

Kodifikation von Richterrecht

von

Barbara Dauner-Lieb, Köln

- | | |
|--|--|
| I. Ausgangspunkt 305 | 2. Kodifikation als Blankettermächtigung (<i>culpa in contrahendo</i>) 316 |
| II. Die Zielstellung: Legitimation, Transparenz, Rechtssicherheit 306 | 3. Kodifikation durch Lehrbuchzitat (Wegfall der Geschäftsgrundlage) 321 |
| III. Die Einzelansätze des Diskussionsentwurfs 309 | IV. Das Problem der Teilkodifikation 323 |
| 1. Kodifikation kraft Systemwechsels (positive Forderungsverletzung) 309 | V. Zusammenfassung 327 |

I. Ausgangspunkt

Es ist ein zentrales Anliegen des Diskussionsentwurfs¹, diejenigen Rechtsinstitute zu kodifizieren, die die höchstrichterliche Rechtsprechung – meist im Dialog mit der Wissenschaft – in Ergänzung zum BGB, neben dem BGB, teilweise gegen das BGB, entwickelt hat, insbesondere die positive Vertragsverletzung, die *culpa in contrahendo* und den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die sich immer weiter öffnende Schere zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht, zwischen Gesetzestext und praktiziertem Recht, soll für das Schuldrecht geschlossen werden. Das zentrale Regelwerk des Zivilrechts müsse – so schon die Aufgabenstellung des Bundesministeriums der Justiz an die Schuldrechtskommission –² Auskunft über die tatsächliche, aktuelle Rechtslage geben können.

¹ Bundesministerium der Justiz (Hg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000; abrufbar beim Bundesministerium der Justiz unter www.bmj.bund.de; unter dieser Adresse kann auch eine als „Arbeitshilfe“ bezeichnete Kurzinformation abgerufen werden; einführend zu diesem Diskussionsentwurf der zuständige Referatsleiter, Ministerialrat *Jürgen Schmidt-Räntsch*, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 1639ff.; erste kritische Würdigungen von *Peter Krebs*, Die große Schuldrechtsreform, DB Beilage Nr. 14/2000 zu Heft 48 vom 1.12.2000, 21 ff.; *Ulrich Huber*, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2137ff.; *Barbara Dauner-Lieb*, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß?, JZ 2001, 8ff..

² Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 14; *Alfred Wolf*, Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 259, 260f.; vgl. auch Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Band I, Einleitung, XII, XV,

II. Die Zielstellung: Legitimation, Transparenz, Rechtssicherheit

Dieses an vielen Stellen der Entwurfsbegründung anklingende Postulat³ entspricht weit verbreiteten Forderungen an den Gesetzgeber, sich auch im Kernbereich des Privatrechts auf seine Aufgaben zu besinnen, politische Gestaltungs- und Ergebnisverantwortung zu übernehmen und auf diese Weise das (auch verfassungsmäßig vorgegebene) Primat gegenüber der Rechtsprechung zurückzugewinnen⁴. Damit sind Sinn und Zweck einer Kodifikation von Richterrecht bereits formuliert: Es geht um Legitimation, um Transparenz und um Rechtssicherheit⁵.

So überzeugend und daher auch weitgehend unangefochten diese Ziele abstrakt sind, so komplex und schwierig ist ihre praktische Umsetzung. Dies erklärt, daß die nun schon über 20 Jahre andauernde Arbeit an einer Schuldrechtsreform von einer sehr grundsätzlichen Kontroverse über die „Zukunft der Kodifikationsidee“, über Kodifikationsidealismus und Kodifikationspessimismus, über Dekodifikation und Rekodifikation begleitet wurde⁶. Einigkeit wurde allerdings wohl insoweit erzielt, als das Konzept einer Kodifikation als „abschließende und erschöpfende Aufzeichnung des Rechtsstoffes eines Sachgebiets in einem einheitlichen Gesetzbuch“⁷ heute ebenso als Utopie abgelehnt wird wie die Forderung nach einer

XVII; für den vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind folgende Gutachten: *Dieter Medicus*, Verschulden bei Vertragsschluß, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 479 ff.; *Norbert Horn*, Vertragsdauer, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 551 ff.; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 647 ff.; *ders.*, Kaufvertrag, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 911 ff.; vgl. auch die Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, 1994, Band I (Vorschläge), Band II (mit Diskussion).

³ Siehe nur Diskussionsentwurf (Fn. 1) 177 ff.; 199 ff.; 202; 340 ff.; 456 ff.; sehr entschieden bereits *Ulrich Huber* (Fn. 2) 776 ff.

⁴ Siehe im Hinblick auf eine Schuldrechtsreform bereits *Alfred Wolf*, Die Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 182 (1982) 80, 100; *Uwe Diederichsen*, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982) 101 ff.; vgl. etwa auch *Hein Kötz*, Gutachten, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 9, insbes. K 24 ff.; *Peter Schlechtriem*, Diskussionsbeitrag, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 140, insbes. K 143; *Norbert Horn*, Diskussionsbeitrag, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 147 ff.

⁵ Plastisch etwa *Helmut Heinrichs*, Diskussionsbeitrag, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 189, K 191: Die Lösungsvorschläge sollen „einfacher, klarer, transparenter“ sein als die Regelungen des BGB.

⁶ Siehe etwa *Karsten Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985; *Peter Schlechtriem*, Schuldrechtsreform, 1987, insbes. S. 56 ff.; *Uwe Diederichsen*, AcP 182 (1982) 101 ff.; *Ernst Wolf*, Kein Abschied vom BGB, ZRP 1982, 1 ff.; *Harm Peter Westermann*, Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB?, ZRP 1983, 249, 254 f., 255 ff.; *Manfred Lieb*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983) 327 ff.; *Slechtriem* (Fn. 4) K 140, 143.

⁷ Siehe dazu *Schmidt* (Fn. 6) 17 ff.

volkstümlichen und damit auch dem juristischen Laien zugänglichen Sprache⁸. Das Postulat der Verständlichkeit und Transparenz kann sich von vornherein nur auf die Perspektive des juristischen Fachmanns beziehen. Dieser sollte freilich – nimmt man den eigenen Anspruch der Reformvorschläge ernst – juristische Alltagsprobleme vielleicht nicht ausschließlich mit Hilfe des reformierten Gesetzeswortlautes, aber jedenfalls ohne allzu zeitaufwendige wissenschaftliche und rechtsgeschichtliche Forschungen lösen können⁹. Entsprechend zu relativieren ist die Vollständigkeitsidee¹⁰: Es kann sicher nicht um eine Kodifizierung des Palandt oder des Soergel gehen¹¹. Andererseits kann von einer Übernahme gesetzgeberischer Verantwortung gegenüber der Rechtsprechung überhaupt nur die Rede sein, wenn das vorhandene Richterrecht in seinen wesentlichen sachlichen Grundzügen überprüft und auf dieser Basis akzeptiert, modifiziert, ergänzt oder auch verworfen wird¹². Das Ergebnis dieses Prüfungsvorgangs muß in der Kodifikation nachvollziehbar und subsumtionsfähig dokumentiert werden. Der angestrebte Zuwachs an Legitimation und Rechtssicherheit kann überhaupt nur erreicht werden, wenn die neue Kodifikation den Gerichten eine bessere Anleitung, also klarere Vorgaben gibt¹³. Schließlich sollte auch erkennbar gemacht werden, ob und inwieweit die neuen Regelungen nunmehr abschließend oder offen für weitere Entwicklungen sein sollen. Selbstverständlich kann eine Kodifikation von Richterrecht nicht in dem Sinne abschließend sein, daß sich die Rechtsprechung zukünftig jeder weiteren Rechtsentwicklung zu enthalten hätte. Man wird es der Rechtsprechung nicht grundsätzlich verwehren können, *wirklich* neue Probleme wiederum im Wege richterlicher Rechtsfortbildung anzugehen. Im Hinblick auf den bereits bekannten Problemhaushalt sollte der Gesetzgeber freilich den richterlichen Aktivitäten einen klaren Rahmen vorgeben. Andernfalls müßte damit gerechnet werden, daß der angestrebte Fortschritt, nämlich eine Wiedervereinigung oder zumindestens eine Wiederannäherung von Gesetzestext und Rechtswirklichkeit möglicherweise schon kurzfristig wieder verloren ginge¹⁴.

Mit der geplanten Kodifikation von Richterrecht im Bereich des Schuldrechts betritt der Gesetzgeber kein Neuland. Es gibt aufschlußreiche Vorläufer, aller-

⁸ *Diederichsen*, AcP 182 (1982) 113; *Lieb*, AcP 183 (1983) 330; *Harm Peter Westermann*, ZRP 1983, 249, 253; *Walter Rolland*, Diskussionsbeitrag, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 156 ff.; ein wenig naiv dagegen *Stefan Weismann*, Diskussionsbeitrag, in: Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 153, 154.

⁹ Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) 14; vgl. schon *Diederichsen*, AcP 182 (1982) 113; *Kötz* (Fn. 4) K 13; *Heinrichs* (Fn. 5) K 191; *Horn* (Fn. 4) K 147 ff.; *Schlechtriem* (Fn. 4) K 140 ff.

¹⁰ Vgl. *Schmidt* (Fn. 6) 17 ff.

¹¹ *Lieb*, AcP 183 (1983) 332; *Diederichsen*, AcP 182 (1982) 121.

¹² *Eduard Picker*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) 369, 517 ff.; vgl. auch *Diederichsen*, AcP 182 (1982) 105 ff.

¹³ *Horn* (Fn. 4) K 149.

¹⁴ Vgl. etwa *Harm Peter Westermann*, ZRP 1983, 249, 257 f.; *Lieb*, AcP 183 (1983) 332 ff.; *Schmidt* (Fn. 6) 68 ff.

dings in Miniaturformat. An erster Stelle zu nennen ist die Kodifikation der Regelungen über die Einbeziehung und Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im AGB-Gesetz von 1976, die nun als neue §§ 309 bis 314 a BGB-DiskE in das BGB integriert werden sollen¹⁵. Die von der Rechtsprechung jeweils zunächst fallbezogen entwickelten Klauselverbote wurden verallgemeinert, ergänzt, systematisiert und in subsumtionsfähige Tatbestände umgesetzt¹⁶. Mit der Generalklausel des alten § 9 AGBG (§ 311 I, II BGB-DiskE) wurde eine weite, aber doch nicht schrankenlose Ermächtigung für weitere richterliche Entwicklungen geschaffen¹⁷. Ein weiteres Beispiel bietet die Kodifikation des Einwendungsdurchgriffs in § 9 VerbrKrG (§ 499 I BGB-DiskE), die eine lang anhaltende Kontroverse beendet und damit größere Rechtssicherheit geschaffen hat, mag auch der Tatbestand der „wirtschaftlichen Einheit“ im Einzelfall nach wie vor Schwierigkeiten bereiten¹⁸. Weitgehend mißlungen ist dagegen der Versuch einer Kodifikation des richterrechtlich entwickelten Kapitalersatzrechtes durch Einführung der neuen §§ 32 a, b GmbHG im Zuge der GmbH-Novelle von 1980¹⁹. Der Zweite Senat des BGH hat bekanntlich dem Gesetzgeber die Gefolgschaft versagt und seine alte Linie parallel zur Novelle weiterverfolgt²⁰. Die sich daraus ergebende Doppelspurigkeit des Kapitalersatzrechtes²¹ hat zu einem erheblichen Verlust an Transparenz und Rechtssicherheit geführt, vor allem aber – ein warnendes und abschreckendes Beispiel – die Autorität des Gesetzgebers erheblich und nachhaltig unterminiert²².

