

mit dem Verhältnis von privater und öffentlicher Autonomie wirklich ein und dieselbe Freiheit und zwei komplementäre, jeweils mehr oder weniger weit gefaßte Bereiche ihrer Entfaltung zur Diskussion?

Hegel unterschied in seiner Theorie der Französischen Revolution statt dessen zwei ganz verschiedene Momente, nämlich den Inhalt der Freiheit, ihre Objektivität in der Freiheit der Person und des Eigentums, in der Gewerbefreiheit und im freien Zugang zu allen Staatsämtern, und demgegenüber die „Form der Freiheit, worin das Subjekt sich tätig weiß“¹⁰⁵. Diese Form aber neige zu der Einseitigkeit, daß der allgemeine, d. h. freiheitlich vernünftige gesetzliche Wille objektiver Einrichtungen der Freiheit „auch der empirisch allgemeine sein soll, d. h. daß die Einzelnen als solche regieren oder am Regimente teilnehmen sollen“¹⁰⁶. Für die Autonomie-debatte wäre es daher wohl förderlich, zwischen zwei unterschiedlichen Akzentuierungen des Freiheitsgedankens zu unterscheiden. Da gibt es eben eine eher liberal-rechtsstaatliche Version individueller Entfaltung im Rahmen eines politischen Systems institutioneller Freiheitssicherungen und zum anderen das stärker demokratische Verständnis von Freiheit im Sinne einer sozusagen mehr aktions- als ergebnisorientierten Teilhabe an der Bildung des Gemeinwills¹⁰⁷. Damit verbinden sich dann zusätzlich unterschiedliche Konzeptionen des gesellschaftlichen Fortschritts¹⁰⁸. So ist es auch systematisch nicht zwingend – und damit möchte ich eine praktische Schlußfolgerung unterstreichen, die schon Böckenförde gezogen hat¹⁰⁹ –, die vielfach doch dring-

¹⁰⁵ Hegel, Philosophie der Geschichte (Fn. 6), S. 529.

¹⁰⁶ Ebd. S. 534.

¹⁰⁷ S. dazu Hofmann, Das Verfassungsprinzip der Freiheit, in: Gedächtnisschrift f. G. Küchenhoff, 1987, S. 231–242. Im Ansatz deckt sich die Überlegung mit der von Isaiah Berlin (Freiheit – Vier Versuche, übers. v. R. Kaiser, 1995, S. 197 ff.) aus dem englischen Liberalismus und dessen Gegensätzen entwickelten Disjunktion von „negativer“ und „positiver Freiheit“, wenn es aaO S. 210 heißt: „... zwischen individueller Freiheit und demokratischer Herrschaft besteht kein notwendiger Zusammenhang. Die Antwort auf die Frage ‚Wer regiert mich?‘ ist logisch wohlunterschieden von der Frage ‚Wie weit engen Staat oder Regierung mich ein?‘ Aus diesem Unterschied ergibt sich der entscheidende Gegensatz zwischen den Begriffen der negativen und der positiven Freiheit.“ Indessen verschwimmt diese einfache Unterscheidung, wenn alsdann „alle Formen von Liberalismus, die auf einer rationalen Metaphysik beruhen“ (S. 210), konkret: wenn alle Liberalen, die den Gedanken rationaler Selbstbestimmung verfechten (wie namentlich Kant), als Vertreter der Freiheit im positiven Sinne bezeichnet werden, deren Lehre freilich nicht auf Demokratie, sondern im Grunde auf Anarchie hinauslaufe.

¹⁰⁸ Dazu U. K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1990, S. 22 ff.

¹⁰⁹ Böckenförde in: Gosepath (Fn. 9), S. 141 ff.

liche Einforderung von Menschenrechten im Namen des Homogenitätsdogmas von Fortschritten der Demokratisierung abhängig zu machen. Das eigentliche Problem der Entwicklungsländer liegt nicht in einem Mangel an Demokratie und politischer Freiheit, sondern im Fehlen institutionalisierter rechtlicher Sicherungen, in den Defiziten der objektiven, nicht der subjektiven Freiheit, wie Hegel sagen würde.

Lassen Sie mich dem noch einen Schlußgedanken anfügen. Gewiß waren die revolutionären Menschenrechtserklärungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts in der Hauptsache menschheitliche Autonomieerklärungen¹¹⁰. Aber sie sind nicht nur von dem Gedanken bestimmt, den Menschen freizusprechen von allen angeblich natürlichen rechtlichen Bindungen, Pflichten und Botmäßigkeiten der Tradition. Vielmehr führen sie in einer älteren Schicht auch die Erinnerung an ganz konkrete Unrechtserfahrungen aus Übergriffen der Obrigkeit mit sich. Rechtsgarantien zu ihrer Abwehr haben mit dem spezifisch modernen Autonomiegedanken vom *maître et possesseur* der Welt (Descartes), der physischen wie der politischen, nichts zu tun. Menschenrechtliche Postulate der Freiheit von gewissen immer wiederkehrenden Bedrückungen und Mißhandlungen fordern rechtlich nur ein, was zuerst Chrysipps Ethik metaphysisch begründet hatte: die brüderliche Achtung eines jeden als Mitmenschen und Mithürger *in urbe mundoque communi*. Es ist eine Sache, alle sozialen und politischen Beziehungen vom souveränen Individuum her zu rekonstruieren und Teilhabe an der politischen Herrschaft für jedermann zu verlangen, Demokratie als Menschenrecht zu begreifen – eine andere, kraft mitmenschlicher Empathie Rechte des verletzlichen, hilfs-, schutz- und kommunikationsbedürftigen Individuums anzuerkennen. Diese älteren Rechte des von elementaren Verletzungserlebnissen geprägten *Habeas corpus*-Typs wie der Schutz des Lebens, der Glaubens- und Meinungsfreiheit, Schutz vor willkürlicher Verhaftung, Folter und Konfiskationen bedürfen zu ihrer universellen Behauptung und offensiven Vertretung keiner universell gültigen Theorie individueller Autonomie, erst recht keines universellen Konzeptes der Demokratie. Wir haben gute Gründe, unsere Stimme schon vor und unabhängig von Fort- und Gleichschritten auf diesem Felde für jene elementaren Menschenrechte zu erheben.

¹¹⁰ Dies und das Folgende nach H. Hofmann, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 51–72 (58 ff.); ders., Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, Der Staat 1995, 1–32 (28).

Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln

Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß?

Bis zum 1. 1. 2002 muß die EU-Richtlinie zur Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf (RiL 1999/44/EG) umgesetzt werden. Aus diesem Anlaß plant das Bundesjustizministerium eine ehrgeizige und tiefgreifende Schuldrechtsreform sowie eine radikale Umgestaltung des Verjährungsrechts. Das Vorhaben zielt auf Aktualisierung und Modernisierung des BGB und behauptet einen deutlichen Zuwachs an

Übersichtlichkeit, Rechtssicherheit und Europafähigkeit. Zunächst einmal stellt es jedoch Wissenschaft und Praxis vor kaum zu überschätzende Herausforderungen. Da bereits im März 2001 ein Regierungsentwurf vorgelegt werden soll, bleibt kaum noch Zeit für eine Diskussion, die der Komplexität und Bedeutung des Vorhabens auch nur einigermaßen gerecht wird*.

I. Der Diskussionsentwurf

Jetzt wird es auch im Zivilrecht endgültig ernst – mit Europa und dem allgegenwärtigen Postulat des „lebenslangen Lernens“: Betroffen ist jeder Jurist, der schwerpunktmäßig oder auch nur gelegentlich mit den beiden ersten Büchern des BGB arbeitet, also Verträge vorbereitet, abwickelt oder beurteilt: Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat im August 2000 einen „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ vorgelegt¹. Schon der äußere Umfang des Entwurfs von insgesamt rund 640 Druckseiten (davon 164 Seiten Gesetzestext) ist beeindruckend, vielleicht aber auch erschreckend. Eine erste Orientierung mit Hilfe einer beigefügten „Arbeitshilfe“ bestätigt die Vermutung – je nach Standpunkt Hoffnung oder Befürchtung –, daß in Kernbereichen des Zivilrechts wenig so bleiben soll, wie es einmal war: Der Entwurf umfaßt neben einer vollständigen Neustrukturierung des Verjährungsrechts einen grundlegenden und konsequenzenreichen Systemwechsel im allgemeinen Leistungsstörungenrecht sowie dogmatisch und praktisch einschneidende Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht. Außerdem werden das AGB-Gesetz und einige spezielle Verbraucherschutzgesetze in das BGB integriert. Muße zur ruhigen Prüfung, Abwägung und Meinungsbildung bleibt nicht. Die Gesetzgebungsmaschine läuft auf Hochtouren. Da das Gesetz zum 1. Januar 2002 in Kraft treten soll, ist die Vorlage eines Regierungsentwurfes bereits für März 2001 geplant. Danach mögen zwar noch kosmetische Reparaturen an Einzelregelungen denkbar sein, mit grundlegenden Eingriffen in die systematischen Weichenstellungen ist jedoch nicht mehr zu rechnen.

II. Das Konzept des BMJ

1. Der Anstoß aus Brüssel

Der Anstoß zu dem nunmehr vorgelegten Gesetzesentwurf kommt aus Brüssel. Mehrere Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zwingen den Gesetzgeber dazu, das deutsche Recht umzugestalten. An erster Stelle ist dabei die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie² zu nennen, die – hier liegt die

Ursache für den ungeheuren Zeitdruck – bis zum 1.1. 2002 umzusetzen ist. Die Richtlinie erfaßt nach Art. 1 Kaufverträge zwischen Verbrauchern und beruflichen oder gewerblichen Verkäufern über bewegliche Sachen unter Einschuß von Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen. Sie regelt den Sachmängelbegriff (genauer den Begriff der Vertragsmäßigkeit), die Rechte des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit, allerdings mit Ausnahme des Schadensersatzes sowie die Gewährleistungsfristen und Formalanforderungen für vertragsbegleitende Garantien³. Besonders hervorzuheben ist, daß dem Verbraucher gemäß Art. 3 abweichend von den §§ 459 ff. BGB zunächst nur ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung zusteht; eine angemessene Minderung oder Vertragsauflösung kann er nur verlangen, wenn eine entsprechende Abhilfe ausnahmsweise ausgeschlossen ist, nicht rechtzeitig erfolgt oder dem Verbraucher nicht zumutbar ist. Art. 5 der Richtlinie verlangt außerdem, daß die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers frühestens nach zwei Jahren (bei gebrauchten Sachen ein Jahr) ab Lieferung verjähren und daß für solche Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung offenbar werden, vermutet wird, daß sie bereits bei Lieferung vorgelegen haben. Art. 5 verlangt schließlich, daß die Mitgliedstaaten dem Letztverkäufer den Rückgriff gegen vorangehende Glieder in der Vertragskette öffnen, wenn diese die Vertragswidrigkeit der Ware verursacht haben; dieser Rückgriffsanspruch wird als Akt der Mittelstandsförderung verstanden⁴.

