



**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung
des Schuldrechts - Drucksache 14/6040**

**Anhörung vor dem Rechtsausschuß des Deutschen
Bundestages am 2.7. und am 4.7.2001**

Vorbemerkung:

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit ist es nicht möglich, umfassend auf den vorliegenden Entwurf einzugehen. Die folgende Stellungnahme umfaßt daher zunächst nur knappe Thesen zu den rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Grundfragen (A). Die Hinweise zu einigen Einzelproblemen sollen die Thesen exemplarisch untermauern und gleichzeitig die Komplexität des Vorhabens verdeutlichen (B). Die (einfachen) Fallbeispiele sollen andeuten, vor welchen Herausforderungen die Rezeption des Vorhabens die Praxis stellen wird (C). Im übrigen erlaube ich mir auf meine Ausarbeitungen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹ und zum ursprünglichen Diskussionsentwurf² hinzuweisen.

A. Thesen

1. Bis zum 1.1.2002 muß zwar die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL 1999/44/EG) umgesetzt werden. Damit steht jedoch keineswegs eine "Modernisierung des Schuldrechts" in Form der vorgelegten großen Lösung "zwingend auf der Tagesordnung". Es gibt tragfähige Alternativen, wie die Vorschläge von *Kirchner/Richter*³ und *Ernst/Gsell*⁴ belegen. Es wäre sogar denkbar, die Richtli-

¹ *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, abrufbar im Internet unter <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/>.

² *Dauner-Lieb* JZ 2001, 9 und *dieselbe*, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 305.

³ Abrufbar unter <http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Kirchner/index.html> und <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/>.

nienumsetzung mit einer praxisbezogenen Überarbeitung des Verjährungsrechts zu kombinieren. Da die meisten tatsächlichen oder vermeintlichen "Mängel des geltenden Rechtes" verjährungsrechtliche Wurzeln haben, würden damit auch ohne tiefe Einschnitte in das Allgemeine Schuldrecht wesentliche Streitpunkte beseitigt. Für die (völlig unsystematische) Einfügung des AGB-Gesetzes in das BGB gibt es ohnehin keine Notwendigkeit.

2. Die Frage nach den Kosten des Vorhabens wird in der Entwurfsbegründung bewußt ausgeblendet. Statt dessen wird die Hoffnung artikuliert, die Vereinfachung des Rechts wirke sich tendenziell kostensenkend aus. Es liegt auf der Hand, daß dies bestenfalls für eine ferne Zukunft gelten könnte. Zunächst fallen überhaupt noch nicht abzuschätzende Umstellungskosten an. Nahezu sämtliche AGB, Formularverträge, Musterverträge und Computerprogramme für E-Commerce müßten kurzfristig geändert werden. Weiterhin ergibt sich die Notwendigkeit der Anschaffung völlig neuer Gesetzestexte, Kommentare und Lehrbücher. Vorhandene Bibliotheksbestände in Justiz, Anwaltschaft und Hochschulen würden nur noch begrenzt nutzbar bleiben. Im übrigen werden hohe Weiterbildungskosten anfallen. Jeder mit dem BGB arbeitende Richter, Anwalt, Hochschullehrer, Unternehmer etc. muß ab dem 1.1.2002 mit dem neuen Recht vertraut sein und mit ihm 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 (im Hintergrund das Weihnachtsoratorium, auf dem Teller der Stollen) gelingen kann. Besonders betroffen sein werden neben der Öffentlichen Hand kleinere und mittlere Anwaltskanzleien sowie der unternehmerische Mittelstand, der nicht über spezialisierte Rechtsabteilungen verfügt und daher auf externe Beratung angewiesen ist.

3. Der vorliegende Entwurf ist nicht verabschiedungsreif: Die Vorschläge der Schuldrechtskommission können schon deshalb nicht als Beleg für eine gründliche und verlässliche Vorbereitung ins Feld geführt werden, weil der vorliegende Entwurf damit nicht mehr viel zu tun hat. Dies gilt insbesondere für das Verjährungsrecht, dessen Grundkonzeption im Laufe der Beratungen mehrfach geändert worden ist. Der vorliegende Entwurf ist das Ergebnis intensiver, bemühter, aber auch äußerst gehetzter Beratungen. Infolgedessen konnten die internationalen Entwicklungen nicht angemessen berücksichtigt werden. Eine ganze Reihe von Regelungsvorschlägen sind möglicherweise nicht "europafest". Konzeptionelle Grundsatzfragen konnten nicht ausdiskutiert werden. Beispielhaft sei nur die Kontroverse zwischen *Canaris*⁵ und *Altmeyden*⁶ zu Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse genannt. Eine systematische Abstimmung der einzelnen Regelungsschwerpunkte untereinander

⁴ ZIP 2000, 1462 (Text), 1410 (Erläuterung).

⁵ *Canaris*, JZ 2001, 499, 516 ff.

⁶ *Altmeyden*, DB 2001, 1399, 1402 ff.

der und vor allem mit dem Gesamtsystem des Zivilrechts hat nicht stattgefunden (z. B. Arbeitsrecht, Mietrecht). Eine Fülle von Einzelregelungen ist sachlich zweifelhaft, andere sind sprachlich/rechtstechnisch mißlungen (z. B. §§ 199 I, III, 326 I 3, 439 III RegE). Eine Reihe von Problemen, die mit Hilfe des Umbaus des Schuldrechts bewältigt werden sollen, wird gerade nicht beseitigt. So ist nach wie vor zwischen anfänglicher und nachträglicher sowie zu vertretender und nicht vertretender Unmöglichkeit zu differenzieren. Innerhalb eines Vertragsverhältnisses verjähren die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nicht einheitlich, sondern abhängig davon, ob der Schaden ein Mangelfolgeschaden ist oder auf einer sonstigen Pflichtverletzung beruht. Im übrigen kann der Entwurf die eigenen hochgesteckten Ansprüche an Vereinfachung, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in weiten Bereichen ohnehin nicht erreichen. Von einer "Beseitigung des Wildwuchses" durch Integration der privatrechtlichen Sondergesetze kann schon deshalb keine Rede sein, weil ausgerechnet das Produkthaftungsgesetz nicht in das BGB übernommen werden soll. Der notwendige Preis für die erhoffte Vereinfachung im Allgemeinen Schuldrecht ist die Abstraktion. Dementsprechend ist der vorliegende Entwurf in seiner Regelungstechnik auch nicht "moderner" als das BGB, sondern treibt im Gegenteil - ganz unvermeidlich - die abstrakte Begriffsbildung und Verweisungstechnik des BGB auf die Spitze. Dies bedeutet freilich, daß Wortlaut und angestrebter Regelungsgehalt vieler Vorschriften nicht aus sich heraus verständlich sind, sondern sich von vornherein nur mit Hilfe der Entwurfsbegründung erschließen, die einen hohen Grad an Vertrautheit mit der bisherigen Rechtsentwicklung voraussetzt.⁷

B. Exemplarische Einzelfragen

I. Allgemeines

1. Die Auswirkungen der Reform auf das Arbeitsrecht sind bis jetzt überhaupt noch nicht überprüft worden und kaum absehbar.⁸ Ebenso fehlt jegliche Harmonisierung mit der erst gerade verabschiedeten Mietrechtsreform.⁹ So findet sich auch im neuen Mietrecht in § 536a I BGB n.F. entgegen der Wertung des § 311a II BGB ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzan-

⁷ Beispielhaft für naheliegende Missverständnisse sei etwa der Beitrag von *Baumann*, FAZ v. 27.06.2001, S. 14 genannt. Siehe auch die Wortlautarbeit bei *Altmeyden*, BB 2001, 1131 ff.