¹⁵ Zurückhaltend insoweit *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 25 f.; skeptisch auch schon *Harm Peter Westermann*, Verbraucherschutz, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, 1983, S. 7 ff.

¹⁶ *Manfred Wolf*, in: Manfred Wolf, Norbert Horn, Walter Lindacher (Hg.), Kommentar zum AGB-Gesetz, 4. Auflage, 1999, Einleitung Rn. 7; differenzierend *Helmut Heinrichs*, Maßstäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, in: Helmut Heinrichs, Walter Löwe, Peter Ulmer (Hg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 23, 25 f., der darauf verweist, daß die §§ 10, 11 AGBG über die Ergebnisse der richterlichen Rechtsfortbildung in erheblichem Umfang hinausgingen.

¹⁷ *Peter Ulmer*, Zehn Jahre AGB-Gesetz – Rückblick und Ausblick, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer (Hg.) (Fn. 16) S. 1, 10 f.; *Michael Coester*, in: Staudinger, AGBG, 13. Bearbeitung, 1998, § 9, Rn. 8. Mißlungen war allerdings nach allgemeiner Auffassung der alte § 8 AGBG (nunmehr § 311 III BGB-DiskE). Insofern sei nur am Rande vermerkt, daß der Diskussionsentwurf, die Kritik nicht aufgenommen und infolgedessen die Regelung unverändert gelassen hat.

¹⁸ Vgl. hierzu *Matthias Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 3. Auflage, 1995, § 9 VerbrKrG, Rn. 25 ff.; *Peter Heermann*, Verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 I VerbrKrG, AcP 200 (2000) 1 ff. und *Barbara Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften, WM 1991, Sonderbeilage 6, 1, 7 ff.

¹⁹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 8. Auflage, 1993, §§ 32 a, 32 b, Rn. 13; *Holger Altmeyen*, in: Günter H. Roth, Holger Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, § 32 a, Rn. 1.

²⁰ Grundlegend BGHZ 90, 370, 376 ff.

²¹ *Marcus Lutter*, *Peter Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 15. Auflage 2000, § 32 a, Rn. 10; *Peter Hommelhoff*, in: Hartwin von Gerkan, Peter Hommelhoff (Hg.), Handbuch des Kapitalersatzrechtes, 2000, Rn. 1, 2 ff.

²² *Karsten Schmidt*, Der Aufstand der Makulatur – oder: Da irrte Julius von Kirchmann! –,

Untersucht man den Diskussionsentwurf einerseits vor dem Hintergrund der bereits bei der Kodifikation von Richterrecht gewonnenen Erfahrungen, andererseits im Lichte seiner eigenen hohen Ansprüche, dann ergibt sich für die verschiedenen Rechtsinstitute ein äußerst differenziertes Bild.

III. Die Einzelansätze des Diskussionsentwurfs

1. Kodifikation kraft Systemwechsels (positive Forderungsverletzung)

a) Bei der nunmehr geplanten gesetzlichen Regelung der positiven Forderungsverletzung²³ handelt es sich insoweit um eine eher untypische Form der Kodifikation von Richterrecht, als keine speziellen Regelungen oder Regelungskomplexe geschaffen werden und dementsprechend die Bezeichnung „positive Forderungsverletzung“ im Text des Diskussionsentwurfs auch gar nicht auftaucht. Die bisher von der Rechtsprechung mit Hilfe der Rechtsfigur der positiven Forderungsverletzung bewältigten Probleme sollen sich nunmehr quasi „von selbst“ lösen, durch die einschneidende Umstellung von einer Anknüpfung an konkrete Leistungsstörungen (einschließlich Schlechtleistung) auf den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung in der Zentralnorm des § 280 BGB-DiskE²⁴. Ich möchte dies als Kodifikation kraft Systemwechsels bezeichnen.

b) Eine zentrale Funktion der positiven Vertragsverletzung lag bisher in der Ergänzung des Gewährleistungsrechts, insbesondere beim Kaufvertrag²⁵. Dabei wurden schon bisher im Ergebnis diejenigen Fälle als unproblematisch angesehen, in denen die fahrlässige Schlechterfüllung der Hauptleistung, also der mangelhafte Kaufgegenstand, Schäden an anderen absoluten Rechtsgütern des Käufers verursacht hatte²⁶. Beispielhaft sei nur der berühmte Fall des Verkaufs giftigen Pferde-

JZ 1984, 880, 881; vgl. dazu insgesamt *Barbara Dauner-Lieb*, Die Freistellung geringfügig beteiligter Gesellschafter von der Kapitalersatzhaftung, DStR 1998, 609, 609f.

²³ Siehe zur geltenden Rechtslage die Überblicke bei *Volker Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, 1994, Vor § 275, Rn. 218 ff.; *Herbert Wiedemann*, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 12. Auflage, 1990, Vor § 275, Rn. 350 ff.; *Manfred Löwisch*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255 – 293, 13. Bearbeitung, 1995, Vorbemerkung zu §§ 275 ff., Rn. 22 ff.; ausführlich auch *Picker*, AcP 183 (1983) 369 ff.; zur Frage, ob der Gesetzgeber die positive Vertragsverletzung tatsächlich vergessen hat, ablehnend *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Band 1, 1999, § 2 IV 2a, S. 39f., § 3 II 3, S. 79 ff.; aus historischer Sicht *Hans Peter Glöckner* in: Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 155 ff..

²⁴ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 314 ff.; die Regelung des § 280 BGB-DiskE entspricht § 280 BGB-KE, Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) S. 128 ff.

²⁵ Soergel/Wiedemann (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 409; *Dieter Medicus*, Schuldrecht I, 11. Auflage, 1999, Rn. 415.

²⁶ *Barbara Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Auflage, Vor § 459, Rn. 32; *Hans Putzo*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, 2001, Vorbemerkung vor § 459, Rn. 6.

futters genannt, das zum Tod des Pferdes des Käufers führte²⁷. Die positive Forderungsverletzung dient hier dazu, das Integritätsinteresse des Käufers wegen der bekannten Schwäche des § 831 BGB auch über einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zu schützen, um ein Verschulden von Hilfspersonen über § 278 BGB zurechnen zu können²⁸. Das Vorliegen einer entsprechenden Lücke im Gewährleistungsrecht wurde damit begründet, die Entscheidung des Gesetzes, die bloße Fahrlässigkeit des Verkäufers in § 463 BGB unberücksichtigt zu lassen, beziehe sich nur auf den Mangelschaden, nicht dagegen auf Mangelfolgeschäden. Nur im Hinblick auf den Mangelschaden enthalte das Gesetz in den §§ 459 ff. BGB hinsichtlich der möglichen Schadensersatzansprüche eine abschließende Regelung, so daß insoweit für einen Rückgriff auf die Anspruchsgrundlage der positiven Vertragsverletzung kein Raum sei²⁹. Dieser Argumentationsaufwand ist nach dem Diskussionsentwurf nicht mehr erforderlich: Ein Schadensersatzanspruch des Käufers ergibt sich danach unmittelbar aus §§ 440 I 1, 434 I 2 Nr. 2, 280 I 1 BGB-DiskE³⁰.

c) So unproblematisch das Vorliegen eines ersatzfähigen Mangelfolgeschadens bei Verletzung absoluter Rechtsgüter des Käufers bisher schon bejaht wurde, so schwierig und umstritten war die Abgrenzung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei bloßen Vermögensschäden des Käufers. Beispielhaft sei nur der Fall der Lieferung einer mangelhaften und daher nicht einsatzfähigen Baumaschine genannt. Während Rechtsprechung und herrschende Lehre den durch die Mangelhaftigkeit verursachten Betriebsausfallschaden, also etwa Nutzungsausfall während der Reparatur, Kosten einer vorübergehenden Ersatzanmietung und entgangenen Gewinn, als nicht ersatzfähigen Mangelschaden qualifizieren³¹, bejaht etwa *Barbara Grunewald* einen mit Hilfe der positiven Forderungsverletzung liquidierbaren *Mangelfolgeschaden*³². Insoweit schafft der Diskussionsentwurf eine neue Ausgangslage. So formuliert die Entwurfsbegründung zu § 440 I BGB-DiskE: „Der Entwurf übernimmt im wesentlichen die Ergebnisse der Rechtsprechung zum Schadensersatz. Neu ist die Einführung einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers auch für den eigentlichen Mangelschaden bei einem auch nur fahrlässigen Verhalten des Verkäufers. Hierin allein liegt die entscheidende Änderung gegenüber dem geltenden Recht³³.“ Die Beseitigung der bisherigen Abgrenzungs-

²⁷ RGZ 66, 289.

²⁸ *Medicus* (Fn. 25) Rn. 416.

²⁹ Siehe etwa BGHZ 77, 215 (217); *Dieter Medicus* (Fn. 25) Rn. 414; *ders.*, Schuldrecht II, 9. Auflage 1999, Rn. 72.

³⁰ Zur Verjährung siehe Diskussionsentwurf (Fn. 1) 262; der Schadensersatzanspruch soll in drei Jahren verjähren, und zwar gemäß § 200 BGB-DiskE ab Kenntnis und nicht – wie man zunächst meinen könnte – gemäß § 198 II BGB-DiskE ab Pflichtverletzung.

³¹ Siehe nur BGHZ 77, 215; *Ulrich Huber* in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 12. Auflage, 1992, Anh. § 463, Rn. 28; *Helmut Heinrichs*, in: Palandt (Fn. 26) § 276, Rn. 110.

³² *Erman/Grunewald* (Fn. 26) Vor § 459, Rn. 34.

³³ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 503 ff., 506

schwierigkeiten und Unsicherheiten sei eines der wesentlichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung³⁴.

