

professionell oder gewerblich tätig ist. R ist selbständiger Rechtsanwalt und damit berufsmäßig in der Rechtsberatung tätig. Folglich ist er Unternehmer i.S. des § 631 I BGB.

Objekt des Vertrages ist die Erstellung eines Gutachtens, welches die Rechtsauffassung der V bezüglich der Wirksamkeit der Mietkündigung überprüfen und K gegebenenfalls zur vorprozesslichen Einlenkung bewegen soll. Dieses ist ein Werk i.S. des § 631 II BGB (s.o.), welches als Erfolg geschuldet ist.

V müßte Bestellerin des Werkes sein. V hat R um Erstellung eines Gutachtens zur Klärung der Rechtslage gebeten und sich im Gegenzug zur Zahlung eines Honorars i.H.v. DM 20.000,- verpflichtet. Folglich ist sie Bestellerin des Gutachtens.

Somit liegt ein wirksamer Werkvertrag i.S. des § 631 BGB vor.

2) Herstellung des versprochenen Werkes

R hat der V das gewünschte Gutachten nicht erstellt und damit seine Hauptleistungspflicht nicht erfüllt. Somit kann R nicht das vereinbarte Honorar verlangen.

Ergebnis: Der Honoraranspruch des R ist mit Abschluß des wirksamen Werkvertrages zwar gem. § 631 I BGB entstanden, ist aber noch nicht fällig, da das Gutachten weder fertiggestellt noch abgenommen ist.

II) Anspruch des R auf Zahlung einer Teilvergütung und DM 2.000,- Reisekostenersatz aus § 645 I BGB

Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes

Für einen Anspruch aus § 645 I BGB muß neben dem wirksamen Werkvertrag (ist hier gegeben; vgl. oben) ein Mangel des von V gelieferten "Stoffes" vorliegen. Der Begriff "Stoff" ist weit auszulegen,⁸ in diesem Fall sind die von R benötigten Informationen der gelieferte "Stoff". Mangelhaft in diesem Sinne ist der Stoff, wenn er für die vertragsgemäße Herstellung des Werkes nicht ausreicht.⁹ V hat jedoch die erforderlichen Informationen gar nicht geliefert, welches keinen Mangel i.S. des § 645 I 1 BGB darstellt.¹⁰

Ergebnis: R hat auf Grund fehlendem Stoffmangels keinen Anspruch aus § 645 I 1 BGB.

III) Anspruch des R auf eine Entschädigung aus § 642 I BGB

Die Mitwirkungspflicht des Bestellers ist beim Werkvertrag keine Hauptleistungspflicht, sondern eine reine Gläubigerobliegenheit.¹¹ Sie könnte nur

⁸ vgl. Staudinger – Peters § 645 Rn 13, 34

⁹ Erman - Seiler § 645 Rn 2, s.a. Staudinger – Peters o.ä., MünchKomm – Soergel § 645 Rn 5

¹⁰ vgl. OLG München NJW RR 1992, 348 f.

¹¹ Palandt – Sprau § 642 Rn 1; MünchKomm – Soergel § 642 Rn 1; vgl. Staudinger – Peters § 642 Rn 11; Kohler, NJW 1993, 417 ff.; 419

zu einer solchen geworden sein, wenn R und V dieses für ihren Vertrag festgelegt haben. Aus der Formulierung “wie vereinbart” kann dieses jedoch nicht zweifelsfrei aus dem Sachverhalt entnommen werden, da in Fällen wie dem vorliegenden die Informationsweitergabe selbstverständlich vereinbart werden muß. Somit hat R keinen Anspruch auf Erfüllung dieser Nebenpflicht und damit, da er seine Leistung nicht erfüllen kann, auf Zahlung des ganzen Honorars aus § 631 I BGB. § 642 BGB gewährt in diesem Falle eine Entschädigung, die der Besteller zu leisten hat.

1) Wirksamer Werkvertrag:

Es liegt gem. § 631 BGB ein wirksamer Werkvertrag zwischen R und V vor. (vgl. oben)

2) Unterlassene Mitwirkung des Bestellers

V müßte als Bestellerin eine Mitwirkungspflicht gehabt und diese unterlassen haben. R hätte das Gutachten nur auf Grund der Informationen der V erstellen können, die diese wie vereinbart an ihn weitergeben sollte. V tat dies nicht und verletzte damit ihre vertragliche Mitwirkungspflicht.¹²

3) Annahmeverzug des Bestellers durch die unterlassene Mitwirkung

Für einen Annahmeverzug der V müssen die Voraussetzungen der §§ 293, 297 BGB gegeben sein

a) Berechtigung des R, die Mitwirkung der V zu verlangen

Der Anspruch der V zur Herstellung des Gutachtens war erfüllbar, R war damit zur Herstellung berechtigt und durfte damit die Weitergabe der erforderlichen Informationen verlangen.

b) Ordnungsgemäßes Angebot des R

Gem. § 295, 2 BGB steht dem Angebot der Leistung die Aufforderung, die erforderlichen Informationen weiterzugeben an V gleich. Damit hat R ordnungsgemäß angeboten.

c) Leistungsbereitschaft des R

R war bereit und in der Lage, das Gutachten zu erstellen.

Damit liegt ein Annahmeverzug der V vor.¹³

Ergebnis: V hat R angemessen zu entschädigen. Eine solche Entschädigung umfaßt die bereitgehaltene Arbeitskraft und das Arbeitskapital, sowie die zeitlichen Dispositionen des Unternehmers¹⁴. Sie muß ihm somit eine Teilvergütung für seine bisherige Arbeit leisten. Dieses wäre in der Vergütung der aufgewendeten Arbeitsstunden möglich.

¹² vgl. BGH WM 1998, 440 ff.; 441

¹³ ein Verschulden der V ist nicht nötig; auch würde die Ignoranz der V zum Verschulden genügen, schließlich lag die Fertigstellung des Gutachtens in ihrem Interesse; vgl. auch BGH CR 1995, 265 ff., 266 f.

¹⁴ vgl. Staudinger – Peters § 642 Rn 24 ff.; MünchKomm – Soergel § 642 Rn 9

IV) Anspruch auf Vertragsaufhebung aus § 643 i.V.m. § 642 BGB

§ 643 BGB gibt dem Unternehmer eine Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, wenn die Voraussetzungen des § 642 BGB vorliegen und er dem Besteller eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung gesetzt hat. Sinn und Zweck des § 643 BGB ist, daß ein unbefristeter Fortbestand der Verpflichtung des Unternehmers zur Leistung ohne zeitliche Begrenzung unzumutbar für diesen wäre. Deshalb kann er durch Kündigung den Vertrag beenden und so die Dispositionsfreiheit über seine Arbeitskraft wiedererlangen.¹⁵

1) Voraussetzungen des § 642 I BGB

Die Voraussetzungen des § 642 I BGB sind gegeben. (s.o.)

2) Fehlende Mitwirkung des Bestellers

V hat durch die unterlassene Informationsweitergabe seine vertragliche Mitwirkungspflicht verletzt. (s.o.)

3) Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

R hat der V laut Sachverhalt nach wiederholter Aufforderung eine Frist von vier Wochen zur Weitergabe der Informationen gesetzt. Eine Vierwochenfrist ist zur Beibringung von Informationen, die der V eigentlich vorliegen müßten, angemessen, so daß V die Mitwirkung hätte nachholen können. R hatte V auch schon vorher wiederholt erfolglos zur Mitwirkung aufgefordert. Daher wußte V, daß R seine Leistung nicht ohne ihre Mitwirkung erbringen konnte. Jedoch hat R die Fristsetzung nicht mit einer Ablehnungsandrohung versehen, sondern mit Schadenersatzforderungen gedroht. Dem ist nicht mit genügender Klarheit zu entnehmen, daß hier eine Vertragsbeendigung und nicht etwa eine Mahnung beabsichtigt ist.¹⁶ Somit fehlt es hier an einer wirksamen Ablehnungsandrohung.

Ergebnis: R kann den Vertrag nur aufheben und damit von seiner Leistungsverpflichtung befreit werden, wenn er der V eine weitere angemessene Frist zur Informationsbeibringung mit wirksamer Ablehnungsandrohung setzt. Mit fruchtlosem Ablauf dieser Frist gilt der Vertrag gem. § 643, 2 BGB als aufgehoben und R wäre nicht mehr zur Leistung verpflichtet. Gem. § 645 I 2 BGB werden auch in diesem Fall die Ansprüche auf teilweise Vergütung und Auslagenersatz nicht betroffen.

V) Anspruch des R auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung i.H.v. DM 20.000,- aus §§ 326 I, i.V.m. 645 II BGB

§ 645 II BGB schließt ausdrücklich eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens nicht aus. Folglich kommt eine Haftung aus Verzug gem. §

¹⁵ vgl. Erman - Seiler § 643 Rn 1

¹⁶ vgl. Erman - Seiler § 643 Rn 2

326 I BGB in Betracht. Jedoch ist § 326 I BGB hier nicht anwendbar, da er auf den Verzug mit einer synallagmatischen Hauptleistungspflicht ausgelegt ist und die Mitwirkung des Bestellers weder im Austauschverhältnis zur Werksherstellung steht, noch eine Hauptleistungspflicht darstellt.¹⁷

VI) Anspruch des R auf Schadenersatz aus §§ 293, 304 i.V.m. 645 II BGB

Wie oben schon angesprochen, schließt § 645 II BGB eine weitergehende Haftung des Bestellers aus Verschulden gerade nicht aus. So könnte ein Ersatzanspruch für die Mehraufwendungen i.H.v. DM 2.000,- aus § 304 BGB gegeben sein.

1) Wirksamer Werkvertrag

Ein wirksamer Werkvertrag besteht zwischen V und R. (s.o.)

2) Gläubigerverzug der V durch die unterlassene Mitwirkung

Ein Gläubigerverzug durch die unterlassene Mitwirkungshandlung der V liegt vor. (s.o.)

Ergebnis: V muß dem R die notwendigen Mehraufwendungen, die diesem auf Grund seines Verzuges entstanden sind, ersetzen.¹⁸ Die zusätzlichen Reisekosten sind dem R durch seine erfolglosen Aufforderungen an V entstanden. Diese Fahrten sind als notwendig zu qualifizieren, da R alles tun wollte, um seine Vertragspflichten zu erfüllen und den Vertrag nicht zu gefährden. Somit hat er einen Anspruch auf Ersatz der Reisekosten i.H.v.. DM 2.000,- gegen V.

VII) Anspruch des R auf Schadenersatz i.H.v. DM 10.000,- aus PVV des Werkvertrags

R kann einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf den Bestand des Werkvertrages und die Vertragstreue der V vertraut hat, aus PVV des Werkvertrags haben.

1) Bestehen eines Schuldverhältnisses

R und V haben einen wirksamen Werkvertrag geschlossen. (s.o.)

2) Regelungslücke

Das Werkvertragsrecht enthält keine Vorschrift, die regelt, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn durch die Verweigerung der Mitwirkung die Herstellung des Werkes verhindert wird. Die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts greifen nicht, da die Mitwirkung der V eine bloße Obliegenheit ist und somit die Verweigerung keine Hauptpflichtverletzung darstellt, (vgl. oben) zudem werden durch sie nur direkte Verzugsschäden ersetzt. Folglich ist eine Regelungslücke gegeben.

¹⁷ vgl. Palandt-Heinrichs § 326 Rn 7

¹⁸ vgl. Emman – Battes § 304, Rn 2

3) Pflichtverletzung der V

V hatte die vertragliche Pflicht, dem R die nötigen Informationen für das Gutachten zukommen zu lassen. Diese Mitwirkungspflicht hat V verletzt. Das Vertrauen in die V kann durch die Nichtweitergabe der Informationen aber nicht dermaßen zerstört sein, daß es R nicht mehr zumutbar ist, weiterhin zu erfüllen. Er hat sogar weiterhin die Pflicht zu erfüllen, wenn V die Informationen innerhalb der neu gesetzten Frist weiterleitet und könnte dann sogar das Honorar verlangen. Davon ist aber hier nicht auszugehen, somit hat R einen Schadenersatzanspruch i.H.v. DM 10.000,-, die er auf Grund der anderen abgelehnten Aufträge verdient hätte, wenn der V ein Verschulden zur Last gelegt werden kann.

4) Verschulden der V

Der Haftungsmaßstab ergibt sich aus dem § 276 I BGB. V hat auch nach wiederholter Aufforderung und vierwöchiger Fristsetzung nicht reagiert und die nötigen Informationen weitergegeben. Sie hat dem R damit wissentlich ihre Mitwirkung am Vertrag vorenthalten und folglich zumindest fahrlässig, also schuldhaft, gehandelt.

Ergebnis: R hat einen Anspruch auf Schadenersatz aus PVV gegen V. Sie hat den R so zu stellen, wie er stünde, wenn er keine Vertrag mit ihr abgeschlossen hätte. Dann hätte R die anderen Aufträge angenommen und hierfür Honorare i.H.v. DM 10.000,- bekommen.

Endergebnis: R hat einen Schadenersatzanspruch i.H.v. DM 10.000,- aus PVV des Werkvertrages und einen Anspruch auf Teilvergütung. Er kann aber nicht beide Ansprüche nebeneinander geltend machen, sondern muß einen auswählen, da sie sich gegenseitig ausschließen. Einen Schadenersatzanspruch kann R nur geltend machen, wenn ihm ein Schaden entstanden ist. Im vorliegenden Fall ist R ein Schaden durch die Ablehnung der anderen Aufträge im Vertrauen auf den Bestand des Vertrages mit V entstanden. Eine Teilvergütung ist ein teilweiser Honoraranspruch, der die bisherige Arbeit des R an dem Gutachten vergütet. Somit würden beide Ansprüche den "gleichen" Schaden "ersetzen" - und zwar denjenigen, der dem R auf Grund seines Vertrauens entstanden ist - womit sie sich gegenseitig ausschließen. Des weiteren steht ihm ein Ersatzanspruch für die Mehraufwendungen i.H.v. DM 2.000,- Fahrtkosten aus § 642 BGB zu.

