

Stephan Lorenz
**Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht:
Eine Zwischenbilanz**

Schriftenreihe
der
Juristischen Gesellschaft zu Berlin

Heft 174



De Gruyter Recht · Berlin

Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht: Eine Zwischenbilanz

Von
Stephan Lorenz

Vortrag,
gehalten vor der
Juristischen Gesellschaft zu Berlin
am 14. Januar 2004



De Gruyter Recht · Berlin

Prof. Dr. *Stephan Lorenz*,
Universitätsprofessor an der Universität München

Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 3-89949-157-2

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2004 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz: DTP Johanna Boy, Brennberg
Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin
Buchbinderische Verarbeitung: Industriebuchbinderei Fuhrmann GmbH & Co. KG, Berlin

Inhaltsverzeichnis

- I. Rechtpolitische Nachzugsgefechte
- II. Die Abstraktion des Leistungsstörungenrechts und ihre Fortsetzung im Gewährleistungsrecht
- III. Verbreitete Fehlvorstellungen über das allgemeine Leistungsstörungenrecht
 - 1. Der Pflichtverletzungstatbestand
 - 2. Der Unmöglichkeitstatbestand
- IV. Echte Probleme des allgemeinen Leistungsstörungenrechts
 - 1. Die Schwebelage des säumigen Schuldners nach Ablauf der Nachfrist
 - 2. Die Privilegierung des gesetzlich Rücktrittsberechtigten und ihre Reichweite
- V. Gewährleistungsrecht
 - 1. Das System
 - 2. Einzelfragen
 - a) Richtlinienkonforme und richtlinienorientierte Auslegung
 - b) Probleme der Richtlinienkonformität
 - c) Der Sachmangelbegriff
 - d) Der Nacherfüllungsanspruch: Inhalt und Priorität
 - e) Mangelbedingter Nutzungsausfall: Schadensersatz „neben der Leistung“ oder Verspätungsschaden
 - f) Garantien: Das Scheinproblem des § 444 BGB
 - g) Der eigentliche Angriff auf die Privatautonomie: Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs und des Händlerregresses
- VI. „Außenbilanz“: Wie europäisch ist das neue Leistungsstörungenrecht?
- VII. Vom Sinn und Unsinn einer Reform

I. Rechtpolitische Nachzugsgefechte

Vor ziemlich genau 2 Jahren ist nach einem gesetzgeberischen Parforce-Ritt von kaum mehr als einem Jahr – gerechnet vom ersten Diskussionsentwurf aus dem Justizministerium¹ – das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz² in

¹ Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000, abgedruckt bei *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 3 ff; sämtliche Materialien sind in elektronischer Form zugänglich unter www.stephan-lorenz.de/schumod.

² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I 3183 ff.

Kraft getreten, dessen Vorgeschichte freilich bis in die späten 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts hineinreicht³. Kaum ein Gesetzgebungsprojekt im Bereich des Bürgerlichen Rechts dürfte seit dem Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 gerade auch in der Rechtswissenschaft so starke Reaktionen und Emotionen hervorgerufen haben, wie dieses. Die aufgeregten Diskussionen bei einer Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung, die Mitte 2001 in Berlin stattgefunden hat, sind noch gut erinnerlich⁴. Die Wissenschaft war dabei in zwei Lager nahezu unversöhnlicher Reformgegner sowie – sicher nicht unkritischer – aber doch grundsätzlicher Befürworter der Reform gespalten. Auch eine Unterschriftenliste der Reformgegner⁵ sowie gelegentlich mehr wütende als durchdachte Publikationen konnten jedoch den Zug nicht aufhalten – mit dem Protest gegen die Abschaffung der Vertragsnichtigkeit bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit gewinnt man eben in Fußgängerzonen wahrscheinlich eine vergleichsweise eher bescheidene Aufmerksamkeit und hat auch nicht damit zu rechnen, zu *Sabine Christiansen* eingeladen zu werden.

Nun ist die juristische Welt nach dem 1.1.2002 wider Erwarten mancher juristischer Endzeitpropheten nicht zusammengebrochen. Wir sind offenbar nicht, wie *Wolfgang Ernst* es in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* voraussah, „mit geschlossenen Augen bei Rot über die Ampel“⁶ gefahren, noch ist es – wie von *Heribert Prantl* in der *Süddeutschen Zeitung* befürchtet – zum „Stillstand der Rechtspflege“ gekommen⁷.

Will man nach 2 Jahren eine erste „Zwischenbilanz“ des neuen Leistungsstörungen- und Kaufrechts ziehen⁸, so muß sich diese zwangsläufig auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaft gründen. Zwar sind natürlich auch die Rechtsprechung und die Kautelarpraxis bereits mit dem neuen Schuldrecht befaßt, jedoch erlaubt die wenige publizierte Rechtsprechung noch keine seriösen Rückschlüsse. Jedenfalls aber spricht die Tatsache, daß hier einige Unsicherheiten mit dem neuen Schuldrecht zu konstatieren sind, nicht entscheidend gegen dieses.

³ S. dazu etwa *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung [Fn. 1] S. IX ff; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rn. 3 ff.

⁴ S. dazu die Wiedergabe der Referate und Diskussionen in JZ 2001, Heft 10 (S. 473 ff).

⁵ S. dazu www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmeppen/1024x768/Schuldrechtsreform/Schuldrechtsreform.htm.

⁶ FAZ v. 23.4.2001, S. 4.

⁷ SZ v. 17.4.2001, S. 4.

⁸ S. dazu auch *Dauner-Lieb/Dötsch*, Schuldrecht aktuell – Entwicklungstendenzen und Problemschwerpunkte zwei Jahre nach der Schuldrechtsreform (2003)

Nachdem die Wissenschaft gleichsam in einem ersten Durchgang zunächst die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts aufgearbeitet hat, ist man – auch anhand erster Rechtsprechung – dabei, sich gleichsam in einem „zweiten Durchgang“ tiefer mit Detailproblemen des neuen Rechts zu beschäftigen. Wir beginnen also mit dem, was den deutschen Rechtswissenschaftler auszeichnet: Wir lösen Fälle.

Nun ist aber leider zu konstatieren, daß die teilweise erbitterten und nicht immer ganz ehrlich geführten Gefechte um Sinn und Unsinn der Reform, ihre Vorteile und ihre Nachteile zum Teil weiterhin die Diskussion beherrschen. Es gibt eine ganze Reihe von Autoren, die offenbar von dem Eifer beseelt sind, dem Gesetzgeber auch *ex post à tout prix* Grundlagenfehler nachzuweisen. Das verfälscht die wissenschaftliche Diskussion teilweise ganz außerordentlich. So sinnvoll und unabdingbar es ist, das neue Schuldrecht gerade auch nach seinem Inkrafttreten genau „abzuklopfen“ und technische wie rechtspolitische Fehlleistungen mit aller Deutlichkeit aufzuzeigen, sollte dies jedoch nicht zu einer teilweise stark begriffsjuristisch geprägten Verzerrung des Gesetzes⁹ oder aber dazu führen, Grundlagenfehler etwa einer instanzgerichtlichen Entscheidung selbst dann dem neuen Schuldrecht anzulasten, wenn es um von der Schuldrechtsreform gar nicht tangierte Bereiche geht: Wenn etwa ein Berufungsgericht Preisgefahr und Sachgefahr nicht unterscheiden kann und deshalb vom BGH in seiner ersten Entscheidung zum „neuen“ Leistungsstörungenrecht kurz und knapp korrigiert wird¹⁰, ist das nicht ein Fehler des neuen Schuldrechts.

Ich möchte daher versuchen, eine erste Zwischenbilanz *sine ira et studio* vorzunehmen. An der Tagesordnung steht nun nicht mehr Rechtspolitik, sondern Exegese.

II. Die Abstraktion des Leistungsstörungenrechts und ihre Fortsetzung im Gewährleistungsrecht

Das prägende Charakteristikum des neuen Schuldrechts ist ganz ohne Zweifel die Neustrukturierung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, d.h. die Einführung des Zentraltatbestandes der „Pflichtverletzung“ in § 280 BGB n.F. Die besondere „Komplikation“ im Umgang mit dem

⁹ Paradigmatisch dafür die künstlich aufgebauchte Problematik der limitierten Garantien (§ 444 BGB), s. dazu unten V.2.f).

¹⁰ S. BGH NJW 2003, 3341 f, s. dazu etwa *Emmerich* JuS 2004, 77 f; *S. Lorenz* ZGS 2003, 421 ff.

neuen Schuldrecht liegt nun nicht in den vergleichsweise geringen systematischen wie materiellen Änderungen des Allgemeinen Schuldrechts – das ist schon immer ein Glasperlenspiel gewesen –, sondern darin, daß nahezu sämtliche Rechtsbehelfe des kauf- und werkvertraglichen „Gewährleistungsrechts“ aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht resultieren. Kurz gesagt: Fälle mangelhafter Leistung sind nunmehr stets Fälle von Unmöglichkeit oder Verspätung der Leistung, je nachdem ob es sich um einen behebbaren oder um einen unbehebaren Mangel handelt¹¹. Da somit das gesamte Leistungsstörungenrecht wesentlich „AT-lastiger“ ist, als zuvor, ist es ohne einen soliden dogmatischen „Unterbau“ nicht mehr zu bewältigen¹². Darin mag für die Praxis – wie erste Rechtsprechung zeigt – eine anfängliche Schwierigkeit liegen, für das System ist diese Befreiung unseres Leistungsstörungenrechts von seiner bisherigen „Zweispurigkeit“ ein Segen.

Die in der Wissenschaft, aber auch in der Praxis bereits erkennbaren Mißverständnisse des neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrechts beruhen daher weitgehend auf einer Verkennung bzw. einer deutlichen Überschätzung der angeblichen Innovationen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts, die zunächst auszuräumen sind.

III. Verbreitete Fehlvorstellungen über das allgemeine Leistungsstörungenrecht

1. Der Pflichtverletzungstatbestand

So ist insbesondere der neue Zentraltatbestand der Pflichtverletzung bei näherem Hinsehen keine wirkliche Sensation, sondern allenfalls eine – wie ich meine höchst gelungene – Neustrukturierung altbekannter Strukturen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Vollkommen zu recht hat deshalb etwa *Medicus* geäußert, daß darin ein Systemwechsel in keiner Weise zu erkennen ist¹³. Die §§ 280 – 283 BGB reihen vielmehr wie die Perlen an der Schnur die bisherigen Kategorien unseres Leistungsstörungenrechts, nämlich Unmöglichkeit der Leistung, Verspätung der Leistung sowie Ne-

¹¹ Zu diesem „Andockeffekt“ sowie zum daraus folgenden Begriff der „qualitativen Unmöglichkeit“ s. etwa S. Lorenz JZ 2001, 742 ff; speziell zum Kaufrecht s. S. Lorenz NJW 2002, 2497 ff.

¹² Dies betonen zu Recht auch *Dauner-Lieb/Dötsch* [Fn. 8] S. 8.

¹³ *Medicus*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 61, 70.

benpflichtverletzung unter Einschluß der *culpa in contrahendo* nacheinander auf. Die Diskussion, ob die den zentralen Pflichtverletzungstatbestand ergänzenden §§ 281 – 283 BGB eigenständige Anspruchsgrundlagen¹⁴ oder aber ergänzende Tatbestandsvoraussetzungen von § 280 Abs. 1 BGB darstellen¹⁵, ist dabei vollkommen müßig¹⁶.

Die materiellen Änderungen sind jedenfalls an einer Hand aufzuzählen: Nach § 311a Abs. 1 BGB führt die anfängliche objektive Unmöglichkeit nicht mehr zur Vertragsnichtigkeit, sondern gem. § 311a Abs. 2 BGB vielmehr zu einer vom Vertretenmüssen abhängigen Haftung auf das positive Interesse. Bezugspunkt des Vertretenmüssens ist dabei die Kenntnis bzw. zu vertretende Unkenntnis des Leistungshindernisses. Schadensersatz auf das positive Interesse (Schadensersatz statt der Leistung) sowie Rücktritt setzen bei Verzögerung der Leistung jetzt nur noch den Ablauf einer Nachfrist, nicht aber eine Ablehnungsandrohung voraus. Der Ablauf der Nachfrist als solcher schränkt die Wahlmöglichkeiten des Gläubigers in keiner Weise ein. Schadensersatz auf das positive Interesse und Rücktritt können nach § 325 BGB kombiniert werden, der Rücktritt ist unabhängig vom Vertretenmüssen. Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger nach § 284 BGB auch seine frustrierten Aufwendungen ersetzt verlangen – der Gesetzgeber hat hier die bisherige Rentabilitätsvermutung kodifiziert und darüber hinaus einen Anspruch auf Aufwendungsersatz bei der Verfolgung bloß ideeller Zwecke eingeführt¹⁷.