⁸ Hierzu *Löwisch*, NZA 2001, 465 ff.; vgl. insoweit auch den bei der Diskussion im Bundesrat über den wortgleichen Regierungsentwurf einstimmig angenommenen Antrag Niedersachsens zu überprüfen, „ob im Hinblick auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht des Entwurfs die Besonderheiten des Arbeitsrechts durch ergänzende arbeitsrechtliche Bestimmungen abgesichert werden sollten“, zitiert nach Niederschrift, U A R, 18.6.01, Nr. 31/01, S. 43 (Nr. 24); dringend abgeraten werden muß in diesem Zusammenhang allerdings von der Verwirklichung des weiteren Antrags Niedersachsens zu überprüfen, ob der Ausschluß der AGB-Kontrolle nach dem AGBG für Arbeitsverträge noch sachgerecht sei, vgl. Niederschrift U A R, S. 68 (Nr. 59). Eine Ausdehnung der §§ 305 ff. RefE auf Arbeitsverträge bedürfte jedenfalls einer äußerst gründlichen Überprüfung, die in der verbleibenden Zeit keinesfalls mehr möglich ist.

⁹ Vgl. hierzu auch den geplanten Änderungsantrag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 123 (Nr. 136).

spruch bei anfänglichen Mietmängeln, obwohl in den Augen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers hier „Korrekturbedarf“ besteht.¹⁰ Ein weiteres Beispiel für die fehlende Berücksichtigung mietrechtlicher Probleme stellt § 548 III BGB n.F. dar: Nach dieser Vorschrift ist die Verjährung von Ansprüchen des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache oder des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen während der Dauer eines selbständigen Beweisverfahrens unterbrochen. § 204 I Nr. 7 RegE sieht dagegen im selbständigen Beweisverfahren nur einen Hemmungsgrund, und den Begriff der Unterbrechung kennt das neue Verjährungsrecht überhaupt nicht mehr.¹¹

II. Verjährungsrecht und Kauf/Werkvertrag

2. Dem Entwurf gelingt es nicht, die unterschiedliche Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen Mangelfolgeschäden und solcher wegen sonstiger Pflichtverletzungen zu beseitigen. Bei einem Mangelfolgeschaden verjährt der Schadensersatzanspruch nach § 438 I Nr. 3 RegE in der Regel 2 Jahre nach Ablieferung, während bei sonstigen Nebenpflichtverletzungen § 199 RegE (3 Jahre ab Fälligkeit und Erkennbarkeit) gilt. So ändert sich an dem Abgrenzungsproblem bei dem insoweit in der Begründung¹² angesprochenen Fall nichts (Verkäufer liefert statt Superbenzin schuldhaft Benzin minderer Qualität bzw. Verkäufer verkauft Normalbenzin und liefert es, füllt es jedoch schuldhaft in einen Tank, dessen Inhalt als „Superbenzin“ gekennzeichnet ist: in beiden Fällen entsteht ein Motorschaden).
3. Ebenfalls nicht angeglichen wird die Verjährung von deliktischen Schadensersatzansprüchen mit gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Dies bedeutet, daß die bisherige, unter dem Stichwort „Weiterfresserproblematik“ bekannte Rechtsprechung¹³ entgegen der Erwartung des BMJ¹⁴ nicht an Bedeutung verlieren wird.
4. § 438 I Nr. 2 RegE ist unklar. Diese Vorschrift sieht vor daß Gewährleistungsansprüche nicht in zwei, sondern fünf Jahren nach Ablieferung verjähren, wenn die Sache entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat. Erweitert werden sollen damit u. a. die Regreßmöglichkeiten von Bauhandwer-

¹⁰ So denn auch Begründung RegE, S. 381 (Internet-Version) = BT-Drucks. 14/6040, S. 165 Inhaltsgleicher Fraktionsentwurf).

¹¹ Vgl. hierzu auch den geplanten Änderungsantrag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 123 (Nr. 138).

¹² Begründung RegE, S. 191 = BT-Drucks. 14/6040, S. 88.

¹³ Dazu Begründung RegE, S. 193 = BT-Drucks. 14/6040, S. 88.

¹⁴ Vgl. die entsprechende Äußerung von Staatssekretär *Dr. Geiger* auf der Berliner Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung, abgedruckt in JZ 2001, 473, 474.

kern gegenüber ihren Lieferanten.¹⁵ Indes führt die Regelung zu erheblichen Abgrenzungsproblemen. Beispiel: ein Kran wird auf einer Baustelle eingesetzt, stürzt wegen eines Materialfehlers zusammen und begräbt das Haus unter sich. Wendet man die Bestimmung wörtlich an, so hätte auch hier die Sache den Mangel eines Bauwerks verursacht. Ließe sich das vielleicht noch in teleologischer Auslegung lösen, ist aber jedenfalls folgender Fall unklar: Der Bauhandwerker kauft eine kaputte Wasserwaage, deren Einsatz zu einem Haus mit schiefen Wänden führt.

5. Es fehlt eine § 639 II BGB entsprechende Regelung. Diese Vorschrift sah für das Werkvertragsrecht vor, dass die Verjährung der Gewährleistungsansprüche während eines Nachbesserungsversuchs gehemmt war. Soweit die Parteien im Kaufvertrag eine Nachbesserung vereinbart hatten, wurde sie analog angewandt. Obwohl nunmehr beim Kaufvertrag allgemein ein Nacherfüllungsanspruch normiert wird, fehlt jedoch eine entsprechende Vorschrift; § 639 II BGB soll gestrichen werden. Zwar wird § 639 II BGB im Zusammenhang mit der neuen Regelung über die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen erwähnt (§ 203 RegE)¹⁶, doch läßt sich die Nachbesserung wohl kaum unter den Wortlaut dieser Vorschrift fassen.
6. §§ 438 III, 634a III RegE sind problematisch. Derzeit sehen beide Vorschriften vor, daß die Gewährleistungsansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist (also drei Jahre ab Fälligkeit und Erkennbarkeit) verjähren, wenn der Verkäufer/Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. §§ 438 I Nr. 2, 634a I Nr. 1 RegE sehen jedoch jeweils eine fünfjährig Verjährungsfristen (ab Ablieferung) vor. Bei Arglist wäre die Verjährung in diesen Fällen also je nach dem Zeitpunkt, in dem der Mangel für den Käufer/Besteller erkennbar wird, unter Umständen kürzer. Hier besteht Überarbeitungsbedarf.¹⁷
7. § 197 I Nr. 1 RegE ist zu eng gefasst. Die Vorschrift ordnet lediglich für Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten eine dreißigjährige Verjährungsfrist an. Dies genügt nicht. Wird z.B. ein Jungbulle gestohlen, so verjährt danach der Herausgabeanspruch des Eigentümers in 30 Jahren (ab Fälligkeit des Anspruchs, § 200 RegE). Wird das Tier zu Wurst verarbeitet, so verjähren aber Ansprüche des Eigentümers nach §§ 951, 812 I S. 1 2. Alt. BGB gemäß § 199 II RegE in spätestens 10 Jahren.¹⁸
8. Die Beschränkung der besonderen gewährleistungsrechtlichen Verjährung auf körperliche Werkleistungen ist problematisch. § 634 a I Nr. 2 RegE sieht vor, daß die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche bei einem Werk, das in einem anderen Erfolg als dem der Herstel-

¹⁵ Begründung RegE, S. 532 = BT-Drucks. 14/6040, S. 227.

¹⁶ Begründung RegE, S. 249 = BT-Drucks. 14/6040, S. 111.

¹⁷ So auch der Bundesrat, vgl. Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 96 (Nr. 99), S.128 (Nr. 144).