Fallvariante 2:

I) Anspruch des R auf DM 20.000,- Honorar aus § 631 I BGB

1) Wirksamer Werkvertrag

Voraussetzung für einen Anspruch des R auf das vereinbarte Honorar ist das Vorliegen eines wirksamen Werkvertrages. V hat R um die Erstellung eines Rechtsgutachten gegen ein Honorar i.H.v. DM 20.000,- gebeten. R hat dieses Angebot angenommen. Somit liegt ein wirksamer Werkvertrag vor. (vgl. oben)

2) Herstellung des vertragsgemäßen mangelfreien Werkes¹⁹

Geschuldet war ein Gutachten, durch welches die Rechtslage geklärt, möglichst die Rechtsauffassung der V bestätigt und eventuell die K beeindruckt werden sollte. Für ein mangelhaftes Werk müßte das Gutachten einen Fehler i.S. von § 633 I BGB enthalten, der den Wert oder die Tauglichkeit zu den gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert. R hat ein Gutachten erstellt; daß jedoch die Rechtsauffassung der V dadurch bestätigt und K beeindruckt wird, ist nicht Vertragsgrundlage und –ziel geworden, sondern das Gutachten sollte die Rechtslage klären. Dieses kann es aber nur, wenn es der aktuellen Rechtslage entspricht. Ein solches Rechtsgutachten wird nach bestem Wissen und Gewissen erstellt²⁰ und kann daher nicht von den Erwartungen des Bestellers an sein Ergebnis abhängig gemacht werden. R hat die letzte Änderung der mietrechtlichen Kündigungsvorschriften verpaßt und sie somit nicht in das Gutachten einbezogen. Es ist somit nicht aktuell und folglich unbrauchbar und wertlos für V. Damit liegt gem. § 633 I BGB ein mangelhaftes Werk vor. R hat seiner Hauptleistungspflicht – der Herstellung des vertragsgemäßen Werkes – nicht genüge getan.

3) Abnahme des Werkes

R kann, wenn V das Gutachten vorbehaltlos abgenommen hat, trotzdem einen Anspruch auf das Honorar haben. Dies ergibt sich aus den §§ 640 II, 641 I BGB. Abnahme bedeutet Hinnahme des Werkes verbunden mit dessen Billigung als die in der Hauptsache vertragsgemäßen Leistung.²¹ V hat das Gutachten von R entgegengenommen und dieses verwertet, indem sie es erst der K und dann dem Gericht vorlegte.²² Die Gewährung einer angemessenen Prüfungsfrist, wie sie der BGH bei Sachverständigengutachten fordert,²³ ist hier nicht zu berücksichtigen, da spätestens mit der Verwertung des Gutachtens die Abnahme vorlag.

4) Wirkung der Abnahme

Mit der Abnahme wird gem. § 641 I BGB das Honorar fällig.

Ergebnis: R hat einen fälligen Honoraranspruch i.H.v. DM 20.000,- gegen V.

¹⁹ vgl. Staudinger – Peters § 631 Rn 42; vgl. MünchKomm – Soergel, § 631, Rn 127

²⁰ vgl. BGH WM 1998, 440 ff., 441; BGH JZ 1998, 624 ff., 625

²¹ vgl. Palandt - Sprau, § 640 Rn 2

²² vgl. Palandt - Sprau, § 640 Rn 3

²³ vgl. BGHZ 58, 85 = BGH NJW 1972, 625

II) Anspruch des V auf Wandelung des Gutachtervertrages bzw. Minderung des Honorars aus §§ 634, 467 I, 346 I BGB

V möchte das Honorar des R nicht zahlen. Dann müßte sie den Vertrag wandeln, damit die Vorschriften über den Rücktritt gem. §§ 467 I, 346 I BGB zur Anwendung kommen und sich der Werkvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Das gleiche Ziel kann mit einer Minderung des Honorars des R auf Null erreicht werden. Eine solche Minderung ist bei besonders schwerwiegenden Mängeln möglich.²⁴

1) Wirksamer Werkvertrag

Ein wirksamer Werkvertrag liegt vor. (s.o.)

2) Vorliegen eines Mangels i.S. des § 633 I BGB

R hat bei der Erstellung des Gutachtens die aktuellen Änderungen im Mietkündigungsrecht außer Acht gelassen und damit ein mangelhaftes Werk hergestellt. (vgl. oben) Dadurch ist das Gutachten wertlos und folglich mit einem besonders schwerwiegenden Mangel behaftet.

3) Ausschluß der Gewährleistungsansprüche durch die Abnahme?

V hat das Gutachten abgenommen. (s.o.) Durch die Abnahme hat sich der Erfüllungsanspruch der V auf Mängelbeseitigung konkretisiert, die Gewährleistungsansprüche werden hierdurch jedoch nicht betroffen.²⁵

4) Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

V hat dem R keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt. Diese ist aber gem. § 634 II BGB entbehrlich, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. Als solches gilt jedes schutzwürdige Interesse, sofern es die erforderliche Intensität hat²⁶ oder die Mängelbeseitigung unmöglich ist²⁷. Im vorliegenden Fall kann Ziel und Zweck des Gutachtens auf Grund gegenteiliger Auffassung und Entscheidung des Gerichts nicht mehr erreicht werden. Somit ist eine Mängelbeseitigung nicht mehr möglich. Damit ist ein berechtigtes Interesse der V gegeben und eine Fristsetzung entbehrlich.

5) Ausschluß des Anspruchs

Ein Ausschluß des Anspruchs gem. §§ 634 III oder § 640 II BGB ist nicht ersichtlich.

6) Anspruch nicht einredebehaftet

²⁴ vgl. Staudinger - Peters § 634 Rn 64, OLG Köln BauR 1992, 760

²⁵ Palandt - Sprau Vorbem. v. § 633 Rn 4, 5; BGHZ 77, 134 ff.; vgl. Köhler, JZ 1989, 772 ff., 772, 774 - Köhler geht allerdings davon aus, daß

nur Ansprüche aus § 635 BGB und PVV nicht ausgeschlossen sind., welches hier nicht zu diskutieren ist, da ein Anspruch aus § 634 BGB nicht

eingreift

²⁶ vgl. Staudinger - Peters § 634 Rn 30

²⁷ Soergel - Teichmann § 634 Rn 7

R macht im vorliegenden Fall durch seine Aussage, daß es für Beschwerden jetzt zu spät sei, die Einrede der Verjährung geltend. Gem. § 638 I BGB verjähren Ansprüche auf Wandelung und Minderung wegen Mangelhaftigkeit des Werks in sechs Monaten nach Abnahme (§ 638 I BGB). In diesem Falle machte V ihre Ansprüche acht Monate nach Abnahme des Werkes geltend, womit die Sechsmonatsfrist abgelaufen und der Anspruch verjährt ist.