2. Der Unmöglichkeitstatbestand

Auch beim Unmöglichkeitstatbestand ist es zu keinem Paradigmenwechsel gekommen. Dieser wird in § 275 Abs. 1 – 3 BGB im Sinne des bisherigen Standes der Rechtsentwicklung unter Einschluß der Fälle von „faktischer“ und „persönlicher“ Unmöglichkeit definiert. Wenngleich bis in jüngste

¹⁴ So etwa *v. Wilmsky*, Beil. JuS 2002, 4; zustimmend („wohl vorzugswürdig“) *Canaris*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2002, 2003, S. 5, 35.

¹⁵ So die Ansicht der Gesetzesverfasser, s. dazu BT-Drucks. 14/6040 S. 135 und 137 f. sowie etwa *Medicus Schuldrecht I*, 13. Aufl. 2002, Rn. 385; *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 161, 171.

¹⁶ S. auch *MünchKomm-Ernst*, 4. Aufl. 2003, § 280 Rn. 4 („juristisch ohne Sinn“); *Canaris*, *Karlsruher Forum* [Fn. 14] S. 35 („für die Praxis ohne Belang und auch dogmatisch nur von ganz untergeordneter Bedeutung“).

¹⁷ S. dazu insbesondere *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, S. 321 ff; aus der Rspr. s. etwa LG Bonn NJW 2004, 74 mit Anm. S. *Lorenz* NJW 2004, 26 ff.

Zeit hinein wiederholt¹⁸, ist es ein von tiefgreifenden Mißverständnissen geprägtes Ammenmärchen – manchmal vielleicht schon „üble Nachrede“ – zu behaupten, daß das neue Recht damit die Privatautonomie einschränke oder aber den Grundsatz der Vertragstreue schwäche. Dieser Nachweis sollte an folgendem Beispielsfall geführt werden:

Jemand verkauft ein Kfz für 10 000.- €, das nach Vertragsschluß gestohlen wird und einige Zeit später in Murmansk wieder auftaucht. Die Rückführungskosten betragen ebenfalls 10 000.- €, der Käufer habe das Fahrzeug bereits für 20 000.- € weiterverkauft.

Das neue Recht vernachlässige, so heißt es, den gemeinsamen Parteiwillen, das Fahrzeug nur übereignen zu müssen, wenn es vor Ort vorhanden ist, weil es die Befreiung des Schuldners von der Primärleistungspflicht – hier als des Verkäufers von der Lieferungspflicht – nach § 275 Abs. 2 BGB davon abhängig mache, daß ein – hier gerade nicht vorhandenes – Mißverhältnis zwischen Schuldneraufwand und Gläubigernutzen bestehe (dem Aufwand von insgesamt 20 000.- steht ja ein entsprechender Wert für den Gläubiger gegenüber). Die Parteien hätten nun also nicht mehr die Befugnis, ein „Platzgeschäft“ unter Ausschluß einer Beschaffungspflicht des Verkäufers zu vereinbaren¹⁹. Dieser Beispielsfall ist – ganz abgesehen davon, daß das unterschiedliche Schicksal der Gegenleistungspflicht (§ 326 BGB) vollkommen übergangen (oder übersehen) wird²⁰ – schon im Ausgangspunkt evident unrichtig gelöst: Natürlich definieren die Parteien selbst weiterhin den Leistungsinhalt. Liegt – wie im Beispielsfall unterstellt – nach dem Parteiwillen tatsächlich ein „Platzgeschäft“ im beschriebenen Sinne vor, so ist – wie bisher – die geschuldete Leistung unmöglich und damit nach § 275 Abs. 1 BGB Leistungsbefreiung eingetreten. Die Frage des Vertragsinhalts ist also – wie bisher – der Subsumtion von § 275 BGB vorgelagert. Auf § 275 Abs. 2 BGB kommt es dann gar nicht mehr an. Kurz: § 275 BGB definiert in seinen Absätzen 1 – 3 nur diejenigen Tatbestände, die bereits bisher als Unmöglichkeitstatbestände anerkannt waren. Sie enthalten wenig neues und stellen alles andere als ein Einbruch in die Privatautonomie oder „*pacta sunt servanda*“ dar. Gleiches gilt für

¹⁸ Zuletzt *Picker* JZ 2003, 1035 ff.

¹⁹ *Picker* aaO.

²⁰ Ist der Verkäufer nämlich nicht mehr zur Leistung verpflichtet, verliert er den Gegenleistungsanspruch (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB). Sein Verlust beträgt damit 10 000.- € (Verlust des Fahrzeugs). Muß er das Fahrzeug beschaffen, behält er den Gegenleistungsanspruch, sein Verlust beträgt wiederum nur 10 000.- (Beschaffungskosten)!

den Wegfall der Geschäftsgrundlage, der ohne jede sachliche Änderung nach Art einer Repetitor-Karteikarte in § 313 BGB kodifiziert wurde²¹. Wenngleich, wie in anderem Zusammenhang zu erwähnen sein wird²², das neue Schuldrecht in der Tat bedeutende und bedenkliche Einschnitte in die Privatautonomie enthält – im allgemeinen Schuldrecht liegen sie jedenfalls nicht.

IV. Echte Probleme des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

Nun ist es natürlich nicht so, daß es in der Feinabstimmung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts keine Probleme gäbe. Diese sind von um so größerer Bedeutung, als sie sich wegen des „Andockeffekts“ des Gewährleistungsrechts in diesem fortsetzen.

1. Die Schwebelage des säumigen Schuldners nach Ablauf der Nachfrist

Ein vom Gesetzgeber übersehenes Problem dürfte wohl die Schwebelage darstellen, in welche der säumige Schuldner nach Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Nacherfüllungsfrist gebracht wird. War bisher klar, daß mit Ablauf der Nachfrist ein Erfüllungsanspruch nicht mehr in Betracht kommt (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.), so hat nunmehr der Gläubiger ein vom Schuldner nicht beeinflussbares *ius variandi* zwischen Erfüllungsanspruch, Schadensersatz und Rücktritt. Auch nach Ablauf der Nachfrist muß sich also der Schuldner leistungsbereit halten. Die darauf aufgewendeten Kosten können sich aber als fruchtlos erweisen, wenn der Gläubiger letztlich doch Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung wählt. Die bisher nach § 355 BGB a.F. gegebene Möglichkeit einer Fristsetzung zur Ausübung des Gestaltungsrechts ist weggefallen, weil § 350 BGB n.F. eine solche lediglich im Falle von *vertraglichen* Rücktrittsrechten ermöglicht. Der Gläubiger hat damit die Möglichkeit, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren (sofern nicht ein Fixhandelskauf nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB vorliegt)²³. Man

²¹ Kritisch zu dieser als „Merkzettengesetzgebung“ gebrandmarkten Vorgehensweise des Gesetzgebers etwa *Dauner-Lieb*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 305 ff, 312 („Kodifikation durch Lehrbuchzitat“).

²² S.u. V.2.g)

²³ *Schlechtriem*, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2002, Rn. 436.

wird diesem Problem nur damit begegnen können, daß man im Einzelfall die Verwirkung von Rücktritt und großem Schadensersatz annimmt, wenn der Gläubiger den Schuldner sehenden Auges zu einem Zeitpunkt Aufwendungen machen läßt, in welchem er sich bereits zur Abstandnahme vom Erfüllungsanspruch entschlossen hat²⁴.

2. Die Privilegierung des gesetzlich Rücktrittsberechtigten und ihre Reichweite

Die wohl auch in ihren Fernwirkungen insbesondere auf das Bereicherungsrecht – Stichwort: *Saldotheorie*²⁵ – komplizierteste und strittigste Frage des allgemeinen Leistungsstörungenrechts besteht in der Reichweite der Privilegierung des Rücktrittsschuldners im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts. Es geht um die schon im römischen Recht bei *Ulpian* im Zusammenhang mit einem toten Sklaven behandelte Frage, wer die Gefahr des zufälligen Untergangs der mangelhaften Kaufsache trägt, d.h. um die berühmte *mortuus redhibetur*-Regel²⁶. Während das alte Recht hier – was allerdings heftig umstritten war – durch §§ 350, 351 BGB a.F. die Gefahr auf den Verkäufer zurückspringen ließ, indem es dem Käufer auch dann die Möglichkeit zur Wandelung gab, wenn die Kaufsache durch Zufall, d.h. nicht mangelbedingt untergegangen war²⁷, geht § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB noch einen Schritt über diese Regel hinaus, indem der Käufer einer mangelhaften Sache für deren Untergang auch dann keinen Wertersatz zu leisten hat, wenn er diesen zwar fahrlässig verursacht hat, dabei aber die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten hat walten lassen. Das bedeutet, daß insbesondere der Verkäufer einer mangelhaften Sache nicht nur die

²⁴ Ähnlich *Schlechtriem* [Fn. 23] Rn. 436; zur Verwirkung s. insbesondere BGH NJW 2002, 669 ff, wo der BGH – zum bisherigen Recht – eine Verwirkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts nur deshalb verneinte, weil der Schuldner nach § 355 BGB a.F. die Möglichkeit der Fristsetzung habe.

²⁵ S. dazu *S. Lorenz*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 329, 346 *Hager*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429, 443; MünchKomm-Lieb, 4. Aufl. 2004, § 818 Rn. 137.

²⁶ *Ulp.* D 21.1.31.11-15; s. etwa auch Art. 207 Abs. 1 schwOR: „Die Wandelung kann auch dann begehrt werden, wenn die Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist.“

²⁷ S. dazu insbesondere BGHZ 53, 144 ff; 57, 137 ff sowie *v. Caemmerer*, in: *FS Larenz I* (1973) S. 621 ff; *Hager* [Fn. 25] S. 443; *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 419 f.

Gefahr des zufälligen Untergangs beim Käufer, sondern u.U. auch die Gefahr der fahrlässigen Zerstörung (§ 277 BGB) durch den Käufer trägt, solange dieser den Rücktritt noch nicht erklärt hat. Hat er ihn erklärt, besteht – wie § 346 Abs. 4 BGB bestätigt – ganz fraglos und unstrittig ein Rückgewährschuldverhältnis, an dessen bereits leicht fahrlässige Verletzung eine Schadensersatzpflicht geknüpft ist. Daran hat sich die spannende Diskussion entfacht, ob nicht der Rücktrittsberechtigte ab dem Zeitpunkt, in welchem er von seinem Rücktrittsrecht Kenntnis erlangt, ihn aber noch nicht erklärt hat, bereits eine Pflicht zum sorgsamsten Umgang mit dem betreffenden Gegenstand hat, bei deren schuldhafter Verletzung nach § 280 Abs. 1 BGB für jede Fahrlässigkeit gehaftet wird. Die wohl h.M. bejaht dies mit unterschiedlichen Begründungen²⁸, was – obschon rechtspolitisch fraglos vorzugswürdig – m.E. aber mit der *lex lata* nicht vereinbar ist²⁹. An der Gefahrtragung ändert dies freilich nichts. Wie immer man auch zu diesem dogmatisch bedeutenden, in seiner praktischen Relevanz aber wohl stark überschätzten Problem stehen mag: Es berechtigt bestimmt nicht zu dem vernichtenden Urteil, unser Rücktrittsrecht sei „unklarer denn je“³⁰. Die Fairneß gebietet, sich hier einmal an die Wirrnisse unseres bisherigen Rücktrittsfolgenrechts mit seiner Zentriertheit auf vertragliche Rücktrittsrechte und all den inkohärenten Verweisungen der §§ 346 BGB a.F. zurückzuerinnern, die *Ernst v. Caemmerer* zu dem vollkommen berechtigten Urteil kommen ließen, daß das (bisherige) Rücktritts- und Wandelungs(folgen)recht gesetzestechnisch so mißglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten sei, „daß ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen“ entstanden sei³¹. Man mag – gerade auch in Bezug auf die Gefahrtragung³² – mit gutem Grund die rechtspolitischen

²⁸ S. etwa *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung [Fn. 1] S. XLVI, MünchKomm-Gaier § 346 BGB Rn. 59, 62; *Bamberger/Roth-Grothe*, BGB, 2003, § 346 Rn. 35 (Anwendung von § 346 Abs. 4 BGB ab Kenntnis des Rücktrittsgrundes), AnwKomm-Hager § 346 BGB Rn. 50; *Schwab* JuS 2002, 630, 635; *Jauernig-Teichmann*, BGB, 10. Aufl. 2003, § 346 BGB Rn. 8 (teleologische Reduktion von § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

²⁹ S. dazu *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 434; ebenso *Kaiser* JZ 2001, 1057, 1059, 1063; *Palandt-Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 346 BGB Rn. 13.