Handlungsbedarf besteht auch im Hinblick auf die Zahlungsverzugsrichtlinie⁵. Zwar beabsichtigte der Gesetzgeber, mit dem „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“⁶ die Vorgaben dieser Richtlinie bereits vor ihrer Verabschiedung umzusetzen. Dies ist jedoch bekanntlich mißlungen⁷. Umgesetzt werden muß schließlich auch die e-commerce-Richtlinie⁸. Von besonderem Interesse ist hier zum einen Art. 10 Abs. 3, demzufolge dem Kunden die Vertragsbedingungen einschließlich der AGB so zur Verfügung zu stellen sind, daß er sie speichern und wieder abrufen kann, zum anderen Art. 11 Abs. 2, der eine Pflicht zur Bereitstellung technischer Mittel zur Eingabefehlererkennung und -beseitigung vor Abgabe der Bestellung statuiert⁹.

2. Motive für eine „große Lösung“

Der Diskussionsentwurf beschränkt sich jedoch nicht auf die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben, sondern nimmt diese zum Anlaß für grundlegende Eingriffe in das geltende allgemeine und besondere Schuldrecht sowie in das

* Herrn Dr. Christian Baldus und Herrn Dr. Arnd Arnold danke ich für Gespräch und Unterstützung.

¹ Abrufbar beim Bundesjustizministerium (BMJ) unter www.bmj.bund.de. Unter dieser Adresse kann auch eine als „Arbeitshilfe“ bezeichnete Kurzinformation abgerufen werden; einleitend zu diesem Diskussionsentwurf der zuständige Referatsleiter, Ministerialrat Dr. Jürgen Schmidt-Rantsch ZIP 2000, 1639; eine erste umfassende Würdigung findet sich bei Krebs, Die große Schuldrechtsreform, in: DB 2000, Beil. Nr. 14 zu Heft 48; Huber ZIP 2000, 2137; Ernst ZRP 2001, 11eft 1.

² RiL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171, S. 12, auch abgedruckt in NJW 1999, 2421; aus der Fülle der dazu bereits erschienenen Stellungnahmen siehe zunächst Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000; der Band vereinigt die Vorträge und Diskussionen einer Konferenz, die das Institut für Wirtschaftsrecht an der Martin-Luther-Universität in Halle/Saale am 20./21.1. 2000 veranstaltet hat; vgl. im übrigen Staudenmayer NJW 1999, 2393; Reich NJW 1999, 2397; Ehmann/Rust JZ 1999, 853; Schäfer/Pfeiffer ZIP 1999, 1829; Hanlein DB 1999, 1641; v. Westphalen DB 1999, 2553; Tonner BB 1999, 1769; Schmidt-Rantsch ZEuP 1999, 294; Micklitz EuZW 1999, 485; Rieger VuR 1999, 287; Amtenbrink/Schneider VuR 1999, 293; Matthiessen/Lindner NJ 1999, 617; Gass, in: Festschrift Rolland, 1999, 129; Lehmann JZ 2000, 280; Brüggemeier JZ 2000, 529; Anders ZRP 2000, 293; Ernst/Gsell ZIP 2000, 1410 und 1812; zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission (ABl. EG Nr. C 307 v. 16.10. 1996, S. 8 = JZ 1997, 446f. und mit Begründung in ZIP 1996, 1845) vgl. Medicus ZIP 1996, 1925; Amtenbrink/Schneider VuR 1996, 367; Schlechtriem JZ 1997, 441; Kirchner ZRP 1997, 293; Micklitz EuZW 1997,

229; S. Wolf RIW 1997, 899; Hondius ZEuP 1997, 130; Junker DZWIR 1997, 271; zum gemeinsamen Standpunkt des Rates (ABl. EG Nr. C 333 v. 30.10. 1998, S. 46) vgl. Schmidt-Rantsch ZIP 1998, 849; zum Grünbuch der Kommission über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, welches die Richtlinie vorbereitete, siehe Schnyder/Straub ZEuP 1996, 8.

³ Streitig ist, ob auch die Rechtsmängelhaftung erfaßt wird, dafür Schmidt-Rantsch ZIP 2000, 1639; dagegen Ernst/Gsell ZIP 2000, 1410 (1411); Brüggemeier JZ 2000, 529 (530).

⁴ Siehe zum Rückgriff des Letztverkäufers Schmidt-Kessel ÖJZ 2000, 668; Jud ÖJZ 2000, 661.

⁵ RiL 2000/35/EG zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr, ABl. EG Nr. L 200, S. 35, Umsetzungsfrist bis 7.8. 2002, auch abgedruckt in ZfR 2000, 486.

⁶ BGBl. I 2000, S. 330.

⁷ Huber JZ 2000, 957 (958ff.); Ernst ZEuP 2000, 767; Krebs DB 2000, 1697 (1700); Gsell ZIP 2000, 1861 (1862ff.).

⁸ RiL 2000/31/EG ABl. EG Nr. L 178, S. 1 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, Umsetzungsfrist bis 16.1. 2002.

⁹ Umsetzung in § 305 b-E; vgl. dazu näher Schmidt-Rantsch ZIP 2000, 1639, 1640.

Verjährungsrecht. Die Richtlinien – so die Entwurfsbegründung¹⁰ – „zwingen zu einer durchgreifenden Modernisierung des deutschen Schuldrechts. Das ist angesichts der Mängel des geltenden Schuldrechts dringend geboten.“ Bereits in dieser knappen Formulierung deuten sich die beiden zentralen Motive für die Weichenstellung zugunsten einer „großen Lösung“ an. Es gibt – so lautet die erste Argumentationslinie – keine vernünftige Alternative: Die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gebotenen „Rechtsänderungen lassen sich durch ein Sonderkaufrecht für Kaufverträge über Verbrauchsgüter nicht darstellen, weil das Kaufrecht sonst völlig unübersichtlich und unsystematisch würde“¹¹. Das Kaufrecht sei seinerseits so eng mit dem allgemeinen Schuld- und Verjährungsrecht verwoben, daß man es nicht isoliert überarbeiten könne, die Reform sich also schon kraft Sachzusammenhangs auch auf die anderen Bereiche erstrecken müsse¹². Infolgedessen gelange mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie „auch die Frage einer Modernisierung des Schuldrechts ... zwingend auf die Tagesordnung ... die Vorschläge der Schuldrechtskommission, die in der fachöffentlichen und rechtspolitischen Diskussion seit 1991 ein außerordentlich positives Echo gefunden haben, bilden hierfür eine verlässliche Grundlage.“¹³

Damit greift der Diskussionsentwurf die seit nunmehr über 20 Jahren andauernden Bemühungen um eine grundlegende Schuldrechtsreform auf. Bereits 1978 bezeichnete der damalige Justizminister *H. J. Vogel* eine Überprüfung als notwendig und kündigte die Einsetzung einer Kommission an¹⁴. Darauf entstanden im Auftrag des Bundesjustizministeriums 24 Gutachten, die in den Jahren 1981 bis 1983 erschienen¹⁵. Auf dieser Grundlage erarbeitete die Schuldrechtskommission von 1984 bis 1991 Reformvorschläge für das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Gewährleistungsrecht bei Kauf- und Werkverträgen sowie das Verjährungsrecht und orientierte sich dabei in weiten Teilen am Regelungsmodell des 1989 für Deutschland in Kraft getretenen einheitlichen UN-Kaufrechts (CISG)¹⁶. Der Abschlußbericht wurde 1992 vorgelegt¹⁷ und beschäftigte 1994 den 60. Deutschen Juristentag in Münster¹⁸.

10 Entwurf, S. 1, vgl. auch S. 166 f.

11 Arbeitshilfe, S. 3 f.

12 Entwurf, S. 166 ff.; Arbeitshilfe, S. 3 ff.; detailliert ausgebaut wird die Argumentation von *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1643 ff.

13 Entwurf, S. 166 f.

14 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 8. Wahlperiode, 68. Sitzung vom 25. 1. 1978, Bd. 104, 5390.

15 BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I bis III, 1981 bis 1983; vgl. hierzu *Bunte* BB 1982, 685; *Diederichsen* AcP 182 (1982), 101; *Gransky* AcP 182 (1982), 453; *Heinrichs* NJW 1982, 2021; *E. Wolf* ZRP 1982, 1; *Schmude* NJW 1982, 2017; *Brügge-meier* Krit. Justiz 1983, 386; *Lieb* AcP 183 (1983), 327; *Vollkommer* AcP 183 (1983), 525; *Schwark* ZHR 147 (1983), 223; *E. Wolf* ZRP 1983, 241; *H. P. Westermann* ZRP 1983, 249; *Lüderitz*, in: Festschrift für H. Hübner, 1984, 593; *Hüffer* AcP 184 (1984), 584; *Medicus* AcP 186 (1986), 268; *H. H. Jakobs*, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, 1985; *Jürgen Schmidt*, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, 1985; *Emmerich* NJW 1986, 2303; *Spiro*, in: Festschrift für Müller-Freienfels, 1986, 617; *Baumann* AcP 187 (1987), 511; *Schlechtriem*, Schuldrechtsreform, 1987; *Medicus* AcP 188 (1988), 168; *Küpper*, Der Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, 1989. Ferner entstand in der Folge noch ein weiteres Gutachten im Auftrag des BMJ: *Basedow*, Die Reform des deutschen Kaufrechts, 1988.

16 *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar, Band 3, 3. Aufl. 1995, Vor § 433 Rdnr. 14; *Flume* AcP 193 (1993), 89, 90; *Ernst* NJW 1994, 2177, 2178.

17 BMJ (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992; dazu aus dem Schrifttum *Medicus* NJW 1992, 2384 ff.; *Haas* NJW 1992, 2389 ff.; *Rabe* NJW 1992, 2395 ff.; *Brambring* DNotZ 1992, 691 ff.; *ders.* DNotZ 1993, Sonderheft S. 77; *Braun* JZ 1993, 1; *Schapp* JZ 1993, 637 ff.; *Kriechbaum* JZ 1993, 642 ff.; *Flume* AcP 193 (1993), 89 ff.; *ders.* ZIP 1994, 1497 ff.; *Stürner* NJW 1994, Beilage zu Heft 25, 2 ff.;

Der vorliegende Diskussionsentwurf folgt im wesentlichen den Vorschlägen der Schuldrechtskommission und übernimmt insoweit auch wörtlich (z. T. leicht gekürzt) die Begründungen aus dem Abschlußbericht¹⁹. Er macht sich damit auch – dies ist die Argumentationsschiene – die Prämissen und Ziele der Schuldrechtskommission zu eigen: Nach allgemeiner Ansicht könne das Leistungsstörungenrecht in wichtigen Teilen nicht als gelungen bezeichnet werden. Es stelle sachwidrig den Begriff der Unmöglichkeit in den Mittelpunkt und ignoriere die praktisch viel bedeutendere positive Vertragsverletzung. Auch der Rechtsprechung sei es mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln nicht gelungen, die Mängel auf überzeugende Weise zu beseitigen. Insbesondere das Nebeneinander von gesetzlich geregelten Gewährleistungsansprüchen und den ungeschriebenen, von der Rechtsprechung entwickelten Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung mit zum Teil ganz unterschiedlichen Verjährungsfristen führe zu schwierigen, für die Praxis nicht hinnehmbaren Abgrenzungsproblemen²⁰. Aus der Übernahme dieses Ausgangsbefunds folgt unmittelbar das zentrale rechtspolitische Anliegen des Diskussionsentwurfs: Es geht um Modernisierung durch Vereinheitlichung und Vereinfachung, insbesondere der Rechtsfolgen²¹. Im übrigen soll durch Kodifikation von Richterrecht die Schere zwischen Gesetzestext und tatsächlich praktiziertem Recht geschlossen und damit ein Zuwachs an Transparenz und Rechtssicherheit erzielt werden²².