¹⁸ Vgl. dazu bereits *Ernst*, ZRP 2001, 1, 4 f.

lung oder Veränderung einer Sache besteht, in der regelmäßigen Verjährungsfrist verjähren (§§ 195, 199 RegE). Dies kann dazu führen, daß ein Architekt noch nach 10 Jahren wegen Mängeln seines unkörperlichen Werks in Anspruch genommen wird, da insoweit nicht § 634 a I Nr. 3 RegE, sondern §§ 634a I Nr. 2, 199 RegE gelten sollen.¹⁹ Dies stellt für die betroffenen Berufsgruppen eine Erweiterung der Haftung dar, deren Auswirkungen bis jetzt weder mit den zuständigen Interessenverbänden abgestimmt worden sind noch von diesen überhaupt in ihrer ganzen Bedeutung bis jetzt erkannt worden sind. Hinzu kommt, daß § 634a I Nr. 2 RegE zu weiteren, von den Entwurfsverfassern offensichtlich noch nicht einmal erkannten Verwerfungen führt. Denn die Vorschrift schließt die regelmäßige Verjährungsfrist nur bei werkvertraglichen Gewährleistungsansprüchen, die die Herstellung und Veränderung, nicht aber die Wartung einer Sache betreffen, aus. Mit anderen Worten: Ansprüche des Kunden gegen die Werkstatt wegen einer schlampigen Inspektion verjähren nach § 634a I Nr. 2 RegE unter Umständen erst nach zehn Jahren.²⁰ Dies ist nicht sachgerecht.

9. Die konstruktive Umsetzung der europarechtlich gebotenen Verlängerung der Gewährleistungsfristen dürfte die Vertragspraxis vor kaum lösbare Schwierigkeiten stellen. Zwar ist eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen in den Grenzen der §§ 309 Nr. 8 b) ff), 475 II RegE zulässig. Eine pauschale Verkürzung der Gewährleistungsfristen in AGBG ist jedoch dadurch nicht möglich: Denn hierin läge gleichzeitig eine Begrenzung der Haftung für Körperschäden bzw. für grob fahrlässig und vorsätzlich verursachte Schäden, die nach § 309 Nr. 7 RegE unzulässig ist.²¹ Eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen ist also nur möglich, wenn man diese Schadensersatzansprüche ausklammert. Notwendig werden hierdurch aber äußerst komplexe Klauseln, deren Vereinbarkeit mit dem Transparenzgebot, § 307 II Nr. 3 RegE, nicht gesichert ist.
10. Das mit der Neuregelung des Verjährungsrechts einhergehende Bedürfnis nach einer Änderung zahlreicher Vorschriften außerhalb des BGB ist noch nicht annähernd befriedigt. Aus der Vielzahl der Beispiele sei hier nur eins genannt: § 88 HGB, demzufolge beim Handelsvertreter Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis innerhalb von vier Jahren verjähren, soll nicht aufgehoben werden. Hierfür ist jedoch kein Grund ersichtlich; insbesondere ist die Vorschrift nicht durch die Handelsvertreter-RL geboten. Im Rahmen der angestrebten Reform gehören auch noch eine viele andere gesetzlicher Fristen auf den Prüfstand: Ist z. B. die nach §§ 159, 160 HGB geltende Nachhaftung von fünf Jahren noch sachgerecht, wenn nunmehr jeder Gläubiger grundsätzlich innerhalb von drei Jahren ab Erkennbarkeit seine Forderungen geltend machen muss?

¹⁹ So ausdrücklich Begründung RegE, S. 623 f. = BT-Drucks. 14/6040, S. 264.

²⁰ Dies kritisiert auch der Bundesrat, vgl. Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 127 f. (Nr. 143).

²¹ Vgl. dazu *Leenen*, JZ 2001, 552, 557 f.

III. Probleme des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

11. Die mit §§ 311 II, III, 241 II RegE angestrebte Kodifikation der culpa in contrahendo ist weiterhin unzureichend. So bietet sie zu der äußerst problematischen Aufhebung und Anpassung nicht erwartungsgerechter Verträge, wie sie bisher von der Rechtsprechung aus c.i.c. abgeleitet wird²², keinerlei Lösung. Noch bedenklicher ist die in Abs. 3 versuchte Normierung der Haftung Dritter aus c.i.c. aufgrund der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens. Angestrebt wird damit u.a. auch eine Regelung der Expertenhaftung.²³ Die undifferenzierte Regelung lässt jedoch eine uferlose Haftungserweiterung befürchten gerade zu Lasten dieser Berufsgruppen befürchten. Zumindestens eine nähere Bestimmung des Begriffs „Vertrauen“²⁴ ist unumgänglich, soweit man sich zu einer Normierung entschließt.
12. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung sieht § 313 RegE beim Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht mehr eine automatische Anpassung, sondern lediglich einen Anspruch auf Anpassung vor. Es ergeben sich damit die gleichen Probleme, die bereits im geltenden Recht hinsichtlich der Durchführung von Wandelung und Minderung bestehen (Vertrags-/Herstellungstheorie, § 465 BGB) und die der Entwurf gerade beseitigen will. Wieso er dieses Problem beim Wegfall der Geschäftsgrundlage dann allerdings wieder neu begründen will²⁵, verschließt sich einer rationalen Erklärung und widerspricht der hM zur Auslegung des entsprechenden § 60 VwVfG.²⁶
13. § 313 III RegE ist noch nicht hinreichend durchdacht: nach dieser Vorschrift sollen bei einem Rücktritt nach WGG die §§ 346 ff. RegE anwendbar sein. Zumindest für den Fall, daß der Leasingnehmer wegen eines Sachmangels wandelt und deshalb die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag rückwirkend wegfällt (Frage: geht das bei der jetzigen Anpassungsregelung überhaupt noch?), wurde bis jetzt eine Rückabwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen befürwortet.²⁷ Dieses Beispiel mag genügen, um zu zeigen, daß der gesamte Entwurf Auswirkungen auf eine Vielzahl von Vertragstypen hat, die bis jetzt überhaupt noch nicht problematisiert worden sind.²⁸

²² Hierzu insbesondere neuerdings BGH, NJW 1998, 304; 1998, 898; vgl. zu der fehlenden Berücksichtigung dieses Problem bei dem Versuch, die c.i.c. zu kodifizieren, auch schon *Dauner-Lieb*, in Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305, 319 f.; vgl. ferner *Fleischer* in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 242 ff.; *Grigoleit*, ebenda, S. 269 ff.

²³ Begründung RegE, S. 376 = BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

²⁴ Vgl. dazu wegweisend *Canaris*, ZHR 163 (1999), 206, 232 ff.

²⁵ So ausdrücklich Begründung RegE, S. 406 = BT-Drucks. 14/6040, S. 176.

²⁶ Dazu demnächst *Dötsch* in NWVfB 2001.

²⁷ Dazu *Hager*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsmodernisierung, S. 429, 431.

²⁸ Vgl. kritisch zu den Auswirkungen des RegE auf den Leasingvertrag auch v. *Westphalen*, DB 2001, 1291 ff.