Wer daraus freilich nunmehr erleichtert schließen sollte, daß sich das mühsame Nachdenken über eine Unterscheidung von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden in Zukunft vollständig erübrigen könnte, hat sich möglicherweise doch zu früh gefreut: Zwar ergibt sich über die Verweisung des § 440 I 1 BGB-DiskE auf § 280 BGB-DiskE zunächst ein Anspruch des Käufers auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache schuldhaft verletzt hat. § 440 I 1 BGB-DiskE verweist aber auf den § 280 BGB-DiskE insgesamt und damit auch auf § 280 II BGB-DiskE. In der Entwurfsbegründung zu § 440 I 1 BGB-DiskE finden sich dazu folgende Ausführungen: „Aus § 280 II 1 BGB-DiskE folgt, daß dieser Schadensersatzanspruch nicht den Schaden erfaßt, der im Mangel der Sache selbst liegt. Insoweit kann der Käufer Schadensersatz nur bei Vorliegen der sich aus § 282 BGB-DiskE ergebenden zusätzlichen Erfordernisse verlangen; nach § 282 I BGB-DiskE ist regelmäßig der ergebnislose Ablauf einer zuvor gesetzten Frist zur Nacherfüllung erforderlich“³⁵. Das Problem der begrifflich scharfen Erfassung des Mangelschadens im Unterschied zum Mangelfolgeschaden liegt also erneut auf dem Tisch. Diesmal geht es um die Abgrenzung des § 280 I 1 BGB-DiskE zu den §§ 282, 283 BGB-DiskE und damit um die praktisch durchaus relevante Frage, ob bei mangelhafter Leistung die dadurch entstandenen Vermögensschäden sofort ab mangelhafter Lieferung verlangt werden können oder erst unter zusätzlichen Voraussetzungen (Fristsetzung oder Mahnung).

In unserem praktischen Beispiel wäre also zu klären, ob der Käufer der Baumaschine einen Nutzungsausfallschaden, die Kosten der vorläufigen Anmietung einer Ersatzmaschine oder entgangenen Gewinn gemäß § 280 I 1 BGB-DiskE ohne weiteres, also sofort ab Lieferung der mangelhaften Maschine, verlangen könnte. Die Entwurfsbegründung zu § 440 I BGB-DiskE bejaht dies: „§ 280 II 2 BGB-DiskE entfaltet allerdings keine Wirkung, wenn der Verkäufer seine Pflicht zur mangelfreien Leistung verletzt. Eine Anwendung des § 283 ist insoweit in Satz 1 nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 I zu ersetzen“³⁶.

Zwingend ist dieses Ergebnis freilich schon unter systematischen Gesichtspunkten keineswegs: Da der Diskussionsentwurf die Mangelfreiheit der Kaufsache nunmehr in § 433 I 2 BGB-DiskE zum Inhalt der Leistungspflicht erklärt³⁷, liegt in der Lieferung einer mangelhaften Sache logisch gleichzeitig auch eine Verzögerung der geschuldeten mangelfreien Leistung. Damit wären dann die §§ 280 II 2,

³⁴ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 314 ff., 316

³⁵ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 503 ff., 506 f.

³⁶ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 503 ff., 507

³⁷ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 455 ff.; 485 ff.

283 BGB-DiskE einschlägig, mit der Folge, daß Schadensersatz erst bei Verzug verlangt werden könnte. Auch wertungsmäßig erscheint es rechtfertigungsbedürftig, daß der Verkäufer, der überhaupt nicht leistet, schadensersatzrechtlich besser steht als der Verkäufer, der eine mangelhafte Leistung erbringt. Zweifel ergeben sich aber vor allem auch daraus, daß der Käufer Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung gemäß § 437 BGB-DiskE nach § 440 II BGB-DiskE auch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 283 BGB-DiskE verlangen kann³⁸. Könnte der Käufer den Betriebsausfallschaden tatsächlich ohne weiteres über § 280 I 1 BGB-DiskE ersetzt verlangen, liefe die Spezialregelung des § 440 II BGB-DiskE leer: Der Schaden infolge verzögerter Nacherfüllung wäre in der Regel gleichzeitig schon ein Mangelfolgeschaden³⁹. Als Zwischenbilanz ist daher festzuhalten, daß die Rechtslage bezüglich der Ersatzfähigkeit der sogenannten Mangelschäden möglicherweise immer noch nicht vollständig klar ist. Entweder wurde über die erwünschten sachlichen Ergebnisse noch nicht ausreichend nachgedacht, oder aber die Frucht des Nachdenkens wurde noch nicht klar genug rechtstechnisch in die Normformulierung und -begründung umgesetzt.

d) Ein weiterer Anwendungsschwerpunkt der positiven Vertragsverletzung betrifft den Verstoß gegen Nebenpflichten. Diese Fallgruppe ist inhomogen. Es geht zunächst wiederum um den Schutz des anderen Teiles dagegen, daß anläßlich der Erbringung der Leistung Körper oder Eigentum verletzt werden⁴⁰. Beispielhaft sei nur der Fall genannt, daß zwar eine mangelfreie Kaufsache geliefert wird, der Käufer sich jedoch beim Auspacken an der unsachgemäßen Verpackung verletzt. Diese Schutzpflichten im engeren Sinne stehen dem Deliktsrecht nahe und haben vor allem deshalb im Recht der Sonderverbindungen Asyl gefunden, weil man wiederum der Exkulpationsmöglichkeiten des § 831 BGB ausweichen will⁴¹.

Zum anderen geht es aber auch um Pflichten, die die zweckgerichtete Durchführung des Schuldverhältnisses, also Vorbereitung, Herbeiführung und Sicherung des Leistungserfolges, betreffen. Es handelt sich um die leistungsbezogenen Nebenpflichten in Form von Aufklärungs-, Beratungs-, Dokumentations-, Unterlassungs- und Verschwiegenheitspflichten⁴². Beispielhaft sei nur eine Pflicht genannt, dem Käufer eine verständliche Gebrauchsanweisung zu liefern oder eine Reparaturmöglichkeit zu bieten. Die Fallgruppen können sich im Einzelfall überschneiden: Wird der Käufer einer Motorsäge über deren Handhabung nicht or-

³⁸ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 503 ff., 510

³⁹ Dies übersieht der Diskussionsentwurf (Fn. 1) 510 : „In Absatz 2 geht es nur um den Schaden infolge verzögerter Nacherfüllung; dagegen haftet der Verkäufer bereits nach § 440 I i.V.m. § 280 I auf Schadensersatz, wenn z.B. der Käufer durch die Lieferung einer mangelhaften Maschine einen Schaden wegen Produktionsausfalls in Form entgangenen Gewinns erleidet; hier bedarf es keiner Fristsetzung bzw. Mahnung“.

⁴⁰ Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 294 ff.; *Max Vollkommer*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 9. Auflage, 1999, § 276, Rn. 56; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) § 276, Rn. 117.

⁴¹ *Medicus* (Fn. 25) Rn. 416;

⁴² Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 285 ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) § 242, Rn. 27 ff.

dentlich aufgeklärt, kann das sowohl zu einer Verletzung des Käufers führen als auch zu einer Beschädigung der Maschine und daraus folgend zu Nutzungsausfall und entgangenem Gewinn etc.⁴³. Der Diskussionsentwurf ergänzt im Hinblick auf den Themenkreis der Schutz- und Nebenpflichten den § 241 BGB-DiskE um einen neuen Absatz 2: „Das Schuldverhältnis kann unter Berücksichtigung seines Inhalts und seiner Natur jeden Teil zu besonderer Rücksichtnahme auf Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils verpflichten.“ Dazu führt die Entwurfsbegründung lapidar aus, die Lehre von den Schutzpflichten habe sich allgemein durchgesetzt. Daran solle nichts geändert werden. Dieses geltende Recht solle durch die Ergänzung des § 241 BGB-DiskE auch im Gesetzeswortlaut klargestellt werden⁴⁴.

Der neue § 241 II 1 BGB-DiskE stellt freilich bei näherem Hinsehen wenig klar. Zunächst gibt schon der für die Auslegung ja wohl auch in Zukunft noch maßgebliche Wortlaut Anlaß zu kritischen Fragen: Der Begriff der Schutzpflichten, auf den sich die Begründung ausdrücklich bezieht, wird im Gesetzestext durch die Pflicht zur Rücksicht ersetzt, obwohl der Begriff der Rücksichtnahmepflichten in diesem Sachzusammenhang eher unüblich ist⁴⁵. Die Formulierung „kann“ legt bei unbefangener Betrachtungsweise den Schluß nahe, daß es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, im Regelfall also keine Schutzpflichten bestehen, obwohl derzeit – genau umgekehrt – angenommen wird, daß Schutzpflichten in so gut wie allen Sonderverbindungen bestehen, daß nur eben Inhalt und Qualität der Pflichten unterschiedlich ausgestaltet sein können⁴⁶. Insoweit begnügt sich der Entwurf mit einem pauschalen Hinweis auf „Inhalt und Natur“ des Schuldverhältnisses; jegliche Konkretisierung der denkbaren Rücksichtnahmepflichten fehlt. Die gebotene Durchdringung und Systematisierung des Rechtsstoffes ist nicht einmal ansatzweise erfolgt. Gesetzeswortlaut und angestrebter Regelungsgehalt (wenn man von einem solchen überhaupt reden kann) erschließen sich von vornherein nur mit Hilfe der Gesetzesbegründung, die aber ihrerseits einen hohen Grad an Vertrautheit mit der bisherigen Rechtsentwicklung und der in vielen Punkten keineswegs unstreitigen Diskussion voraussetzt.

Die Situation im Hinblick auf die leistungsbezogenen Nebenpflichten wird noch dadurch verkompliziert, daß – durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie veranlaßt – die sog. Ikea-Klausel des neuen § 434 II BGB-DiskE den fehlerhaften Zusammenbau der Kaufsache durch den Verkäufer sowie den fehlerhaften Zusammenbau durch den Käufer aufgrund einer fehlerhaften Zusammenbauanleitung als Sachmangel qualifiziert⁴⁷ und damit Tatbestände dem Mängelgewährleistungsrecht

⁴³ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 302ff., 303

⁴⁴ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 302ff., 304; die Regelung des § 241 II BGB-DiskE entspricht § 241 II BGB-KE, Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) 113ff.

⁴⁵ *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 9; Zur Begrifflichkeit umfassend *Peter Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 3 ff.

⁴⁶ *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 9.

⁴⁷ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 462ff., 474f.; vgl. zu Art. 2 V der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie als Grundlage des § 434 II BGB-DiskE *Dirk Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393, 2395.