³⁰ So aber *Dauner-Lieb/Dötsch* [Fn. 8] S. 9.

³¹ *v. Caemmerer* [Fn. 27] S. 625.

³² S. etwa die abweichende Lösung in Art. 1647 des französischen Code Civil: «*Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte*

Grundentscheidungen kritisieren – die Struktur ist allemal deutlich klarer, als bisher. Oder – um es zynisch auszudrücken: Das Ergebnis ist schlimmer als früher – aber wir finden es sehr viel einfacher.

V. Gewährleistungsrecht

1. Das System

Eine „Zwischenbilanz“ des Gewährleistungsrechts fällt hingegen deutlich schwerer, als eine solche des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Sowohl die strukturellen Unterschiede als auch – was das Kaufrecht betrifft – die materiellen Änderungen sind hier deutlich größer. Ein nicht selten anzutreffender Grundfehler im Umgang mit dem neuen Recht scheint mir hier darin zu bestehen, daß sich die Praxis, teilweise aber auch die Wissenschaft zu sehr an Schlagworten wie „Recht zur zweiten Andienung“ und Begrifflichkeiten und Denkstrukturen des bisherigen Rechts wie „Mangelschaden“ und „Mangelfolgeschaden“ orientiert, ohne sich einfach auf das neue Recht in all seiner Simplizität einzulassen. Eine Simplizität, die schlicht und einfach darin besteht, Gewährleistungsfälle sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht als Unmöglichkeit- oder Verspätungsfälle zu begreifen. Ermöglicht wird dies dadurch, daß nunmehr nicht nur im Werkvertragsrecht (in Gestalt von § 633 Abs. 1 BGB), sondern auch im Kaufrecht (§ 434 Abs. 1 S. 2 BGB) eine Pflicht zu sachmangelfreier Leistung statuiert wird. Das ist die entscheidende Schnittstelle zum Allgemeinen Leistungsstörungenrecht: Weist die Kaufsache einen Sachmangel auf, so kann dies nur zwei Gründe haben: Entweder der Schuldner *kann* nicht sachmangelfrei leisten oder er „will nicht“ sachmangelfrei leisten, d.h. er verzögert die ihm mögliche sachmangelfreie Leistung: Damit ist man bei den Regelungen des Allgemeinen Teils angelangt, d.h. bei den Regelungen über Unmöglichkeit und Verspätung der Leistung, die freilich für den Fall der Schlechtleistung innerhalb der Regelungen über die Rechtsfolgen von Verspätung und Unmöglichkeit bestimmte Sonderregelungen enthalten. Es sind dies für die Verspätung die §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB und für die Unmöglichkeit die §§ 283 i.V.m. 281 Abs. 1 S. 3

arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.» Ebenso Art. 1492 Abs. 3 des italienischen Codice Civile: *«Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo».*

bzw. 326 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 BGB. Diese Normen bestätigen zusammen mit der Rechtsgrundverweisung des § 437 BGB, daß es sich dogmatisch jeweils um Fälle der – bezogen auf die Qualität der Leistung – teilweisen Verspätung bzw. teilweisen Unmöglichkeit der (mangelfreien) Leistung handelt. Dem damit von den Haftungsgrundlagen eigentlich gar nicht mehr existierenden „Besonderen Gewährleistungsrecht“ bleibt nur noch die Definition des Sachmangels (§ 434 BGB), die besondere Ausgestaltung des Erfüllungsanspruchs durch einen „Nacherfüllungsanspruch“ (§ 439 BGB), die „Verfeinerung“ der Fristsetzungserfordernisse (§ 440 BGB) sowie – als einzig genuin kaufrechtlicher Anspruch – das Recht zur Minderung, das in § 441 Abs. 1 BGB tatbestandlich freilich auch an ein Rücktrittsrecht und damit das Allgemeine Leistungsstörungenrecht anknüpft. Daneben enthält es auch noch eine Sonderregelung der Verjährung (§ 438 BGB)³³.

2. Einzelfragen

Die Problematik liegt also nicht im System, das man sich – so zeigt die Erfahrung aus 2 Jahren Lehre des neuen Rechts sowohl im universitären Bereich als auch in jedem Bereich der Praxis – relativ schnell verinnerlichen kann, wenn man die dazu allerdings notwendige Geduld aufbringt, sich noch einmal mit dogmatischen Grundfragen zu beschäftigen. Die jetzt langsam ans Licht kommenden Einzelfragen haben bereits jetzt einen solchen Detailcharakter, daß man darin m.E. nicht den Nachweis eines Niveauverlustes unseres Leistungsstörungenrechts, sondern nachgerade den Beweis einer zumindest in diesem Bereich nicht nur im Grundsatz gelungenen Reform sehen kann.

a) *Richtlinienkonforme und richtlinienorientierte Auslegung*

Überlagert wird das gesamte Gewährleistungsrecht durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie³⁴. Nun mag dieser Satz auf den ersten Blick Erstaunen

³³ Zur Diskussion, ob diese Regelung auch für durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache verursachte Integritätsverletzungen Anwendung findet bzw. insoweit Gegenstand einer teleologischen Reduktion sein kann s. *Canaris*, *Karlsruher Forum* [Fn. 14] S. 98 f; *Wagner* JZ 2002, 475 ff sowie die Entgegnung hierauf von *Gsell* JZ 2002, 1089 ff.

³⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG Nr. L 171/12 v. 7.7.1999.

erwecken, denn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie betrifft ja bekanntlich nur das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Da der Gesetzgeber aber das durch die Richtlinie vorgegebene Verbrauchsgüterkaufrecht als Vorbild für das gesamte Kaufrecht genommen hat und daher für das eigentliche Verbrauchsgüterkaufrecht in den §§ 474 – 479 BGB mit nur sehr wenigen Vorschriften auskommt, bezieht sich das Gebot richtlinienkonformer Auslegung nicht nur auf die §§ 474 ff BGB, sondern auch auf die §§ 433 BGB sowie die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Nicht nur die §§ 433 ff BGB, sondern gerade auch zentralen Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sind als Transformationsnormen der VerbrGK-RL zu qualifizieren. Es sind dies im allgemeinen Schuldrecht die Unmöglichkeit- und Rücktrittsregelungen der §§ 275, 323, 326 BGB, im Kaufrecht der Anspruch auf sachmangelfreie Leistung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) einschließlich seiner besonderen Ausgestaltung in Form des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB), der Fehlerbegriff (§ 434 BGB), die Regelung über die Garantien (§ 443 BGB) sowie die Verjährungsregelung des § 438 BGB. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet die nationalen Gerichte, zur Durchführung einer europäischen Richtlinie erlassene Gesetze „im Rahmen ihrer Zuständigkeit“ unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen³⁵. Da die richtlinienkonforme Auslegung nur innerhalb der methodischen Grenzen des nationalen Rechts möglich ist, berechtigt sie freilich nicht zu einer Auslegung *contra legem*³⁶. Da – wie der BGH jüngst in der sog. „Heininger“-Folgeentscheidung³⁷ bestätigt

³⁵ Grundlegend EuGH Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), NJW 1984, 2021, 2022; Rs. 79/83 (Harz) AP § 611 a Nr. 2 sowie Rs. C-106/89, Slg. 1990, I 4135 (Marleasing); aus der Rspr. des BGH s. zuletzt BGH NJW 2002, 1881, 1882 („Heininger“) m. umfängl. weiteren Nachw. der Rspr.; aus der jüngeren Literatur s. insbesondere *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) S. 292 ff; *Canaris*, FS *F. Bydlinski*, 2002, S. 47 ff; *ders.* JZ 2003, 831, 837 (speziell zum Verbrauchsgüterkauf); *W.-H. Roth*, FS 50 Jahre BGH, Bd. II, S. 847 ff; *Hommelhoff*, FS 50 Jahre BGH, Bd. II S. 889 ff; *Grundmann* JuS 2002, 768 ff; *Schnorbus*, AcP 201 (2001) S. 860 ff.

³⁶ Zum Vorrang des Verbots des *contra legem*-Judizierens gegenüber dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung s. zuletzt *Canaris* FS *Bydlinski* S. 47, 95 ff; umfassend zum Verbot des *contra legem*-Judizierens *J. Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem* (1992) sowie zuletzt *F. Bydlinski*, Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: *Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner* (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (1998) S. 27 ff.

³⁷ BGH NJW 2002, 1881, 1884 m.w.N.

hat – der Gesetzgeber bei einer solchen „Überumsetzung“ der Richtlinie im Zweifel keine gespaltene, d.h. unterschiedliche Auslegung je nach dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beabsichtigt, wirkt sich das Gebot richtlinienkonformer Auslegung mittelbar auch auf das richtlinienfreie Recht aus: Im Rahmen einer historischen Auslegung ist i.d.R. davon auszugehen, daß der Gesetzgeber den Inhalt der Richtlinie insgesamt umsetzen wollte. Man kann insoweit von einem (allein im autonomen innerstaatlichen Recht wurzelnden) Gebot zu richtlinienorientierter Auslegung, „quasi-richtlinienkonformer Auslegung“³⁸ oder von einer „Ausstrahlungswirkung der Richtlinie auf das richtlinienfreie Recht“³⁹ sprechen⁴⁰. Anders als im Anwendungsbereich der Richtlinie hat die richtlinienkonforme Auslegung bzw. das durch sie zur Wirkung gebrachte Auslegungskriterium⁴¹ hier aber keinen Vorrang vor den übrigen Auslegungskriterien, sondern bildet nur eines von mehreren Elementen im Rahmen einer interpretatorischen Gesamtabwägung⁴². Die mittelbar an der Richtlinie orientierte Auslegung setzt daher eine sorgfältige Prüfung voraus, ob der nationale Gesetzgeber eine einheitliche Auslegung tatsächlich gewollt hat oder ob nicht doch verbraucherspezifische Erwägungen für eine „gespaltene Auslegung“ sprechen⁴³. Für den Bereich des in § 433 ff BGB geregelten Kaufrechts ist freilich i.d.R. ersteres (einheitliche Auslegung) zu bejahen⁴⁴, sofern sich nicht der Gesetzgeber in Kenntnis der Richtlinienproblematik bewußt für eine ganz bestimmte Regelung entschieden hat. Sofern in einem solchen Fall in Anbetracht der *contra legem*-Grenze überhaupt noch Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung bleibt,

³⁸ So die Terminologie von Hommelhoff [Fn. 35] S. 915 f;

³⁹ So Canaris FS Bydlinski S. 47, 74; s. auch Bärenz DB 2003, 357 f.

⁴⁰ Folgt man der äußerst großzügigen Auslegung des EuGH von Art. 234 EGV, so kann auch in solchen Fällen an den EuGH vorgelegt werden. Das führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, das nunmehr in potentiell jedem Gewährleistungsrechtsstreit eine Vorlage an den EuGH in Betracht kommt, s. dazu zuletzt EuGH Rs. C-306/99, EWS 2003, 355 ff. Zur (wohl zu verneinenden) Frage einer Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EGV s. Habersack/Mayer JZ 1999, 913, 918 sowie Bärenz DStR 2001, 692, 694 ff m.w.N.

