

Zehn Jahre Schuldrechtsreform

Von RiBGH Prof. Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch, Karlsruhe/Berlin*

Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts¹ ist das neue Schuldrecht Alltag geworden. Der Erwartung des Gesetzgebers entsprechend² haben Rechtsanwender und Gerichte bei der Anwendung der neuen Vorschriften auf Rechtsprechung und Literatur zum früheren Recht zurückgegriffen. Das hat die Umstellung sehr erleichtert. Der eine oder andere „falsche Freund“ blieb dabei aber unbemerkt. Beidem soll in dem nachfolgenden Beitrag nachgegangen werden. Der Verf. betrachtet nacheinander die vier großen Teile des Gesetzes, stellt heraus, was ihre wesentlichen Regelungsanliegen waren, und geht dann der Frage nach, wie die Regelungen in der Praxis „angekommen“ sind und welche Anwendungsprobleme sich ergeben haben.

I. Verjährungsrecht

1. Neuerungen

a) Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist

Das zentrale Anliegen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts war die Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist. Sie betrug nach § 195 BGB a.F. 30 Jahre und war für die meisten Ansprüche viel zu lang. Das führte dazu, dass für die Mehrzahl der Ansprüche kürzere Verjährungsfristen durch Sondervorschriften eingeführt wurden. Am Ende hatte sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Die Verjährungsfrist von 30 Jahren war nur noch auf dem Papier die regelmäßige Verjährungsfrist. In Wirklichkeit war sie zur Reserveverjährungsfrist geworden, die nur noch dann eingriff, wenn es keine Sondervorschriften gab. Aber auch das war unangemessen, weil dieses Regelungsmuster zu Verwerfungen im Verjährungsrecht führte. Kleine Änderungen im rechtlichen Ansatz führten dazu, dass der Anspruch nicht mehr der geregelten Sonderverjährung unterlag, sondern eben dieser allgemeinen Verjährungsfrist. Die Diskrepanz zwischen beiden Fristen war sachlich regelmäßig nicht zu rechtfertigen und verführte auch dazu, im Interesse des Gläubigers Lösungen zu suchen, die zu Ansprüchen führte, die der regelmäßigen Verjährungsfrist unterlagen.³ So erklärt sich etwa die Tendenz im früheren Kauf- und Werkvertragsrecht, dem unzureichenden Gewährleistungsrecht mit seinen viel kurzen Fristen auszuweichen und eine Anspruchsgrundlage in CIC oder PFV zu suchen, für die mangels gesetzlicher Regelung die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 195 BGB a.F. galt. Das wesentliche Anliegen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im Bereich des Verjährungsrechts ging deshalb dahin, die regelmäßige Verjährungs-

frist wieder zu einer wirklich regelmäßigen Verjährungsfrist zu machen. Das machte es erforderlich, sie so zu kürzen, dass sie wirklich für die Mehrzahl der Ansprüche geeignet war. Das dazu von der Schuldrechtskommission vorgelegte Modell einer dreijährigen Verjährungsfrist, deren Lauf mit dem Entstehen beginnen sollte,⁴ erwies sich aber als ungeeignet. Der frühe Zeitpunkt des Verjährungsbeginns führte dazu, dass zahlreiche Ansprüche verjährt waren, bevor ihr Gläubiger überhaupt bemerkt hatte, dass ihm ein solcher Anspruch zustand. Im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁵ wird deshalb vorgesehen, die frühere Verjährungsfrist für deliktische Ansprüche in § 852 BGB für alle Ansprüche als normale Verjährungsfrist einzuführen.⁶ Dieses Modell entspricht inhaltlich den Principles of European Contract Law⁷ und Art. 180 Abs. 1 des am 11.10.2011 vorgelegten Vorschlags der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.⁸ Den Lauf der regelmäßigen Verjährungsfrist mit der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners beginnen zu lassen, birgt zwar gewisse Ermittlungsschwierigkeiten. Sie spielen aber nur eine Rolle, wenn streitig ist, in welchem Jahr die für den Beginn der Verjährung maßgeblichen Umstände eingetreten sind und in dem der Gläubiger hiervon Kenntnis erlangt oder grob fahrlässig nicht erlangt hat.⁹ Auf den genauen Zeitpunkt in dem betreffenden Jahr kommt es nach dem Einleitungshalbsatz von § 199 Abs. 1 BGB (sog. Ultimo-Verjährung) dagegen nicht an. Mit den verbleibenden Schwierigkeiten würde, so meinte der Gesetzgeber, die Praxis dank ihrer Erfahrung mit den gleich strukturierten Vorschriften des § 852 BGB a.F. und des § 12 ProdHaftG zurechtkommen.¹⁰

b) Umstellung von Unterbrechung auf Hemmung

Eine zweite wesentliche Schwäche des früheren Verjährungsrechts bestand darin, dass zahlreiche Tatbestände, die auf den

* Der Verf. hat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts als zuständiger Referatsleiter im BMJ betreut. Er ist Mitglied des V. Zivilsenats des BGH und Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138.

² Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281 (2287).

³ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 107: Vorbemerkungen zu §§ 199 bis 201.

⁴ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 46.