– genauer: dem neuen Erfüllungsrecht – unterwirft, die man bisher wahrscheinlich eher als Nebenpflichtverletzung eingeordnet und daher mit Hilfe der positiven Vertragsverletzung bewältigt hätte⁴⁸. Dies wirft die Frage auf, ob man nicht generell Nebenpflichtverletzungen, die den Leistungserfolg verhindern, dem neuen Erfüllungsrecht unterstellen muß: Es ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum eine unzureichende Montageanleitung anderen Regeln unterworfen sein soll als eine unverständliche Gebrauchsanweisung. Möglicherweise führt die Ersetzung des alten Gewährleistungsrechts durch ein neu konzipiertes Erfüllungsrecht dazu, daß die leistungsbezogenen Nebenpflichten allmählich aufgesogen werden und damit eine generelle Neubestimmung der Grenzen zwischen Haupt- und Nebenpflichten erforderlich wird⁴⁹. Die Frage liegt um so näher, als der Begriff der Rücksichtnahmepflicht des § 241 II BGB-DiskE sprachlich die Eigenart der leistungsbezogenen Nebenpflichten ohnehin nicht adäquat erfaßt, sondern ganz deutlich auf die klassischen Schutzpflichten zugeschnitten ist.

e) Als wenig ergiebig erweist sich der Begriff der Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 II BGB-DiskE schließlich auch für die Fallgruppe der positiven Forderungsverletzung, die mit dem Stichwort Verstoß gegen die Vertragstreue gekennzeichnet wird. Sie weist insofern eine Besonderheit auf, als hier als Rechtsfolge der positiven Forderungsverletzung ein Rücktrittsrecht gegeben wird, also ein an keine weiteren Voraussetzungen gebundener Ausstieg aus der vertraglichen Bindung⁵⁰. Der wohl praktisch bedeutsamste Fall der beharrlichen Erfüllungsverweigerung schon vor Fälligkeit⁵¹ findet nunmehr – etwas versteckt – eine gesetzliche Lösung in § 323 II Nr. 1 BGB-DiskE⁵²: An sich setzt der Rücktritt wegen Pflichtverletzung im gegenseitigen Vertrag voraus, daß eine dem Schuldner zur Vertragserfüllung gesetzte Frist erfolglos abgelaufen bzw. daß der Schuldner abgemahnt worden ist (§ 323 BGB-DiskE). Einer solchen Aufforderung oder Abmahnung bedarf es jedoch nicht, wenn offensichtlich ist, daß sie keinen Erfolg

⁴⁸ Die Ikea-Klausel wirft interessante praktische Probleme auf: Man versuche einmal die folgenden Fragen mit Hilfe der §§ 437, 438 BGB-DiskE zu lösen: Wie hat man sich die Nacherfüllung 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 statt dessen Lieferung eines neuen Bausatzes mit angemessener Gebrauchsanleitung verlangen? Kann der Käufer Ersatz für den zweckverfehlten Zeitaufwand verlangen?

⁴⁹ Entsprechend fließender wird wegen der Haftung für öffentliche Werbeanzeigen möglicherweise die Abgrenzung von vertraglichen und vorvertraglichen Pflichten und damit zwischen Gewährleistung und *culpa in contrahendo*; vgl. dazu *Krebs*, DB Beilage 14/2000, 1, 17f.; siehe auch unten III 2 c.

⁵⁰ BGHZ 49, 56 (59); 116, 319 (331); BGH NJW 1969, 975; 1978, 260; BGH NJW-RR 1996, 949; Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 315 ff.; Soergel/*Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 495 ff.; Staudinger/*Löwisch* (Fn. 23) Vorbemerkung zu §§ 275 ff., Rn. 49; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 31) § 276, Rn. 124 ff.

⁵¹ BGHZ 49, 56 (59); 116, 319 (331); BGH NJW 1977, 580 (581); 1988, 251 (252); eingehend hierzu *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Band 2, 1999, §§ 51–53, S. 565 ff.

⁵² Diskussionsentwurf (Fn. 1) 386 ff., 391, 395 ff.

hätte. Auch die übrigen Fälle der Gefährdung der Vertrauensgrundlage durch schwere Unzuverlässigkeit⁵³ sind in Zukunft über § 323 II BGB-DiskE abzuwickeln. Ich erwähne nur den bekannten Spoiler-Fall, in dem der Käufer gesehen hatte, wie in der Werkstatt an dem für ihn vorgesehenen Neufahrzeug der neue gegen einen alten Spoiler ausgetauscht wurde⁵⁴. Zweifelt man hier an der offensichtlichen Erfolglosigkeit einer Abmahnung, weil der Verkäufer sich ja in Zukunft vertragsgemäß verhalten könne, greift der Auffangtatbestand des § 323 II Nr. 3 BGB-DiskE⁵⁵. Er erklärt eine Abmahnung auch dann für entbehrlich, wenn „aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist“. Die eigentliche Schwierigkeit liegt in dieser Fallgruppe ersichtlich in der Entscheidung, ob die Gefährdung der Vertrauensgrundlage überhaupt gewichtig genug ist, um eine Ausnahme vom Prinzip „pacta sunt servanda“ zu machen. Dies können nur die Gerichte unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden⁵⁶.

f) Dem Schwerpunkt des Diskussionsentwurfs entsprechend wurden die wichtigsten Aspekte einer Kodifizierung der positiven Vertragsverletzung am Beispiel des Kaufvertrags erörtert. Beim Werkvertrag war die Anwendung der positiven Vertragsverletzung bekanntlich deshalb weit problematischer, weil bereits § 635 BGB eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit vorsieht⁵⁷. Die komplizierte Konstruktion einer ergänzenden Anspruchsgrundlage diente hier – kaum noch methodisch verhüllt – der Aushebelung der kurzen Verjährung des § 638 BGB⁵⁸. Dies führte zu der äußerst unübersichtlichen und tatsächlich schwer erträglichen Differenzierung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden sowie zwischen mittelbaren, engeren und unmittelbaren, entfernteren Mangelfolgeschäden, deren Ersatz nach der Rechtsprechung über die Figur der positiven Vertragsverletzung innerhalb von 30 Jahren verlangt werden kann⁵⁹. Mit der Umstellung auf den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung, auf den die Schadensersatzregelung des § 638 BGB-DiskE verweist⁶⁰, einerseits, die Festlegung der Regelverjährung auf drei Jahre andererseits, wird diese Abgrenzungsschwierigkeit deutlich ent-

⁵³ BGH NJW 1969, 975; 1978, 260; BGH NJW-RR 1996, 949.

⁵⁴ BGH NJW 1978, 260.

⁵⁵ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 386 ff., 397

⁵⁶ Hier ist tatsächlich ausschließlich die Justiz gefragt. Zweifeln könnte man allerdings ob der bisher wohl unbestrittene *ultima-ratio*-Charakter des sofortigen Rücktrittsrechts im Diskussionsentwurf sprachlich ausreichend zum Ausdruck kommt. Insoweit wäre zu erwägen, die Ziffer 3 zur Verstärkung dieses Aspekt um ein „ausnahmsweise“ zu ergänzen.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Frank Peters*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2000, § 635, Rn. 46 ff.; *Arndt Teichmann*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4/1, 12. Auflage, 1997, § 635, Rn. 6 ff.; *Hans Hermann Seiler*, in: Erman (Fn. 26) § 635, Rn. 19 ff.; *Carl Soergel*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3. Auflage, 1997, § 635, Rn. 18 ff.; *Hartmut Sprau*, in: Palandt (Fn. 31) Vorbemerkung § 633, Rn. 22 ff.

⁵⁸ *Medicus* (Fn. 29) Rn. 375; *ders.*, Bürgerliches Recht, 18. Auflage, 1999, Rdnr. 353.

⁵⁹ BGHZ 58, 85 (91 f.); 67, 1 (5 ff.); 115, 32 (34). BGH NJW 1982, 2244 f.

⁶⁰ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 579 ff.

schärft. Problematisch bleibt die fünfjährige Verjährung von Ansprüchen aus Baumängeln, die § 196 BGB-DiskE ausdrücklich bestätigt⁶¹. Im übrigen stellen sich die für den Kaufvertrag dargestellten Probleme entsprechend auch für den Werkvertrag.

g) Bisher wenig diskutiert werden die Auswirkungen des Systemwechsels auf andere Verträge außerhalb des Kauf- und Werkvertragsrechts. Bei denjenigen Vertragstypen, bei denen mangels gesetzlicher Gewährleistungsregelungen die vom Schuldner zu vertretende Schlechtleistung bisher über die positive Vertragsverletzung bewältigt wurde – Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag⁶² –, bietet § 280 I BGB-DiskE nunmehr eine ausdrückliche, gesetzliche Anspruchsgrundlage, mehr allerdings auch nicht. Eventuelle Konsequenzen für das Arbeitsrecht werden in der Entwurfsbegründung nicht erörtert und sind daher wohl sachlich auch nicht beabsichtigt. Im Hinblick auf den Mietvertrag ist anzumerken, daß die große Umstellung von einem System des Gewährleistungsrechts auf das Konzept eines Erfüllungsrechts insoweit unterblieben ist und infolgedessen auch eine den §§ 440, 638 BGB-DiskE entsprechende Verweisung auf § 280 I BGB-DiskE fehlt. Es bleibt also – möglicherweise nunmehr systemwidrig – bei der harten, verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung des § 538 BGB für anfängliche Mängel der Mietsache⁶³.

2. Kodifikation als Blankettermächtigung (*culpa in contrahendo*)

a) „Die Haftung für *culpa in contrahendo* scheint einigermaßen ausdiskutiert zu sein“, formuliert *Larenz* im Jahr 1975⁶⁴. Die Realität des Jahres 2000 stellt sich bekanntlich anders dar: Man sieht sich mit einer kaum überschaubaren Flut von Urteilen und Veröffentlichungen konfrontiert, darunter zwei zentrale BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 1998⁶⁵ und zwei ausgreifende Monographien aus dem Jahr 1997⁶⁶. Infolgedessen ist wohl unstrittig, daß es heute mehr denn je an einer ausreichend klaren und rechtssicheren Abgrenzung fehlt, und zwar nicht nur im

⁶¹ Siehe bereits *Arno Lang*, Diskussionsbeitrag, Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 223 ff.; siehe zu diesem Problem gleich noch unten IV.

⁶² Dazu *Soergel/Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 441 ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) § 276, Rn. 109.

⁶³ Hierzu *Rudi Voelskow*, in: Münchener Kommentar (Fn. 57) Band 3, § 538 Rn. 4 f.; *Medicus* (Fn. 29) Rn. 197.

⁶⁴ *Karl Larenz*, Bemerkungen zur Haftung für „*culpa in contrahendo*“ in: Werner Flume, Peter Raisch, ErnstSteindorff (Hg.), Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt, 1975, S. 397 ff.