⁴¹ Zur Funktion der richtlinienkonformen Auslegung als Vorrangregel innerhalb der klassischen Auslegungskanonens s. zuletzt Canaris FS Bydlinski S. 47, 67 ff.

⁴² Canaris FS Bydlinski S. 47, 74.

⁴³ So zutr. Hommelhoff, [Fn. 35] S. 916 f; a.A. wohl W.-H. Roth [Fn. 35] S. 884, wonach eine gespaltene Auslegung stets ausscheidet. Vermittelnd AnwKomm-Pfeiffer Art. 11 Kauf-RL Rn. 7 (Grundsatz einheitlicher Auslegung, der im Einzelfall widerlegt sein kann).

⁴⁴ Canaris JZ 2003, 831, 837 f; Bärenz DB 2003, 375 f.

ist diese auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken⁴⁵. Auch bei der Auslegung von Normen des allgemeinen Schuldrechts wird man zurückhaltender sein müssen und die richtlinienkonforme Auslegung i.d.R. auf den Anwendungsbereich der VerbrGK-Rl. zu beschränken haben⁴⁶, da der Gesetzgeber zwar auch mit diesen Normen die Richtlinie umsetzen, nicht aber den Rechtszustand allgemein an die Richtlinie angleichen wollte.

b) Probleme der Richtlinienkonformität

Die Diskussion um die Richtlinienkonformität bzw. –parallelität des deutschen Gewährleistungsrechts ist mittlerweile voll entbrannt⁴⁷. Dabei gilt es, praktisch wichtige von rein theoretischen Fragen zu trennen.

Praktisch bedeutsam ist etwa das Problem der Fristsetzung: Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie setzt nämlich für das Rücktritts- oder Minderungsrecht des Verbrauchers die Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist, nicht aber die Fristsetzung durch einen Verbraucher voraus. Die §§ 323, 441 BGB verlangen hingegen eine solche Fristsetzung. Hier kann und muß im Wege richtlinienkonformer Auslegung – allerdings beschränkt auf das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher – auf eine Fristsetzung verzichtet werden. Es genügt also, wenn der Verbraucher den Unternehmer zu einer Nacherfüllung aufgefordert hat, ohne ihm eine Frist zu setzen. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bietet hierfür ausreichend Auslegungsspielraum, weil bei Vorliegen „besonderer Umstände“ auf eine Fristsetzung verzichtet werden kann und es wenig Mühe bereitet, in einem erfolglosen Nachbesserungsverlangen durch den Verbraucher und dem Ablauf einer angemessenen Frist einen solchen „besonderen Umstand“ zu sehen, der es für den Verbraucher unzumutbar erscheinen läßt, nunmehr erneut ein Nachbesserungsverlangen mit Fristsetzung auszusprechen.

Ein weiteres nicht ganz unwichtiges Problem besteht in Bezug auf die Verpflichtung zum Nutzungsersatz bei der Nacherfüllung durch den Unternehmer im Wege des „Umtauschs“. Gerade im Zusammenhang mit der Mängelvermutung des § 476 BGB wird es nicht allzu selten vorkommen, daß der Verbraucher die mangelhafte Sache trotz ihrer Fehlerhaftigkeit eine Zeitlang nutzen konnte. Liefert nunmehr der Verkäufer eine neue Sache, so

⁴⁵ *Canaris* JZ 2003, 831, 838.

⁴⁶ So etwa im Zusammenhang mit der Frage des Fristsetzungserfordernisses im Rahmen von §§ 437 Nr. 2, 323 BGB, dazu sogleich unter V.2.b).

⁴⁷ Für einen Überblick s. die Beiträge von *Pfeiffer* ZGS 2002, 94 f; 138 ff, 217 ff.

ist der Käufer nach § 439 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB im Gegenzug zum Nutzungsersatz verpflichtet. Dies ist einmal rechtspolitisch verfehlt, weil der Vermögensvorteil, den der Verbraucher durch die Nacherfüllung „neu für alt“ in der Zukunft erfährt, für diesen vielleicht gar nicht nutzbar ist und die bereits gezogenen Nutzungen wegen der Aufrechterhaltung des Kaufvertrags mit dem Kaufpreis abgegolten sind, den der Käufer für die Zeit bis zur Nachlieferung ja seinerseits auch nicht verzinsen muß⁴⁸. Zum anderen ist dies aber auch richtlinienwidrig: Nach Art. 3 Abs. 3, 4 der Richtlinie dürfen dem Verbraucher nämlich durch die Nacherfüllung keine Kosten entstehen. Der Gesetzgeber hat dieses Problem zwar gesehen, war aber der Auffassung, daß es sich beim Nutzungsersatz nicht um Nacherfüllungskosten, sondern um die Herausgabe ungerechtfertigter Nutzungsvorteile handelt⁴⁹. Diese Auffassung des Gesetzgebers dürfte – wenngleich sie begrifflich zutrifft – europarechtlich im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) kaum zu halten sein, weil sie geeignet ist, den Verbraucher an der Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs zu hindern⁵⁰. Angesichts der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in Kenntnis der Richtlinienvorgabe bleibt freilich für eine Nichtanwendung der Regelung im Wege einer teleologischen Reduktion der Regelung der Norm wohl kein Raum⁵¹. Insoweit ist also ein Handeln des Gesetzgebers geboten⁵².

Eine bedeutende Divergenz zwischen nationalem Gewährleistungsrecht und Richtlinienrecht besteht weiter darin, daß die Richtlinie in Art. 3 Abs. 5 Sp. 3 die Möglichkeit zu Minderung und Rücktritt auch im Falle einer erfolgreichen, aber mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbundenen Nacherfüllung eröffnet. Man hat bereits überzeugend nachgewiesen, daß es sich dabei nicht etwa lediglich um ein Redaktionsversehen, sondern um eine bewußte Entscheidung des

⁴⁸ Insges. zutreffend *Gsell* NJW 2003, 1969 ff; ebenso bereits *W.-H. Roth* JZ 2001, 475, 489.

⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 223.

⁵⁰ *Gsell* NJW 2003, 1969, 1973 f; *W.-H. Roth* JZ 2001, 475, 489; *Hofmann* ZRP 2001, 347, 349; a.A. im wesentlichen unter Berufung auf die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 223 etwa *Westermann* JZ 2001, 530, 537; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 BGB Rn. 32; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 56; *Jauernig-Berger* § 439 BGB Rn. 18.

⁵¹ A.A. *Gsell* NJW 2003, 1969, 1971; *M. Schwab* JuS 2002, 630, 636; *AnwKomm-Büdenbender* § 439 Rn. 16 (teleologische Reduktion).

⁵² So – noch vor Inkrafttreten der Neuregelung – bereits *W.-H. Roth* JZ 2001, 475, 489; *Hofmann* ZRP 2001, 347, 349.

Richtliniengebers handelt⁵³. Eine Umsetzung dieser Möglichkeit in das deutsche Recht ist – wiederum bewußt – nicht erfolgt, da Rücktritt und Minderung im Falle behebbarer Mängel voraussetzen, daß die Nacherfüllung nicht (fristgemäß) erfolgt (§§ 437 Nr. 2, 323, 441 Abs. 1 BGB) und damit Rücktritt und Minderung im Falle erfolgreicher Nacherfüllung unabhängig von damit verbundenen Unannehmlichkeiten tatbestandlich gerade ausgeschlossen sind. Die Umsetzung in das deutsche Recht ist damit insoweit nicht richtlinienkonform. Für eine richtlinienkonforme Auslegung bleibt angesichts der bewußten Entscheidung des Gesetzgebers ebenfalls kein Raum, sofern nicht im Einzelfall eine Rücktrittsmöglichkeit aus § 324 hergeleitet werden kann oder sich eine Minderung des Kaufpreises über einen Anspruch auf Schadensersatz „neben der Leistung“ aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB herleiten läßt.

Daneben sind noch eine Reihe weiterer Probleme der Richtlinienkonformität aufgeworfen worden, deren Darlegung im Einzelnen den Rahmen eines Vortrags sprengen würden. Bei genauerem Hinsehen erweisen sie sich wohl als nicht sonderlich gravierend, teilweise auch als Scheinprobleme⁵⁴.

c) Der Sachmangelbegriff

Unproblematisch dürfte sich auch weiterhin der in § 434 BGB äußerst redundant (weil im Wortlaut der Richtlinie folgend) niedergelegte Sachmangelbegriff erweisen. Dies einerseits, weil er zunächst einmal nichts anderes als den bereits fest etablierten subjektiven und objektiven Fehlerbegriff enthält und sich die übrigen, von der Politik vollmundig als Fortschritt gepriesenen Redundanzen wie etwa die Einbeziehung der Werbung in den objektiven Fehlerbegriff als schon bisher praktizierte

⁵³ S. Pfeiffer ZGS 2002, 390 ff; zur Teleologie s. insbesondere W.H. Roth, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform S. 225, 243 ff; im Ergebnis ebenso bereits Ernst/Gsell ZIP 2000, 1410, 1417 f; P. Huber FS Henrich (2000) S. 297, 307; AnwKomm-Pfeiffer Art. 3 Kauf-RL Rn. 16; Staudenmayer ERPL 2000, 547, 555 f.

⁵⁴ So etwa die Frage der „absoluten“ oder „relativen“ Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung bei mehreren Nacherfüllungsalternativen, s. dazu etwa Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 48 ff, MünchKomm-S. Lorenz, 4. Aufl., Vor § 474 Rn. 18 (im Erscheinen) jeweils m.w.N. oder das Verhältnis zwischen subjektivem und objektiven Fehlerbegriff, s. Bamberger/Roth-Faust § 434 Rn. 49, MünchKomm-S. Lorenz aaO Vor § 474 Rn. 9 m.w.N.

Selbstverständlichkeiten erweisen⁵⁵. Auch die Einbeziehung des *aliud* sowie der *Manko*-Lieferung in den Begriff des Sachmangels bereitet – richtig verstanden – nicht wirklich Probleme⁵⁶, sondern wird sich in der Praxis als hilfreich erweisen. Ein Paradebeispiel für verkramptes Suchen nach gesetzgeberischen Fehlleistungen stellt etwa die von prominenter Seite verbreitete, ihrerseits aber Grundbegriffe des Bereicherungsrechts verkennende Ansicht dar, die Einbeziehung des *aliud* verwehre es dem Verkäufer, der irrtümlich eine wertvolleres *aliud* geliefert hat – also etwa den besser ausgestatteten Computer als den tatsächlich geschuldeten – dieses im Wege der Leistungskondition als *indebitum* zurückzufordern⁵⁷. Auch im übrigen wird sich die Einbeziehung der *aliud*-Lieferung als ein Segen erweisen. Man erinnere sich nur an die unselige, zu gezielt ergebnisorientierter Rechtsprechung verleitende Rechtsprechung zur Abgrenzung von *aliud* und Sachmangel beim Gattungskauf⁵⁸: Wer weiß denn noch, ob Winterweizen „schlechter“ Sommerweizen⁵⁹ ist? Ob Wellstegträger 32 cm „schlechte“ Wellstegträger 40 cm oder ein *aliud* sind⁶⁰, ob Glykolwein „schlechte“ Auslese ist⁶¹, jugoslawisches Buchenholz „schlechtes“ rumänisches Buchenholz⁶² ...? Man sollte nicht vergessen, daß das alte Recht auch so seine Fallstricke hatte!

d) Der Nacherfüllungsanspruch: Inhalt und Priorität

Dogmatisch wie praktisch weitaus interessanter sind die Fragen, die sich um den neu eingeführten kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch in § 439 BGB ranken. Hierauf bezog sich auch die erste publizierte Entscheidung

⁵⁵ S. dazu etwa *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 487 m.w.N.

⁵⁶ Zum Erfordernis einer entsprechenden Tilgungsbestimmung bei der *aliud*-Lieferung s. etwa *S. Lorenz* JuS 2003, 36 ff; zur Abgrenzung von Mankolieferung und teilweiser Unmöglichkeit etwa *S. Lorenz* NJW 2003, 3097 ff.