Ergebnis: V hätte zwar einen Anspruch auf Wandelung des Werkvertrages oder Minderung des Honorars, kann diesen jedoch auf Grund der Verjährung, die R geltend macht, nicht durchsetzen.

III) Anspruch der V auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB i.H.v. DM 30.000,-

§ 635 BGB gewährt einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, welches dem Besteller ein Wahlrecht zwischen sogenanntem kleinen und großen Schadenersatz gibt. Der kleine Schadenersatz wird nach der Austauschtheorie berechnet, welche besagt, daß der Besteller das Werk behalten und nur den durch den Mangel bedingten Schaden ersetzt verlangen kann, wobei er weiterhin zur Gegenleistung verpflichtet bleibt.²⁸

Der große Schadenersatz berechnet sich nach der Differenzmethode. Hier kann der Besteller das mangelhafte Werk zurückweisen, die Entrichtung jeglicher Vergütung verweigern und Ersatz des durch den Mangel verursachten Schadens verlangen.²⁹

Eine Entscheidung zwischen den beiden Theorien kann dahinstehen, da V das Honorar aufgrund des Anspruchs des R aus § 631 I BGB ohnehin zahlen muß. Dazu müssen die Voraussetzungen des § 634 I BGB vorliegen. § 635 BGB gewährt einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung statt Wandelung oder Minderung, folglich müssen die Voraussetzungen für Wandelung bzw. Minderung vorliegen.

1) Voraussetzungen der §§ 634 I, 633 I BGB

Es liegen ein wirksamer Werkvertrag i.S. des § 631 BGB und ein mangelhaftes Werk i.S. des § 633 I BGB vor. Ein Bedarf zur Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung besteht auf Grund besonderen Interesses der V nicht. (vgl. oben) Damit sind die Voraussetzungen der §§ 634 I, 633 I BGB gegeben.

2) Vorliegen eines Schadens

Beim Besteller muß ein Schaden auf Grund der Mangelhaftigkeit des Werkes entstanden sein. V hat, da sie sich auf die Richtigkeit des Gutachtens verlassen hat, den Prozeß verloren und dadurch muß sie die

²⁸ vgl. Brox AS Rn 267, BS Rn 270; Erman – Seiler, § 635, Rn 16

²⁹ Erman - Seiler, § 635 Rn 17; vgl. Brox AS Rn 268, BS Rn 270

Kosten des Verfahrens i.H.v. DM 30.000,- tragen. Fraglich ist, ob ein solcher Schaden gem. § 635 BGB ersetzt wird. Nach dem Wortlaut werden nur direkte Mangelschäden am Werk ersetzt. Hier liegt jedoch ein Schaden vor, der nicht dem Gutachten als Werk als solches anhaftet, sondern in Folge der Mangelhaftigkeit entstanden ist. Es könnten nach § 635 BGB sämtliche von einem Werkmangel verursachten Schäden ersetzt werden,³⁰ da der Besteller durch den Schadenersatz wegen Nichterfüllung so gestellt werden muß, wie er stünde, wenn mangelfrei erfüllt worden wäre. Zudem hat die kurze Verjährung gem. 638 BGB, der der Anspruch aus § 635 BGB unterliegt, den Zweck, Beweisschwierigkeiten zu vermeiden und die Vertragsabwicklung zu beschleunigen.³¹ Jedoch entstehen solche Schäden wie im vorliegenden Fall typischerweise erst in der Folge des Mangels, also unter Umständen dann, wenn die Sechsmonatsfrist des § 638 BGB bereits abgelaufen ist. Dies würde einen Ersatz der Mangelfolgeschäden versagen. Dieses Ergebnis ist untragbar. Eine Möglichkeit besteht in der Verlagerung des Fristbeginns. Gem. § 638 I, 2 BGB beginnt die Frist mit Abnahme des Werkes. Der Lauf der Frist könnte in Anlehnung an § 852 I BGB dahin korrigiert werden, daß er erst mit Kenntnis von Schaden und Ersatzmöglichkeiten beginnt.³² Hier würde dann aber ein Merkmal aus dem Recht der unerlaubten Handlung verwendet werden, das dem Vertragsrecht fremd ist und damit gegen den Wortlaut des Gesetzes verstieße.³³ Eine weitere Möglichkeit wäre, die Entstehung des Schadens anstatt der Abnahme gem. § 198 BGB als das den Lauf der Verjährung auslösende Ereignis anzunehmen.³⁴ Allerdings ist die Abnahme mit ihren Wirkungen für den Werkvertrag ein maßgebliches Merkmal, so daß auf sie - bzw. wo diese nicht möglich ist, auf die ihr nach § 646 BGB gleichzusetzende Vollendung des Werkes - als den für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Zeitpunkt nicht verzichtet werden kann.³⁵

Eine Lösung dieses Problems gibt die Möglichkeit, Mangelfolgeschäden über die Grundsätze der PVV zu ersetzen und diese damit dem Geltungsbereich des § 635 BGB und so auch der kurzen Verjährung des § 638 BGB zu entziehen. Ansprüche aus PVV unterliegen der allgemeinen dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB. Der BGH trifft hierzu noch eine weitere Differenzierung der Schadensarten in sogenannte entfernte und

³⁰ so Medicus BR Rn 357; Brox, BS Rn 270

³¹ vgl. Mot. II 486, 238

³² vgl. zum Ganzen Larenz II/1 § 53 II b S. 355 f.

³³ vgl. BGHZ 67, 1 ff., 7

³⁴ vgl. Schubert, BB 1975, 585 ff., 586 f.

³⁵ vgl. BGHZ 67, 1 ff., 7 f.

nahe Mangelfolgeschäden,³⁶ wobei die nahen Mangelfolgeschäden noch dem § 635 BGB unterfallen sollen. Solche liegen vor, wenn ein enger Zusammenhang von Mangel und Schaden besteht, welcher sich am Leistungsobjekt orientiert. Der Schaden der V besteht im vorliegenden Fall in der Tragung der Kosten auf Grund des verlorenen Prozesses. Hätte R die aktuellen Änderungen des Mietkündigungsrechtes berücksichtigt, wäre er zu dem Ergebnis gekommen, daß die Kündigung unwirksam war, worauf V nicht gegen K prozessiert hätte. V hätte den Prozeß nicht verloren und müßte nun nicht die Prozeßkosten i.H.v. DM 30.000,- tragen. Das Gutachten ist somit zwar kausal für den Schaden, jedoch ist dieser nicht unmittelbar durch das fehlerhafte Gutachten entstanden, haftet ihm folglich nicht unmittelbar an, womit das Vorliegen eines nahen Mangelfolgeschadens zu verneinen ist. Somit ist der Schaden aus PVV zu ersetzen.³⁷ Dies widerspricht auch nicht dem Sinn und Zweck des § 638 BGB, denn Beweisschwierigkeiten treten bei einem Gutachten nicht auf, da es schriftlich festgehalten ist. Zudem mußte R wissen, daß Auswirkungen einer Mangelhaftigkeit seines Gutachtens sich erst im Laufe eines Prozesses zeigen können und somit damit rechnen, daß er für Mangelfolgeschäden auch noch nach Ablauf der Sechsmonatsfrist des § 638 BGB in Anspruch genommen werden kann.³⁸

Ergebnis: Ein Anspruch auf Schadenersatz aus § 635 BGB liegt auf Grund der Qualifikation als Mangelfolgeschaden nicht vor und damit ist die Anwendung des § 635 BGB ausgeschlossen.