⁶⁵ BGH NJW 1998, 302 = LM § 249 (A) BGB Nr. 113 mit Anmerkung *Dieter Medicus*, BGH NJW 1998, 898 ff.; dazu *Manfred Lieb*, *Culpa in contrahendo* und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, in: Volker Beuthien u. a. (Hg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 337 ff.; *Stephan Lorenz*, Vertragsaufhebung wegen *culpa in contrahendo*: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, 1053 ff..

⁶⁶ *Hans Christoph Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997; *Stephan Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997.

Hinblick auf Detailprobleme, sondern zum Teil auch in den sachlichen Grundfragen⁶⁷. Dennoch beschränkt sich die Regelung des Diskussionsentwurfs in § 305 I 2 BGB-DiskE⁶⁸ auf einen einzigen Satz: „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II BGB-DiskE kann bereits durch Anbahnung eines Vertrages entstehen.“ Die Entwurfsbegründung erklärt die Knappheit der Regelung damit, daß das Institut der *culpa in contrahendo* nach den bisherigen Erkenntnissen in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht in allen Einzelheiten geregelt werden könne. Die vorgeschlagene Regelung enthalte daher nur eine grundsätzliche Aussage zur *culpa in contrahendo*. Diese Zurückhaltung erkläre sich daraus, daß keine Regelung vorgesehen werden sollte, die hinter den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zurückbleibe. Eine Abweichung von der bisherigen Rechtslage solle vermieden werden. Auch eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Vorschrift durch Fallgruppen solle nicht erfolgen, da sie zu einer unerwünschten Festschreibung einzelner Haftungstatbestände führen könne⁶⁹.

Diese Argumentation kann vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Ansprüche des Diskussionsentwurfs an sich selbst nur verblüffen. Der vorgeschlagenen Regelung läßt sich gerade keinerlei Aussage über die geltende oder zukünftige Rechtslage entnehmen, es sei denn man ließe dafür – reichlich zynisch – den Hinweis darauf ausreichen, die Rechtslage sei eben unklar und im Fluß. Ein Fortschritt an Verständlichkeit, Transparenz oder Rechtssicherheit wird nicht erzielt. Die sogenannte Kodifikation beschränkt sich auf einen inhalts- und rechtsfolgenblinden Formalverweis auf Rechtsprechung und Lehre und bietet damit lediglich eine Blankettermächtigung zu weiterer Rechtsfortbildung⁷⁰. Selbst das wohl nicht ganz ernst gemeinte Praktikerargument, nun wisse man doch endlich, wo man im Palandt suchen müsse, geht am Kern vorbei. Der mit dem Zivilrecht halbwegs Vertraute hat die *culpa in contrahendo* in den Kommentaren auch bisher schon gefunden, der Unkundige wird schon angesichts des Fehlens einer passenden Überschrift auch in Zukunft Schwierigkeiten haben. Im übrigen bietet § 305 I 2 BGB-DiskE nicht einmal Studenten und Repetitoren die offensichtlich heißersehnte, schulmäßige Anspruchsgrundlage: „Die Rechtsfolgen eines Anspruchs aus *culpa in contrahendo* ergeben sich aus § 280 I BGB-DiskE“⁷¹. Mit dieser Verweisung bleibt freilich die grundsätzliche Begrenzung des Anspruchs auf das negative

⁶⁷ Siehe die Überblicke bei Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 48 ff.; *Soergel/Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 101 ff.; *Staudinger/Löwisch* (Fn. 23) Vorbemerkung zu §§ 275 ff., Rn. 52 ff.; ferner *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu einer „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 274, 304 ff.; *Picker*, AcP 183 (1983) 369 ff.; aus historischer Sicht *Tomasz Giaro*, *Culpa in contrahendo*: eine Geschichte der Wiederentdeckungen, in: *Falk/Mohnhaupt* (Hg.) (Fn. 23) 113 ff.

⁶⁸ Die Regelung des § 305 I 2 BGB-DiskE entspricht § 305 II BGB-KE, Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) 142 ff.; sehr viel differenzierter noch die Vorschläge bei *Medicus* (Fn. 2) 547 ff.

⁶⁹ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 340 ff., insbes. 343 f.

⁷⁰ Vgl. schon *Rudolf Westerhoff*, Diskussionsbeitrag, Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 176, K 177.

⁷¹ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 344

Interesse und damit auf den Vertrauensschaden⁷² auf der Strecke. Sie muß von der Rechtsprechung gegebenenfalls in den §§ 280 I BGB-DiskE wieder hineininterpretiert werden, eine Aufgabe, die sie schon angesichts der Wahlmöglichkeit des § 325 I BGB-DiskE zwischen Schadensersatz wegen Nichtausführung des Vertrags und Ersatz des Vertrauensschadens⁷³ vor interessante Herausforderungen stellen wird.

b) Versucht man die wichtigsten Fallgruppen der *culpa in contrahendo* konkret unter die Regelung des § 305 I 2 BGB-DiskE zu subsumieren, so ergibt sich ein durchaus differenziertes Bild: Keine größeren Schwierigkeiten bereiten die Fälle der Körper- und Eigentumsschäden, also der Verletzung des Integritätsinteresses, in denen die *culpa in contrahendo* ebenso wie die positive Vertragsverletzung instrumentalisiert wird, um die als unbillig empfundenen Härten des Deliktsrechts auszugleichen⁷⁴. Hier paßt infolgedessen auch die normative Verknüpfung und Gleichschaltung von § 305 I 2 BGB-DiskE mit § 241 II BGB-DiskE und damit von *culpa in contrahendo* und positiver Forderungsverletzung, mögen sie inzwischen auch ihre uns vertrauten Namen verloren haben. Insoweit hat freilich der legislative Handlungsbedarf wegen der intensiven richterrechtlichen Weiterentwicklung der Verkehrssicherungspflichten ohnehin deutlich abgenommen. Für den berühmten Linoleumrollen-Fall⁷⁵ ließe sich heute in Anknüpfung an die bekannte Disco-Schnee-Entscheidung⁷⁶ ohne weiteres auch über das Deliktsrecht eine angemessene Lösung finden. Infolgedessen erscheint es möglicherweise voreilig, die *culpa in contrahendo* ausgerechnet in der zentralen Norm für rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse anzusiedeln.

Ganz anders ist die Ausgangssituation bei der Fallgruppe der abgebrochenen Vertragsverhandlungen⁷⁷: Die pauschale Absegnung der vorhandenen Rechtsprechungsansätze⁷⁸ ist schon deshalb sehr zweifelhaft, weil es gute, insbesondere auch von *Medicus*⁷⁹ formulierte Argumente gibt, die Parteien auf die Wertung des § 154 einerseits, die Möglichkeit einer vorvertraglichen Bindung durch Vorvertrag oder *letter of intent*⁸⁰ zu verweisen, also ganz grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* zu geben. Im übrigen kann der haftungs begründ-

⁷² Palandt/*Heinrichs* (Fn. 31) § 276, Rn. 100.

⁷³ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 403 ff.

⁷⁴ Soergel/*Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 108; *Medicus* (Fn. 25) Rn. 104.

⁷⁵ RGZ 78, 239; vgl. auch den „Gemüseblattfall“, BGHZ 66, 51.

⁷⁶ BGH NJW 1987, 2671; auf die infolge der Entwicklung der Verkehrssicherungspflichten insoweit geringere Bedeutung der *culpa in contrahendo* weist auch *Medicus* (Fn. 58) Rn. 199 hin.

⁷⁷ Hierzu Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 158 ff.; Soergel/*Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 130 ff.; Staudinger/*Löwisch* (Fn. 23) Vorbemerkung zu §§ 275 ff., Rn. 66 ff.

⁷⁸ Vgl. etwa BGH ZIP 1989, 514 (515); BGH NJW 1967, 2199; BGH WM 1967, 798 (799); 1974, 508 (509).

⁷⁹ *Medicus* (Fn. 25) Rn. 106 f.

⁸⁰ Grundlegend *Marcus Lutter*, Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 3. Auflage, 1998.

dende Vorwurf in diesen Fällen nur darin liegen, daß ein Teil dem anderen falsche Hoffnungen auf den Vertragsschluß gemacht, also vorwerfbar Vertrauen erweckt hat⁸¹. Dies läßt sich bei unbefangener Betrachtungsweise nur sehr mühsam als Verstoß gegen eine Rücksichtnahmepflicht subsumieren. Es ist übrigens bemerkenswert, daß an eine Kodifizierung der inzwischen sehr gefestigten Vertrauenshaftung⁸² niemals gedacht worden ist, obwohl dieses Rechtsinstitut für das geltende Zivilrecht dogmatisch und praktisch weit bedeutsamer ist als etwa der Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Noch mehr Schwierigkeiten macht der Wortlaut des § 305 II 1 BGB-DiskE in den wichtigen Fällen der Sachwalter- oder Vertreterhaftung⁸³, die nach der Entwurfsbegründung ohne weiteres abgedeckt sein sollen⁸⁴. Nach allgemeinen Grundsätzen des Vertretungsrechts trifft die Haftung aus *culpa in contrahendo* grundsätzlich denjenigen, der Vertragspartner werden soll, also den Vertretenen. Vertreter oder sonstige Verhandlungshelfen, für deren Verschulden der Geschäftsherr möglicherweise gemäß § 278 BGB einzustehen hat, haften mangels eigener vertraglicher Sonderbeziehung nur aus Delikt. Damit können die Pflichten, die „durch Anbahnung des Vertrags“ entstehen, zunächst einmal nur den künftigen Vertragspartner treffen. Andersfalls müßte etwa der Geschäftsführer einer GmbH befürchten, im Hinblick auf Ansprüche aus *culpa in contrahendo* grundsätzlich persönlich in Anspruch genommen zu werden, ein Ergebnis, das der BGH sogar für die Ein-Mann-GmbH abgelehnt hat⁸⁵. Die Brücke zur Haftung des Vertreters oder Verhandlungshelfen kann wieder nur der Gesichtspunkt der vorwerfbar Enttäuschung von Vertrauen bilden⁸⁶, der aber in § 305 I 2 BGB-DiskE in keiner Weise anklingt und auch mit dem Tatbestand der Pflicht zur Rücksichtnahme nur äußerst schwierig in Einklang zu bringen ist.

c) Besonderer Erwähnung bedarf schließlich der aktuelle und schwierige Problemkreis der Herbeiführung eines nicht erwartungsgerechten Vertrags. Es geht um die Fälle, in denen es zwar zum Vertragsschluß gekommen ist, der Vertrag jedoch nicht den berechtigten Vorstellungen und Erwartungen eines Vertragspartners entspricht⁸⁷. Die haftungsbegründende Pflichtverletzung liegt hier entweder in fahrlässig falschen Angaben oder in vorwerfbar unterlassener Aufklärung über

⁸¹ *Medicus* (Fn. 25) Rn. 107.