⁵ Der Entwurf ist wortgleich von der Bundesregierung in BT-Drs. 14/6857 und von den Fraktion der Regierungskoalition in BT-Drs. 14/6040 eingebracht worden. Verabschiedet worden ist der Fraktionsentwurf in BT-Drs. 14/7052. Der Regierungsentwurf ist in BT-Drs. 14/7100 für erledigt erklärt worden. Die Gegenäußerung des Bundesrats enthält die Drucksache mit dem Regierungsentwurf in BT-Drs. 14/6857, S. 6 ff.

⁶ In BT-Drs. 14/6040, S. 102 f.

⁷ Zimmermann, ZEuP 2001, 217 (220). Der Text der Principles für das Verjährungsrecht ist in deutscher Übersetzung abgedruckt in: ZEuP 2001, 400.

⁸ KOM (2011) 635 endgültig = COD 2011/0284 = BR-Drs. 617/11.

⁹ Beschlussempfehlung zum SchuRModG in BT-Drs. 14/7052, S. 180.

¹⁰ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 104 f.

Lauf der Verjährungsfrist Einfluss haben sollten, als Unterbrechungstatbestände ausformuliert waren. Ihr Eintritt führte dazu, dass die laufende Verjährungsfrist nicht nur gehemmt wurde, sondern nach Ablauf einer Hemmungsphase vollständig neu zu laufen begann. Das erwies sich als unzweckmäßig. Die Rechtsfolge eines Neubeginns der Verjährung führte in der Mehrzahl der Fälle zu einer unangemessenen Benachteiligung des Schuldners. Den Interessen des Gläubigers würde namentlich bei Klage und ähnlichen verfahrensbezogenen Hemmungstatbeständen ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass die Verjährungsfrist angehalten wird.¹¹ Einen zusätzlichen Neubeginn der Verjährung braucht er nicht.

c) Aufgabe des Verlängerungsverbots

Die letzte wesentliche Neuerung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im Bereich des Verjährungsrechts besteht in der Aufgabe des Verlängerungsverbots. Nach früherem Recht (§ 225 S. 1 BGB a.F.) durfte die Verjährungsfrist nicht verlängert werden. Dieses Verlängerungsverbot kannte bei den extrem kurzen Verjährungsfristen im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht Ausnahmen. Es stellte sich aber die Frage, weshalb es überhaupt bestand und weshalb den Parteien nicht grundsätzlich die Freiheit gegeben werden sollte, Vereinbarungen über die Länge und den Lauf der Verjährungsfrist zu treffen. Im Sinne der Vertragsfreiheit wäre dies zu bejahen. Der Gesetzgeber hat sich im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit der Einführung von § 202 BGB für die Vertragsfreiheit entschieden.¹² Dieser Paradigmenwechsel kommt in der Vorschrift nur indirekt zum Ausdruck. Sie erlaubt Vereinbarungen über die Verjährung in jeder Form, vorausgesetzt, sie führen nicht zu einer Verjährungsfrist, die länger ist als 30 Jahre.

2. Ergebnisse im Bereich Verjährungsrecht

a) Gesetzgebung

aa) Verjährungsanpassungsgesetz vom 9.12.2004

Im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts wird das neue Verjährungskonzept geregelt. Es werden auch schon wesentliche Verjährungsvorschriften innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs und in anderen Gesetzen an dieses neue System angepasst. Eine vollständige Umstellung der Verjährungsfristen sieht das Gesetz dagegen nicht vor. Dies hätte das Vorhaben mit zahlreichen Sonderfragen belastet und unter Umständen sogar gefährdet. Deshalb hat sich der Gesetzgeber entschlossen, zunächst das neue System einzuführen und in einem weiteren Schritt die Verjährungsfristen an dieses System anzupassen. Diese Anpassung ist in zwei Schritten vorgenommen worden. In einem ersten Schritt hat der Gesetzgeber mit dem Verjährungsanpassungsgesetz vom 9.12.2004¹³ nahezu alle besonderen Verjährungsfristen an das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz angepasst, soweit dafür Bedürfnis bestand und soweit dies nicht von früheren Geset-

zen geschehen ist.¹⁴ Dieses Gesetzgebungsvorhaben ist völlig „geräuschlos“ abgelaufen. Das zeigt, wie reibungslos das neue Verjährungsrecht in der Praxis angenommen worden ist.

bb) Erbrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009

Im Verjährungsanpassungsgesetz hat der Gesetzgeber die Fristen für erbrechtliche Ansprüche unverändert bei 30 Jahren belassen. Grund dafür war die Überlegung, dass im Erbrecht ohnehin eine Reihe wesentlicher Sachänderungen geplant waren und bei dieser Gelegenheit auch überprüft werden sollte, ob erbrechtliche Ansprüche weiterhin auf Dauer einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegen sollten. Diese Prüfung hat zu dem Ergebnis geführt, dass dies weitgehend entbehrlich ist und im Grunde genommen nur noch die erbrechtlichen Herausgabeansprüche einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegen müssen. Die entsprechenden Änderungen hat das Erbrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009¹⁵ vorgenommen.