IV) Anspruch der V auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung i.H.v. DM 30.000,- aus PVV des Werkvertrages

1) Bestehen eines Schuldverhältnisses

Es liegt ein gültiger Werkvertrag gem. § 631 BGB zwischen R und V vor. R hat ein Rechtsgutachten erstellt, welches V abgenommen hat. (s.o.)

2) Regelungslücke

Gem. § 635 BGB werden nur Mangelschäden und nahe Mangelfolgeschäden ersetzt, im gegebenen Fall liegt aber ein entfernter Mangelfolgeschaden vor. (s.o.) Andere Vorschriften, die einen solchen Schaden ersetzen, sind nicht ersichtlich. Somit ist eine Regelungslücke gegeben.

3) Pflichtverletzung des R

R müßte eine ihm obliegende Pflicht verletzt haben. Er hat auf Grund fehlender Information nicht die aktuellen Gesetzesänderungen in das

³⁶ vgl. BGHZ 67, 1 ff., 8; BGHZ 35, 130 ff., 132 f.; BGH NJW 1965, 106f., 107; vgl. zum Ganzen auch BGH NJW 1976, 1502 f.

³⁷ der BGH vermeint explizit die Anwendung der §§ 635, 638 BGB auf Mangelfolgeschäden aus Gutachten und bedient sich zur Begründung

eines Schadenersatzanspruches der PVV (vgl. BGHZ 58, 85; 67, 1 ff., 8f.)

³⁸ vgl. BGH NJW 1976, 1502 f., 1503

herzustellende Gutachten einbezogen, so daß er seine Hauptleistungspflicht, - ein mangelfreies Werk herzustellen – verletzt hat.

4) Verschulden des R

Der Verschuldensmaßstab bestimmt sich nach § 276 I BGB. R hat für Vorsatz und Fahrlässigkeit zu haften. Der Fehler ist ihm auf Grund mangelnder Informiertheit unterlaufen. Als Rechtsanwalt hat er die Pflicht, sich über Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen auf dem Laufenden zu halten. Damit hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und folglich fahrlässig gehandelt.

Ergebnis: Der durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden wird ersetzt. Der § 326 BGB wird analog angewendet, wenn der Gläubiger infolge der Pflichtverletzung an der Vertragserfüllung kein Interesse mehr hat (vgl. § 326 II BGB). Eine Vertragserfüllung ist durch das Urteil für V sinnlos geworden, somit hat sie einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung i.H.v. DM 30.000,- aus PVV des Werkvertrages.

V) Schadenersatzanspruch der V gegen R i.H.v. DM 30.000,- aus § 826 BGB

Es könnte ein Anspruch der V aus Delikt bestehen, jedoch ist die Aufrechnung, die V hier erstrebt, gem. § 393 BGB nicht möglich. So wird von einer weitergehenden Prüfung dieses Anspruches abgesehen.

VI) Aufrechnung des Schadenersatzanspruches aus PVV des Werkvertrages der V mit dem Honoraranspruch des R aus § 631 I BGB gem. §§ 387, 389 BGB

1) Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB

Für eine wirksame Aufrechnung muß zunächst eine Aufrechnungserklärung der V vorliegen. Die Aufrechnungserklärung gem. § 388, 1 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung³⁹, die dem R gegenüber ohne Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden muß⁴⁰. V müßte somit dem R gegenüber die Aufrechnungserklärung abgeben, damit die Forderungen, soweit sie sich decken, gem. § 389 BGB als erloschen gelten.

2) Aufrechnungslage gem. § 387 BGB

a) Gegenseitigkeit der Forderungen

V und R sind zugleich Gläubiger und Schuldner des jeweils anderen;⁴¹ die Forderungen bestehen also zwischen denselben Personen. Damit ist die Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben.

³⁹ vgl. Palandt – Heinrichs § 388 Rn 1

⁴⁰ vgl. § 388, 2 BGB

⁴¹ vgl. Palandt – Heinrichs § 387 Rn 4

b) Gleichartigkeit der Forderungen

Die Haupt- und die Gegenforderung müssen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. Hier handelt es sich um zwei Geldforderungen, womit die Gleichartigkeit gegeben ist.⁴²

c) Wirksamkeit der Forderungen

Sowohl der Schadenersatzanspruch als auch die Honorarforderung ist wirksam. (s.o.)

d) Fälligkeit der Gegenforderung

Die Gegenforderung ist hier der Schadenersatzanspruch der V. Die Fälligkeit bestimmt sich nach § 271 I BGB. Da weder eine Leistungszeit bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, kann V sofort Zahlung der DM 30.000,- verlangen. Damit ist der Schadenersatzanspruch fällig. Die Hauptforderung – die Zahlung des Honorars – ist gem. § 641 BGB mit Abnahme fällig geworden und erfüllbar.

3) Kein Ausschluß der Aufrechnung

Die Aufrechnung darf nicht ausgeschlossen sein. Im vorliegenden Fall ist ein solcher Ausschluß weder durch Parteivereinbarung noch durch Gesetz ersichtlich.

(End-)Ergebnis: V kann ihre Schadenersatzforderung i.H.v. DM 30.000,- mit der Honorarforderung des R i.H.v. DM 20.000,- aufrechnen, wenn sie ihm gegenüber die Aufrechnung erklärt. Ihr bliebe dann noch eine Restforderung ihres Schadenersatzanspruches i.H.v. DM 10.000,-.⁴³

Fallvariante 3

A) Ansprüche der K gegen V

I) Anspruch der K auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- aus PVV des Mietvertrages gegen V

K kann auf Grund des Mietvertrages mit V einen Schadenersatzanspruch aus PVV haben, da sie als Vertragspartnerin der V auch ein Recht auf eine "ordnungsgemäße" Kündigung haben kann. V ist aus dem Vertrag zur Rücksichtnahme verpflichtet und hat alles zu unterlassen, was die Mieterin schädigen kann.⁴⁴

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses

⁴² vgl. Palandt – Heinrichs, § 387 Rn 8

⁴³ DM 30.000,- Schadenersatz der V – DM 20.000,- Honorar des R = DM 10.000,- Restforderung zu Gunsten der V

⁴⁴ Sonnenschein, JA 1985, 1ff., 12

Es besteht ein Schuldverhältnis - ein Mietvertrag – zwischen V und K, denn eine unberechtigte Kündigung weist keinerlei Rechtswirkungen auf.⁴⁵ Durch die Räumung der Mietsache ist auch keine schlüssige Mietaufhebungsvereinbarung entstanden, da V sie nur als Reaktion auf ihre Kündigung i.V.m. dem Gutachten verstehen konnte.⁴⁶

2. Regelungslücke

Das Gesetz hält keine Ansprüche des Mieters wegen unberechtigter Kündigung bereit, die Verpflichtung des Vermieters zur Rücksichtnahme und das Recht des Mieters auf eine ordnungsgemäße Kündigung und damit ordnungsgemäße Beendigung des Mietvertrages sind Nebenpflichten, die V hier verletzt hat. Somit besteht eine Regelungslücke.