⁸² Grundlegend *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; vgl. auch *ders.*, Handelsrecht, 23. Auflage, 2000, § 6, S. 85 ff.; ferner *Ernst Kramer*, in: Münchener Kommentar (Fn. 23) Band 2, Einleitung, Rn. 82 ff.

⁸³ Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 172 ff.; *Soergel/Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 218 ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) § 276, Rn. 92 ff.

⁸⁴ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 340 ff., 343

⁸⁵ BGHZ 126, 181; dazu statt vieler *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 21) § 43, Rn. 35 ff.

⁸⁶ *Medicus* (Fn. 25) Rn. 110 f.

⁸⁷ Grundlegend *Medicus*, JuS 1965, 209; siehe ferner Münchener Kommentar/*Emmerich* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 94 ff.; *Soergel/Wiedemann* (Fn. 23) Vor § 275, Rn. 153 ff.; *Staudinger/Löwisch* (Fn. 23) Vorbemerkung zu §§ 275 ff., Rn. 78 ff.; aus neuerer Zeit vgl. BGH NJW 1998, 302; 1998, 898; *Grigoleit* (Fn. 66); *Lorenz* (Fn. 66); zusammenfassend *Lieb* (Fn. 65) 337.

Umstände, die für den Vertragsentschluß des Geschäftspartners erkennbar von Bedeutung waren. Das zentrale Problem ist die Eingrenzung des Umfangs der vorvertraglichen Pflicht, die Vermögensinteressen des *anderen* Teils wahrzunehmen. Wiederum bietet der Begriff der Pflicht zur Rücksichtnahme des § 241 II BGB-DiskE ebensowenig Hilfestellung wie die Entwurfsbegründung.

Ebenfalls keinen Fortschritt bringt der Diskussionsentwurf auf der Rechtsfolgenseite im Hinblick auf die hochumstrittene Frage, ob der Schadensersatzanspruch nur auf Geld gerichtet sein kann, oder gemäß § 249 S. 1 BGB auf Herstellung des Zustandes, der ohne die Pflichtverletzung bestünde, also auf Auflösung des Vertrags, also um den Streit, ob man die *culpa in contrahendo* vom Vermögensschutz ablösen und die Entscheidungsfreiheit als solche zum Schutzgut erheben kann⁸⁸. Das neue Rücktrittsrecht des § 323 BGB-DiskE paßt schon deshalb nicht ohne weiteres, weil es nach seinem Wortlaut nur die Fälle der Verletzung einer Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag erfaßt und nicht Pflichtverstöße bei Anbahnung, also vor Abschluß eines solchen Vertrags. Die grundsätzliche Voraussetzung einer Aufforderung oder Abmahnung greift ebenfalls nicht, so daß man deutliche Schwierigkeiten überwinden muß, um zu der weichen Abwägungsregel des § 323 II Nr. 3 BGB-DiskE zu gelangen. Andererseits erscheint es kaum vertretbar, nach ausführlicher Neuregelung eines umfassend gedachten Rücktrittsrechts nun gleich wieder als Nebenfluchtweg aus dem Vertrag die zweifelhafte Konstruktion einer Vertragsauflösung kraft Naturalrestitution zu eröffnen⁸⁹. Möglicherweise verliert diese Fragestellung aber auch an Bedeutung, weil sich die Fälle des lästigen Vertrags aus dem Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo* in das neue Erfüllungsrecht verlagern. So will etwa die Entwurfsbegründung⁹⁰ den praktisch wichtigsten Fall des Unternehmenskaufs⁹¹ künftig ausschließlich nach den §§ 434 ff. BGB-DiskE beurteilt wissen. Zwar habe der Bundesgerichtshof die Haftung des Verkäufers, der unzutreffende Angaben über Umsatz oder Ertrag des verkauften Unternehmens gemacht habe, nicht nach den Vorschriften über die Sachmängelhaftung, sondern nach den Regeln über das Verschulden bei Vertrags-

⁸⁸ So Lorenz (Fn. 66) 388 ff., i.V.m. 69 ff.; sehr kritisch dagegen Lieb (Fn. 66) 337, 344; vgl. zur Notwendigkeit eines Vermögensschadens auch schon Medicus (Fn. 2) 479, 519 ff., 538 und Huber (Fn. 2) 647, 743; siehe aber auch die überraschende Wendung von Canaris, AcP 200 (2000) 273, 314.

⁸⁹ Vgl. schon Huber (Fn. 2) 734.

⁹⁰ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 529 f.

⁹¹ Vgl. zur Gewährleistung beim Unternehmenskauf Manfred Lieb, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 1996, Anhang § 25; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, § 6 II 3, S. 148 ff.; Manfred Lieb, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr, Harm Peter Westermann (Hg.), Festschrift für Joachim Gernhuber, 1993, S. 259 ff.; Peter Hommelhoff, Martin Schwab, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, systematische Folgerichtigkeit contra interessengerechte Ergebnisse, in: Carsten P. Clausen, Oswald Hahn, Willy Kraus (Hg.), Umbruch und Wandel, Festschrift für Carl Zimmerer, 1997, S. 267 ff.; Gerd Müller, Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung oder culpa in contrahendo?, ZIP 1993, 1045 ff.; Daniel Zimmer, Der Anwendungsbereich des Sachmängelgewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung, NJW 1997, 2345 ff..

anbahnung beurteilt. Die Gründe, die ihn dazu veranlaßt haben, sind „aber nach den Vorschriften des Entwurfs weithin entfallen, da diese dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewähren, ihm ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann, die Berechnung der Minderung erleichtert und auch eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage bereitgestellt wird“. Man darf gespannt sein, ob die Rechtsprechung dieser Linie, einer der wenigen klaren Aussagen der Entwurfsbegründung zum Richterrecht, im Hinblick auf die *culpa in contrahendo*, folgen wird⁹². Ein weiterer Bedeutungszuwachs des Gewährleistungsrechts (Erfüllungsrechts) zu Lasten der *culpa in contrahendo* könnte sich aus der Anordnung einer Haftung für öffentliche Werbeaussagen in § 434 I 3 BGB-DiskE ergeben⁹³.

3. Kodifikation durch Lehrbuchzitat (Wegfall der Geschäftsgrundlage)

Ich komme – aus Zeitgründen nur knapp – zu einem dritten Problemschwerpunkt, den ich mit dem Stichwort „Kodifikation als Lehrbuchzitat“ kennzeichnen möchte. Es geht dabei vor allem um den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 307 BGB-DiskE⁹⁴. So wenig man einerseits die Existenz und Existenzberechtigung dieses Rechtsinstitutes im Grundsatz anzweifeln wird, so wenig Einigkeit besteht andererseits über Begriff, Inhalt und dogmatische Einordnung. Zu unterschiedlich sind die in diesem Zusammenhang diskutierten Problembereiche⁹⁵. Die noch am ehesten konsensfähige, aber eher seltene Äquivalenzstörung⁹⁶ steht neben dem deutlich komplexeren Wegfall des Schuldnerinteresses durch Leistungser schwerung⁹⁷ und dem praktisch wohl häufigsten, aber auch heikelsten Wegfall des Gläubigerinteresses wegen Zweckstörung (Zweckvereitelung, Zweckfortfall)⁹⁸

⁹² Diskussionsentwurf (Fn. 1) 530

⁹³ Vgl. *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 17f.

⁹⁴ In diesen Zusammenhang gehört auch § 308 BGB-DiskE – Kündigung von Dauerschuldverhältnissen; siehe dazu Diskussionsentwurf (Fn. 1) 360ff.; § 308 BGB-DiskE entspricht § 307 BGB-KE, Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) S. 152ff.; siehe auch das vorbereitende Gutachten von *Horn* (Fn. 2) 551, insbes. 639f.; kritisch zu den Einzelheiten des § 308 BGB-DiskE *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 14.

⁹⁵ Hierzu *Olaf Werner*, in: *Erman* (Fn. 26) § 242, Rdnr. 166; *Günter H. Roth*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 3. Auflage, 1994, § 242, Rn. 496ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) § 242, Rdnr. 112ff.; *Arndt Teichmann*, in: *Soergel* (Fn. 23) § 242, Rn. 199ff.; *Jürgen Schmidt*, in: *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 241–243, 13. Auflage, § 242, Rn. 942ff.; *Medicus* (Fn. 58) Rn. 101 ff.; *Huber* (Fn. 23) § 2 IV 3b, S. 41, § 24 II 2, S. 588ff.; *Aristide Chiotellis*, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, 1981; *Helmut Köhler*, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: *Claus-Wilhelm Canaris u. a.* (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, 2000, S. 295 ff.

⁹⁶ BGHZ 77, 194; 90, 227; 91, 32; 96, 371; 97, 172; *Erman/Werner* (Fn. 95) § 242, Rn. 176.

⁹⁷ BGH BB 1956, 234; BGH NJW 1994, 515; *Staudinger/Schmidt* (Fn. 95) Rn. 1191 ff.

⁹⁸ BGH NJW 1975, 776; 1984, 1796; BGH LM § 242 (Bb) Nr. 12, 54; OLG Karlsruhe NJW 1992, 3177; *Münchener Kommentar/Roth* (Fn. 95) § 242, Rn. 656 ff.

sowie dem beiderseitigen Motivirrtum⁹⁹. Wie schwierig die Abgrenzung eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu Vertragsauslegung und Gewährleistungsrecht ist, zeigen etwa die äußerst kontrovers diskutierte Vorschläge, die den Wegfall der Geschäftsgrundlage für die Probleme des Leasing¹⁰⁰ und des Unternehmenskaufs¹⁰¹ fruchtbar zu machen. Entsprechend inhomogen ist bei näherer Analyse die Rechtsprechung. Allerdings läßt sich den verschiedenen Entscheidungen im Kern der eindeutige Standpunkt entnehmen, daß es sich um einen extraordinären Rechtsbehelf handelt: „Eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage kann nur dann in Betracht kommen, wenn dies zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht vereinbarer und damit der betroffenen Vertragspartei nicht zumutbarer Folgen unabweislich erscheint“¹⁰².