14. Die Regelung des § 241 II RegE ist kryptisch und kaum verständlich. Es trägt zu der angestrebten Rechtsklarheit nichts bei, daß die sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden Nebenpflichten wie z. B. Aufklärungspflichten und Pflichten zum Schutz des Vermögens des anderen Vertragspartners nunmehr pauschal aus der Verpflichtung „zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ abgeleitet werden sollen.
15. Der Anwendungsbereich des § 275 II RegE ist unklar. Eine Abgrenzung zu § 313 RegE (Wegfall der Geschäftsgrundlage) in Fällen der Leistungerschwerung ist trotz der Gesetzesbegründung²⁹ und den noch tiefer gehenden Erläuterungen von *Canaris*³⁰ nur schwer möglich.³¹ Insbesondere erscheint eine trennscharfe Abgrenzung anhand des „Gläubigerinteresses“ als kaum möglich.
16. Die Neufassung des § 275 RegE ist mit § 265 BGB nicht hinreichend abgestimmt. Während bei § 265 BGB der Schuldner einer Wahlschuld bei Unmöglichkeit einer der geschuldeten Leistungen nur frei wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, soll dies bei § 275 I RegE nunmehr gerade keine Rolle mehr spielen.
17. § 281 RegE läßt offen, ob der Gläubiger auch noch Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn der Anspruch auf die Leistung verjährt ist.³² § 218 RegE ordnet für den Fall, dass der Gläubiger nach § 323 RegE zurücktreten will, die Unwirksamkeit des Rücktritts an; der Schuldner muss sich jedoch auf die Verjährung berufen. Bei § 281 RegE besteht jedoch das gleiche Problem, da die Formulierungen bei § 323 I RegE und § 281 I RegE sich insoweit entsprechen.
18. Art. 3 I b) ii) der Zahlungsverzugsrichtlinie (automatischer Verzugseintritt 30 Tage nach Empfang der Güter oder Dienstleistungen, wenn Zugangszeitpunkt der Rechnung streitig) wird vorsätzlich (!)³³ nicht umgesetzt. Zwar wird diese Vorgabe auch in der Literatur teilweise als verfehlt angesehen und daher eine Umsetzung abgelehnt³⁴, doch dürfte eine derartige Protesthaltung europarechtlich bedenklich sein.
19. Die im neuen Recht vorgesehene Regelung der vorübergehenden Unmöglichkeit ist wenig durchdacht³⁵ und kaum praktikabel.³⁶ Hier besteht dringender Reformbedarf.³⁷ Dabei erscheint

²⁹ Vgl. dazu Begründung RegE, S. 294 ff. = BT-Drucks. 14/6040, S. 169 ff.

³⁰ *Canaris*, JZ 2001, 499, 501 ff.

³¹ So auch *Stoll*, JZ 2001, 589, 591 vor und in Fn. 15.

³² Vgl. hierzu den geplanten Antrag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 40 (Nr. 20).

³³ Vgl. Begründung RegE, S. 336 f. = BT-Drucks. 14/6040, S. 147.

³⁴ *Heinrichs*, BB 2001, 157, 159.

³⁵ Vgl. z. B. die rechtstechnische Neuschöpfung der „hemmenden Einwendung“ in Begründung RegE, S. 292 = BT-Drucks. 14/6040, S. 129.

es vorzugswürdig, dieses offensichtlich bis jetzt wenig bedeutende Problem weiterhin Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen.

20. Die Verweisung auf § 275 II RegE in § 311a I RegE macht keinen Sinn. Nach § 275 II RegE braucht der Schuldner nur dann nicht zu leisten, wenn er sich auf diese Einrede beruft. Das Leistungshindernis könnte also im Sinne des § 311a RegE lediglich dann bei Vertragsschluß vorliegen, wenn der Schuldner sich bei Vertragsschluß sofort auf § 275 II RegE beruft. Das ist keine sinnvolle Regelung.
21. Die Bindung des bisherigen „großen Schadensersatzanspruchs“ im Kaufrecht an einen „Interessewegfall“ in § 281 I 3 RegE³⁸ ist neu und noch nicht hinreichend diskutiert.³⁹ Die lapidaren Ausführungen in der Begründung verschleiern die Relevanz der Änderungen. Ob und wie sich der Gläubiger hier dadurch helfen kann, daß er zurücktritt und daneben Schadensersatz verlangt (zur Möglichkeit der Kumulation § 325 RegE), ist noch offen.⁴⁰

IV. Probleme des neuen Gewährleistungsrechts

22. Die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf führt nicht zu größerer Klarheit. So ist beim Stückkauf ja gerade eine Neulieferung ausgeschlossen. Dem RegE lässt sich dieses zwangsläufige Ergebnis indes nur auf Umwegen entnehmen. Dies hat mit einem klaren und verständlichen Gesetz, wie es das BMJ ja anstrebt, nichts zu tun.
23. Die Beschränkung des Käufers auf den Nacherfüllungsanspruch als primären Rechtsbehelf bei Mängeln stellt diesen gegenüber dem bisherigen Recht deutlich schlechter, ohne daß dies durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geboten ist. Diese läßt in Art. 8 II der Richtlinie eine für den Verbraucher günstigere Regelung (also eine sofortige Wandelung/Minderung) ausdrücklich zu.

³⁶ Vgl. dazu auch das Mitglied der Kommission „Leistungsstörungenrecht“ *Canaris* in JZ 2001, 499, 508). *Canaris* (S. 523) schlägt alternativ vor, die vorübergehende Unmöglichkeit bei § 275 RegE zu streichen und das Problem weiterhin Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen oder §§ 283, 311a, 326 RegE entsprechend zu ergänzen.

³⁷ Insoweit können allerdings auch die geplanten Änderungsvorschläge des Bundesrats nicht überzeugen. Dieser will zwar einerseits die vorübergehende Unmöglichkeit bei § 275 RegE streichen (vgl. Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 42 (Nr. 22), schlägt aber andererseits bei §§ 283, 285, 311a RegE Sonderregelungen für die vorübergehende Unmöglichkeit vor (vgl. Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 44 (Nr. 26), S. 52 (Nr. 37), S. 54 (Nr. 39), S. 69 (Nr. 60).

³⁸ Siehe dazu auch Begründung RegE, S. 318 f. = BT-Drucks. 14/6040, S. 139 f.

³⁹ Vgl. zum bisherigen, grundsätzlich freien Wahlrecht zwischen kleinem und großem Schadensersatz statt aller etwa *Erman/Grunewald*, § 463 Rn. 12.

⁴⁰ Vgl. dazu aber auch *Canaris*, JZ 2001, 499, 514.

Auch das weitere vom Entwurf⁴¹ vorgetragene Argument, die Nachbesserung stelle in der Praxis ohnehin den Regelfall dar, vermag insoweit nicht zu überzeugen. Wo ein vitales Interesse daran besteht, eine sofortige Lösung vom Vertrag zu unterbinden, mag man dies vereinbaren; keinesfalls ist es jedoch gerechtfertigt, selbst den Käufer einer geringwertigen Sache zu einem Nachbesserungsversuch zu zwingen. Hierin liegt vielmehr eine Schlechterstellung des Verbrauchers gegenüber dem bisherigen Recht, die dem Anliegen der Richtlinie wohl eher zuwiderlaufen scheint.

24. Art. 3 V Spiegelstrich 3 der Richtlinie wird nicht vollständig umgesetzt. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer auch dann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen, wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat. Hierzu fehlt eine ausdrückliche Regelung. Der Entwurf versucht unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte zu belegen, daß ein Rücktrittsrecht des Verbrauchers nur in den Fällen beabsichtigt war, in denen es an einer Abhilfe fehlt, nicht aber schon dann, wenn die Nacherfüllung zwar erfolgreich, aber für den Verbraucher mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden war.⁴² Diese Auslegung erscheint zwar vernünftig, widerspricht allerdings dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung. Daher bedarf die Richtlinienkonformität insoweit einer eingehenderen Überprüfung.
25. § 434 III RegE ist überzogen. Nach dieser Vorschrift soll es einem Sachmangel gleichstellen, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert. Dies heißt aber auch, daß sich der Verkäufer bei Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge ohne jede Einschränkung nur noch den Gewährleistungsansprüchen ausgeliefert sieht. Damit werden zwar die bisher beim Gattungskauf bekannten Abgrenzungsprobleme zwischen mangelhafter Lieferung und aliud beseitigt. Soll aber der Panzer, der statt des verkauften Golfs geliefert wird, nur noch ein fehlerhafter Golf sein? Das überzeugt schon beim Gattungskauf nicht. Allerdings ist zuzugeben, daß die andernfalls notwendige Abgrenzung zwischen genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen aliud (vgl. § 378 HGB) ebenfalls zu Problemen führt. Keinesfalls macht diese Regelung aber beim Stückkauf Sinn. Ist nur ein konkretes Stück geschuldet, so ist die Abgrenzung zwischen Falsch- und Schlechtleistung unproblematisch. § 434 III RegE führt dagegen dazu, daß der Verkäufer, der ein bestimmtes Bild von Monet zu liefern hat, auch mit einem Bild von Renoir erfüllen kann, wenn der Käufer bei der Übergabe dies nicht sofort bemerkt; dem Käufer bleiben in diesem Fall nur die – der wesentlich kürzeren Verjährung unter-

⁴¹ Begründung RegE, S. 515 = BT-Drucks. 14/6040, S. 220.