⁵⁷ So *Wilhelm* JZ 2001, 861 (868); *Musielak* NJW 2003, 89 ff; s. zum Ganzen sowie zum Verhältnis zu § 241a BGB s. *S. Lorenz* JuS 2003, 36 ff sowie zuletzt eingehend *Thier* AcP 203 [2003], 399 ff.

⁵⁸ Zur Sinnhaftigkeit der Gleichsetzung auch beim Stückkauf s. zutr. *Dauner-Lieb/Arnold* JuS 2002, 1175, 1176; *S. Lorenz* JuS 2003, 36, 38; zur Gegenansicht s. etwa *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung [Fn. 1] S. XXIII und im Anschluß daran *Lettl* JuS 2002, 866, 871.

⁵⁹ BGH NJW 1968, 640

⁶⁰ BGH NJW 1975, 2011 ff

⁶¹ BGH NJW 1989, 218 ff

⁶² BGH LM BGB § 477 Nr. 5

zum neuen Recht, in welcher es – wie könnte es anders sein – um den Kauf eines Autos ging⁶³. Zwei zentrale Problemschwerpunkte von unterschiedlicher praktischer Bedeutung werden hier mit äußerster Schärfe diskutiert. Bei beiden handelt es sich um paradigmatische Probleme im Umgang mit dem neuen Recht und der Rangfolge von Gesetz und Dogmatik:

Nach § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache nach seiner Wahl Nacherfüllung entweder durch Mängelbeseitigung oder aber durch Lieferung einer neuen, mangelfreien Sache beanspruchen. Daß diese Wahl bei einem Gattungskauf – man denke etwa an den Erwerb eines Staubsaugers in einem Kaufhaus – im Grundsatz unproblematisch ist, liegt auf der Hand. Unbestritten ist aber auch, daß im Falle eines Stückkaufs einer von den Parteien eindeutig individualisierten und nach dem Parteiwillen auch nicht ersetzbaren Sache eine Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache nicht in Betracht kommt – man denke etwa an den Kauf eines Seegrundstücks, das tatsächlich keines ist. Das Schuldverhältnis beschränkt sich von vorneherein auf diese Sache, eine andere ist schlicht nicht geschuldet. Wie ist es aber, wenn die Parteien zwar einen Stückkauf vereinbart haben, die Kaufsache aber – wenngleich gegenständlich individualisiert – ersetzbar ist. So verhielt es sich in den ersten publizierten Urteilen, in welchen Gebrauchtwagen verkauft wurden, der Händler aber über Kfz einer ähnlichen Kategorie verfügte⁶⁴. Der Streit darüber hat – im umgekehrt proportionalen Verhältnis zur praktischen Bedeutung des Problems – ein beträchtliches Ausmaß angenommen. Ihn im einzelnen darzulegen, würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen⁶⁵. Er ist aber – wie *Canaris* zu recht betont – exemplarisch für die dienende Funktion der Dogmatik: Wenn nämlich dem Gesetz – und dafür sprechen gute Gründe – zu entnehmen ist, daß auch im Falle bestimmter Stückschulden⁶⁶ eine Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache zu erfolgen hat, und man das nicht mehr mit den Begriffen der beschränkten Gattungsschuld, d.h. unter Rückgriff auf den (ggf. hypothetischen) Parteiwillen zu lösen können glaubt⁶⁷, dann kann

⁶³ LG Ellwangen NJW 2003, 517.

⁶⁴ LG Ellwangen aaO; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 m. Besprechungsaufsatz *Canaris* JZ 2003, 831 ff.

⁶⁵ S. dazu eingehend zuletzt *Canaris* JZ 2003, 831 ff sowie die Kontroverse zwischen *Ackermann* und *Canaris* in JZ 2003, 1154 ff.

⁶⁶ Zu eng ist freilich das Abstellen auf die „Vertretbarkeit“ der Kaufsache i.S.v. § 91 BGB.

⁶⁷ Zu einem solchen Lösungsansatz s. *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 506; ähnlich *Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003) S. 162 f.

dies nicht mit dem Argument ausgehebelt werden, das verträge sich nicht mit den Kategorien „Gattungsschuld“ und „Stückschuld“ und könne daher nicht sein: Das Gesetz muß nicht dogmatisch konsequent sein, sondern es kann, was es will – auch um den Preis der inneren Logik⁶⁸.

Das zweite exemplarische Problem ist sowohl dogmatisch als auch praktisch wesentlich interessanter. Es zeigt nämlich zugleich die bereits geschilderte „AT-Lastigkeit“ unseres Gewährleistungsrechts, den falschen Umgang mit Schlagwörtern sowie eine m.E. rückwärtsgewandte Rechtsanwendung auf. Nehmen wir den einfachen Fall, daß ein Käufer, ohne vorher den Verkäufer zur Nacherfüllung aufgefordert zu haben, den erworbenen mangelhaften Gegenstand in Eigenregie reparieren läßt und nun die Kosten der Reparatur beim Verkäufer geltend macht. Diese Kosten kann er i.d.R. nicht ersetzt verlangen. Die Begründung ist aber nicht ein vorgebliches „Recht zur zweiten Andienung“ seitens des Verkäufers oder ein vorgeblicher „Vorrang der Nacherfüllung“, sondern die Tatsache, daß ab dem Zeitpunkt der Beseitigung des Mangels durch den Käufer die Nacherfüllung nunmehr unmöglich geworden ist, d.h. ein unbehebbarer, weil bereits behobener Mangel vorliegt⁶⁹. Wenn der Käufer jetzt also Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung geltend macht, muß er sich auf diejenigen – übrigens in § 437 BGB aufgezählten – Normen stützen, welche die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Leistung regeln. Wenn dieser Fall aber ein Fall von Unmöglichkeit (der Nacherfüllung) ist, so ist diese Unmöglichkeit nicht vom Schuldner (hier dem Verkäufer) zu vertreten, sondern vom Gläubiger (hier dem Käufer). Nach altem wie nach neuem Recht hat aber der Gläubiger bei von ihm zu vertretender Unmöglichkeit nicht nur kein Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt, sondern bleibt im Falle eines gegenseitigen Vertrages auch weiterhin zur (vollen) Gegenleistung verpflichtet. Das stand in § 324 BGB a.F. und steht jetzt unverändert in § 326 Abs. 2 BGB n.F. Man mag daraus sowie aus der Tatsache, daß im Falle möglicher Nacherfüllung sämtliche Sekundäransprüche des Käufers grundsätzlich den Ablauf einer Nacherfüllungsfrist voraussetzen, einen „Vorrang der Nacherfüllung“ oder ein „Recht zur zweiten Andienung“ folgern. Dieses stellt dann aber lediglich eine Folge, nicht aber die Ausgangsregel dar. Diese Begründung ist wichtig. Macht man sich nämlich klar, daß es im Beispielsfall um einen Fall von vom Gläubiger zu vertretender Unmöglichkeit handelt, ist die sich aufdrängende Frage, ob der Verkäufer jetzt schlicht und einfach

⁶⁸ S. dazu *Canaris* JZ 2003, 831, 835 f.

⁶⁹ Anders selbstverständlich, wenn die Fristsetzung ausnahmsweise nach §§ 323 Abs. 2, 440 BGB entbehrlich war.

„Glück gehabt“ hat oder aber zumindest zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet ist, die ihm jetzt erspart bleiben, schnell gelöst: Im Falle von vom Gläubiger zu vertretender Unmöglichkeit bleibt zwar bei einem gegenseitigen Vertrag dessen Gegenleistungspflicht erhalten, sie mindert sich aber – nach altem wie nach neuem Recht – um die dem Schuldner ersparten Aufwendungen. Es bedarf m.E. nicht einmal einer Analogie, sondern nur schlichter Subsumtion dieser Norm, um meinen Fall wie folgt zu lösen: Der Käufer verliert jedes Recht auf Schadensersatz, Minderung oder Rücktritt⁷⁰, kann aber vom Verkäufer dessen ersparte Nacherfüllungsaufwendungen – die mit den Nacherfüllungskosten des Käufers keineswegs identisch sein müssen und für die er überdies materiellrechtlich die Beweislast trägt⁷¹ – ersetzt verlangen⁷².

Beispielhaft für den m.E. rückwärtsgewandten und undogmatischen Umgang mit dem neuem Recht ist die scharfe, schon fast unsachliche Kritik, die diese Lösung erfahren hat⁷³: Eine reine *petitio principii* ist, wie dargelegt, das Argument, sie widerspreche dem Vorrang der Nacherfüllung⁷⁴: Diesen gibt es eben in einer solchen Absolutheit nirgends. Weiter wird eingewandt, dieses Ergebnis sei „gut gemeint“ und rechtsethisch auch gerechtfertigt⁷⁵, widerspreche aber der h.M. zum bisherigen Werkver-

⁷⁰ Insoweit im Ergebnis und wohl auch in der Begründung zustimmend *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 250 ff.

⁷¹ Freilich kann hier im Einzelfall prozeßrechtliche eine sog. „sekundären Behauptungslast“ des Verkäufers eingreifen, vgl. dazu zuletzt BGH NJW 2003, 1039 sowie grundlegend BGH JZ 1991, 630 mit Aufsatz *P. Schlosser* aaO S. 599 ff.

⁷² Eingehend *S. Lorenz* NJW 2003, 1417 ff; *ders.* NJW 2002, 2497, 2499; zustimmend *Palandt-Heinrichs*, 63. Aufl. 2004, § 326 BGB Rn. 13; *Palandt-Putzo* § 437 BGB Rn. 4a; wohl auch *Bamberger/Roth-Faust* § 437 BGB Rn. 33 (für den Fall der Vereitelung der Nacherfüllung durch Zerstörung/Verschlechterung der Kaufsache durch den Käufer); a.A. *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 455 ff; *AG Kempen* ZGS 2003, 440.

⁷³ *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 250 ff („gut gemeint“); *dies.* ZGS 2003, 455 ff („offener Ungehorsam gegen die Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers“).

⁷⁴ Die rechtsfolgenbezogene Unterscheidung zwischen Nacherfüllungskosten des Käufers und ersparten Nacherfüllungsaufwendungen des Verkäufers wird dabei schlicht als vermeintliche „Umetikettierung“ bzw. „feinsinnige Unterscheidung, die nichts zu ändern vermöge“ vom Tisch gewischt, s. *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 455, 457 f; zur Bedeutung dieser Unterscheidung vgl. aber jüngst – wenngleich in anderem Zusammenhang – BGH v. 28.11.2003, V ZR 99/03.

⁷⁵ So *Dauner-Lieb/Dötsch* zumindest noch in ZGS 2003, 250, 252.

tragsrecht bzw. der neueren Rechtslage im Mietrecht⁷⁶. Unabhängig von der Frage, ob es zu der hier vertretenen Lösung einer Analogie bedarf, ist schlicht unverständlich, wie man eine dem Gesetz unschwer entnehmbare, dogmatisch stringente Lösung, die man überdies offenbar für rechtsethisch gerechtfertigt hält, unter Hinweis auf eine h.M. zum *früheren* (!) Werkvertragsrecht bzw. auf das einem eigenständigen besonderen Leistungsstörungenrecht unterstehenden Mietrecht verwerfen kann. Der Versuch, das neue Recht mit dem alten zu erklären oder gar *ad absurdum* zu führen, zeugt davon, daß man sich – um es einmal vereinfacht auszudrücken – offenbar einfach nicht auf das schlichte Subsumieren einlassen will.