Unter der Flagge der Vereinfachung läuft auch die geplante Integration des AGB-Gesetzes und einiger spezieller Verbraucherschutzgesetze. Die Vielzahl der in den letzten Jahrzehnten entstandenen Sondergesetze stelle ein wesentliches Hindernis für eine transparente Rechtsordnung dar²³. Die Schuldrechtsmodernisierung biete auf Jahre hinaus die einzige Chance, diesen Wildwuchs zu beseitigen²⁴.

Im übrigen sei man – so ein immer wieder vorgetragenes Zusatzargument – mit dem geltenden, differenzierten Leistungsstörungenssystem des BGB auf europäischer Ebene nicht diskussionsfähig. Mit einer Modernisierung im Sinne der Schuldrechtskommission gewinne man Anschluß an die internationale Entwicklung und damit sogar eine Chance, bei der anstehenden Europäisierung des Zivilrechts eine Vorreiterrolle zu übernehmen²⁵.

3. Der Marktplatz der Ideen

Damit besteht das Argumentationskonzept des BMJ in einer äußerst geschickten und wirkungsvollen Kombination von

Schubel ZIP 1994, 1330 ff.; *Ernst* JZ 1994, 801 ff.; *ders.* NJW 1994, 2177 ff.; aus neuerer Zeit *Ahrens* ZRP 1995, 417; *Worlen/Mentzins* Jura 1995, 1 ff.; *Rolland*, in: FS *Medicus*, 1999, 469 ff.; *Rust*, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht. Eine kritische Untersuchung der Vorschläge der Schuldrechtskommission, 1997; *W. Reinhardt*, Die Gefahrtragung beim Kauf – unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsentwurfs, 1998; *Unterrieder*, Die regelmäßige Verjährung: Die §§ 195 bis 202 BGB und ihre Reform, 1998; *F. Wahl*, Schuldnerverzug, Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, 1998; *Ernst* AcP 199 (1999), 360 ff.

18 Gutachten und Verhandlungen des 60. Juristentages, 1994, Band I (Vorschläge), Band II (mit Diskussion).

19 Eine Übersicht über die Abweichungen, insbes. im Verjährungsrecht, gibt die „Arbeitshilfe“, S. 5 ff.

20 Entwurf, S. 175 ff., 314 ff., 503 ff.

21 Arbeitshilfe, S. 8; *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1641.

22 Entwurf, S. 177 ff.

23 Entwurf, S. 198.

24 *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1642.

25 So etwa *Schmidt-Räntsch* im Rahmen seines Vortrags vor der Kölner Juristischen Gesellschaft am 13. 11. 2000; das nennt man heute „strategische Gesetzgebung“.

Peitsche und Zuckerbrot, Druck und Verlockung: Die feste Verknüpfung der Einzelargumente (Umsetzungszwang, Unausweichlichkeit einer „großen Lösung“, Mängel des geltenden Schuldrechts einerseits, Perspektive einer bereits solide vorbereiteten, einfachen, transparenten, rechtssicheren und europagängigen Lösung andererseits) soll einen „mürrisch-trotzigen“²⁶ Widerstand gegen das Gesamtvorhaben und seine zentralen Weichenstellungen aussichtslos erscheinen lassen und die Energie aller am Diskussionsprozeß Beteiligten von vornherein in positive Bahnen lenken. In diesem Sinne wirbt das BMJ im Rahmen von Anhörung, Expertenrunden, Vortragsveranstaltungen und wissenschaftlichen Tagungen mit beeindruckendem Marketinggeschick um Unterstützung des Vorhabens. Die Gesprächsoffensive zielt einmal darauf ab, möglichst viele Fehler frühzeitig zu entdecken und im Regierungsentwurf zu beseitigen (wie etwa die Vertauschung der Überschriften in den §§ 312, 313-E). Es geht darüber hinaus aber auch darum, die politische Phase des Gesetzgebungsvorhabens effektiv vorzubereiten und potentielle Querschläger durch Einbindung zu neutralisieren: Eine Reform, die in weiten Teilen nicht auf die Anordnung neuer Rechtsfolgen zielt, sondern nur auf eine Umgestaltung und Verbesserung des dogmatischen Fundaments²⁷, hat im politischen Raum deutlich höhere Akzeptanzchancen, wenn sie von sich behaupten kann, nicht nur die Vertreter der richterlichen, anwaltlichen und notariellen Praxis auf ihrer Seite zu haben, sondern auch von einem repräsentativen Kreis anerkannter Experten begleitet und mitgetragen zu sein. Vor diesem Hintergrund erklärt sich der eindringliche Appell des BMJ an die Wissenschaft, die ihr „obliegende Mitverantwortung“ für das Zivilrecht anzunehmen und dementsprechend das anspruchsvolle Projekt wissenschaftlich konstruktiv zu begleiten²⁸.

4. Die Reaktion der Wissenschaft

Die Wissenschaft hat die Herausforderung angenommen. In ganz kurzer Zeit wurden dem BMJ eine Reihe von zum Teil sehr detaillierten Stellungnahmen vorgelegt. Einen ersten Höhepunkt der wissenschaftlichen Diskussion bildet das von Reinhard Zimmermann und Wolfgang Ernst initiierte und organisierte „Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001“, das am 17./18. 11. 2000 in Regensburg stattgefunden hat²⁹. Auf der Basis von 12 Grundsatzreferaten diskutierten rund 70 Zivilrechtslehrer mit Vertretern des BMJ über die einzelnen Elemente und Aspekte des Diskussionsentwurfs sowie – bisher überhaupt noch nicht ausreichend berücksichtigt – ihr Zusammenspiel im Gesamtsystem. Die Veranstaltung wurde von vielen Teilnehmern als Sternstunde der Rechtswissenschaft empfunden: Imponierend war schon die Zusammenführung von Spitzen-Know-how aus ganz unterschiedlichen Spezialgebieten (von der Rechtsgeschichte bis zur Rechtsvergleichung, vom Verjährungsrecht über das Werkvertragsrecht bis zum Bankrecht), die erstmalig eine Gesamtschau auf das Vorhaben ermöglichte und damit zum Teil völlig neue Perspektiven eröffnete. Noch beeindruckender war freilich, mit welchem Niveau und Ernst (ganz unge-

schützt und ohne schriftlich vorbereitete und abgezielte Wortbeiträge) um die Sache gerungen wurde. Man hätte sich jeden begabten und engagierten Studenten als Zuhörer gewünscht, nur um ihm zu zeigen, daß es ungeachtet der Notwendigkeit einer Examens- und Praxisorientierung des Studiums doch noch etwas anderes gibt als Klausurtechnik und Spezialwissen im Kündigungsschutz- oder Kapitalmarktrecht. Besondere Aufmerksamkeit fand der grandiose, funkelnde und provozierende Vortrag von Ulrich Huber, der zwar mit seinem Gutachten zum Leistungsstörungen- und Kaufrecht und der darin formulierten scharfen Kritik am geltenden Schuldrecht³⁰ die Arbeit der Schuldrechtskommission maßgeblich beeinflusst hatte, inzwischen jedoch den vorgeschlagenen Systemwechsel im allgemeinen Schuldrecht entschieden ablehnt³¹.

5. Präzisierung der Fragestellung

Der Versuch, den Ertrag der Regensburger Tagung auf knappstem Raum zusammenzufassen, ist heikel – schon wegen der Gefahr einer unangemessenen Vereinfachung der Sachstandpunkte oder einer unerwünschten Vereinnahmung einzelner Teilnehmer. Allerdings lassen sich auch bei aller gebotenen Zurückhaltung einige eindeutige und für die weitere Diskussion zentrale Erkenntnisse festhalten: Zunächst bestand weitgehend Einigkeit darüber, daß pauschale Glaubensbekenntnisse zum BGB als Kulturdenkmal oder zur Konzeption der Schuldrechtskommission als großem Wurf oder historisch einmaliger Chance ebensowenig weiterführen wie die Verbreitung von politischem Bodennebel (Beispiele: „Das BGB als Standortnachteil im europäischen Wettbewerb“, „die Reformunfähigkeit/Wagenburg-Mentalität deutscher Jura-Professoren“, „das trashing der Reform-skeptiker“). Ebenfalls nicht unmittelbar hilfreich – wenn auch hochinteressant – ist das Nachdenken darüber, ob und in welchem Ausmaß die Schuldrechtskonzeption des BGB „Mängel“ aufweist oder möglicherweise nur falsch gedeutet worden ist, insbesondere, ob der Gesetzgeber des BGB die positive Vertragsverletzung tatsächlich vergessen hat³². Im Ergebnis wird kaum bezweifelt, daß das allgemeine Schuldrecht – jedenfalls so, wie es derzeit praktisch gehandhabt wird – insbesondere in seinem Zusammenspiel mit den Gewährleistungsregelungen des besonderen Teils schwierige Abgrenzungsprobleme aufwirft. Die entscheidende Frage kann daher derzeit nur lauten, ob der konkret vorgelegte Diskussionsentwurf seine eigenen Ansprüche an sachliche Überzeugungskraft, an Vereinfachung, Transparenz und Rechtssicherheit einlösen kann und damit eine eindeutig vorzugswürdige Alternative bietet. Dabei ist zu berücksichtigen, daß für den Rechtsanwender weniger die „richtigen“ theoretischen Grundideen zählen als ihre Umsetzung in eine

26 So der Staatssekretär im BMJ Prof. Dr. Eckhart Pick im Rahmen des Gesprächs mit Wissenschaftlern am 6. 11. 2000 in Berlin.

27 Vgl. nur die Selbsteinschätzung von Schmidt-Räntsch ZIP 2000, 1639, 1641.

28 So etwa Pick im Rahmen des Gesprächs am 6. 11. 2000 (Fn. 26).

29 Die Referate und Diskussionsbeiträge werden Anfang Februar 2001 in einem Tagungsband veröffentlicht: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform; vgl. auch den Tagungsbericht von Jakobs JZ 2001, 27 (in diesem Heft).

30 Huber, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche Auswirkungen würden sich dabei ergeben? in: BMJ, Gutachten und Vorschläge (Fn. 15), 1981, S. 647.

31 Vgl. die Kritik an einzelnen Vorschlägen der Kommission in: Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, 1999, § 22 III, S. 539 f. (zur Abschaffung der Garantiehaftung bei anfänglichem Unvermögen); § 24 V Fn. 142, S. 607 (gegen die Einführung der Kategorie der „Beschaffungsschuld“); § 26 I 3b, S. 636 f. (gegen die generelle Unbeachtlichkeit des Unvermögens bei Geldschulden); Bd. 2, 1999, § 50 II, S. 542 (gegen den Wegfall des § 283); § 58 I 5, S. 785 (gegen die Neufassung des § 275); vgl. auch Huber JZ 2000, 957, 966 f.