⁴² Begründung RegE, S. 521 ff. = BT-Drucks. 14/6040, S. 223.

liegenden – Gewährleistungsrechte. Das ist rational nicht nachzuvollziehen und so auch nicht von der Richtlinie geboten.

26. Die Berechnung der Minderung in § 441 III 2 RegE ist kaum praktikabel. Der Entwurf will von der relativen (proportionalen) Berechnung der Minderung nach § 472 BGB abgehen. Statt dessen soll der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt werden, um den der Mangel den Wert der Sache, gemessen am Kaufpreis, mindert. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der objektive Wert der Sache häufig nur sehr schwer festzustellen sei.⁴³ Dieser Systemwechsel überzeugt nicht. Es ist nicht bekannt, daß die relative Berechnung die Rechtspraxis vor unlösbare Probleme gestellt hätte. Allenfalls ist der objektive Wert der Sache im mangelhaften Zustand schwer zu bestimmen, denn hier fehlen die Vergleichsmöglichkeiten. Dieser muß jedoch auch bei der in § 441 III RegE vorgesehenen Berechnungsmethode bestimmt werden.

Überdies ist die vorgeschlagene Regelung kaum nachvollziehbar. Schon jetzt besteht in der Literatur über ihren Inhalt keine Einigkeit. So wird vertreten, es würde sich in der Sache wohl nichts ändern.⁴⁴ Andere meinen, daß der Käufer die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache bei Vertragsschluß und dem Kaufpreis ersetzt bekomme.⁴⁵ Wenn der Gesetzgeber aber die proportionale Herabsetzung des Kaufpreises abschaffen will, macht die weitere Vorgabe einer relativen Berechnung unter Anknüpfung an den Kaufpreis keinen Sinn.⁴⁶ Es zeigt sich damit, daß die Bestimmung widersprüchlich ist. Damit wird sie der Praxis kaum die angestrebte Vereinfachung bringen. Es sollte daher bei der Berechnung nach § 472 BGB bleiben. Allein diese ist auch in den Fällen interessengerecht, in denen der vereinbarte Kaufpreis nicht dem tatsächlichen Wert der Sache entspricht.⁴⁷

Schließlich wird die relative Berechnungsmethode, wie sie § 472 I BGB vorsieht, auch vom UN-Kaufrecht (Art. 50) und der Mehrzahl der anderen europäischen Rechtsordnungen favorisiert.⁴⁸ Wer ein im europäischen Vergleich konkurrenzfähiges Schuldrecht schaffen und dabei angeblich im Ausland nicht mehr zu vermittelnde Regelungen des BGB abschaffen will, muß also an § 472 BGB festhalten, anstatt sich mit einer schon hierzulande auf Unverständnis stoßenden Regelung international ins Abseits zu begeben.

27. Die Anwendbarkeit des Unmöglichkeitrechts auf den Nacherfüllungsanspruch, wie sie § 439 III RegE voraussetzt, läßt das System der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung vollends un-

⁴³ Begründung RegE, S. 552 = BT-Drucks. 14/6040, S. 235.

⁴⁴ *Krebs*, DB 2000, Beil. 14, S. 1, 19.

⁴⁵ *Zimmer*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 191, 201; ähnlich auch *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 538.

⁴⁶ *Honsell*, JZ 2001, 278, 281.

⁴⁷ Vgl. zu den verschiedenen Minderungsmethoden auch *Soergel/Huber* § 472, Rdnr. 2 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu die Übersicht bei *Schwartze*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, 2000, S. 229 ff.

durchschaubar werden. In § 439 III S. 1 RegE heißt es, daß der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung *auch* verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei soll das Wörtchen „auch“ klarstellen, daß auf den Nacherfüllungsanspruch auch § 275 anwendbar ist.⁴⁹ Schon diese kryptische Andeutung ist ein Ärgernis. Denn ohne einen Blick in die Begründung wird der unbefangene Leser des Gesetzes nicht erkennen, was gemeint ist. Ferner ist das „auch“ überflüssig. Denn die Geltung der allgemeinen Vorschriften – also auch des § 275 RegE – ergibt sich, soweit keine abweichende Bestimmung besteht, ohne weiteres. Schließlich ist die Formulierung ungenau. Wenn es heißt, der Verkäufer könne die vom Käufer verlangte Form der Nacherfüllung auch bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern, so scheint dies darauf hinzuweisen, daß auch im Falle der Unmöglichkeit nur eine Einrede besteht. Tatsächlich entfällt in diesem Fall die Leistungspflicht nach § 275 I RegE aber kraft Gesetzes.

Versucht man, § 439 III RegE praktisch anzuwenden, zeigen sich weitere Probleme. Man denke hier z. B. an den Stückkauf. Ist die Sache mangelhaft, so scheidet eine Neulieferung aus. Es erscheint allerdings naheliegend, daß der Käufer nicht sofort zurücktreten oder mindern kann, sondern sich grundsätzlich zunächst auf eine Nachbesserung als die andere, nicht unmögliche Form der Nacherfüllung einlassen muß. Für den Fall, daß eine Form der Nacherfüllung für den Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist und daher von ihm nach § 439 III 1 RegE verweigert werden kann, ergibt sich dieses – eigentlich banale – Ergebnis bereits aus § 439 III 3 RegE. Auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllung ist diese Vorschrift allerdings nicht anwendbar. Die Notwendigkeit eines vorherigen Nachbesserungsversuchs ergibt sich nach Auffassung der Entwurfsverfasser jedoch aus § 275 I RegE, da der Nacherfüllungsanspruch nach dieser Vorschrift nur „soweit“ ausgeschlossen sei, wie er unmöglich sei.⁵⁰ Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Herleitung ist jedoch äußerst kompliziert und hat mit einem transparenten Recht, wie es uns der Entwurf verspricht, nichts zu tun. Dabei sei nur am Rande angemerkt, daß es äußerst zweifelhaft ist, ob § 275 RegE hier überhaupt anwendbar ist. Denn man könnte mit guten Gründen vertreten, daß es sich beim Nacherfüllungsanspruch um eine Wahlschuld handelt (Käufer kann zwischen Nachbesserung und Neulieferung wählen), womit § 265 BGB einschlägig wäre, was allerdings am Ergebnis nichts ändern würde.⁵¹

Noch komplizierter gestaltet sich die Konstellation, daß beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Zu denken ist hier z. B. an den Fall, daß beim Stückkauf auch eine Reparatur nicht in

⁴⁹ Vgl. Begründung RegE, S. 543 = BT-Drucks. 14/6040, S. 232

⁵⁰ Begründung RegE, S. 543 = BT-Drucks. 14/6040, S. 232.

⁵¹ Bedenklich wäre die Annahme einer Wahlschuld allgemein allerdings in Hinblick auf § 263 BGB, da dann der Käufer nicht mehr Neulieferung verlangen könnte, falls die Nachbesserung fehlschlägt.