*e) Mangelbedingter Nutzungsausfall:
Schadensersatz „neben der Leistung“ oder Verspätungsschaden*

Die geschilderte „AT-Lastigkeit“ des Leistungsstörungenrechts zeigt sich auch am kontrovers diskutierten Problem des mangelbedingten Betriebsausfalls. Es geht dabei um die Frage, ob es sich bei dem Schaden, den ein Käufer etwa einer Maschine dadurch erleidet, daß er sie mangelbedingt nicht einsetzen kann, um Schadensersatz „wegen Verzögerung der Leistung“ i.S.v. § 280 Abs. 2 BGB oder aber um bloßen Schadensersatz „neben der Leistung“ i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB handelt. Die praktische Relevanz der Fragestellung besteht im Erfordernis des Verzuges (§ 286 BGB). Hier kommt es – neben Wertungsfragen wie insbesondere der *ratio* des Mahnungserfordernisses – entscheidend darauf an, ob man die Pflichtverletzung des Verkäufers, der eine mangelhafte Sache liefert, in der Verletzung von § 433 Abs. 1 S. 2 BGB (Pflicht zur sachmangelfreien Leistung) sieht oder sich aber auf den Standpunkt stellt, es handele sich um die „nicht rechtzeitige“ (mangelfreie) Leistung. Ersteres führt zu einer verzugsunabhängigen Schadensersatzpflicht⁷⁷, letzteres dazu, daß nach § 280 Abs. 2 BGB erst der ab dem Verzugsseintritt entstehende Schaden

⁷⁶ Dauner-Lieb/Dötsch aaO.

⁷⁷ S. dazu etwa Canaris ZIP 2003, 321, 326; Huber/Faust [Fn. 50] Kap. 13 Rn. 7 ff; Lorenz/Riehm [Fn. 3] 546 f; BT-Drucks. 14/6040 S. 225; Vollkommer, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 124 mit Fn. 5; Bamberger/Roth-Faust § 437 Rn. 61 (unter ausdrücklicher Aufgabe der noch in Huber/Faust [Fn. 50] Kap. 3 Rn. 223 vertretenen Gegenansicht); MünchKomm-Ernst § 280 BGB Rn. 55 f m.w.N.. Nur im Ergebnis ebenso Grigoleit/Riehm AcP 203 (2003) 727, 754 (Verspätungsschaden, aber Verzicht auf das Mahnungserfordernis durch teleologische Reduktion von § 286 BGB).

ersetzbar ist, was i.d.R. eine Mahnung voraussetzt⁷⁸. Das Meinungsbild in der Literatur ist geteilt, die besseren Gründe sprechen m.E. für eine verzugsunabhängige Schadensersatzpflicht: Maßgebliche Pflichtverletzung ist die Schlechtleistung und nicht die Verspätung⁷⁹.

f) Garantien: Das Scheinproblem des § 444 BGB

Ein weiteres Paradebeispiel für m.E. bewußtes Mißverstehen des neuen Rechts ist die fruchtlose Debatte um das Problem der Garantien, das in der Praxis aber dennoch anfangs so viel Verunsicherung hervorgerufen hat: Nach § 444 BGB kann sich der Verkäufer „auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, ... nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.“ Die vielleicht etwas unbedacht formulierte, im übrigen aber (teilweise wohl absichtlich) mißverständene Regelung hat insbesondere im Bereich des Unternehmenskaufs erhebliche Irritationen ausgelöst. Die weniger durch das Gesetz als durch seine Exegeten herbeigeführte Verunsicherung der Kautelarpraxis hat dabei sogar zu dem wohl beispiellosen Vorgang einer (freilich unverbindlichen) „Interpretationshilfe“ des Bundesministeriums der Justiz zur Auslegung der Regelung gegenüber dem Bundesverband der Deutschen Industrie geführt⁸⁰. Der Gesetzgeber hatte, wie sich aus den Materialien eindeutig ergibt, lediglich eine Zusammenführung von § 476 BGB a.F. und § 11 Nr. 11 AGBG a.F. beabsichtigt. Bereits nach früherem Recht war ein Haftungsausschluß unwirksam, *soweit* eine Eigenschaft zugesichert wurde. Das Gesetz regelte zwar in §§ 476 BGB a.F. lediglich die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses im Falle des §§ 463 S. 2 BGB a.F. (arglistiges Verschweigen eines Mangels), nicht aber für den Fall des §§ 463 S. 1 BGB a.F. (Eigenschaftszusicherung). Der Vorrang der Eigenschaftszusicherung ergab sich aber bereits aus ihr selbst heraus, d.h. aus dem darin zum Ausdruck kommenden Willen, verschuldensunabhängig für alle Folgen des Fehlens der Eigenschaft eintreten zu wollen. Die Neuregelung in § 444 hat insoweit keinen neuen Aussagegehalt. Sie drückt – ebenso wie die nunmehr überflüssige

⁷⁸ So etwa *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2001, 2535, 2537; MünchKomm-Emmerich Vor § 275 BGB Rn. 18; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2003), S. 98 jeweils m.w.N.

⁷⁹ S. dazu eingehend *Canaris* ZIP 2003, 321, 326 f.

⁸⁰ Wiedergegeben in ZGS 2003, 307 ff.

Regelung von § 11 Nr. 11 AGBG – lediglich die Selbstverständlichkeit aus, daß sich ein Haftungsausschluß nicht mit dem Inhalt der Garantie in Widerspruch setzen darf, daß also der Verkäufer „nach Treu und Glauben nicht das, was er im Vertragsangebot versprochen hat, durch Beifügung einer Freizeichnungsklausel ... zunichte machen“ darf. In der Literatur wurde der Regelung aber unterstellt, möglicherweise in einer Art „Alles oder Nichts-Prinzip“ nunmehr limitierte Garantien, wie sie insbesondere im „M&A-Geschäft“ in Form von *cap*- und *de minimis*-Klauseln Gang und Gäbe sind, zu verbieten. Hieran schloß sich eine überaus fruchtlose und an der Sache vorbeigehende Diskussion über die Frage an, ob die Regelung „unselbständige“ oder „selbständige“ Garantien erfaßt⁸¹. Die Aufsatzliteratur hierzu ist kaum noch zu übersehen. Die Verunsicherung ging soweit, daß die Kautelarpraxis wohl bis heute in Unternehmenskaufverträgen das Wort „Garantie“ um jeden Preis zu vermeiden versucht und statt dessen umfangreiche Beschaffenheitsvereinbarungen trifft.

Tatsächlich handelt es sich hier geradezu um ein Paradebeispiel eines Scheinproblems, bei dem sich der Verdacht aufdrängt, daß es bewußt geschaffen worden ist⁸², um anschließend eine Lösung präsentieren zu können⁸³. Es geht nicht – wie behauptet wird – um „eines der größten Ärgernisse des neuen Schuldrechts“⁸⁴, sondern um *das* größte Ärgernis im *Umgang* mit demselben: Eine bewußte begriffsjuristische Verzerrung einer Norm als Nachzugsgefecht gegen das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁸⁵: Ganz selbstverständlich ist die Regelung nach der im Gesetzgebungsverfahren deutlich hervorgetretenen Intention des Gesetzgebers⁸⁶ nicht so zu verstehen, daß ein Verkäufer nicht in Tatbestand wie Rechtsfolgen (z.B. etwa auf bestimmte Schadenshöchstsummen) beschränkte Garantien geben könnte. Die von § 444 BGB intendierte Einschränkung reicht daher

⁸¹ *Canaris*, Karlsruher Forum [Fn. 14] S. 85 sieht zu Recht „keine tragfähigen Anhaltspunkte“ dafür, daß § 444 BGB nur für eine „unselbständige“ und nicht auch für eine „selbständige“ Garantie gilt.

⁸² Zuerst wohl von *Graf v. Westphalen* ZIP 2001, 2107.

⁸³ S. dazu auch den Redebeitrag des Abgeordneten *Montag* in der Parlamentarischen Debatte über den Gesetzesentwurf der CDU/CSU-Fraktion, BT-Plenarprotokoll 15/56 S. 4740 („Sie blasen eine sehr eng begrenzte Fachdebatte zu angeblichen Ungereimtheiten des neuen § 444 BGB erst richtig auf, um sich dann mit dem selbst geschaffenen Scheinproblem wichtigtuertisch zu beschäftigen“).

⁸⁴ So *Dauner-Lieb/Dötsch* [Fn. 8] S. 8.

⁸⁵ S. dazu oben I.

⁸⁶ S. dazu bereits *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 563 sowie *Canaris*, Karlsruher Forum [Fn. 14] S. 85 f; *Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 111 ff; *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2516.

auch rechtsfolgenbezogen nur soweit, wie die vertraglich übernommene Garantie, deren Inhalt auch in Bezug auf die Rechtsfolgen⁸⁷ weiterhin vollständig der Parteiautonomie unterliegt. Die Regelung besagt nur die Selbstverständlichkeit, daß *soweit* eine Garantie gegeben wurde, diese nicht zugleich vertraglich eingeschränkt werden darf. Kurz: Das Versprochene ist zu halten, was aber versprochen wird, bleibt vollständig der Privatautonomie überlassen.

Diese Erkenntnis dürfte sich mittlerweile wohl allgemein durchgesetzt haben⁸⁸. Es existiert auch ein Gesetzesentwurf der CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestags mit dem bezeichnenden Titel „Gesetz zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit beim Unternehmenskauf“⁸⁹, der eine Streichung des die Garantie betreffenden Satzes aus § 444 BGB vorschlägt und – ganz im Sinne der h.M. – in einem neuen Absatz 3 von § 477 BGB folgende Regelung einzufügen vorschlägt: „*Soweit* eine Garantie nach § 443 Rechte des Käufers begründet, können diese nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.“ Der Gesetzesentwurf schießt freilich deutlich über das Ziel der Klarstellung hinaus, indem er die Vorrangregel der Garantie in unnötiger Weise auf den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt. Das kann wiederum zu dem – freilich ebenfalls unrichtigen – Fehlschluß führen, daß außerhalb des „B2C-Bereichs“ eine Garantieübernahme mit gleichzeitigem Haftungsausschluß innerhalb der Reichweite der Garantie zulässig wäre. Festzuhalten bleibt aber, daß der Gesetzgeber diese Irrungen freilich von vornherein durch die Verwendung des Wortes „soweit“ in § 444 BGB hätte vermeiden können.

*g) Der eigentliche Angriff auf die Privatautonomie:
Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs und des Händlerregresses*

Es ist nun aber keineswegs so, daß das neue Leistungsstörungenrecht keine Fehlentwicklungen aufweisen würde. Denn in der Tat stellt das neue Recht

⁸⁷ Vgl. dazu sehr deutlich die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 14/6857 S. 61.

⁸⁸ S. neben den in Fn. 86 Genannten etwa *Gaul* ZHR 166 (2002) 62 f.; *Faust* ZGS 2002, 271, 274; *Eidenmüller* ZGS 2002, 296; *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 56 ff.; *U. Huber* AcP 201 (2001) 179, 238ff.; *Müller*, NJW 2002, 1026, 1027; *Palandt-Putzo*, § 444 Rn. 3; *Seibt/Raschke/Reiche*, NZG 2002, 256; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 530 ff.; *Wolff/Kaiser*, DB 2002, 411, 419; beharrend wohl nur noch der Urheber des Scheinproblems, s. *Graf v. Westphalen* ZIP 2003, 1179. Fast schon grotesk ist dabei seine Bemerkung in Bezug auf die h.M., die Literatur habe „mit reichlich viel Pulverdampf“ erzeugt, was man eine herrschende Meinung nennt“.

einen erheblichen und bedenklichen Angriff auf die Privatautonomie dar. Dieser liegt aber nicht im Bereich des m.E. äußerst gelungenen und im Verhältnis zur Komplexität der Materie vergleichsweise einfachen System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, sondern in dem starken Anschwellen des zwingenden Rechts. Gemeint ist damit die Tatsache, daß die nur auf den ersten Blick immer verbraucherfreundlichen Regelungen des Verbrauchsgüterkaufrechts in sehr bedenklicher Weise nicht nur zum Schutz, sondern auch zur Bevormundung des Verbrauchers geführt haben⁹⁰. Nach § 475 BGB sind nämlich im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern die Rechtsbehelfe des Verbrauchers als Käufers weitestgehend zwingend ausgestattet. Lediglich Schadensersatzansprüche können – freilich unter dem Vorbehalt einer AGB-Prüfung – noch Gegenstand einer Haftungsbegrenzung sein. Im Übrigen kann ein Verkäufer lediglich bei gebrauchten Sachen eine Verkürzung der Verjährung auf bis zu ein Jahr vereinbaren – mehr geht nicht⁹¹. Natürlich hat sich die untergerichtliche Rechtsprechung sofort mit der Frage zu befassen gehabt, wie sich diese Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Sachmangelbegriff, d.h. zum subjektiven Fehlerbegriff verhält: Wenn etwa ein Schrottfahrzeug als solches verkauft wird, liegt, wenn es nicht fahrbereit ist, schon von vorneherein kein Sachmangel vor, so daß man insoweit nicht von einem unzulässigen Haftungsausschluß sprechen kann. Das kann natürlich nicht so weit führen, daß Pkw zum Preis eines gebrauchsfähigen Fahrzeugs „als Metallschrott“ oder als „Bastlerfahrzeug“⁹² veräußert wird. Dazu bedarf es gar nicht des Rückgriffs auf das Umgehungsverbot des § 476 BGB. Das „Problem“ läßt sich vielmehr mit einem bloßen Hinweis auf den (übereinstimmenden) wahren Parteiwillen erledigen: „*falsa demonstratio non nocet*“. Der Mängelhaftung kann ein Verkäufer aber immerhin dadurch entgehen, daß er vor Vertragsschluß auf bekannte konkrete Mängel hinweist, was dann nach § 442 BGB zum Ausschluß der Haftung führt. Die Grenze zu einem unzulässigen Haftungsausschluß liegt dort, wo der Käufer das *Risiko* eines nicht erkannten Mangels tragen soll⁹³. Dieses dem Käufer – auch

⁸⁹ BT-Drucks. 15/1069; s. dazu etwa *Thiessen* ZRP 2003, 272 ff.