Ob der § 307 BGB-DiskE¹⁰³ diesem Ausnahmecharakter gerecht wird, erscheint sehr zweifelhaft¹⁰⁴. Die Entwurfsbegründung postuliert zwar, daß die strengen Anforderungen, die bisher an einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gestellt werden, unverändert aufrechterhalten werden¹⁰⁵. Schon die Länge der Vorschrift und die lehrbuchhafte Ausführlichkeit der Entwurfsbegründung geben jedoch ein anderes Bild. Eine weitere Aufwertung erfährt die Rechtsfigur durch die systematische Verlagerung aus dem Anwendungsbereich des § 242 BGB in den Regelungskomplex betreffend die vertraglichen Schuldverhältnisse. Auf Treu und Glauben greift der noch traditionell geschulte Jurist nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen zurück, im Regelungsbereich der §§ 305 ff. BGB vermutet er Spezialregelungen für die Alltagsprobleme der Vertragsabwicklung. Dementsprechend gibt die Entwurfsbegründung dem § 307 BGB-DiskE ja auch Vorrang vor § 275 BGB-DiskE¹⁰⁶. Besonders problematisch ist aber schließlich, daß die ganz unterschiedlichen Fallgruppen, die laut Entwurfsbegründung alle abgedeckt werden sollen¹⁰⁷, in eine einheitliche und damit notwendig abstrakte und dehnbare

⁹⁹ BGHZ 25, 390; BGH NJW 1972, 152; 1976, 565; 1990, 567; 1993, 1641; 1996, 1479; Palandt/Heinrichs (Fn. 31) § 242, Rn. 149; anderer Auffassung *Medicus* (Fn. 58) Rn. 162, der beim beiderseitigen Motivirrtum § 119 II BGB anwenden will.

¹⁰⁰ *Claus-Wilhelm Canaris*, Finanzierungsleasing und Wandlung, NJW 1982, 305 ff.; kritisch dazu *Manfred Lieb*, Gewährleistung beim reinen Finanzierungsleasing, DB 1988, 2495, 2496; daraufhin sehr viel zurückhaltender *Claus-Wilhelm Canaris*, Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing, AcP 190 (1990) 411, 417.

¹⁰¹ *Claus-Wilhelm Canaris*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395, 402 ff.; *ders.* Handelsrecht § 8, Rn. 33 ff., S. 186 f.; kritisch dazu Münchener Kommentar HGB/*Lieb* (Fn. 91) Anhang § 25, Rn. 69 ff.

¹⁰² BGHZ 84, 1 (9); BGH NJW 1958, 1772 f.; 1962, 29 (30); 1976, 565 (566); 1984, 1746 (1747); 1991, 1478 (1479); zum Ausnahmecharakter des Wegfalls der Geschäftsgrundlage siehe auch *Erman/Werner* (Fn. 95) § 242, Rn. 173.

¹⁰³ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 352 ff.; § 307 BGB-DiskE entspricht § 306 BGB-KE, Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht (Fn. 2) 146 ff.; sehr viel zurückhaltender noch das vorbereitende Gutachten von *Horn* (Fn. 2) 551, insbes. 636 ff.

¹⁰⁴ Ebenso *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 13 f.

¹⁰⁵ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 356, 358

¹⁰⁶ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 359; kritisch dazu bereits *Wolfgang Ernst*, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801 ff.

¹⁰⁷ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 358 f.

Formulierung gepreßt werden. Eine Fallgruppenbildung könnte „zum Verständnis des Rechtsinstituts der Geschäftsgrundlage und für die Rechtsanwendung kaum zusätzliche Verbesserungen bringen“¹⁰⁸. Der Entwurf will ohnehin nur das schon Anerkannte wiedergeben¹⁰⁹. Was dies im einzelnen sein soll, wird jedoch wiederum nicht ausgelotet und auf seinen Regelungscharakter abgeklopft. Auch insoweit wird der Rechtsprechung (und der Wissenschaft) eine Blankettermächtigung erteilt. Die Gefahr, daß die neue Norm insbesondere im heiklen Bereich der subjektiven Geschäftsgrundlage gegenüber anderen Instituten und zu Lasten des Grundsatzes *pacta sunt servanda* Karriere macht, ist nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere liegt es nahe, daß zunehmend bloße Motive als Geschäftsgrundlage verstanden werden¹¹⁰. Daher sollte man auf eine Regelung ganz verzichten oder sie jedenfalls auf die klassischen Fälle der Äquivalenzstörung beschränken¹¹¹. Die übrigen, praktisch sehr seltenen Konstellationen ließen sich ohne weiteres nach wie vor über § 242 BGB angemessen bewältigen. Die Nichtregelung würde den Ausnahmecharakter bestätigen, auf die Rechtsprechung einen heilsamen Begründungszwang ausüben und damit unnötige Prozesse vermeiden.

IV. Das Problem der Teilkodifikation

Ein Gesetzgeber, der ein komplexes Reformhaben maßgeblich damit legitimiert, die Schere zwischen Gesetzesrecht und praktiziertem Recht müsse geschlossen werden, muß sich den Hinweis auf die richterrechtlichen Schwerpunkte gefallen lassen, die *nicht* aufgegriffen, kodifiziert und legitimiert werden sollen. Damit ist das schwierige Problem des Verhältnisses von Teilkodifikation und Richterrecht angesprochen. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, daß man die gesetzlichen Schuldverhältnisse von vornherein ausgeblendet hat, obwohl gerade im Deliktsrecht und Bereicherungsrecht eine so intensive richterrechtliche Weiterentwicklung der gesetzlichen Regelungssysteme erfolgt ist, daß hier das geltende Recht in der Tat nicht mehr aus den betreffenden Normen, sondern nur noch aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem sie systematisierenden und erläuternden Schrifttum entnommen werden kann. Der enge sachliche Zusammenhang zwischen positiver Forderungsverletzung, *culpa in contrahendo* und dem deliktischen Rechtsgüterschutz, die Notwendigkeit einer Abgleichung der Rücktrittfolgen gemäß §§ 346ff. BGB-DiskE mit § 818 III BGB ist vom Diskussionsentwurf nicht ausreichend berücksichtigt worden. Es liegt aber auf der Hand, daß man auf diesen Hinweis bestenfalls ein bedauerndes Achselzucken erwarten kann. Eine Erweiterung des Regelungsprogramms wäre derzeit unter keinem denkbaren

¹⁰⁸ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 359

¹⁰⁹ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 356.

¹¹⁰ Ebenso *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 13 f.

¹¹¹ Ebenso *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 13 f.; bei der Neuformulierung sollte man sich von den sehr viel eleganteren Formulierungen bei *Köhler* (Fn. 95) 295 ff. inspirieren lassen.

Gesichtspunkt zu verkraften. Dennoch ist schon an dieser Stelle bedauernd festzuhalten, daß die Reformplanung entweder viel zu weit oder aber noch gar nicht weit genug geht¹¹².

Schon stärker ins Gewicht fällt – immer im Hinblick auf den eigenen Anspruch des Diskussionsentwurfs – das Fehlen jeglicher Glättungen im Schadensersatzrecht¹¹³, einem Kernbereich des Allgemeinen Schuldrechts. Auch insoweit bildet das Gesetz die Praxis nur noch unvollkommen ab; ich nenne nur die Stichworte normativer Schadensbegriff¹¹⁴ und Ausdehnung des Ersatzes immaterieller Schäden¹¹⁵. Unmittelbar in das vorgegebene Regelungsprogramm fällt schließlich die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹¹⁶. Sie soll nach einer Andeutung der Entwurfsbegründung¹¹⁷ durch den neuen § 241 II 2 BGB-DiskE geregelt sein: „Hierauf kann sich das Schuldverhältnis beschränken.“ Das „hierauf“ bezieht sich auf die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils im Sinne von § 241 II BGB-DiskE. Mit dieser Deutung wird freilich der Boden traditioneller Auslegungsmethoden endgültig verlassen. Die Formulierung erinnert vage an die Diskussion, ob und inwieweit Gefälligkeitsverhältnisse immerhin bestimmte Schutzpflichten erzeugen können¹¹⁸. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter betrifft die ganz anders gelagerte Frage, inwieweit der Schutzbereich eines Vertrages auf nicht am Vertrag beteiligte Personen ausstrahlen kann. Insoweit wird bekanntlich über den Stellenwert des klassischen Wohl- und Wehe-Erfordernisses gestritten, das ganz auf die Probleme des Mietvertrags zugeschnitten ist¹¹⁹. Praktisch geht es um die Frage, ob Dritte in ihrem Vertrauen auf eine berufliche, sachverständige Auskunft sogar dann geschützt werden können, wenn ihre Interessen denen des Gläubigers gegenläufig sind¹²⁰. Der Diskussionsentwurf wird der Rechtsprechung auch insoweit keine Hilfestellung leisten. Es liegt infolgedessen nahe, daß sie diese Rechtsfigur

¹¹² Vgl. zu diesem Dilemma bereits *Harm Peter Westermann*, Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages (Fn. 2) K 159 ff., 160.

¹¹³ Vgl. zum Entwurf eines zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes *Gerda Müller*, Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, ZRP 1998, 258 ff.; *Christian Huber*, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20.

¹¹⁴ Vgl. hierzu nur *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) Vorbemerkung vor § 249, Rn. 13.

¹¹⁵ Vgl. das Herrenreiter-Urteil, BGHZ 26, 349; *de facto* ist § 253 BGB doch wohl insoweit derogiert.

¹¹⁶ Hierzu *Peter Gottwald*, in: Münchener Kommentar (Fn. 23) § 328, Rn. 78 ff.; *Walther Hadding*, in: Soergel (Fn. 23) Anhang § 328; *Medicus* (Fn. 25) Rn. 772 ff.; *ders.* (Fn. 58) Rn. 839 ff.

¹¹⁷ Diskussionsentwurf (Fn. 1) 302 ff., 305

¹¹⁸ Zusammenfassend Münchener Kommentar/*Kramer* (Fn. 82) Einleitung, Rn. 32 a ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 31) Einleitung vor § 241, Rn. 8.

¹¹⁹ Vgl. BGHZ 51, 91 (95 f.); BGH JZ 1985, 951; 1995, 306; 1998, 624; zusammenfassend *Medicus* (Fn. 58) Rn. 845 f.

¹²⁰ Hierzu BGH JZ 1995, 306 mit Anmerkung *Dieter Medicus*; JZ 1998, 624; *Harm Peter Westermann*, in: Erman (Fn. 26) § 328, Rn. 13; *Medicus* (Fn. 58) Rn. 845 a; *Claus-Wilhelm Canaris*, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen, JZ 1995, 441 ff..

ohne Anknüpfung an das Gesetz – etwa unter Rückgriff auf das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung¹²¹ – weiter entwickelt.