Betracht kommt. Damit ist der Nacherfüllungsanspruch nach § 275 I RegE ausgeschlossen. Ein Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 RegE kommt allerdings hier nicht in Betracht, da diese Vorschriften die Nichterfüllung der Nacherfüllung voraussetzen, die hier aber gar nicht geschuldet ist. Wie sich aus der Entwurfsbegründung ergibt, ist in diesem Fall aber ein Rücktritt ohne Fristsetzung über §§ 437 Nr. 2, 326 I 3 RegE möglich; gleichzeitig soll § 326 I 3 klarstellen, daß § 326 I 1 RegE nicht anwendbar ist, es also bei der Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht zu einer automatischen Minderung kommt.⁵² Auch dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die gesetzgeberische Umsetzung ist jedoch erneut mißlungen. Kein Gesetzesanwender kann ohne die Begründung erkennen, daß § 326 I 3 RegE ein Rücktrittsrecht bei der Unmöglichkeit der Nacherfüllung gewährt und daß § 326 I 1 RegE in diesem Fall nicht anwendbar ist. Die für diesen Fall erforderliche Normierung eines eigenständigen Rücktrittsrecht gehört ohnehin nicht in § 326 I RegE, der das Schicksal der Gegenleistung regelt, sondern in § 323 RegE.⁵³

Im übrigen ist dem Entwurfsverfasser hier ein weiterer peinlicher Schnitzer unterlaufen. Nach § 218 RegE ist der Rücktritt unwirksam, wenn sich der Schuldner auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs beruft. Damit wird erreicht, daß die Gewährleistungsfristen des § 438 RegE auch für das Rücktrittsrecht, das als solches nicht verjährt, gelten. Ist der Nacherfüllungsanspruch aber nach § 275 I RegE ausgeschlossen, kann er nicht mehr verjähren. Damit wäre der Rücktritt in diesem Fall zeitlich unbegrenzt möglich.⁵⁴

Weitere Abgrenzungsprobleme ergeben sich, wenn der Käufer im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung Schadensersatz statt der Leistung verlangen will. Wie die Verweisung § 437 Nr. 3 RegE beweist, bedarf es in diesem Fall der Unterscheidung, ob die Nacherfüllung schon bei Vertragsschluß unmöglich war oder nicht. Im ersten Fall ist § 311a II RegE die richtige Anspruchsgrundlage, andernfalls §§ 280, 283 RegE.

Nur am Rande sei noch auf weitere Abgrenzungsprobleme hingewiesen: So dürfte die Unterscheidung zwischen § 439 III RegE und § 275 II RegE für die Praxis trotz der bereits oben angesprochenen umfangreichen Erläuterungen zu § 275 II RegE kaum durchzuführen sein. Ungeklärt ist überdies, wann dem Verkäufer die Nacherfüllung subjektiv unmöglich ist. Kann er sich etwa darauf berufen, er selbst sei zur Reparatur nicht in der Lage, oder ist er verpflichtet, Fachpersonal mit der Nachbesserung zu beauftragen?⁵⁵

⁵² Begründung RegE, S. 438 = BT-Drucks. 14/6040, S. 189.

⁵³ Vgl. den geplanten Antrag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 81 (Nr. 76).

⁵⁴ Vgl. auch die entsprechende Kritik des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 98 (S. 102).

⁵⁵ Vgl. nur das Parallelproblem zu Haftungs- und Erfüllungstheorie bei § 128 HGB, vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, § 128 Rn. 24.

All diese Überlegungen beweisen, daß die Anwendbarkeit des § 275 RegE auf den Nacherfüllungsanspruch das Bedürfnis des Theoretikers nach einem geschlossenen System des allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrechts befriedigen mag. Für den Rechtsanwender in der Praxis ist dieses System allerdings leider nicht mehr durchschaubar. Das Versprechen des Entwurfs, ein modernes und transparentes Recht zu schaffen, wird also nicht eingelöst. Vielmehr werden plötzlich Fälle zu „Problemfällen“, die man mit dem bisherigen BGB ohne Schwierigkeiten lösen konnte (vgl. dazu unter C).

28. Die Streichung des bisherigen § 467 S. 2 BGB ist problematisch: Nach Vorstellung der Entwurfsverfasser soll an dessen Stelle der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 284 RegE treten. Dieser Anspruch ist aber anders als § 467 S. 2 BGB verschuldensabhängig. Damit wird der Käufer gegenüber dem bisherigen Recht deutlich schlechter gestellt⁵⁶. Schließlich findet sich auch keine Regelung über den Ersatz von Kosten, die dem Verkäufer zur Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche anfallen (man denke nur an Anfahrtskosten zum Verkäufer). Ob hier etwa die bisherige Rechtsprechung zum Erfüllungsort des Wandelungsanspruchs, der beim Käufer liegen soll⁵⁷, auch noch bei der Nachbesserung Sinn macht – soll der Verkäufer mit dem Werkzeug beim Käufer anrücken? – ist zweifelhaft.
29. Die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden verliert entgegen der Auffassung des RegE keinesfalls an Bedeutung, denn den Mangelschaden kann der Verkäufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 III, 281 I 1 RegE grundsätzlich nur nach Setzung einer Nachfrist verlangen. Insoweit stellt sich noch verschärft die Frage, was unter einem Schadensersatzanspruch „statt der Leistung“ überhaupt zu verstehen ist.⁵⁸ Umfaßt dieser etwa auch den Gewinn, der dem Käufer entgangen ist, weil er mit der Sache nicht produzieren kann bzw. diese nicht gewinnbringend weiterverkaufen kann?
30. Ebenso ungeklärt ist, woraus sich ein Schadensersatz wegen Verzögerung der Nachlieferung ergibt. Handelt es sich um einen Verzögerungsschaden, der über § 280 II RegE nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RegE ersatzfähig ist, oder genügt hier als Pflichtverletzung die schuldhaft schlechte Leistung, womit der Käufer nach § 280 I RegE sofort Schadenser-

⁵⁶ Vgl. zu Sinn und Zweck des § 467 S. 2 BGB noch *Deckers*, NJW 1997, 158 ff.; zur Vorzugswürdigkeit des § 467 S. 2 BGB zugrundeliegenden Rechsgedankens gegenüber dem mit § 284 RegE angestrebten Modell vgl. auch *Altmeyen*, DB 2001, 1399, 1404 f.

⁵⁷ Vgl. dazu den Fall BGHZ 87, 109 ff.

⁵⁸ Vgl. zu dem Problem auch *Dauner-Lieb*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305, 310 ff.

satz verlangen könnte? Für letzteres scheint die Begründung⁵⁹ zu sprechen, die an dieser Stelle jedoch selbst schwankt und damit ebenfalls keine Klarheit schafft.

31. Die Regelung des Rechtskaufs in § 453 RegE ist unzureichend. So bleibt z. B. unklar, wann die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beginnt.⁶⁰ Bedenklich ist ferner, daß hiermit offensichtlich auch eine Regelung für die Probleme des Unternehmenskaufs angestrebt wird.⁶¹ Denn die Auswirkungen für die Praxis sind hier überhaupt noch nicht diskutiert worden.

V. Probleme der Rückabwicklung

32. Die angestrebte Vereinfachung des Rücktrittsrechts (§§ 346 ff. RegE) mißlingt, weil das Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften (§§ 280 ff. RegE) nicht ausreichend klargestellt wird.⁶² Diese sollen nach § 346 IV RegE jedenfalls nach Erklärung des Rücktritts im Hinblick auf die Rückgewährpflichten anwendbar sein. Weitergehend legt die Entwurfsbegründung jedoch nahe, daß sie auch schon bei Pflichtverletzungen vor Erklärung des Rücktritts anwendbar sein sollen.⁶³ Damit stellen sich jedoch die altbekannten Fragen hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs, die der Entwurf gerade beseitigen wollte.
33. Die strenge Haftung des Gegners auch bei einem von ihm nicht verschuldeten Rücktritt ist nicht angemessen. Im bisherigen Recht (§§ 636, 327 S. 2 BGB) war insoweit lediglich eine Haftung nach bereicherungsrechtlichen Regelungen vorgesehen. Dies erscheint sachgerecht und sollte beibehalten werden, zumal die Fälle eines Rücktritts ohne Verschulden des Gegners nunmehr häufiger sein werden, weil der RegE das Verschuldenserfordernis als Rücktrittsvoraussetzung gerade aufgibt.
34. Die verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Rückgewährschuldners nach § 346 II 1 Nr. 3 RegE ist überzogen. Es ist nicht zu begründen, wieso der Rückgewährpflichtige haften soll, wenn der Gegenstand nach Erklärung des Rücktritts trotz Beachtung der erforderlichen Sorgfalt untergegangen ist. Damit wird für das Rückgewährschuldverhältnis der Sache nach eine Garantiehaftung begründet, die der Entwurf in anderen Bereichen – so z. B. beim anfänglichen Unvermögen, vgl. § 311a RegE – gerade abschaffen will.