32 Dagegen Huber, Leistungsstörungen (Fn. 31), 1999, § 2 IV 2a, S. 39 f., § II 3, S. 79 ff.; vgl. zur Entwicklung der positiven Vertragsverletzung in der Rechtsprechung des RG auch Glückner in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 155.

verständliche, systematisch und wertungsmäßig stimmige, vor allem aber auch subsumtionsfähige Einzelregelung³³.

Im Hinblick auf diese praxisbezogene Fragestellung war die Regensburger Tagung ernüchternd: Keiner der Referenten hielt in seinem Spezialgebiet den Diskussionsentwurf für verabschiedungsreif. Auch Tagungsteilnehmer, die sich ganz offen als entschiedene Reformanhänger zu erkennen gaben, formulierten Wunschzettel an das BMJ, die über eine Forderung nach kosmetischen Detailkorrekturen deutlich hinausgingen. Die Differenzen zwischen den Teilnehmern bezogen sich auf das Ausmaß der erforderlichen Reparaturen, die Reparaturfähigkeit bestimmter Weichenstellungen, vor allem aber auf die Einschätzung, ob die verbleibende Zeit für die erforderliche Überarbeitung und Weiterentwicklung des Diskussionsentwurfs zur Verabschiedungsreife ausreicht. Notwendig ist – so die ganz überwiegende Auffassung – sowohl eine Einzelüberprüfung der verschiedenen Regelungen und Regelungskomplexe als auch eine Endkontrolle des überarbeiteten Gesamtprodukts im Hinblick auf die systematische Stimmigkeit. Der Hinweis auf die Möglichkeit eines späteren Rückgriffs auf „Reparaturgesetze“ fand (zu Recht) keinen Anklang.

III. Die vorgeschlagenen Neuregelungen im Überblick

1. Vorbemerkung

Ein knapper Überblick über den Diskussionsentwurf muß sich zwangsläufig auf seine Grundstrukturen und die sie tragenden Prinzipien beschränken. Er kann damit nur eine erste Einstiegshilfe geben. Sie sollte den Leser freilich nicht zu der Schlußfolgerung verführen, er könne sich auf einer überwiegend theoretischen Basis bereits ein solides Urteil bilden. Wirklich mitreden wird nur derjenige können, der sich selbstständig und unbefangen – und damit zunächst auch unabhängig von dem ideologischen Überbau der Entwurfsbegründung – mit dem konkreten Wortlaut des Diskussionsentwurfs anhand exemplarischer Problemfälle auseinandersetzt. Dies erfordert (auch vom Schuldrechtsspezialisten) einen erheblichen Zeitaufwand, den sich viele betroffene Juristen angesichts der Belastungen des Alltagsgeschäfts nicht leisten können oder wollen. Daraus ergibt sich (leider) eine gewisse Wahrscheinlichkeit – je nach Standpunkt Gefahr oder Chance –, daß der Diskussionsentwurf selbst in der Fachöffentlichkeit keine seiner Bedeutung angemessene Beachtung findet.

2. Verjährungsrecht

Der Diskussionsentwurf strebt eine starke Vereinfachung des Verjährungsrechts an (§§ 194–216-E)³⁴, geht dabei allerdings zum Teil andere Wege als die Schuldrechtskommission³⁵. Die bisherige regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB von 30 Jahren soll nur noch in wenigen Fällen gelten, wie etwa bei Herausgabeansprüchen aus absoluten Rechten sowie rechtskräftig festgestellten Ansprüchen (§ 197 Abs.

1-E). Die neue regelmäßige Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre; sie verlängert sich auf 10 Jahre, wenn sich der Verpflichtete arglistig verhalten hat. Die gewährleistungsrechtlichen Sonderregelungen der §§ 477, 638 BGB entfallen. Bei Ansprüchen aus Mängeln eines Bauwerkes bleibt es allerdings bei der 5-jährigen Verjährungsfrist (§ 196-E). Abweichende Vereinbarungen sind grundsätzlich zulässig, in Verbrauchsgüterverträgen (§ 473-E) allerdings dann unwirksam, wenn sie zu einer Verjährungsfrist von weniger als 2 Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als 1 Jahr, führen (§ 212-E). Die Verjährung beginnt grundsätzlich mit der Fälligkeit des Anspruchs, bei Ansprüchen auf Zahlung des vereinbarten Entgelts allerdings erst mit Schluß des Jahres, in dem der Anspruch fällig wird (§ 198 Abs. 1, 2-E). Für Ansprüche wegen Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis (dazu gehören nach dem neuen System alle Schadensersatzansprüche gemäß § 280-E wegen Nichtleistung, verspäteter Leistung, Schlechtleistung und Verletzung von Nebenpflichten) beginnt die Verjährung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung (§ 198 Abs. 3-E). Etwas anderes gilt freilich, wenn durch die Pflichtverletzung Schäden an absoluten Rechtsgütern entstanden sind. Hier greift auch für die vertraglichen Ansprüche die Sonderregelung für Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung und Gefährdungshaftung, nach der Verjährung erst in 3 Jahren ab Kenntniserlangung eintritt (§ 200-E).

Der Entwurf enthält schließlich eine grundlegende Neufassung der Bestimmungen über die Hemmung der Verjährung und ihre Unterbrechung, die nunmehr als Neubeginn bezeichnet wird. Ein solcher Neubeginn der Verjährung ist nur noch bei einem Anerkenntnis des Schuldners und Vollstreckungshandlungen des Gläubigers vorgesehen (§ 201 Abs. 1-E). Die übrigen bisherigen Unterbrechungstatbestände sollen nur noch zu einer Hemmung der Verjährung führen. Neu ist der Tatbestand einer Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen unter der Voraussetzung einer schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs durch den Berechtigten oder eines schwebenden Begutachtungs- oder Schlichtungsverfahrens (§ 210-E).

3. Allgemeines Leistungsstörungenrecht

Dreh- und Angelpunkt der Eingriffe in das allgemeine Schuldrecht ist die Umstellung von einer Anknüpfung an konkrete Leistungsstörungstypen auf einen ganz allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung, der dementsprechend gleichermaßen die Nichtleistung, die verspätete Leistung, die mangelhafte Leistung sowie die Verletzung von Schutz- und Nebenpflichten umfassen soll (§ 280 Abs. 1-E)³⁶. Die Unmöglichkeit wird damit als eigener Tatbestand abgeschafft, mit der Folge, daß auch die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher, objektiver und subjektiver Unmöglichkeit entfällt. Dementsprechend kommt es selbst für den Wegfall der Primärleistungspflicht nicht mehr auf die Unmöglichkeit an. Statt dessen gibt § 275-E dem Schuldner ein Recht zur Verweigerung der Leistung, „soweit und so lange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag, zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist“. Mit der Unmöglichkeit entfällt auch die Regelung des § 323 Abs. 1 S. 1 BGB, die für

³³ Vgl. dazu auch *Krebs* (Fn. 1), S. 28.

³⁴ Siehe dazu *Krebs* (Fn. 1), S. 2 ff.; demnächst auch *Mansel*, Die Reform des Verjährungsrechts, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29). Grundlegend zum Verjährungsrecht aus rechtsvergleichender Sicht *Zimmermann* JZ 2000, 853. Vgl. zu den Vorschlägen der Schuldrechtskommission *Rabe* NJW 1992, 2395; *Rolland*, in: *FS Medicus*, 1999, S. 469, 488 ff.; *Unterrieder* (Fn. 17).

³⁵ Siehe zu den Unterschieden die Arbeitshilfe, S. 4 ff.; *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1640.

³⁶ Siehe dazu *Krebs* (Fn. 1), S. 9 f.; dazu demnächst sehr kritisch *Huber*, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29); Zusammenfassung der Ergebnisse in ZIP 2000, 2137.

die Fälle des Freiwerdens gemäß § 275 BGB einen automatischen Verlust des Anspruchs auf Gegenleistung anordnet³⁷.

Standardrechtsfolge der Pflichtverletzung ist ein Schadensersatzanspruch, der ein (vermutetes) Vertretenmüssen des Schuldners voraussetzt (§ 280-E). Schadensersatz wegen Nichterfüllung (nunmehr: „Schadensersatz statt der Leistung“) kann der Schuldner allerdings nur bei Vorliegen der zusätzlichen Voraussetzungen des § 282-E verlangen, also nach Fristsetzung oder bei Erfüllungsverweigerung. In gegenseitigen Verträgen setzt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung (nunmehr: „Schadensersatz wegen Nichtdurchführung des Vertrags“) den Rücktritt voraus (§§ 280 Abs. 2 S. 3, 325, 323-F). Damit wird gleichzeitig die Alternative von Schadensersatz und Rücktritt aufgehoben. Der Gläubiger hat ein Wahlrecht zwischen Ersatz des Erfüllungsschadens und Ersatz des Vertrauensschadens (§ 325-E). Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs verlangen (§§ 280 Abs. 2 S. 2, 283-E). Das Prinzip, die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Leistungsstörungen aufzugeben, wird also insoweit durchbrochen, „um den alten Gewohnheiten Rechnung zu tragen“³⁸.

In § 323-E werden die gesetzlichen Rücktrittsrechte der §§ 325, 326, 280, 286 BGB zusammengefaßt. Grundtatbestand ist der Rücktritt wegen Pflichtverletzung nach Ablauf einer gesetzten Frist oder Abmahnung (§ 323 Abs. 1-E). Eine vorherige Aufforderung ist aber u. a. dann unerheblich, wenn sie offensichtlich aussichtslos wäre oder wenn der sofortige Rücktritt aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 323 Abs. 2-E). Die zuletzt genannte Generalklausel des § 323 Abs. 2 Nr. 3-E soll als Auffangtatbestand die Fälle besonders schwerwiegender Pflichtverletzungen erfassen. Das Rücktrittsrecht des § 323-E ist verschuldensunabhängig gestaltet, setzt also nicht voraus, daß der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Geändert werden auch die Rechtsfolgen des Rücktritts (§§ 346 – 352-E)³⁹.

4. Kaufrecht

Das Kaufrecht wird in Anknüpfung an die Vorschläge der Schuldrechtskommission (und weit über die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinausgehend) grundlegend umgestaltet (§§ 433 – 475-E)⁴⁰. Die neuen Regelungen gelten für alle Kaufverträge. Für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 473 – 475-E) sind sie insgesamt zwingend (§ 305 c-E)⁴¹. Insoweit verliert also die Inhaltskontrolle von AGB und damit auch der § 24 a AGBG (nunmehr, sachlich unverändert, § 314 a Abs. 2-E) weitgehend an Bedeutung. Gleichzeitig wird um-

gekehrt durch die Neuregelung erstmals – möglicherweise systemsprengend – zwingendes Verbraucherrecht zum Regelrecht gemacht und damit auch zum gesetzlichen Leitbild im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz (nunmehr, sachlich unverändert, § 311 Abs. 2 Nr. 1-E). Dies wird den unternehmerischen Geschäftsverkehr dazu veranlassen, seine Beziehungen noch stärker als bisher durch AGB zu regeln, wobei sich möglicherweise die Frage nach der Kontrollfestigkeit solcher AGB im Hinblick auf das neue kaufrechtliche Leitbild in gefährlicherem Licht stellt. Erhebliche Konsequenzen ergeben sich auch für den Kauf unter Privatleuten. Der Verkäufer kann sich nicht mehr ohne weiteres darauf verlassen, daß das Gesetz eine ausgewogene, die Interessen beider Parteien berücksichtigende Regelung bereithält, sondern muß verstärkt über Haftungsausschlüsse nachdenken.