3. Pflichtverletzung der V

Die Pflichtverletzung der V liegt, wie oben erwähnt, in der unberechtigten Kündigung. V hat gegenüber K ihre Sorgfaltspflichten als Vermieterin verletzt. Die unwirksame Kündigung hat zu einem Schaden bei K geführt.

4. Verschulden der V gem. § 276 BGB

V müsste die Pflichtverletzung verschuldet haben. Der Verschuldensmaßstab ist § 276 BGB. Hier kommt nur ein fahrlässiges Verschulden gem. § 276 I, 2 BGB in Betracht. V hat jedoch auf Grund der Unklarheiten von R ein Gutachten zur Klärung der Rechtslage erstellen lassen. Somit hat sie alles getan, was bezüglich der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von ihr verlangt werden kann.⁴⁷ Folglich liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung seitens der V vor.

Jedoch könnte ihr ein eventuelles Verschulden des R über § 278 BGB zugerechnet werden.

a) Ist R Erfüllungsgehilfe der V?

Erfüllungsgehilfen der V sind gem. § 278 BGB Personen, die mit ihrem Willen bei Erfüllung der ihr obliegenden Verbindlichkeiten tätig werden.⁴⁸

Hier hat sich die V der Rechtskunde des R bedient, um die Rechtslage zwischen ihr und der K zu klären. R war somit Erfüllungsgehilfe der V.

b) Eigenes Verschulden des R

R müsste ein Verschulden gem. § 276 I BGB an der Sorgfaltspflichtverletzung der V aus dem Mietvertrag treffen. Er hat hier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, indem er sich nicht über die aktuellen Gesetzesänderungen informiert hat. Dadurch hat er gem. § 276 I BGB fahrlässig die Pflichtverletzung verschuldet.

⁴⁵ Wolf, Rn 1172, vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54

⁴⁶ Stempel MDR 1976, 265 ff., 267 f.

⁴⁷ vgl. Stempel, MDR 1976, 265 ff.; 266 f.

⁴⁸ vgl. Palandt – Heinrichs § 278 Rn 7

Damit liegt ein Verschulden des R vor, das der V über § 278 BGB zugerechnet werden kann.

5. Eigene Vertragstreue der K

Die eigene Vertragstreue der K ist nicht dadurch zerstört, daß sie die Mietsache geräumt hat, denn sie ist im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben der V ausgezogen.⁴⁹ Eine unterlassene Prüfung des Gutachtens ist K auch nicht vorzuwerfen, auch wenn sie eigene Firmenjuristen hat, denn da es von einem nichtbeteiligten, selbständigen Rechtsanwalt erstellt wurde, kann von dessen Objektivität ausgegangen werden, zumal dieses Gutachten die strittige Rechtslage zwischen den Juristen der V und der K klären sollte. Auch ein eventuelles Mitverschulden ist damit nicht gegeben. K hat sich also nicht in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten gesetzt und sich damit vertragstreu verhalten.

Ergebnis: K hat einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- gegen V aus PVV des Mietvertrages.

II) Anspruch der K auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- gegen V aus Delikt

Der Schaden der K liegt in den Umzugskosten, welche reine Vermögensschäden sind. Über das Deliktsrecht werden normalerweise keine Vermögensschäden ersetzt; § 826 BGB bildet hier aber eine Ausnahme.⁵⁰ (vgl. oben) In Frage kommen würde auch ein Anspruch aus § 831 I BGB. Jedoch ist für den deliktischen Schadenersatz auch immer ein Verschulden des Schädigers nötig, welches in der Person der V nicht vorliegt (s.o.); auch aus einer möglichen Haftung aus § 831 I BGB könnte sich V exculpieren, da sie nachweisen kann, daß sie mit R einen Gutachter ausgewählt hat, der staatlich anerkannte Kompetenz in Sachen Rechtsberatung und –auskunft besitzt.

Ergebnis: K hat keinen deliktischen Schadenersatzanspruch gegen V.

B) Ansprüche der K gegen R

I) Anspruch der K auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- gegen R aus einem eigenen Auskunftsvertrag

Ein eigener Auskunftsvertrag könnte zwischen R und K angenommen werden, der dadurch zustande gekommen ist, daß R das Gutachten mit dem Wissen in den Rechtsverkehr gegeben hat, daß seine Auskunft für einen Dritten bestimmt ist und ihm dabei auch bewußt ist, welche Bedeutung diese Auskunft für den hierauf vertrauenden Dritten haben kann.⁵¹ Das kann als

⁴⁹ vgl. Stempel MDR 1976, 265 ff., 269

⁵⁰ vgl. Palandt - Thomas, § 826 Rn 1

⁵¹ OLG Köln NJW – RR 1988, 335 f.; BGH WM 1964, 117 ff.

Vertragsangebot gesehen werden, welches K durch die Verwendung des Gutachtens angenommen haben kann.⁵² Diese Annahme basiert auf einer auf Grund von Treu und Glauben zugebilligten Haftung aus berufsmäßiger Sachkenntnis⁵³ und Vertrauen in die Persönlichkeit des R⁵⁴. Hier wird allerdings die Ausnahme des § 676 BGB, der eine Haftung für einen Rat nur auf Grund eines Vertrages auferlegt, zum Regelfall gemacht. R wollte eine solche Haftung gegenüber K nicht eingehen, es bestanden auch keine persönlichen vertraglichen Kontakte zwischen K und R.⁵⁵ Ein solcher Vertrag wäre dann entstanden, ohne daß die Parteien daran mitgewirkt hätten. Es wäre sozusagen ein Vertragsschluß mit jedem, den es angeht, der eine uferlose Ausweitung der Anwaltshaftung nach sich zöge, zustande gekommen. Dies ist nicht erstrebenswert. Es wäre nur möglich, wenn R vertraglich eine solche Haftung übernommen hätte, was hier aber nicht der Fall ist. Auch fehlt es für die Annahme eines Vertrages, der eine Ausnahme des § 676 BGB bildet, an einer Entgeltlichkeit. Dazu müßte K auch wissen, daß es dem R verboten ist, in derselben Rechtssache gleichzeitig zwei Parteien anwaltliche Dienste zu leisten.

Ergebnis: Es besteht kein Anspruch der K aus eigenem Auskunftsvertrag.

II) Anspruch der K auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- gegen R aus PVV i.V.m. §§ 631 I, 328, 242 BGB

Die Umzugskosten i.H.v. DM 50.000,- sind, wie die Prozeßkosten in Fallvariante 2 (s.o.) keine dem Gutachten als Werk direkt anhaftenden Mangelschäden, sondern Mangelfolgeschäden, die damit nicht über § 635 BGB sondern über PVV des Gutachtenvertrages zu ersetzen wären. (s.o.)