⁹⁰ Zur berechtigten Kritik hieran s. nur *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung [Fn. 1] S. XXIX f sowie eingehend *ders.* AcP 200 (2000) S. 274, 352 ff sowie jüngst *Adomeit* JZ 2003, 1053 ff.

⁹¹ Zu den Einzelheiten s. nur MünchKomm-S. *Lorenz* [Fn. 54] § 475 BGB Rn. 3 ff m.w.N.

⁹² S. AG Marsberg ZGS 2003, 119.

⁹³ Zu den Einzelheiten s. nur MünchKomm-S. *Lorenz* [Fn. 54] § 475 BGB Rn. 9 m.w.N.

gegen entsprechenden Preisnachlaß – zu übertragen, schließt § 475 Abs. 1 in Bezug auf die ihm unabhängig vom Vertretenmüssen des Verkäufers zustehenden Rechtsbehelfe aus. Durch diesen massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit wird dem Verbraucher zugleich die Möglichkeit sinnvoller und gewinnbringender Risikogeschäfte genommen. An einem Beispiel von *Canaris*⁹⁴ läßt sich das hervorragend exemplifizieren: Ein Automechaniker, der von einem Händler zu privaten Zwecken ein Kfz kaufen will und – natürlich gegen einen entsprechenden Preisnachlaß – von sich aus dem Verkäufer einen Haftungsausschluß anbietet, weil er aus eigener Sachkunde das Risiko einschätzen kann bzw. allfällige Mängel unschwer selbst beseitigen kann, kann einen solchen nicht wirksam vereinbaren: Ein Paradebeispiel von verbraucherfeindlichem Verbraucherschutz, dem man angesichts des bewußt typisierenden Charakters des Verbraucherschutzes wohl auch nicht im Einzelfall mit dem Grundsatz von Treu und Glauben wird entgegenwirken können⁹⁵.

Kann man dieses noch allein dem europäischen Gesetzgeber ankreiden, so ist der bedenklichste Eingriff in die Privatautonomie „hausgemacht“. Entgegen den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die in Bezug auf dort nur vage beschriebene Regreßansprüche die Privatautonomie der Parteien in keiner Weise einschränkt⁹⁶, hat der Gesetzgeber in §§ 478, 479 BGB Regelungen über den sog. Unternehmerregreß eingeführt, die in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis ebenfalls zwingend ausgestaltet wurden. Unter völliger Verkennung der heutigen Vertriebsrealitäten⁹⁷ ging er davon aus, daß der „kleinere“ Einzelhändler, der an einen Verbraucher veräußert, im Vergleich zu seinem „stärkeren“ Vormann – Zwischenhändler oder Hersteller – zu schützen ist. „Unternehmer – Unternehmerlein – Verbraucher“ – ein gefährliches Leitbild. Nach der gesetzlichen Regelung können nunmehr die – teilweise modifizierten – Gewährleistungsansprüche in einer solchen Unternehmerbeziehung nicht mehr im Voraus abbedungen werden, sofern dem Rückgriffsgläubiger „kein gleichwertiger Anspruch“ eingeräumt wird. Was als ein solcher „gleichwertiger“ Ausgleich angesehen

⁹⁴ *Canaris* AcP 200 [2000] S. 273, 362.

⁹⁵ So der Vorschlag von *Adomeit* JZ 2003, 1053, 1054, der im Rahmen einer individualisierten Betrachtungsweise dem informierten Verbraucher, dem es gelingt, seine eigenen Vorstellungen im Vertrag durchzusetzen und darin freiwillig ein Risiko – etwa gegen entsprechenden Preisnachlaß – übernimmt, nach § 242 BGB die Berufung auf einen Mangel versagen will.

⁹⁶ Begründungserwägung Nr. 9.

⁹⁷ S. dazu nur *K. Schmidt*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 427, 431.

werden kann, ob insbesondere bisher praktizierte pauschale Ausgleichssysteme⁹⁸ diesem Maßstab standhalten werden, ist eine vollständig offene Frage, an der sich die Kautelarjuristen noch die Haare ausraufen werden⁹⁹. Eher zynisch als trostreich wird man da die Begründung des Gesetzgebers empfinden, das solle auch in den Materialien nicht weiter konkretisiert werden, um der Praxis nicht vorzugreifen¹⁰⁰. Man kann nur hoffen, daß sich die Rechtsprechung hier liberal erweisen wird, um die gewichtige Einschränkung der Vertragsfreiheit, die der Gesetzgeber hier ohne Not gesetzt hat, einigermaßen abzufedern.

VI. „Außenbilanz“: Wie europäisch ist das neue Leistungsstörungenrecht?

Ich habe hier nur einen kurzen Einblick in die Schwerpunkte der Erfahrungen der ersten zwei Jahre mit dem neuen Schuldrecht geben können. Vieles mußte dabei weggelassen werden – so etwa Verjährungs- und Konkurrenzfragen, die – wenngleich nicht mehr mit derselben Brisanz wie bisher – weiterhin auf der Tagesordnung stehen werden¹⁰¹. Als Rechtsvergleicher, die wir im Zuge der europäischen Rechtsvereinheitlichung ja zwangsweise alle werden müssen, interessiert mich natürlich der Blick nach außen und der Blick von außen.

Zunächst zum Blick nach außen: Was ist nun an dieser Reform europäisch? Die Antwort lautet: fast nichts. Denn ein „Europäisches Privatrecht“ im eigentlichen Sinne gibt es nicht. Was man bisher auf der Ebene der EG, der es an einer Kompetenz für das allgemeine Privatrecht mangelt, als „europäisches“ Privatrecht bezeichnet, ist ein Sammelsurium von Richtlinienrecht, dem es – wie nicht anders möglich – an jeder dogmatischen Struktur mangelt. Diese Enttäuschung erlebt man am deutlichsten, wenn man eines der vielen Bücher aufschlägt, die den Titel „Europäisches Privatrecht“ tragen und dann doch nur mehr oder weniger gut strukturierte Sammlungen und Kommentierungen von Richtlinien entdeckt. Dieses

⁹⁸ S. dazu *K. Schmidt* aaO [Fn. 97].

⁹⁹ S. dazu auch die treffende Aussage bei *v. Sachsen Gessaphe FS Sonnenberger* (2004) S. 99, 112, wonach „das Austarieren des Spannungsfeldes zwischen halbzwingender Natur der Rückgriffsregelung und privatautonomem Ausweichmechanismen die eigentliche Herausforderung der Kautelarpraxis auf diesem Gebiet“ darstellt.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 249.

¹⁰¹ S. dazu etwa *Lorenz/Riehm* [Fn. 3] Rn. 572 ff.

Richtlinienrecht hat sich in fast jedem Rechtssystem der Mitgliedsstaaten als struktureller Störfaktor ausgewirkt. Beklagt wird zu Recht sein teilweise systemstörender Einfluß auf bislang kohärente nationale Zivilrechtsordnungen. Das sieht man auch dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an: Dort, wo das neue Schuldrecht aber dieses Richtlinienrecht umsetzt, ist es in der Tat nicht immer besonders gut gelungen, weil dem Gesetzgeber der Mut und die Zeit gefehlt hat, dies angepaßt an den Stil und die Struktur des BGB zu tun. Manche dieser Vorschriften lassen in der Tat an den bitteren Vorwurf von *Flume* denken, der bereits im Zusammenhang mit den Änderungen im BGB im Zuge der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie von der „Schändung eines Kulturdenkmals“ gesprochen hatte¹⁰². Beispiel hierfür geben etwa die Redundanzen im Sachmangelbegriff sowie die verunglückten Regelungen über die Garantien (§§ 443, 447 BGB).

Zwar nimmt das neue Leistungsstörungenrecht teilweise Begrifflichkeiten von wissenschaftlichen Arbeiten an Vorschlägen zu einem Europäischen Obligationenrecht auf, d.h. es finden sich gewisse Anklänge an die von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht (sog. „*Lando-Kommission*“) erarbeiteten „*Principles of European Contract Law*“ sowie an die „*UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts*“ und natürlich das Wiener UN-Kaufrecht (CISG), jedoch gewinnt man bei der Lektüre der Begründung des deutschen Gesetzgebers den Eindruck, daß diese Vorarbeiten bzw. Vorbilder immer nur dann erwähnt werden, wenn sich – mehr oder minder zufällig – Übereinstimmungen ergeben. Tatsächlich ist das neue Leistungsstörungenrecht in weiten Teilen nichts anderes als beste deutsche Dogmatik, über 100 Jahre Erfahrung mit dem Schuldrecht des BGB, d.h. guter alter Wein in gar nicht so neuen Schläuchen. Es ist m.E. unverständlich, wie man darin einen „substantiellen Verlust an Niveau“ sehen kann¹⁰³. Jedenfalls hat die Reform – soviel läßt sich schon jetzt konstatieren – nicht zu einem „nachhaltigen Qualitätsverlust in der juristischen Alltagsarbeit“¹⁰⁴ geführt.

Und das ist gut so, denn ebensowenig wie „Modernisierung“ ist auch die europäische Rechtsvereinheitlichung ein Wert an sich, der einen Rückschritt an Qualität erlauben sollte. Die Arbeiten der *Lando-Kommission* und ihrer von der Kommission mit viel Geld unterstützten Folgekommission werden, so wichtig sie sind, m.E. stark überschätzt. Die „*Principles*“ bewegen sich zu einem weiten Bereich auf einem sehr einfachen gemeinsamen Nenner. Sie zeigen allenfalls einen Arbeitsplan auf, in welchen Bereichen die europäischen Rechtsordnungen inhaltlich

¹⁰² ZIP 2000, 1427, 1429.

¹⁰³ So aber *Altmeyden* DB 2001, 1131.