In der Sache sieht der Diskussionsentwurf eine Vereinheitlichung der Rechtsfolgen für Sachmängel und Rechtsmängel vor (§§ 433 Abs. 1, 435-E) – mit der Folge einer einschneidenden Verkürzung der Verjährung für die Rechtsmängelhaftung. Ebenfalls aufgegeben wird die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf. Der Sachmangel wird in § 434-E in Anlehnung an Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie definiert. Im Ergebnis ergeben sich insoweit keine wesentlichen Unterschiede gegenüber dem bisher praktizierten subjektiven Fehlerbegriff. Allerdings soll ein Sachmangel grundsätzlich auch bei Fehlen solcher Eigenschaften vorliegen, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder Herstellers in der Werbung erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Nr. 2-E). Als Sachmangel qualifiziert wird auch der fehlerhafte Zusammenbau der Kaufsache durch den Verkäufer sowie der fehlerhafte Zusammenbau durch den Käufer aufgrund einer fehlerhaften Zusammenbauanleitung, Tatbestände, die man bisher wahrscheinlich eher als Nebenpflichtverletzung eingeordnet und daher mit Hilfe der positiven Vertragsverletzung bewältigt hätte (§ 434 Abs. 2-E, sog. Ikea-Klausel)⁴². Einem Sachmangel soll es ferner gleichstehen, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert, es sei denn, daß sie als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt (§ 434 Abs. 3-E). Dementsprechend soll die bisherige Regelung des § 378 HGB entfallen.

Der Käufer kann zunächst nur Nacherfüllung, also nach seiner Wahl Nachbesserung oder Nachlieferung, verlangen; der Verkäufer kann eine Nacherfüllung ablehnen, wenn sie ihm nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§ 437-E). Rücktritt (§ 438-E) und Minderung (§ 439-E) sind grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 323-E möglich, also erst, wenn die Nacherfüllung verlangt worden ist und nicht zu dem gewünschten Ergebnis geführt hat. Die de lege lata (§ 480) gegebene Möglichkeit der sofortigen Wandlung oder Minderung entfällt; der Käufer wird insoweit deutlich schlechter gestellt. Entfallen soll die Haftung auf Schadensersatz bei Zusicherung und arglistigem Verschweigen nach § 463 BGB. Statt dessen sieht der Entwurf bei Mängeln eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers nach den allgemeinen Vorschriften vor (§§ 440, 280, 282, 283, 325-E). Dies ist die logische Konsequenz daraus, daß die mangelfreie Leistung nunmehr zu den Erfüllungspflichten des Ver-

³⁷ Dies kann außerhalb des Kaufrechts zu erheblichen Problemen führen. Das zeigt etwa sehr deutlich das bekannte Beispiel des Wegerisikos: Kommt ein Arbeitnehmer wegen Smogalarms zu spät, so ergibt sich nach geltendem Recht die Lösung zwanglos aus den §§ 275, 323. Nach dem Diskussionsentwurf wird man zwar ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers gemäß § 275-E bejahen können, für den Wegfall der Zahlungspflicht des Arbeitgebers gibt es aber keine gesetzliche Grundlage mehr, weil das Rücktrittsrecht des § 323-E von vornherein nicht paßt.

³⁸ Siehe dazu *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1642; zu den Einzelheiten des § 283-E siehe *Krebs* DB (Fn. 1), S. 7; zur Umsetzung der Verzugsrichtlinie vgl. *Huber* JZ 2000, 957.

³⁹ Zu den Einzelheiten siehe *Krebs* (Fn. 1), S. 12f.; kritisch dazu demnächst *Hager*, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29).

⁴⁰ Vgl. dazu demnächst *Zimmer*, Das geplante Kaufrecht, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29).

⁴¹ Die Formulierung des § 305 c Abs. 1-E ist mißverständlich, weil sie nur auf „Vorschriften über die Verbrauchsgüterverträge“, also die §§ 473 – 475-E verweist, obwohl das gesamte Kaufrecht zwingend sein soll.

⁴² Diese Regelung wirft hübsche praktische Probleme auf: Wie hat man sich die Nacherfüllung gemäß § 437-E bei einer fehlerhaften Montageanleitung konkret vorzustellen? Kann der Käufer verlangen, daß der Verkäufer ihm Personal schickt, das ihm den Gegenstand auseinander baut und nunmehr beim sachgerechten (schwieriger gewordenen) Zusammenbau behilflich ist? Kann der Käufer Ersatz für den zweckverfehlten Zeitaufwand verlangen?

käufers gehört (§ 433 Abs. 1 S. 2), mit der Folge, daß eine mangelhafte Leistung eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1-E darstellt. Daraus ergibt sich eine generelle verschuldensabhängige Haftung des Verkäufers für alle mangelbedingten Schäden. Die lästige Abgrenzung von ersatzfähigem Mangelfolgeschaden und nichtersatzfähigem Mangel-schaden soll entfallen. Den im mangelbedingten Minderwert der Sache liegenden Schaden – also den sog. „kleinen Schadensersatz“ – kann der Käufer allerdings nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 282-E geltend machen, d. h. grundsätzlich erst nach Setzung einer Frist zur Nachbesserung. Will der Käufer die Kaufsache zurückgeben und Schadensersatz verlangen (sog. „großer Schadensersatzanspruch“), muß er zunächst zurücktreten (§§ 440 Abs. 3, 325-E)⁴³.

Geplant ist weiterhin der Wegfall der in § 447 BGB enthaltenen Sonderregelung der Gefahrtragung beim Versendungskauf sowie der Sonderregelungen des Viehkaufs⁴⁴. Zum Zweck der Umsetzung des Rückgriffsanspruchs nach Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird außerdem § 377 HGB für die Fälle des Weiterverkaufs der Kaufsache erheblich eingeschränkt (§ 378 HGB-E)⁴⁵.

5. Werkvertragsrecht

Umfassend umgestaltet wird auch das Werkvertragsrecht⁴⁶. Zur Abgrenzung zum neuen Unternehmerbegriff des § 14 BGB soll der Leistungsverpflichtete künftig „Hersteller“ genannt werden⁴⁷. Herausgenommen werden aus dem Werkvertragsrecht zunächst sämtliche Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen; sie werden mit minimalen Änderungen dem Kaufrecht unterstellt (§ 631 Abs. 3-E). § 651 BGB wird dementsprechend aufgehoben. Die Vergütungspflicht des Bestellers wird in § 631-E zusammengefaßt. Der Kostenvoranschlag soll im Zweifel nicht zu vergüten sein (§ 631 Abs. 4); die Rechtsfolgen einer Überschreitung sind erst in § 648-E geregelt.

Die werkvertragliche Gewährleistung wird der kaufrechtlichen angeglichen. Vorrangig greift also zunächst der Nacherfüllungsanspruch (§ 634-E); Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz sind nachgelagert. Der Besteller hat allerdings ein Recht zur Selbstvornahme, wenn der Hersteller den Mangel nicht innerhalb einer ihm zur Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist beseitigt (§ 635-E). Der Diskussionsentwurf mindert die Bedeutung der Abnahme insoweit ganz erheblich, als er auf sie als Erfordernis für die Fälligkeit der Vergütung grundsätzlich verzichtet (§ 639-E). Das derzeitige Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 649 BGB soll beseitigt werden⁴⁸.

6. Kodifikation von Richterrecht

Zu den stärksten Motoren der Reformbestrebungen gehörte von Anfang an das Postulat einer Wiederannäherung des Ge-

setztextes an die Rechtswirklichkeit durch Kodifikation der wichtigsten richterrechtlichen Entwicklungen⁴⁹. Auch der Diskussionsentwurf macht sich dieses Anliegen zu eigen und verspricht dementsprechend – unter Bezugnahme auf die Vorschläge der Schuldrechtskommission – einen Zuwachs an Transparenz und Rechtssicherheit durch Kodifikation von positiver Vertragsverletzung, culpa in contrahendo, Wegfall der Geschäftsgrundlage sowie der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen⁵⁰. Bei näherem Hinsehen ergibt sich freilich ein sehr differenziertes Bild: Für die positive Forderungsverletzung wird keine spezielle Regelung geschaffen, sie taucht als Begriff im Diskussionsentwurf auch gar nicht auf. Die bisher von der Rechtsprechung mit Hilfe der positiven Forderungsverletzung bewältigten Probleme sollen sich nunmehr quasi „von selbst“ lösen, kraft Systemwechsels von einer Anknüpfung an konkrete Leistungsstörungstypen auf den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung: Da die mangelhafte Leistung künftig eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 darstellt, ergibt sich eine generelle Verschuldenshaftung bei mangelhafter Leistung, unabhängig von der bisher so schwierigen Abgrenzung von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden⁵¹. Für die inhomogene Fallgruppe des Verstoßes gegen Nebenpflichten wird der § 241-E um einen neuen Abs. 2 ergänzt: „Das Schuldverhältnis kann unter Berücksichtigung seines Inhalts und seiner Natur jeden Teil zur besonderer Rücksichtnahme auf Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils verpflichten.“ Auf eine genauere Aufschlüsselung der verschiedenen Pflichten, insbesondere auf die zentrale Unterscheidung zwischen Schutzpflichten und leistungsbezogenen Nebenpflichten wird verzichtet. Im Hinblick auf die culpa in contrahendo beschränkt sich der Diskussionsentwurf in § 305 Abs. 1 S. 2-E auf einen einzigen Satz: „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann bereits durch Anbahnung eines Vertrages entstehen.“ Auf eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Vorschriften durch Fallgruppen wird bewußt verzichtet⁵². Sehr viel ausführlicher fällt die Vorschrift über den Wegfall der Geschäftsgrundlage aus (§ 307-E). Sie soll nach der Entwurfsbegründung alle bisher diskutierten Fallgruppen, also sowohl die seltene Äquivalenzstörung als auch den Wegfall des Schuldnerinteresses durch Leistungerschwerung und wohl auch den Wegfall des Gläubigerinteresses wegen Zweckstörung sowie den beiderseitigen Motivirrtum abdecken⁵³. Dementsprechend gibt die Entwurfsbegründung dem § 307-E auch Vorrang vor § 275-E⁵⁴.