Der Gutachtenvertrag zwischen R und V könnte ein Vertrag zu Gunsten Dritter sein, so daß R auch gegenüber K haften muß. Dies ist heftig umstritten. Eine Dritthaftung wird teilweise bei Fahrlässigkeit absolut abgelehnt,⁵⁶ da diese ein unbegrenztes Haftungsrisiko für den Gutachter darstellen, die Privatautonomie in puncto freier Vertragspartnerwahl unterlaufen werden⁵⁷ und § 676 BGB schließlich explizit besagen würde, daß sich eine Haftung für fehlerhaften Rat oder Empfehlung nur aus Vertrag oder Delikt ergeben könne⁵⁸. Hier geht es aber nicht um einen direkten Vertrag zwischen K und R, sondern um den Gutachtervertrag zwischen R und V, der entgeltlich war. Somit greift der Haftungsausschluß des § 676 BGB nicht ein. Dazu könnte

⁵² vgl. Müssig, NJW 1998, 1697 ff., 1701

⁵³ vgl. Canaris JZ 1995, 441 ff. 445; Haller, Jura 1997, 234 ff., 235

⁵⁴ vgl. OLG München BB 1956, 865 f.; 866, Müssig NJW 1998, 1697 ff., 1699, 1701

⁵⁵ vgl. Medicus im Anschluß an BGH JZ 1995, 306 ff., 308; vgl. BGH NJW 1973, 321, 323

⁵⁶ Ebke, BB 1997, 1731 ff., der zwar über die Haftung des Pflichtprüfers spricht, dessen Grundsätze aber genauso für andere Personen, die anerkanntermaßen über spezielle Sachkunde verfügen und auf Grund dessen Empfehlungen und Gutachten erstellen können, gelten

⁵⁷ Kiss, WM 1999, 117, 118

⁵⁸ Kiss, o.a. S. 121

anzumerken sein, daß sich die Unabhängigkeit des Gutachters und eine Haftung für auf Grund des Gutachtens entstandene Schäden nicht gleichzeitig vorstellbar sind. Die Haftung beruht aber auf der Pflicht des Gutachters, sein Werk nach bestem Wissen und Gewissen zu erstellen. (vgl. oben) Dadurch wird seine gesetzliche Unabhängigkeit nicht tangiert, da diese immer durch die Pflichten zur Objektivität und zur Erstellung nach bestem Wissen und Gewissen begrenzt wird. Das Haftungsrisiko und die Einschränkung der Vertragspartnerwahl und damit der Privatautonomie des R wird durch das Merkmal Erkennbarkeit des Einbezugs der K begrenzt. So muß ein Gutachter auch bei fahrlässigem Verschulden für die dadurch entstandenen Schäden haften. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Haftung bei Fahrlässigkeit abgelehnt werden sollte.

1) Liegt ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor?

a) Leistungsnähe der K

K müßte der Schlechtleistung genauso ausgesetzt sein, wie V als Vertragspartnerin. Hätte sich K nicht von dem Gutachten beeindrucken lassen, wäre es wie in Fallvariante 2 zu einem Gerichtsverfahren gekommen. V hätte den Rechtsstreit verloren, die Prozeßkosten tragen müssen und damit einen Schaden erlitten. Somit ist K der Schlechtleistung genauso ausgesetzt wie V und hat damit auch die erforderliche Leistungsnähe.

b) Schutzinteresse der V als Gläubigerin

Das veraltete Kriterium der Mitverantwortlichkeit des Gläubigers für das "Wohl und Wehe" des Schuldners wird heute mit dem bestimmungsgemäßen Zugutekommen der Leistung an den Dritten umschrieben.⁵⁹

V hat das Gutachten zur Klärung der Rechtslage in Auftrag gegeben. Im Grunde ist dieses auch das Interesse der K, denn auch sie will wissen, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht.⁶⁰ Natürlich soll das Gutachten der K nicht in erster Linie zu Gute kommen, aber von unmittelbarer Gegenläufigkeit der Interessen kann auch dann nicht gesprochen werden, wenn die Parteien sich verschiedene Ergebnisse davon versprechen. Dazu kommt, daß R eine neutrale Person ist, die über vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, von der gegenüber K Gebrauch gemacht werden soll. V hat auch ein Interesse daran, daß das Gutachten eine gewisse Beweiskraft besitzt, welches nur gewährleistet ist, wenn R es nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und er auch, da es in den Rechtsverkehr gelangen soll, Dritten gegenüber dafür einsteht.⁶¹ Somit

⁵⁹ vgl. Brox AS Rn 378

⁶⁰ vgl. BGHZ 69, 82 ff., 88

⁶¹ vgl. BGH BB 1995, 170f; a.A. Medicus im Anschluß an BGH JZ 1995, 306 ff., 308; Canaris JZ 1995, 441 ff., 443

sind im vorliegenden Fall die Zweifel an der Einbeziehung der K in den Vertrag auf Grund von Gegenläufigkeit der Interessen⁶² nicht begründet.

c) Erkennbarkeit

Im Punkt Erkennbarkeit für den Gläubiger liegen die größten Bedenken der Kritiker der Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter auf Gutachterverträge.⁶³ Jedoch wußte R, wozu das Gutachten erstellt werden sollte, daß K davon betroffen und sich eventuell davon beeindrucken lassen würde. Dies war eine Erwartung der V an das Gutachten, sie wollte K dazu bewegen, auszuziehen.⁶⁴

Es sind nur drei Personen in den Bereich des Gutachtens involviert: R selbst als Ersteller des Gutachtens, V als Vertragspartnerin und schließlich K als betroffene Dritte. Der Kreis der Personen, deren eventuellen Haftungsansprüchen R hätte ausgesetzt sein können, ist folglich auf zwei begrenzt.⁶⁵ Das war für ihn von Anfang an überschaubar und kalkulierbar, so daß hier keine unangemessene Benachteiligung des R vorliegt.⁶⁶ Er konnte somit erkennen, daß er möglicherweise der Haftung der K ausgesetzt sein würde und damit das Risiko übersehen.⁶⁷ Auch war R die Verbindung V – K bekannt und wußte damit, daß V der K gegenüber bestimmte Sorgfaltspflichten aus dem Mietvertrag zu erfüllen hatte.

d) Schutzbedürfnis der K

Es dürfen keine eigenen vertraglichen Ansprüche der K gegen R vorhanden sein. Es besteht kein Vertragsverhältnis, aus dem solche resultieren könnten. (vgl. oben)

2. Voraussetzungen der PVV des Werkvertrages

a) Bestehen eines Schuldverhältnisses

Es besteht ein wirksamer Werkvertrag gem. § 631 I BGB zwischen R und V (s.o.), der einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter darstellt.