⁵⁹ Begründung RegE S. 527 = BT-Drucks. 14/6040, S. 225; vgl. zu dem Problem auch *Dauner-Lieb*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305, 310 ff.

⁶⁰ Vgl. insoweit den geplanten Änderungsantrag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 105 (Nr. 112).

⁶¹ So Begründung RegE, S. 569 = BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

⁶² So zu Recht *Kohler*, JZ 2001, 325, 326.

⁶³ Vgl. Begründung RegE, S. 454 = BT-Drucks. 14/6040, S. 195.

35. § 346 II 2 RegE ist äußerst problematisch: nach dieser Vorschrift soll an die Stelle des Wertersatzes die Gegenleistung treten, sofern sie im Vertrag bestimmt ist. Dies führt jedoch dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn die ruckzugewährende, unmöglich gewordene Leistung mangelhaft, also die Gegenleistung nicht wert ist.⁶⁴ So ist bei der Nacherfüllung folgender Fall denkbar: der Käufer zerstört die Kaufsache unter Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt. Da sich dabei ein Mangel herausstellt, verlangt er Nacherfüllung. Nach §§ 439 IV, 346 III Nr. 3, II 2 RegE muss er damit Wertersatz in Höhe des Kaufpreises leisten. Mit anderen Worten: um die Nacherfüllung zu erlangen, muss er nochmals zahlen.
36. § 346 III Nr. 3 RegE geht zu weit. Nach dieser Vorschrift entfällt die Pflicht zum Wertersatz, wenn im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Damit wird der Berechtigte auch dann privilegiert, wenn er den Rücktrittsgrund bereits kennt. Das ist nicht sachgerecht.⁶⁵
37. § 357 III 1 RegE verstößt gegen die Fernabsatzrichtlinie und ist damit europarechtswidrig. Die Vorschrift sieht vor, daß der Verbraucher bei Ausübung des Widerrufsrechts eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung zu ersetzen hat, wenn er vorher in der Form des § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Art. 6 I 1 Fernabsatzrichtlinie schreibt dagegen vor, daß die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden dürfen, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung sind. Der beinahe wortgleiche § 357 III 1 DiskE ist daher in der Literatur zu Recht als europarechtswidrig gerügt worden.⁶⁶ Der Entwurf sieht diese Kritik indes nicht als stichhaltig an und hat die – in der KF gestrichene – Regelung in den Regierungsentwurf wieder aufgenommen. Zur Begründung wird angeführt, es handele sich lediglich um eine Regelung hinsichtlich der weiteren Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts; derartige Bestimmungen seien aber nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie Sache der Mitgliedsstaaten (Begründung S. 464).⁶⁷ Damit wird die Wirkung der Regelung verharmlost. Sie wird vielfach dazu führen, daß der Verbrau-

⁶⁴ Vgl. *Hager*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429, 450 f.; vgl. auch den geplanten Änderungsvorschlag des Bundesrats, Niederschrift U A R, 18.6.01, S. 84 (Nr. 82).

⁶⁵ So auch *Hager*, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429, 436.

⁶⁶ *Brüggemeier/Reich* BB 2001, 213, 215; *Mankowski*, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, S.357, 370 f.; *Micklitz*, Diskussionsbeitrag bei *Sonja Meier* (Bericht), in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 456; vgl. auch *Hager*, ebenda, S. 429, 448.

⁶⁷ Begründung RegE, S. 464 = BT-Drucks. 14/6040, S. 199. Soweit der Entwurf dabei behauptet, die Richtlinienkonformität der angestrebten Regelung sei in der Diskussion auf der Regensburger Tagung bestätigt worden, trifft dies nicht zu. Wie ein Blick in den vom Entwurf in diesem Zusammenhang zitierten Diskussionsbericht (bei Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 455 f.) beweist, hat es in der dortigen Diskussion zwar Zweifel an der Zweckmäßigkeit der europarechtlichen Vorgabe gegeben. Die Regelung des § 357 III DiskE, der dem jetzigen § 357 III RegE entspricht, wurde jedoch allein von einem Vertreter des BMJ befürwortet.

cher sein Widerrufsrecht nicht ausüben wird, da er die Ersatzpflicht für die durch die Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung nicht tragen will. Man denke hier nur an den vom Entwurf selbst genannten Fall des Verkaufs eines neuen Kraftfahrzeugs, bei dem allein durch die Erstzulassung ein Wertverlust von etwa 20 % entsteht. Ist der Verbraucher hier zum Wertersatz verpflichtet, so wird der Verkäufer regelmäßig sein Widerrufsrecht nicht ausüben. Dies ist jedoch mit Art. 6 I 2 der Richtlinie kaum zu vereinbaren. Mit der derzeit angestrebten Regelung riskiert die Bundesrepublik Deutschland somit unabsehbare Schadensersatzansprüche betroffener Verbraucher wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung. Auf die Vorschrift sollte daher verzichtet werden.

C. Ganz einfache, praktische Fragen ...(?)

Fall 1:

V verkauft K einen Gebrauchtwagen, der, wie V wußte, einen schweren, aber nicht ohne weiteres erkennbaren Rostschaden an der Karosserie hat. Der Schaden kann behoben werden. Welche Rechte hat K?

Lösung nach altem Recht

K kann nach §§ 459 I, 462, 465 BGB wandeln und den gezahlten Kaufpreis gemäß § 346 BGB zurückverlangen. Außerdem kann er nach §§ 459 I, 462, 472 BGB mindern und den überzahlten Kaufpreis zurückverlangen. Ein Nachbesserungsanspruch gibt es nach geltendem Recht – vorbehaltlich abweichender Vereinbarung - nicht. Für den Gattungskauf sieht § 480 BGB einen Neulieferungsanspruch vor. Hier liegt jedoch ein Spezieskauf vor, ein Anspruch auf Neulieferung besteht daher nicht.

Lösung nach neuem Recht:

a. Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 439, 437 Nr. 1, 434 I 2 Nr. 2)

Das Auto ist mangelhaft nach § 434 I 2 Nr. 2 RegE, da es nicht die Beschaffenheit aufweist, die der Käufer eines Gebrauchtwagens erwarten darf. Es besteht ein Nacherfüllungsanspruch nach §§ 439, 437 Nr. 1, 434 I 2 Nr. 2 RegE. Der Käufer kann nach § 439 I RegE als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Da bei einer Stückschuld die Neulieferung von vorneherein unmöglich ist, ist der Nacherfüllungsanspruch

hier nach § 275 I RegE insoweit „ausgeschlossen“⁶⁸. Daher besteht nur ein Anspruch auf Nachbesserung.

b. Rückzahlungsanspruch nach Rücktritt (§§ 346 I, 323, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I 2 Nr. 2 RegE)

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus §§ 323, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I Nr. 2 RegE ergeben. Der dafür erforderliche Mangel nach 434 I Nr. 2 RegE liegt vor.

Ein sofortiger Rücktritt ist allerdings grundsätzlich nicht möglich. Nach § 323 I RegE kann K vielmehr grundsätzlich erst dann zurücktreten, wenn er V eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist. Eine solche Frist hat K hier nicht gesetzt.