7. Integration von Sondergesetzen

Ein weiteres wesentliches Anliegen des Diskussionsentwurfes ist schließlich die Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB, die bereits durch die Einführung der §§ 13,

43 Entwurf, S. 506 f.

44 Entwurf, S. 441 ff. (zur Abschaffung des § 447 BGB), S. 448 ff. (zur Abschaffung des Viehkaufs).

45 Entwurf, S. 621 f.

46 Vgl. zu den Einzelheiten Krebs (Fn. 1), S. 23 ff.; siehe auch demnächst Seiler/Peters, Das geplante Werkvertragsrecht, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 29).

47 Dieser Begriff paßt sprachlich nur auf die Herstellung oder Veränderung von Sachen, nicht dagegen auf andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolge. Soll es wirklich in Zukunft einen „Hersteller von Beförderungsleistungen“ geben? Im übrigen ist auch der Herstellerbegriff bereits besetzt (§ 4 ProdHG), so daß man es doch besser beim Unternehmerbegriff belassen sollte.

48 Entwurf, S. 552 f.

49 Vgl. schon die Aufgabenstellung des BMJ an die Schuldrechtskommission, Abschlußbericht der Kommission (Fn. 17), 14.

50 Siehe dazu demnächst Dauner-Lieb, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 29).

51 So löst sich nun der berühmte Fall des Verkaufs giftigen Pferdefutters, das zum Tode des Pferdes des Käufers führt, sehr einfach: Ein Schadensersatzanspruch des Käufers ergibt sich unmittelbar aus §§ 440 Abs. 1 S. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1 S. 1-E; er soll nach der Entwurfsbegründung in 3 Jahren verjähren und zwar gemäß § 220-E ab Kenntnis des Schadens und nicht – wie man zunächst meinen könnte – gemäß § 198 Abs. 2-E ab Pflichtverletzung.

52 So ausdrücklich für § 305-E Entwurf, S. 343.

53 Entwurf, S. 358.

54 Kritisch dazu schon Ernst JZ 1994, 801 ff. Vgl. allgemein zum Wegfall der Geschäftsgrundlage aus neuester Zeit Köhler in: Canaris u. a. (Hrsg.),

14, 361 a, 361 b BGB⁵⁵ vorbereitet sei⁵⁶. In das BGB eingefügt werden sollen (sachlich unverändert) das Haustürgewerkschutzgesetz und das Fernabsatzgesetz (§§ 477–482-E). Ein Titel über Teilzeit-Wohnrechtsverträge schließt sich an (§§ 483–489-E). Das Verbraucherkreditgesetz wird mit dem Darlehensrecht verschmolzen und unter einen neuen Titel „Kreditvertrag, Kreditvermittlungsvertrag“ eingestellt (§§ 490–508-E); es behält aber einen eigenen Untertitel (§§ 493–504-E)⁵⁷.

In den Zusammenhang der Integration von Verbraucherschutzrecht wird auch die Überführung des AGB-Gesetzes in das BGB gestellt, obwohl das AGB nie ein Verbraucherschutzgesetz war und nunmehr wegen § 305 c-E für Verbraucherverträge kaum noch Bedeutung haben wird. Die materiellrechtlichen Regeln des AGB-Gesetzes werden sachlich unverändert in das BGB übernommen (§§ 309–314 a-F), allerdings (möglicherweise aus Platzgründen) wenig systematisch durchgemischt und in nur 7 (sehr langen!) Vorschriften zusammengefaßt. Der Verfahrensteil des AGBG soll in Zukunft in einem eigenen Gesetz, dem sog. Unterlassungsklagengesetz, untergebracht werden⁵⁸.

IV. Bausteine der Meinungsbildung

1. Zu den Grundlagen des Diskussionsentwurfs

Eine Reform vom Umfang und vom Anspruch des geplanten Vorhabens verlangt und verdient eine breite Diskussion in der Wissenschaft und in der weiteren Fachöffentlichkeit, und zwar sowohl über die grundsätzlichen systematischen und wertungsmäßigen Weichenstellungen als auch – dieser Aspekt wurde bisher deutlich vernachlässigt – über ihre Umsetzung in stimmige, subsumtionsfähige Einzelregelungen. Die Zeit dafür ist – insoweit besteht Einigkeit – knapp. Das BMJ versucht allerdings das Zeitproblem (und auch grundsätzliche Zweifel an Innovationsgehalt und Reparaturfähigkeit des Entwurfs) dadurch herunterzuspielen, daß es auf die Vorschläge der Schuldrechtskommission verweist, die in der fachöffentlichen und rechtspolitischen Diskussion seit 1991 ein außerordentlich positives Echo gefunden hätten und daher eine verlässliche und solide Grundlage bildeten⁵⁹. Dies ist freilich nur die halbe Wahrheit: Zwar ist der Diskussionsentwurf auf dem 60. DJT 1994 in der Tat in seinen Grundanliegen positiv aufgenommen worden⁶⁰, eine breite wissenschaftliche Diskussion hat aber nicht stattgefunden, weil mit einer Umsetzung damals nicht ernsthaft zu rechnen war. Im übrigen gab es ins Gewicht fallende kritische Stimmen⁶¹. Sie werden aber – dies nimmt der Entwurfsbegrün-

dung insoweit die Glaubwürdigkeit – schlicht verschwiegen und dementsprechend argumentativ auch nicht aufgearbeitet. Deutlichen Zweifeln ausgesetzt ist auch das Argument, die Vorschläge der Schuldrechtskommission seien ohne Alternative, aus den zur Umsetzung anstehenden Richtlinien ergebe sich ein faktischer Zwang zu einer „großen Lösung“⁶². Dagegen spricht schon, daß sich etwa Österreich für eine kleine Lösung entschieden hat. Es war und ist eine politische Entscheidung, Alternativmodelle nicht ernsthaft zu diskutieren. Dies erklärt, daß entsprechende Vorschläge aus der Wissenschaft fast polemisch vom Tisch gewischt werden⁶³.

Schwerer wiegt, daß der Abschlußbericht der Schuldrechtskommission bereits 10 Jahre alt ist und auf dem Erkenntnisstand von Mitte der 80er Jahre erarbeitet wurde. Inzwischen hat sich das rechtliche und gesellschaftliche Umfeld verändert, ohne daß die zum Teil rasanten Entwicklungen vom Diskussionsentwurf in irgendeiner Form auch nur zur Kenntnis genommen worden wären. Unberücksichtigt geblieben sind sowohl wichtige Rechtsprechungstendenzen wie etwa die Entwicklung der Wissenszurechnung⁶⁴, die Instrumentalisierung der c.i.c. im Hinblick auf das Problem der Herbeiführung nicht erwartungsgerechter Verträge⁶⁵ oder die Überprüfung von Bürgschaften mittelloser Familienangehöriger⁶⁶ als auch bedeutende Erkenntnisse im Schrifttum, wie etwa die umfassenden und bahnbrechenden Arbeiten von *Ulrich Huber* zum Leistungsstörungenrecht⁶⁷. Besonders bedauerlich im Hinblick auf das Argument einer Verbesserung der Europafähigkeit des deutschen Rechtes ist auch das völlige Ausblenden der weiteren internationalen Entwicklungen: In den Niederlanden gibt es inzwischen ein modernes, viel gerühmtes Zivilgesetzbuch. Mit den *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* sowie den *Principles of European Contract Law* der sog. *Lando-Kommission* liegen seit 1994 bzw. 1995 international konsentiertere, von den Regeln des Internationalen Kaufrechts ausgehende „Regelwerke“ vor⁶⁸, die in der rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion immer stärkere Berücksichtigung finden⁶⁹. Insoweit muß überprüft werden, ob der Diskussionsentwurf – dies wurde auf der Regensburger Tagung bestritten – in seinen tragenden Grundzügen tatsächlich auf der Linie der internationalen Entwicklung liegt⁷⁰.

62 Entwurf, S. 1; *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1643.

63 Vgl. den Gegenvorschlag von *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410, 1462 und die dagegen gerichtete Kritik von *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639; dagegen wiederum *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1812.

64 Siehe nur die Entwicklung von *BGHZ* 109, 327 = JZ 1990, 548 m. Anm. *Flume* bis zu *BGHZ* 132, 30 = JZ 1996, 731 m. Anm. *Taupitz*; siehe dazu insbesondere *Medicus* und *Taupitz*, *Karlsruher Forum* 1994; im Hinblick auf die auch für den Diskussionsentwurf wichtige Verjährungsproblematik siehe insbes. *Dauner-Lieb* in: *Festschrift für Kraft*, 1998, 43.

65 Siehe nur *BGH* JZ 1998, 1173 m. Anm. *Wiedemann* und *BGH* NJW 1998, 898; siehe dazu *St. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997; *Grigoleit*, *Vorvertragliche Informationshaftung*, 1997.

66 Siehe nur *BGH* WM 1997, 2117.

67 *Huber*, *Leistungsstörungen* (Fn. 31).

68 *Principles of European Contract Law* (edd. *O. Lando/H. Beale*): jetzt auch als „student edition“, Den Haag u. a. 2000; dazu schon *Zimmermann* JZ 1995, 477. Deutsche Fassungen der Unidroit- und der Lando-Prinzipien sind erschienen in: *ZFuP* 1995, 864; 1997, 890; 2000, 675, nunmehr auch zugänglich in: *Schulze/Zimmermann* (Hrsg.), *Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 2000.

69 Vgl. nur *Basedow* (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000.

70 Vgl. zum internationalen Kontext demnächst *Schlechtriem*, *Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der Europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf*, und *W.-H. Roth*, *Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts*, beide in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29).

50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 2000, S. 295.

55 Sie finden einen neuen (endgültigen?) Standort in den §§ 355, 356-E.

56 *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639, 1643; vgl. dazu demnächst *Pfeifer*, *Die geplante Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29).

57 Vgl. dazu demnächst *König*, *Das geplante Recht des Kreditvertrages*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29). Kritisch zum geplanten Standort der Neuregelung *Krebs* (Fn. 1), S. 26.

58 Vgl. dazu *Heß*, *Das geplante Unterlassungsklagengesetz*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 29).

59 Entwurf, S. 167.

60 Einzelheiten wurden schon damals auch von klaren Reformanhängern deutlich kritisiert; vgl. nur *Brügge*, 60. DJT (Fn. 18), K. 47.

61 Vgl. schon die Stellungnahme von *Huber* auf dem 60. DJT (Fn. 18), K. 183 ff.; *Schapp* JZ 1993, 637 ff.; ferner u. a. *Flume* AcP 193 (1993), 89 ff.; *ders.* ZIP 1994, 1497; *Stürner* NJW 1994, Beilage zu Heft 25, 2 ff.; *Ernst* JZ 1994, 801 ff.; *ders.* NJW 1994, 2177 ff.; *Rust* (Fn. 17); *W. Reinhardt* (Fn. 17); *Ernst* AcP 199 (1999), 360 ff.