b) Regelungslücke

Aus § 635 BGB können Ansprüche auf Ersatz von Mangelschäden hergeleitet werden. (s.o.) Die Umzugskosten resultieren hier aber nicht direkt aus dem Gutachten und sind damit auch nicht direkt enge Folge dieses Werkes. Somit sind die Umzugskosten wie oben die Prozeßkosten als entfernte Mangelfolgeschäden zu qualifizieren, die

⁶² vgl. Anmerkung Medicus im Anschluß an BGH JZ 1995, 306 ff.; BGH BB 1995, 170 ff., 171, OLG Köln, BB 1996, 898 ff., 899; BGH WM 1998 440 ff., 441

⁶³ vgl. Ebke o.a., S. 1732, auch Haller, Jura 1997, 234 ff., 239 und Johlke, WuB IV A. § 328 BGB 2.89

⁶⁴ vgl. Faber BB 1957, 494 ff., 495

⁶⁵ vgl. LG München I, NJW 1983, 1621 f.; BGH JZ 1995, 306 ff., 307; BGH JZ 1998, 624 ff., 625

⁶⁶ vgl. BGHZ 69, 82 ff., 86; BGH NJW 1984, 355 ff., 356; BGH WM 198, 440 ff., 441

⁶⁷ vgl. BGH BB 1995, 170 ff., 172

nach § 635 BGB nicht ersetzt werden. Damit besteht eine Regelungslücke. (s.o.)

c) Pflichtverletzung des R

Die Pflichtverletzung des R liegt in der Nichteinbeziehung der aktuellen rechtlichen Grundlage, denn er war dazu verpflichtet, das Gutachten nach besten Wissen und Gewissen zu erstellen.⁶⁸ Als Rechtsanwalt muß R sich immer auf dem Laufenden über etwaige Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen halten. (s.o.)

d) Verschulden des R gem. § 276 I BGB

R hat die Pflichtverletzung fahrlässig gem. § 276 I, 2 BGB verschuldet. (s.o.)

e) Eigene Vertragstreue der K

K durfte sich hier auf die Angaben des R verlassen, ihr ist auch nicht vorzuwerfen, daß sie diese nochmals hätte überprüfen müssen, denn R ist ein unbeteiligter, selbständiger Rechtsanwalt, der zur Objektivität bei der Erstellung von Gutachten verpflichtet ist. (vgl. oben)

Ergebnis: K hat einen Schadenersatzanspruch aus PVV des Werkvertrages i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (§ 328 I BGB i.V.m. § 242 BGB) auf Erstattung der Umzugskosten i.H.v. DM 50.000,-.

III) Anspruch der K auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- aus Drittschadensliquidation

Die Drittschadensliquidation wird in Fällen angewendet, in denen der Vertragspartner des Schädigers keinen Schaden erleidet und deshalb keinen Schadenersatzanspruch hat, dafür einem Dritten ein Schaden entsteht, aber auf Grund fehlender Vertragsverletzung ihm gegenüber keinen Anspruch gegen den Schädiger zusteht. Aus dieser zufälligen Schadensverlagerung⁶⁹ darf dem Schädiger kein Vorteil erwachsen, daher liquidiert der Vertragspartner den Schaden des Dritten und tritt diesem im Anschluß daran den Anspruch ab. Eine solche zufällige Schadensverlagerung liegt hier auch vor, denn wenn sich K wie in Fallvariante 2 nicht von dem Gutachten hätte beeindrucken lassen, hätte V einen Schaden erlitten.

Allerdings gibt die Drittschadensliquidation der K keinen direkten Anspruch, womit K in der Realisierung ihres Anspruches von V abhängig wäre, so daß die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter günstiger für sie ist. Der BGH nimmt sogar einen Ausschluß der

⁶⁸ vgl. BGH WM 1998, 440 ff., 441

⁶⁹ vgl. Puhle, S. 153; Urban, S. 175

Drittschadensliquidation an, wenn ein Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter besteht. (s.o.)⁷⁰

Ergebnis: Eine Drittschadensliquidation ist ausgeschlossen.

IV) Anspruch der K gegen R auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- aus § 826 BGB

§ 826 BGB gewährt ausnahmsweise auch Ersatz für Vermögensschäden (s.o.) und ist somit mögliche Anspruchsgrundlage.

1) Schadenszufügung des R bei K

R hat ein falsches Gutachten erstellt, auf das sich K verlassen hat. K hat daraufhin die Mietsache geräumt, wodurch ihr Umzugskosten i.H.v. DM 50.000,- entstanden sind. Hätte R das Gutachten richtig erstellt, wäre deutlich geworden, daß K im Recht war, worauf diese sicherlich nicht ausgezogen wäre. Somit war die Erstellung des falschen Gutachtens kausal für die Entstehung der Vermögensschäden bei K.

2) Sittenverstoß des R

Die Erstellung des falschen Gutachtens müßte als Verstoß gegen die guten Sitten zu qualifizieren sein. Dies ist kein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden⁷¹, da ein solcher Fehler menschlich und nicht verwerflich ist. Jedoch ist auch grob fahrlässiges und gewissenloses Verhalten als sittenwidrig zu erachten. Die fehlende Kenntnis eines Rechtsanwaltes von Rechtsänderungen wird als grob fahrlässig und gewissenlos beurteilt.⁷² Ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ist hierfür nicht vonnöten. Damit ist ein Sittenverstoß gegeben.

3) Vorsatz des R

Es genügt ein bedingter Vorsatz,⁷³ dieser liegt vor, wenn R mit der Möglichkeit rechnete, daß der auf sein Gutachten vertrauende durch sein Verhalten geschädigt werden konnte und er dieses Ergebnis billigend in Kauf nahm.⁷⁴ R ging davon aus, daß sein Gutachten richtig war, er hat versehentlich die letzte Gesetzesänderung nicht mitbekommen und damit nicht einbezogen. Somit rechnete er auch nicht damit, daß jemand durch sein Gutachten zu Schaden kommen würde. Folglich entfällt der Vorsatz.

Ergebnis: K hat auf Grund fehlenden Vorsatzes des R keinen Anspruch aus § 826 BGB.

Endergebnis: K hat sowohl einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. DM 50.000,- gegen V aus PVV des Mietvertrages sowie gegen R aus PVV des Gutachtervertrages R – V auf Grund dessen Schutzwirkung zu Gunsten Dritter. R und V haften der K für die

⁷⁰ vgl. BGHZ 49, 350 ff., 355; BGHNJW 85, 2411 f.; siehe auch Medicus BR Rn 843; a.A. Soergel - Hadding Anh § 328, Rn 12

⁷¹ Palandt - Heinrichs, § 138 Rn 2

⁷² vgl. BGHNJW – RR 1986, 1150 f.; BGHNJW 1987, 1759ff.; OLG München BB 1956, 865 ff., 866; Müssig, NJW 1989, 1697 ff.,

1703

⁷³ Palandt - Thomas § 826, Rn 10

⁷⁴ vgl. Müssig NJW 1989, 1697 ff., 1703 m.w.N.

entstandenen Schäden somit gem. § 421 BGB gesamtschuldnerisch, wobei V die Möglichkeit eines Rückgriffs auf R auf Grund des Gutachtenvertrages hat.