¹⁰⁴ So aber die Prognose von *Altmeyden* aaO.

und systematisch divergieren, sie sind aber m.E. auch nicht ansatzweise auf dem Niveau einer praxistauglichen Kodifikation. Dabei paßt es ins Bild, daß gerade *Ole Lando* das neue deutsche Leistungsstörungenrecht auf eine erschreckend wenig fundierte Weise als zu kompliziert und insbesondere als auf zu hohem Abstraktionsniveau gebrandmarkt und eine Tradition wie diejenige des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs angemahnt hat: Eine für jedermann verständliche und prägnante, bewußt lückenhafte Botschaft¹⁰⁵. Dieser Vergleich ist ebenso falsch wie naiv: Erstens hat man auch in der Schweiz erkannt, daß der Ansatz *Eugen Hubers*, des Vaters des ZGB, ein volksnahe Gesetz zu machen, dazu führt, daß auch der Spezialist komplexe Fälle nicht mehr befriedigend mit dem Gesetz lösen kann. Im übrigen ist der Vergleich aber schon im Ansatz unrichtig, denn das Schweizerische Schuldrecht ist nicht im Zivilgesetzbuch, sondern im Obligationenrecht geregelt, das nicht minder komplex ist, als das BGB und übrigens im Jahre 1911 auch Gegenstand einer – ebenfalls heftig umstrittenen – Reform war¹⁰⁶. Das Schuldrecht eignet sich eben nur bedingt für so schöne volksnahe Sätze wie etwa „Heirat macht mündig“ (so der seit 1996 aufgehobene frühere Art. 14 Abs. 2 ZGB). Die Vorstellung, daß – wie sie offenbar auch die für die Schuldrechtsmodernisierung verantwortliche frühere Bundesjustizministerin hatte – der Bürger bei einem Rechtsproblem in das BGB schaut und dort die Lösung findet, ist eben schon im Ansatzpunkt illusionär: Wir müssen nicht versuchen, daß der Laie komplexe Strukturen des Schuldrechts versteht – wir müssen verhindern, daß der Fachmann, der in das Zivilgesetzbuch sieht, dort keine Lösung mehr findet.

Das Tempo, das die Europäische Kommission bei der Schaffung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts anschlägt, läßt freilich Schlimmstes befürchten. Die Kommission läßt nämlich vollkommen im Dunklen, in welches Gemeinschaftsinstrument der nach dem „Aktionsplan der Kommission für ein Europäisches Vertragsrecht“¹⁰⁷ jetzt zu erstellende, ohnehin sehr diffus vorgezeichnete „gemeinsame Referenzrahmen“ münden soll: Von der bloßen unverbindlichen „Empfehlung“ nach Art. 249 Abs. 5 EGV bis zur unmittelbar wirkenden Verordnung (Art. 249 Abs. 2 EGV) ist alles angedacht und es erscheint höchst fraglich, ob sich

¹⁰⁵ *Lando* *RabelsZ* 67 (2003) S. 231 ff.

¹⁰⁶ S. dazu etwa *E. Bucher ZSR* n.F. 102 II (1983) S. 251, 275 ff.

¹⁰⁷ S. dazu die Mitteilung der Kommission „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan“ vom 12.2.2003, *KOM* (2003) 68 endg.; *Abl. EG* 2003 C 63/1; dazu etwa *Knöfel ZGS* 2004, 26 ff.; *Najork/Schmidt-Kessel GPR* 2003/2004 S. 5 ff.

die Kommission auf die „Empfehlung der Empfehlung“¹⁰⁸ einlassen wird. Auch die derzeit fehlende Kompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des allgemeinen Vertragsrechts¹⁰⁹ wird kein wirklicher Hinderungsgrund sein: Mit Privatrecht läßt sich keine Politik machen. Deshalb wird, wenn es dem Europäischen Rat aus irgendwelchen Gründen opportun erscheint, eine europäische „*Lex Lasker*“ schnell geschaffen sein.

Es wird aber – ganz abgesehen von dem kulturellen Rückschritt – kein Fortschritt sein, in Europa auf das Niveau bestimmter „*principles*“ zurückzufallen, die ohne Not jahrhundertlange Erfahrungen und funktionierende Systeme über Bord werfen. Das gilt übrigens nicht nur aus deutscher Sicht. So hat sich etwa in Frankreich *Lequette* – ein Rechtsvergleicher und Kollisionsrechtler – kritisch zu diesem forcierten Prozeß geäußert und damit erhebliches Gehör gefunden¹¹⁰. Was wir brauchen, ist die Wiederentdeckung der Langsamkeit und die Rückbesinnung auf Qualität¹¹¹. Das Scheitern des Europäischen Verfassungskonvents im vergangenen Dezember macht aus diesem Blickwinkel fast schon wieder Mut. Der Prozeß der europäischen Rechtsvereinheitlichung darf insbesondere nicht nur die Sache von Rechtsvergleichern sein, sondern die „Dogmatiker aller Länder“, die leider ihrerseits häufig die internationale Entwicklung ignorieren, sollten sich in diesen Prozeß einschalten und ihn nicht nur denjenigen überlassen, von denen der englische Lordrichter *Bowen* einmal spöttisch sagte: „*A comparative lawyer is somebody who knows a little bit of the law of every country except his own*“¹¹².

Der Erfolg eines solchen Projekts wird maßgeblich davon abhängen, allgemeine Strukturen eines Vertragsrechts und insbesondere eines Leistungsstörungenrechts zu schaffen. Gerade in einer Zeit immer komplexer

¹⁰⁸ So etwa *Najork/Schmidt-Kessel* GPR 2003/2004 S. 5, 11.

¹⁰⁹ Zu berechtigten Zweifeln bereits an der Kompetenz der Gemeinschaft in Bezug auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie s. etwa *W.H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 225, 231 ff; *ders.*, JZ 2001, 475, 478; skeptisch auch *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853 f; *Junker* DZWIR 1997, 271, 275 ff.

¹¹⁰ *S. Lequette*, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D. 2002 Chr. 2202 ff; s. auch die heftige Kritik von *Cornu*, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002 Chr. 351 ff; s. dazu auch *Fages*, Einige neuere Entwicklungen des französischen allgemeinen Vertragsrechts im Lichte der Grundregeln der Lando-Kommission, ZEuP 2003, 514 ff.

¹¹¹ S. dazu auch *Sonnenberger* Rev. crit. dr. internat. privé 91 (2002), 405 ff, der sich dafür ausspricht, zunächst das Kollisionsrecht zu vereinheitlichen und daran anschließend schrittweise vorzugehen.

¹¹² Zitat nach *H.C. Gutteridge*, Comparative Law, 2nd Edition 1949, Reprint 1971, S. 23.

werdender Anforderungen der Vertragspraxis kommt es entscheidend auf die Rückführung auf einsehbare, abstrakte Strukturen an, will man nicht in den Fallstricken einer potentiell unendlichen Kasuistik landen, wie uns das das „Europäische Privatrecht“ bisher vorgeführt hat. Das deutsche Recht war und ist hierfür vorbildlich. Gerade weil die Schaffung „allgemeiner Teile“ rechtsvergleichend keineswegs selbstverständlich ist, kann und muß das deutsche Recht hier eine Vorbildrolle einnehmen. Es hinterläßt keinesfalls einen „Irrgarten von Regeln“¹¹³, sondern das Gegenteil. Es verhindert einen kasuistischen Irrgarten, indem es vergleichsweise simple logische Strukturen schafft. Deutsche Jurastudenten sind entgegen *Lando*¹¹⁴ gerade nicht zu bedauern, sondern zu beglückwünschen: Sie können noch besser das tun, was die deutsche Juristenausbildung gegenüber vielen ausländischen Ausbildungssystemen auszeichnet: Nicht Fälle lernen, sondern Fälle lösen lernen. Auch hier sollten wir – allen Unkenrufen zum Trotz – nach außen wie übrigens auch nach innen wieder etwas mehr Selbstbewußtsein zeigen, wenn wir nicht auf Kosten des Handwerkszeugs in modischen „*soft skills*“ und „Schlüsselqualifikationen“ ertrinken wollen¹¹⁵.

VII. Vom Sinn und Unsinn einer Reform

Eine Vorbildrolle können wir freilich nur dann einnehmen, wenn wir das eigene Haus aufgeräumt haben. Dafür bedurfte es einer klaren, vermittelbaren logischen Neustrukturierung unseres Schuldrechts unter Einschluß der Kodifikation richterrechtlich entwickelter Rechtsinstitute. Natürlich konnten wir mit unserem bisherigen Schuldrecht umgehen und natürlich werden mit dem neuen nicht alle Probleme gelöst und einige neue geschaffen. Natürlich ist auch die Frage legitim, ob man es nicht besser mit ehernen Grundsatz aller EDV-Systemprogrammierer gehalten hätte, der da lautet „*never change a running system*“. Wenn aber – um im Bild zu bleiben – das System eben ein Auslaufmodell ist, muß man rechtzeitig abspringen, um bei der Arbeit am neuen System nicht zu spät zu sein. Wir können aber die Vorzüge unseres Schuldrechts nicht weitervermitteln, wenn wir in Europäischen Arbeitsgruppen darlegen

¹¹³ So aber *Lando* RabelsZ 67 (2003) S. 231, 244.

¹¹⁴ AaO S. 245.

¹¹⁵ S. dazu etwa die zutreffende Betonung des dogmatischen und methodischen „Handwerkszeugs“ gerade in einer Zeit der „Rechtsglobalisierung“ bei *Gilles/Fischer* NJW 2003, 707, 711 sowie insbesondere die treffende Kritik an der jüngsten Reform der Juristenausbildung durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung v. 11.7.2002 (BGBl. 2002 I 2592) von *Windel* Jura 2003, 79 ff.

müssen, daß es wunderbar funktioniert, wenn man nur mehrere hundert Seiten *Flume* und *Larenz* sowie eine 100-jährige Rechtsprechung seit den Zeiten des Reichsgerichts verinnerlicht hat – man denke beispielhaft nur an die nie richtig geklärte Bedeutung von § 327 S. 2 BGB a.F. oder an die angedeuteten Wirrnisse der §§ 346 ff BGB a.F. Dazu werden wir unsere europäischen Partner mit Sicherheit nicht bringen. Wenn wir aber ein modernes, einsichtiges, schnell erklärbares, logisches und gut funktionierendes System haben, das noch dazu gerade die Quintessenz aus über 100 Jahren deutscher Rechtswissenschaft unter dem BGB ist, haben wir vielleicht eine Chance, ein wirklich gutes Stück deutscher Dogmatik in das kommende Europäische Schuldrecht zu tragen und den Einfluß deutscher Gesetzgebung und Rechtswissenschaft auf die Gestaltung des europäischen Rechts aufrechtzuerhalten¹¹⁶. Dafür müssen wir uns jetzt in Position bringen. Es geht dabei nicht um rechtlichen Chauvinismus, sondern um die Erkenntnis, daß Rechtsvergleichung eben keine Einbahnstraße ist. Wenn und wo man die Vorzüge des eigenen Systems erkennt, sollte man es nicht untergehen lassen und auf dem Altar der Vereinheitlichung opfern. Die erbitterten Gegner des gerade nicht „neuen“ Schuldrechts, die sich als Gralshüter des BGB verstehen, haben nicht erkannt, daß die wahren Bewahrer des Schuldrechts des BGB seine Reformer sind.

Das neue Schuldrecht ist kein europäisches Recht, sondern deutsches Recht des BGB in europatauglicher Form. Vielleicht gelingt es uns damit, ein gutes Stück der vorzüglichen Dogmatik des deutschen Schuldrechts in ein künftiges Europäisches Zivilrecht zu tragen. Das freilich verlangt neben überzeugenden Argumenten auch politisches Gespür. Dabei können wir vielleicht von *Karl Llewellyn*¹¹⁷, dem Vater des amerikanischen *Uniformed Commercial Code*, lernen. Dieser hat bei dessen Schaffung viele Elemente des deutschen allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach den USA exportiert, freilich ohne dies seinen Landsleuten offenzulegen. Später soll er seinen Schüler den Rat gegeben haben, sich dort weiter zu inspirieren, sich aber bei der Durchsetzung eines Projekts nie auf die deutsche Herkunft zu berufen: *It's a kiss off death*!¹¹⁸ Vermeiden wir diesen Todeskuß und sorgen wir dafür, daß das BGB in einem europäischen Vertragsrecht fortlebt, auch wenn es – außer uns – keiner merkt.

¹¹⁶ S. auch *H. Roth* JZ 2001, 543, 544, der darauf hinweist, daß „zuerst das eigene Haus bestellt werden“ muß, „wenn der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Rechtswissenschaft ihren legitimen Einfluß in Europa nicht verlieren oder – je nach Sichtweise – wenigstens wiedergewinnen wollen“.

¹¹⁷ Zur bemerkenswerten und beeindruckenden *vita* von *Karl Nickerson Llewellyn* (1893 – 1962) s. *Rheinstein* RabelsZ 27 (1962) S. 601 ff.

¹¹⁸ Zitat nach *Junker* ZZPint 1 [1996] 235, 244.