2. Zur rechtspolitischen Zielsetzung

Das zentrale rechtspolitische Anliegen des Diskussionsentwurfs lautet „Vereinfachung, Transparenz, Rechtssicherheit“. Die praktische juristische Arbeit soll erleichtert, das Ergebnis eines Rechtsstreits deutlicher und leichter prognostizierbar sein⁷¹. Niemand wird bestreiten wollen, daß dies erstrebenswerte Ziele sind. In einem immer unübersichtlicher werdenden rechtlichen Umfeld hat jede Verheißung einer Komplexitätsreduzierung hohe Anziehungskraft. Im Hinblick auf die versprochene Vereinfachung des Schuldrechts ergibt jedoch wiederum erst die Auseinandersetzung mit den konkreten Regelungsvorschlägen ein realistisches Bild: Die Vereinfachung besteht in der Zusammenfassung der verschiedenen Leistungsstörungstypen unter dem allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung und in der Vereinheitlichung der Rechtsfolgen. Der notwendige Preis für diese Vereinfachung in Form der Beseitigung fast aller alten Differenzierungen ist die Abstraktion. Dementsprechend ist der Diskussionsentwurf in seiner Regelungstechnik auch nicht „moderner“ als das BGB, sondern treibt im Gegenteil – ganz unvermeidlich – die (vielfach gescholtene⁷²) abstrakte Begriffsbildung und Verweisungstechnik des BGB auf die Spitze. Dies bedeutet freilich geradezu zwangsläufig, daß Wortlaut und angestrebter Regelungsgehalt vieler Vorschriften nicht aus sich selbst heraus verständlich sind, sondern sich von vornherein nur mit Hilfe der Entwurfsbegründung erschließen, die ihrerseits aber – dies ist entscheidend – einen hohen Grad der Vertrautheit mit der bisherigen Rechtsentwicklung voraussetzt. Vor diesem Hintergrund muß damit gerechnet werden, daß in der Praxis alsbald im Wege der altbekannten Fallgruppenbildung zumindest teilweise doch wieder eine Rückkehr zu differenzierteren Leistungsstörungskategorien erforderlich werden wird.

Einen „zweiten Blick“ verdient auch das Postulat einer Erhöhung von Transparenz und Übersichtlichkeit, insbesondere durch Integration der privatrechtlichen Sondergesetze. Von einer „Beseitigung des Wildwuchses“⁷³ kann insoweit schon deshalb keine Rede sein, weil man – wohl als Folge der problematischen, generellen Ausklammerung der gesetzlichen Schuldverhältnisse – ausgerechnet das Produkthaftungsgesetz nicht in das BGB übernehmen will. Im übrigen ist ein konkreter Nutzen der Gesetzesumsiedlung für den Rechtsanwender nicht ersichtlich: Die Art und Weise der Unterbringung des AGB-Gesetzes im BGB ist unsystematisch und damit in hohem Maße unübersichtlich. Eine inhaltliche und dogmatische Integration, etwa eine Überprüfung des § 24 a AGBG (§ 314 a Abs. 2-E) und der Klauselverbote im Hinblick auf die durch § 305 c Abs. 1-E völlig veränderte Ausgangslage, ist ohnehin nicht einmal angedacht worden. Im übrigen ist die geplante Integration von Sondergesetzen zu diesem Zeitpunkt auch nicht ungefährlich, weil sie eine (völlig unnötige) Weichenstellung für die auf Dauer erforderliche Neubestimmung des Verhältnisses von allgemeinem Zivilrecht, Verbraucherrecht und Unternehmerprivatrecht bedeutet. Vor diesem Hintergrund sollte man diesen sehr gut isolierbaren Teil des Reformvorhabens zurückstellen.

Völlig verfehlt werden die rechtspolitischen Ziele im Hinblick auf die Kodifikation von Richterrecht. Eine gewis-

se Klärung ergibt sich nur für diejenigen Fallgruppen der positiven Vertragsverletzung, die nun ohne weiteres unter § 280 Abs. 1-E fallen, wie etwa die berühmten Mangelfolgeschäden. Im übrigen wird ein Zuwachs an Transparenz und Rechtssicherheit schon deshalb nicht erreicht, weil der Diskussionsentwurf weitgehend inhaltsleere Normhülsen verwendet, anstatt seine Regelungskompetenz wahrzunehmen. So wird insbesondere nicht einmal der Versuch unternommen, bei der positiven Forderungsverletzung und der culpa in contrahendo zu einer schärferen und rechtssicheren Fassung der Pflichtenkataloge zu kommen. Laut Entwurfsbegründung will man nur eine grundsätzliche Aussage machen und keine Regelung vorsehen, die hinter den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zurückbleibt⁷⁴; eine Abweichung von der geltenden Rechtslage soll vermieden werden. Damit beschränkt sich die Funktion dieser „Regelungen“ freilich darauf, der Rechtsprechung zu signalisieren, daß sie sich weiter jede als notwendig empfundene Freiheit nehmen soll. Die geradezu entwaffnende Erklärung eines Mitglieds der Schuldrechtskommission in Regensburg lautete insoweit, man habe von vornherein gar nicht die Absicht gehabt, subsumtionsfähige Regelungen zu schaffen, sondern nur einen „Merkzettel“ in das BGB einfügen wollen.

Die Kodifikation der „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 307-E) kann in der vorliegenden Form überhaupt nur als eine Ermutigung zu noch kühnerer richterlicher Aktivität verstanden werden⁷⁵. Das mag man im Hinblick auf Niveau und Qualität der deutschen Justiz im Ergebnis letztlich akzeptieren. Rechtssicherheit gewinnt man auf diese Weise aber ganz sicherlich nicht. Wiederum ergibt sich eine ernüchternde Schlussfolgerung: Da in der verbleibenden Zeit eine substantielle Verbesserung kaum zu schaffen ist, spricht nach dem derzeitigen Diskussionsstand alles dafür, die – wiederum gut isolierbaren – Regelungen ganz fallen zu lassen.

3. Zur Reparaturnotwendigkeit und Reparaturfähigkeit

Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Überprüfung des Diskussionsentwurfs wird auch vom BMJ nicht bestritten. Daher hat es jeden Interessierten zur Mitarbeit und wissenschaftlichen Begleitung aufgerufen. Dabei soll das Prinzip gelten, „Kritisieren ist leicht, Bessermachen ist schwieriger“. Gefragt ist „konstruktive Kritik“ in Form von konkreten, unmittelbar umsetzbaren Änderungsvorschlägen. Der Effektivität dieses Vorgehens sind allerdings von vornherein enge Grenzen gesetzt: Es fördert sicherlich die Behebung echter redaktioneller Fehler⁷⁶. Ein sachlicher Fortschritt ist möglicherweise auch im Hinblick auf isolierbare Einzelregelungen zu erzielen. So haben die Vertreter des Ministeriums in Regensburg etwa für die folgenden Punkte ein Überdenken angekündigt: Verzicht auf eine Streichung des § 649 BGB; Ausklammerung von Schadensersatzansprüchen aus dem Anwendungsbereich des § 305 c-E, so daß es insoweit beim dispositiven Charakter des Kaufrechts bleibt; Umformulierung des § 241 Abs. 2 S. 1-E in dem Sinne, daß das „kann ... verpflichten“ durch ein klares „verpflichtet“ ersetzt wird; Klärung des Verhältnisses von § 307-E zu § 275-E in

71 Siehe *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639; vgl. auch die Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, 31/97 zum Abschlußbericht der Schuldrechtskommission.

72 Vgl. den Überblick von *Schwab*, Das BGB und seine Kritiker, ZNR 2000, 325.

73 *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 639, 643.

74 So ausdrücklich zur c.i.c.: Entwurf, S. 343.

75 Zu den Einzelheiten demnächst *Dauner-Lieb* (Fn. 50).

76 Z.B. Klarstellung, daß der Verweis des § 305 c-E sich nicht nur auf die §§ 473 – 475-E bezieht; Korrektur der Überschriften in den §§ 309 – 314 a-E; Korrektur des § 313 Ziff. 9-E; vielleicht sogar Umformulierung des geradezu grauenvollen § 493 Abs. 1 S. 2-E.

dem Sinne, daß der bisher angestrebte Vorrang des § 307-E beseitigt wird.

Schwieriger wird es mit dem Postulat der konstruktiven Kritik, wenn es um komplexere Problemstellungen und größere Systemzusammenhänge geht: Es ist Allgemeingut, daß die Formulierung des § 8 AGBG (§ 311 Abs. 1-E) mißglückt ist. Zur Formulierung einer wirklich tragfähigen Alternative ist kurzfristig aber wohl doch ein Fachmann vom Range eines *Peter Ulmer* oder *Norbert Horn* erforderlich. Entsprechendes gilt auch für die Rechtsfolgen eines Rücktritts (§§ 346 – 354-E), die sowohl im Hinblick auf die vorgeschlagene Risikoverteilung als auch in ihren Auswirkungen auf das Bereicherungsrecht überprüft werden müssen. Schnelle Hilfe kann insoweit nur ein Spezialist wie *Johannes Hager* bringen⁷⁷. Im Hinblick auf das Verjährungsrecht wäre etwa auf *Reinhard Zimmermann* und *Heinz-Peter Mansel* zurückzugreifen⁷⁸.

Kaum in den Griff zu bringen sind schließlich diejenigen Einwände, die sich gegen die Grundpfeiler des Gesamtkonzepts richten. Sie kommen keineswegs nur von ausgewiesenen Reformskeptikern: So ist etwa die Bitte eines Verbraucherschutzspezialisten, man möge der wachsenden Bedeutung der Dienstleistung stärker Rechnung tragen, ebenso berechtigt wie unerfüllbar: Die Schuldrechtskommission hat sich am UN-Kaufrecht orientiert und ist infolgedessen geradezu zwangsläufig wie schon das BGB auf den Kaufvertrag fixiert. Entsprechendes gilt für die Anregungen des Deutschen Anwaltsvereins⁷⁹, die zahlreichen Generalklauseln zu überprüfen und in der Neuregelung des § 275-E die Unmöglichkeit wieder aufzunehmen: Abstraktion und Generalklauseln sind der ganz unvermeidliche Preis für die Aufgabe bestimmter Differenzierungen, und der Verzicht auf die Unmöglichkeit gehört zu den tragenden Bausteinen des Diskussionsentwurfs, ohne den das Gesamtgebäude einzustürzen droht.