Überhaupt nicht angesprochen wird das von der Rechtsprechung entwickelte, in seiner Brisanz für das gesamte Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht noch weit unterschätzte Institut der Wissenszurechnung, wohl deshalb, weil sich die Konturen erst in den letzten zehn Jahren, also nach Fertigstellung des Abschlußberichts der Schuldrechtskommission, gefestigt haben¹²². In einer Reihe von Urteilen hat der Bundesgerichtshof kühn eine allgemeine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Information und Kommunikation entwickelt, die er aus dem Gedanken des Verkehrsschutzes ableitet¹²³. Die Hauptfunktion dieser Konstruktion liegt darin, mit Hilfe einer Neutralisierung der Arglist die kurzen Verjährungsfristen der §§ 477 und 638 BGB auszuhebeln¹²⁴. So stellt etwa der Baurechtssenat in seiner Entscheidung vom Februar 1992 fest, der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstelle, müsse die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Bauwerk bei der Ablieferung mangelfrei sei. Unterlasse er dies, so verjährten Gewährleistungsansprüche des Bestellers – wie bei arglistigem Verschweigen eines Mangels – erst nach 30 Jahren, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre¹²⁵. Der

¹²¹ Vgl. dazu *Medicus* (Fn. 25) Rn. 776 ff.

¹²² Grundlegend *Dieter Medicus*, Probleme der Wissenszurechnung, in: Karlsruher Forum 1994, Beilage zu VersR, 4; *Jochen Taupitz*, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, in: Karlsruher Forum 1994, Beilage zu VersR, 16; ferner *Holger Altmeyden*, Verbandshaftung kraft Wissenszurechnung am Beispiel des Unternehmenskaufs, BB 1999, 749 ff.; *Volker Beuthien*, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in: Volker Beuthien u. a. (Hg.), Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 1, 11 ff.; *ders.*, Zur Wissenszurechnung nach § 166 BGB, NJW 1999, 3585 ff.; *Barbara Dauner-Lieb*, Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht – Ethische Neutralisierung der Arglist?, in: Günther Hönn, Horst Konzen, Peter Kreuz (Hg.), Festschrift für Alfons Kraft, 1999, S. 43 ff.; *Josef Drexler*, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161 (1997) 491 ff.; *Werner Flume*, Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, AcP 197 (1997) 441 ff.; *Barbara Grunewald*, Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in: Heinrich Beise, Marcus Lutter, Heribald Nährger, Festschrift für Karl Beusch, 1993, S. 301 ff.; *Horst Hagen*, Wissenszurechnung bei Körperschaften und Personengesellschaften als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, DRiZ 1997, 157 ff.; *Ingo Koller*, Wissenszurechnung, Kosten und Risiko, JZ 1998, 75 ff.; *Thomas Raiser*, Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen, in: Harm Peter Westermann, Klaus Mock (Hg.), Festschrift für Gerold Bezzenberger, 2000, S. 561 ff.; *Marcus Baum*, Die Wissenszurechnung, 1999; vgl. bereits *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983.

¹²³ Siehe nur die Entwicklung von BGHZ 109, 327 = JZ 1990, 548 mit Anmerkung *Werner Flume* bis zu BGHZ 132, 30 = JZ 1976, 731 mit Anmerkung *Jochen Taupitz*; siehe dazu insbes. *Medicus* (Fn. 122) und *Taupitz* (Fn. 122).

¹²⁴ *Dauner-Lieb* (Fn. 122) 46 f.

¹²⁵ BGHZ 117, 318; dazu *Peter Schlechtriem*, Organisationsverschulden als zentrale Zurechnungskategorie, in: Jürgen Doerry, Hans-Georg Watzke (Hg.), Festschrift für Wolfgang Heiermann, 1995, 281 ff.; *Stefan Rutzkowsky*, Organisationsverschulden des Bauunternehmers als Arglist. i. S. von § 638 BGB?, NJW 1993, 1748; siehe dazu auch schon BGHZ 62, 63; 66, 43.

Vorsitzende Richter des siebten Zivilsenats, Lang¹²⁶, rechtfertigt diese „Gleichstellung von Organisationsverschulden mit arglistigem Verschweigen“ mit der „schlichten Überlegung“, daß sich im Zuge fortschreitender Arbeitsteilung eine Regelungslücke aufgetan habe, die durch eine entsprechende Anwendung der Rechtsfolge bei arglistigem Verschweigen eines Mangels zu schließen sei. Die Brisanz dieser Rechtsprechung für die Regelungsansätze des Diskussionsentwurfs liegt auf der Hand: Die §§ 196, 198 III, IV BGB-DiskE bestätigen die nur fünfjährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Baumängeln, beginnend spätestens mit der Zurverfügungstellung des Bauwerks. Da die Rechtsprechung diese Frist bisher schon für zu kurz gehalten hat, ist zu erwarten, daß sie auch in Zukunft versuchen wird, über eine Gleichsetzung von Organisationsverschulden und Arglist zumindest die längere, zehnjährige Frist des § 195 BGB-DiskE zu erreichen. Dies wäre allerdings methodisch außerordentlich fragwürdig: Angesichts des Anspruchs des Diskussionsentwurfs, das anerkannte Richterrecht zu kodifizieren, müßte man sein Schweigen im Hinblick auf die Wissenszurechnung zumindest dahingehend interpretieren, daß sie nicht mehr zum Unterlaufen von Verjährungsfristen instrumentalisiert werden darf.

Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang erwähnt, daß der Diskussionsentwurf die zentrale Grundfrage nach Funktion, Tragfähigkeit und Einschränkung von Privatautonomie fast völlig ausblendet. Auch insoweit hat es freilich in den letzten zehn Jahren rasante Entwicklungen in Rechtsprechung und Schrifttum gegeben. Von besonderem Gewicht ist dabei die Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof zu den Bürgschaften mittelloser Familienangehörigen, die zu einem grundlegenden Nachdenken über die Rolle von richterlicher Inhaltskontrolle im Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und zwingendem Recht Anlaß gibt¹²⁷. Insoweit fehlt es dem Diskussionsentwurf an Modernität und Innovationskraft.

Allerdings deuten sich hier auch ganz grundsätzliche Zweifel gegen eine noch so pragmatisch interpretierte Kodifikationsidee an: Angesichts des sich immer schneller verändernden gesellschaftlichen und rechtlichen Umfeldes bestehen Zweifel, ob es überhaupt möglich ist, eine Kodifikation oder einen Kodifikationsentwurf für einen Zeitraum „auf aktuellem Stand“¹²⁸ zu halten, der den gesamten Aufwand lohnt.

¹²⁶ Arno Lang, Die Gewährleistung bei Organisationsmängeln des Bauunternehmers – Beispiel einer höchstrichterlichen Rechtsfortbildung, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hg.), Festschrift für Walter Odersky, 1996, S. 583 ff.

¹²⁷ BVerfG 89, 214; BGHZ 125, 206; 132, 328; 134, 325; 136, 347; 137, 329; BGH NJW 1999, 58; vgl. dazu aus der Literatur nur Wolfgang Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996) 1 ff. und Canaris, AcP 200 (2000) 273, 295 ff.

¹²⁸ Zum „Auf-Stand-Halten“ einer Kodifikation Huber (Fn. 2) 778 f.

V. Zusammenfassung

Die Gesamtwürdigung fällt ernüchternd aus. Im Hinblick auf die angestrebte Aktualisierung und Modernisierung durch Kodifikation von Richterrecht löst der Diskussionsentwurf seine eigenen Ansprüche nicht ein. Eine gewisse Klärung ergibt sich nur für diejenigen Fallgruppen der positiven Vertragsverletzung, die nun ohne weiteres unter § 280 I BGB-DiskE fallen. Im übrigen wird ein Zuwachs an Legitimation, Transparenz und Rechtssicherheit schon deshalb nicht erreicht, weil sich der Diskussionsentwurf mit Zitaten begnügt, also 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 rechtssichereren Fassung der Pflichtenkataloge zu kommen. Ein Zuwachs an „operationalem Gehalt“¹²⁹ wird nicht erzielt. Eine Annäherung von Richterrecht und Gesetzesrecht wird man auf diese Art und Weise nicht erreichen. Man kann im Gegenteil in der völlig undifferenzierten Pauschalabsegnung bestimmter Entwicklungen eine Ermutigung zu noch kühnerer richterlicher Aktivität sehen. Entsprechende Ausdehnungsgefahren bestehen insbesondere im Hinblick auf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Eine solche Entwicklung könnte man noch nicht mal als Ungehorsam gegenüber dem Gesetzgeber kritisieren, hat dieser doch ganz offensichtlich der Rechtsprechung freiwillig nunmehr noch größere Freiheit eingeräumt. Zu dem berühmten Aufstand der „Makulatur gegen den Gesetzgeber“, den wir im Kapitalersatzrecht erlebt haben¹³⁰, würde es schon deshalb nicht kommen, weil der Gesetzgeber mangels jeglicher Sachentscheidung überhaupt gar keine Angriffsfläche bietet. 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.

Im übrigen ist kritisch anzumerken, daß wichtige neuere Entwicklungen – Vertrauenshaftung, Wissenszurechnung, Inhaltskontrolle – überhaupt nicht mehr aufgegriffen werden. Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß man mit zu hohen Anforderungen jedes Reformvorhaben blockieren könne. Der Gesetzgeber ist unter der Flagge der Aktualität und Modernität angetreten und muß sich infolgedessen an seinen eigenen Maßstäben messen lassen. Als Ertrag der Kodifikation von Richterrecht bleibt lediglich die Gewißheit, daß man nunmehr „ausländischen Juristen sagen kann, für ein so wichtiges Rechtsinstitut wie die *culpa in contrahendo* gibt es nun auch eine Stelle in der Kodifikation“¹³¹. Dies reicht freilich schon deshalb nicht, weil niemand diese Stelle versteht, der nicht nur die Entwurfsbegründung, sondern auch noch die ganze vorangegangene Diskussion kennt. Damit wird die angestrebte Kodifikation von Richterrecht endgültig zu einem Akt der Symbolpolitik, die ja leider in vielen Bereichen zunehmend die Übernahme

¹²⁹ Vgl. die völlig berechtigten Postulate von Kötz (Fn. 4) K 9, K 10.

¹³⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

¹³¹ Horn (Fn. 4) K 149.

echter politischer Verantwortung ersetzt. Merktzettel-Gesetzgebung kann jedoch klare, subsumtionsfähige Regelungen nicht ersetzen¹³². Im Hinblick auf die geplante „Kodifikation von Richterrecht“ ergibt sich damit ein klarer Befund: Die vorgeschlagenen Regelungen sind nicht verabschiedungsreif. Sollte in der verbleibenden Zeit eine substantielle Vertiefung und Verbesserung nicht zu schaffen sein, spricht alles dafür, die – gut isolierbaren – Regelungen ganz fallen zu lassen.

¹³² Ebenso *Krebs*, DB Beilage Nr. 14/2000, 1, 28.