Die Fristsetzung könnte aber nach § 323 II RegE entbehrlich sein. In Betracht kommt hier § 323 II Nr. 3 RegE. Dann müßten besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer eine Interessenabwägung den sofortigen Rücktritt rechtfertigt. Ferner könnte eine Fristsetzung nach § 440 S. 1 RegE entbehrlich sein, wenn sie dem Käufer unzumutbar wäre. Ob beim arglistigen Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer einer dieser Tatbestände – oder beide – vorliegen, ist eine reine Wertungsfrage, zu denen weder Gesetzeswortlaut noch die Begründung etwas aussagt. Der Entwurf bietet hier – wie an vielen anderen Stellen auch – nicht unmittelbar subsumtionsfähige, in ihrer Bedeutung kaum abschätzbare Generalklauseln.⁶⁹ Man kann sich hier auf den Standpunkt stellen, daß ein Käufer dem Verkäufer, von dem er schon einmal getäuscht worden ist, kein Vertrauen mehr im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Nacherfüllung entgegenzubringen braucht. Durch sein arglistiges Verhalten hat der Verkäufer zum Ausdruck gebracht, daß er nicht ordnungsgemäß erfüllen will. Man könnte auch die Auffassung vertreten, daß es dem Käufer überhaupt nicht mehr zumutbar ist, sich weiter mit dem Verkäufer abzugeben.

Denkbar wäre aber auch, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. So könnte man etwa danach differenzieren, ob dem Verkäufer der Mangel positiv bekannt war oder es sich um eine Aussage „ins Blaue hinein“ handelte, bei dem Verkäufer der Mangel zwar nicht positiv bekannt war, er diese Möglichkeit aber billigend in Kauf nahm. Da V den K hier vorsätzlich getäuscht hat, würde auch diese Abgrenzung im vorliegenden Fall zu einem Verzicht auf das Fristerfordernis führen.

Da hier dem V der Mangel positiv bekannt war, ist es naheliegend (aber nicht zwingend) ein Fristerfordernis zu verneinen. Es spricht daher viel dafür, nach § 323 II Nr. 3 RegE (und/oder § 440 S. 1, das soll an dieser Stelle nicht geklärt werden) hier einen Rücktritt ohne Fristsetzung zuzulassen. K könnte gemäß §§ 323, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I Nr. 2 RegE zurücktreten und nach § 346 den Kauf-

⁶⁸ Vgl. unter B. Nr. 27 zur Frage der Anwendbarkeit des § 275 RegE.

⁶⁹ Vgl. auch die dahingehende Kritik bei *Schapp*, JZ 2001, 583.

preis zurückverlangen. Diese Ergebnis läßt sich allerdings aus dem Gesetz nicht eindeutig ableiten, so daß die Rechtslage bei arglistigem Verschweigen eines Mangels für die Praxis noch lange Jahre unklar bleiben wird.

c. Minderung (§§ 441, 323, 437 Nr. 2 Alt. 2, 434 I 2 Nr. 2)

Da die Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht erfüllt sind, kann K auch gemäß §§ 441 I, 323, 437 Nr. 2 Alt. 2, 434 I 2 Nr. 2 RegE den Kaufpreis mindern und den überzahlten Betrag nach § 441 IV 1 RegE zurückverlangen. Auch dies setzt allerdings voraus, daß man eine Fristsetzung für entbehrlich hält.

Fall 2:

V verkauft an K einen Gebrauchtwagen. Dabei wissen beide nicht, dass es sich um einen Unfallwagen handelt. K fragt, welche Rechte ihm zustehen.

Lösung nach altem Recht

K kann nach §§ 459 I, 462, 465 BGB wandeln und den gezahlten Kaufpreis gemäß § 346 BGB zurückverlangen. Außerdem kann er nach §§ 459 I, 462, 472 BGB mindern und den überzahlten Kaufpreis zurückverlangen.

Lösung nach neuem Recht

a. Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 439, 437 Nr. 1, 434 I 2 Nr. 2 RegE

Die Voraussetzungen für einen Nacherfüllungsanspruch sind grundsätzlich erfüllt, da der Wagen als „Unfallwagen“ nach § 434 I 2 Nr. 2 RegE mangelhaft ist. Jedoch ist eine Ersatzlieferung nicht möglich, weil es sich um eine Stückschuld handelte, und auch eine Nachbesserung kann den Makel „Unfallwagen“ nicht beseitigen. Damit sind beide Formen der Nacherfüllung gemäß § 439 I RegE objektiv unmöglich. Gemäß § 275 I RegE besteht folglich kein Nacherfüllungsanspruch des K.

b. Rückzahlungsanspruch

aa. Rückzahlungsanspruch aus §§ 346 I, 326 IV RegE

Ein Rückzahlungsanspruch könnte sich zunächst aus §§ 346 I 326 IV RegE ergeben. Dann müßte K eine Leistung bewirkt haben, die nach § 326 I BGB nicht geschuldet ist. K hat an V den Kaufpreis für das Auto gezahlt. Die Pflicht zur Kaufpreiszahlung könnte indessen nach § 326 I RegE entfallen sein. Das ist dann der Fall, wenn V von seiner Leistung nach § 275 I RegE frei geworden ist. Da V sich im Kaufvertrag (vgl. § 433 I 2 RegE) zur Lieferung eines mangelfreien Einzelstücks verpflichtet hat, dieses Stück jedoch einen unbehebaren Mangel aufweist, könnte man insoweit von einer (Teil(?)-)Unmöglichkeit sprechen. Dann würde V gemäß § 275 I RegE von seiner Verpflichtung hinsichtlich der Mangelfreiheit der Kaufsache frei, während sich der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises entweder nach § 326 I 1 RegE entfele bzw. sich der Kaufpreis gemäß § 326 I 2 RegE anteilig minderte.

Wie sich indessen aus § 326 I 3 RegE ergeben soll, findet § 326 I 1 RegE auf den Fall der Schlechtlieferung keine Anwendung.⁷⁰ In diesem Fall soll der Anspruch auf die Gegenleistung also nicht (teilweise) gemäß § 326 I RegE erlöschen. Vielmehr muß der Gläubiger nach §§ 323, 326 I 3 RegE zurücktreten, um die Gegenleistung zurückfordern zu können. Aus §§ 346 I, 326 IV RegE ergibt sich daher kein Rückzahlungsanspruch des K gegen V.

bb. Rückzahlungsanspruch nach Rücktritt, §§ 346 I, 323 I, 326 I 3, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I 2 Nr. 1 RegE

Ein Rückzahlungsanspruch des K gegen V könnte sich dann aber aus §§ 346 I, 323 I, 326 I 3, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I 2 Nr. 1 RegE ergeben. Dann müßte K wirksam den Rücktritt erklärt haben. Grundsätzlich verlangt dies nach § 323 I RegE wieder den fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist, an der es hier fehlt und die aber auch keinen Sinn macht, da V wegen § 275 I RegE gar nicht zur Nacherfüllung verpflichtet ist. Nach § 326 I 3 RegE ist – freilich an systematisch fragwürdiger Stelle – dann auch eine Fristsetzung im Falle der Schlechtleistung entbehrlich, wenn die Nacherfüllung – wie hier – unmöglich ist. K braucht deshalb keine Frist zu setzen. Er kann sofort zurücktreten und aus §§ 346 I, 323 I, 326 I 3, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I 2 Nr. 2 RegE Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

c. Minderung

Weil die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts erfüllt sind, kann K schließlich auch gemäß §§ 441 I, 323 I, 437 Nr. 2 Alt. 2, 434 I 2 Nr. 2 RegE die Minderung erklären und den überzahlten Betrag nach § 441 IV RegE zurückverlangen.

⁷⁰ Vgl. hierzu auch die Begründung RegE, S. 438 = BT-Drucks. 14/6040, S. 189, und die Kritik daran unter B. Nr. 27.