4. Zur Kostenfrage

Die Realisierung des vorliegenden Diskussionsentwurfs wird noch nicht abzuschätzende Kosten verursachen, die in erster Linie die Öffentliche Hand (die Länder!) und die Anwaltschaft, letztlich aber auch die Wirtschaft treffen. Jeder mit dem BGB arbeitende Richter, Anwalt, Hochschullehrer, Unternehmer etc. muß ab dem 1.1. 2002 mit dem neuen Gesetz vertraut sein und umgehen können. Bei allem Respekt vor der hohen Qualität und Flexibilität deutscher Juristen kann nicht davon ausgegangen werden, daß dies durch Selbststudium in den Weihnachtsferien 2001 gelingen kann⁸⁰. Dies bedeutet aber, daß zunächst einmal hohe Weiterbildungskosten anfallen werden; insbesondere die gesamte betroffene Richterschaft muß kurzfristig durch qualifizierte Dozenten geschult werden. Weiterhin ergibt sich die Notwendigkeit der Anschaffung völlig neuer Gesetzestexte, Kommentare und Lehrbücher. Vorhandene Bibliotheksbestände in Justiz, Anwaltschaft und Hochschulen werden nur noch begrenzt nutzbar bleiben. Neben der rein finanziellen Seite einer Umstellung ist auch der erforderliche Zeitaufwand für die Betroffenen zu berücksichtigen. Die unvermeidliche Belastung von Richterschaft und Anwaltschaft wiegt um so schwerer, als sie zeitlich mit ebenfalls gravierenden prozessualen und gerichtsverfassungsrechtlichen Neuerungen zusammenfallen wird. Verständlicherweise werden

Kosten- und Umstellungsprobleme vom BMJ heruntergespielt. Hinweise, man habe auch die Rechtsprechungsangleichung im Zuge der Wiedervereinigung bewältigt, oder in Osteuropa habe man sich auch erstaunlich schnell auf völlig neue Regelwerke eingestellt, sind freilich zur Beruhigung wenig geeignet. Sie bestätigen nur die Vermutung, daß es eben doch um mehr geht als um „dezenzte Ergänzung und Modernisierung der traditionellen Begrifflichkeit durch Vereinheitlichung und Vereinfachung“⁸¹. Dies bedeutet freilich, daß man mit dem Nachdenken über die praktische, organisatorische und finanzielle Bewältigung der Reform sofort beginnen muß. Die Bandbreite der Fragestellungen reicht dabei von der richterlichen Weiterbildung über die Beschaffung von zusätzlichen Bibliotheksmitteln bis hin zu einer Verlängerung von Freischußfristen für Studenten⁸².

5. Zur europäischen Perspektive

Die mit einer Umstellung zwangsläufig verbundenen Irritationen und Kosten betreffen zunächst nur einen (allerdings nicht zu knapp einzuschätzenden) Übergangszeitraum. Zu berücksichtigen ist freilich, daß derzeit die Europäisierung des Privatrechts mit größtem Nachdruck vorangetrieben wird: Auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft liegen mittlerweile konkrete Kodifikationsprojekte in Gestalt von Professorenentwürfen vor⁸³. Diese betreffen zunächst das allgemeine Vertragsrecht; darüber hinaus geraten aber auch einzelne Vertragstypen, die außervertragliche Haftung sowie dingliche Kreditsicherheiten ins Blickfeld der Arbeitsgruppen. Kommission und Europäisches Parlament sind an diesen Arbeiten lebhaft interessiert. Dem Vernehmen nach besteht eine interne Arbeitsgruppe der Kommission; das Parlament hat 1999 ein Arbeitsdokument generellen Tenors vorgelegt⁸⁴. Ein Indiz für den entschiedenen politischen Willen, konkrete Schritte zu einer Kodifikation zu unternehmen, kann man schon darin sehen, daß im November 2000 gleich zwei den Gemeinschaften zuzurechnende Veranstaltungen zur allgemeinen Kodifikationsfrage stattfanden, in deren Rahmen die maßgeblichen Projekte vorgestellt sowie die gemeinschaftsrechtlichen und rechtsvergleichenden Grundlagen erörtert wurden⁸⁵. Verbreitet wird eine Kompetenz aus Art. 95 EGV (binnenmarktfinale Rechtsangleichung)⁸⁶ jedenfalls für bestimmte Bereiche des Vertragsrechts ange-

⁸¹ *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 639, 641.

⁸² Hoffentlich nicht ernst gemeint ist der Vorschlag, für ein bis zwei Jahre das Schuldrecht aus dem Prüfungsstoff der Staatsexamen herauszunehmen.

⁸³ Zu nennen sind hier insbesondere die bereits erwähnten „Principles of European Contract Law“ (Fn. 68); weiterhin, initiiert von *Giuseppe Gandolfi* und seiner *Accademia dei giusprivatisti europei*, der „Code européen des contrats“, Milano 2000; aus dem Projekt „The Common Core of European Private Law“ bislang erschienen: *Zimmermann/Whittaker* (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000; aus demselben Projekt im Erscheinen begriffen: *James Gordley* (ed.), „The Enforceability of Promises in European Contract Law“, voraussichtlich Cambridge 2000. Eine Übersicht über Entwicklung und Gegenstände der diversen Initiativen bietet *Zimmermann* ZEuP 2000, 391.

⁸⁴ *The Private Law Systems in the EU: Discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code* (Beiträge koordiniert von *Christian von Bar*; Redaktion: *Klaus II. Offermann*), PE 168.511, Selbstverlag des EP, Luxemburg 1999.

⁸⁵ Die Europäische Rechtsakademie in Trier verhandelte am 17./18.11. 2000 „European Civil Code(s)“ (ein Sammelband ist in Vorbereitung; Informationen unter www.era.int); der Ausschuß für Recht und Binnenmarkt veranstaltete am 21.11. 2000 ein öffentliches Hearing über die „Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten“ (Homepage: euro-parl.eu.int).

⁸⁶ Vgl. zu diesem Problem zuletzt die bekannte Tabakentscheidung *EuGH* JZ 2001, 32 (in diesem Heft) m. Anm. *Götz*.

⁷⁷ Vgl. seinen Vortrag in Regensburg (Fn. 39).

⁷⁸ *Zimmermann* JZ 2000, 853 und *Mansel* (Fn. 34).

⁷⁹ Siehe Fn. 71.

⁸⁰ Vgl. schon oben III 1.

nommen, auch wenn eine ausdrücklich erweiterte Kompetenzgrundlage vorzugswürdig sei. Im übrigen zeichnet sich auf der Ebene der Handlungsformen eine richtlinienkritische Grundtendenz ab, mit der Folge, daß im juristischen wie politischen Raum eine Grundentscheidung zwischen den Modellen Verordnung und Staatsvertrag zu treffen wäre.

Den Ausgangspunkt soll – darüber besteht weitgehend Einigkeit – eine Teilsystematisierung in Form einer Überarbeitung des bestehenden Verbraucher- und Unternehmerprivatrechts bilden, die für die Einbindung weiterer Gebiete offen ist. Das Arbeitsdokument des Rechtsausschusses⁸⁷ nennt insoweit Haustürgeschäfte, Produkthaftung, mißbräuchliche Klauseln, Time-Sharing, Fernabsatz, Verbrauchsgüterkauf. Damit wären zentrale Fragen des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts bereits angesprochen. Die Perspektive eines europäischen Zivilgesetzbuches könnte schneller greifbare Gestalt annehmen, als es die Breite der Themen vermuten läßt: Die Kommission hat dem Europäischen Rat im ersten Halbjahr 2001 Bericht über die Privatrechtsangleichung zu erstatten, der Rechtsausschuß will rechtzeitig vorher seine Stellungnahme fertigstellen. Es ist somit bereits kurzfristig mit politischen Grundentscheidungen für eine auf Erweiterung angelegte Teilkodifikation zu rechnen. Man muß daher davon ausgehen, daß es mittelfristig ohnehin zu erheblichen, europabestimmten Umwälzungen im Privatrecht kommen wird. Daraus ergeben sich weitere, ganz grundsätzliche Zweifel, ob eine „große Lösung“ zum jetzigen Zeitpunkt sinnvoll ist: Die von einer deutschen Schuldrechtsmodernisierung Betroffenen könnten in einem durchaus überschaubaren Zeitraum gleich zwei Mal mit einer grundlegenden Umstellung belastet werden, die zweite „Baustelle“ würde möglicherweise eröffnet, bevor die er-

wünschten und erwarteten Vorzüge des ersten Umbaus überhaupt spürbar wären.

V. Fazit

Gute Absichten, verlockende rechtspolitische Ziele machen noch kein gutes Gesetz. Gesichtspunkte einer strategischen Gesetzgebung, insbesondere das Bedürfnis, auf dem deutschen und dem europäischen Parkett eine progressive Rolle zu spielen, rechtfertigen es noch nicht, das Zivilrecht in eine Dauerbaustelle zu verwandeln. In der konkret geplanten Form läßt sich das Projekt einer „Schuldrechtsmodernisierung“ jedenfalls nicht sinnvoll realisieren: Der Diskussionsentwurf, der für sich in Anspruch nimmt, das BGB zu aktualisieren und zu modernisieren, muß erst einmal selbst auf den neuesten Stand der nationalen und vor allem der internationalen Entwicklung gebracht werden. Seine eigenen hochgesteckten Ansprüche an Vereinfachung, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit kann er in weiten Bereichen ohnehin nicht einlösen. Selbst wenn man – etwas bescheidener und bodenständiger – auf die Eingliederung der Sondergesetze und die zweifelhafte „Regelung“ der culpa in contrahendo und der Störung der Geschäftsgrundlage verzichten wollte, bleiben für das Restvorhaben zahlreiche offene Fragen. Insofern ist für die Einzelbereiche eine Überprüfung und Weiterentwicklung durch ausgewiesene Spezialisten erforderlich, an die sich eine systematische Gesamtkontrolle durch ein unabhängiges und nicht bereits betriebsblindes Expertengremium anschließen muß. Gutes Recht braucht eine Lobby, postuliert ein Vertreter des BMJ⁸⁸. Recht hat er!

⁸⁷ 6.11. 2000, PE 294.922, abrufbar unter <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20001121-hearing/juri20001121-hearing.htm>.

⁸⁸ Schmidt-Räntsch (Fn. 25).

Professor Dr. Heinrich Honsell, Universität Zürich

Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

Der Beitrag verfolgt das Ziel, das Bundesministerium der Justiz in einigen Punkten von der Notwendigkeit einer Überarbeitung des Entwurfs zu überzeugen.

I. Allgemeine Charakterisierung des Diskussionsentwurfs

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) will die bis zum 1. 1. 2002 umzusetzende EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf zum Anlass eines grundlegenden Umbaus des Schuldvertragsrechts nehmen. Es hat einen Diskussionsentwurf (DE) eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹ vorgelegt. Hierbei handelt es sich um eine tiefgreifende Reform, ja um die größte Veränderung des Schuldrechts seit Inkrafttreten des BGB. Die geplanten Änderungen nehmen die Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung des Schuld-

rechts² wieder auf und betreffen u. a. das gesamte Recht der Leistungsstörungen unter Einschluss des Sachmängelrechts, ferner Verjährung, Kauf, Werkvertrag usw. Kodifiziert werden auch die in wissenschaftlicher und richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Figuren der culpa in contrahendo und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Schließlich sollen zahlreiche Sondergesetze, die vorwiegend den Konsumentenschutz betreffen, ins BGB integriert werden, so das HausTWG, VerbrKrG, TzWrG, das Fernabsatzgesetz und auch das AGBG. Geplant ist schließlich die Einführung amtlicher Überschriften für das gesamte BGB.

Die geplante Reform ist insofern zu begrüßen, als sie ein einheitliches *Leistungsstörungenrecht* bringt, unter Aufgabe des mehr als 2000 Jahre alten ädilizischen Sachmängelrechts. Der Gewinn besteht vor allem im Wegfall zahlloser Abgrenzungsschwierigkeiten und Streitfragen der Sachmängelge-

¹ Dieser ist publiziert unter <http://www.bmj.bund.de/ggv/eschurmo.pdf>

² Vgl. den Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (hrsgg. v. BMJ 1992).