b) Paradigmenwechsel im Verjährungsrecht

aa) Aufgabe des Verlängerungsverbots

Die Aufgabe des Verlängerungsverbots stellt nicht nur eine bloße technische Änderung dar, in deren Folge den Parteien solche Vereinbarungen jetzt grundsätzlich möglich sind. Sie bedeutet vielmehr auch einen grundlegenden Paradigmenwechsel. Die Auslegung des früheren Verjährungsrechtes war von dem Verlängerungsverbot geprägt. Stets wurde darauf geachtet, ob die eine oder andere Auslegung dem möglichen Bestreben der Beteiligten Vorschub leistet, Unterbrechungs- oder Hemmungstatbestände oder Regelungen über die Berechnung der Verjährungsfrist dazu zu missbrauchen, eine an sich verbotene Verlängerung zu erreichen. Das Verlängerungsverbot war deswegen auch eine Auslegungsmaxime. Diese Maxime ist entfallen und müsste dazu führen, dass die Auslegung der Hemmungstatbestände nicht mehr von dem grundsätzlichen Verlängerungsverbot, sondern, ganz im Gegenteil, davon geprägt ist, dass Verlängerungen grundsätzlich zulässig sind.

bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis bei Hemmung und Neubeginn

Auch die Umwandlung der Unterbrechungstatbestände früheren Rechts in Hemmungstatbestände geht über eine bloße formale Rechtsänderung hinaus. Diese Tatbestände lösten zwar ähnlich wie im früheren Recht auch eine Hemmung der Verjährung aus. Das Gesetz sprach von der „Dauer der Unterbrechung“. Nach dem Ablauf der Hemmung beginnt die Verjährung aber heute, anders wie früher, nicht aufs Neue. Vielmehr läuft die restliche Verjährungsfrist nach dem Ende der Hemmung weiter. Auch das ist ein nicht zu unterschätzender Paradigmenwechsel. Die Auslegung der ansonsten weitgehend unverändert als Hemmungstatbestände über-

¹¹ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 113.

¹² Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 110.

¹³ BGBI. I 2004, S. 3214.

¹⁴ Ein Beispiel ist die Aufhebung der Sonderverjährungsfrist für die Haftung von Wirtschaftsprüfern in § 51a WiPrO a.F. durch Gesetz vom 1.12.2003, BGBI. I 2003, S. 2446.

¹⁵ BGBI. I 2009, S. 3142.

nommenen Unterbrechungstatbestände war unter altem Recht sehr streng, weil sie neben der Hemmung auch den Neubeginn auslösten. Einer solchen strengen Auslegung bedarf es jetzt nicht mehr, weil diese Tatbestände heute nur noch zur Hemmung führen und den Neubeginn gerade nicht mehr auslösen. Markantes Beispiel hierfür ist die Hemmung der Verjährung durch Stellung eines PKH-Antrags. Auch sie löste unter altem Recht den Neubeginn der Verjährung aus. Deswegen legte die Rechtsprechung großen Wert darauf, Missbräuche, die durch Stellung von unbegründeten oder unzulässigen PKH-Anträgen möglich sind, zu verhindern. Das führte beispielsweise zu dem Postulat, dass eine Unterbrechung der Verjährung durch einen PKH-Antrag nur ausgelöst wurde, wenn diesem alle zur Prüfung der Bedürftigkeit erforderlichen Unterlagen beigelegt waren.¹⁶ Das ist unter neuem Recht nicht mehr nötig. Im neuen Recht löst der PKH-Antrag die Hemmungswirkungen unabhängig davon aus, ob er zulässig, vollständig und begründet ist. Um Missbräuchen entgegenzutreten, hat der Gesetzgeber bestimmt, dass nur der erste PKH-Antrag zu einer Hemmung der Verjährung führt. Es liegt dann am Gericht, einen offensichtlich unbegründeten PKH-Antrag möglichst rasch zurückzuweisen und die durch ihn ausgelöste Hemmung der Verjährungsfrist möglichst rasch wieder zu beenden.

cc) Verjährungsregelungen als Aufgabe der Kautelarpraxis

Die Aufgabe des Verlängerungsverbots hat die Kautelarpraxis vor eine neue Aufgabe gestellt. Unter früherem Recht lohnten Vereinbarungen über die Länge und den Ablauf der Verjährungsfrist kaum. Sie waren nur in eingeschränktem Umfang möglich. Das ist unter neuem Recht anders. Das neue Recht erlaubt solche Vereinbarungen. Mit Regelungen über die Länge der Verjährungsfrist hätte sich etwa auch das mit § 196 BGB geregelte Sonderproblem der Verjährung von Ansprüchen lösen lassen, die auf die Begründung oder die Aufgaben von dinglichen Rechten an Grundstücken gerichtet sind. In diesem speziellen Bereich hat die Kautelarpraxis die ihr neu zugewachsene Aufgabe bereits erfasst. In zahlreichen Notarverträgen wird die Verjährungsfrist aus § 196 BGB etwa für den Anspruch auf Übertragung oder Löschung eines zur Sicherheit bestellten Grundpfandrechts auf 30 Jahre verlängert. Im Übrigen sind Vereinbarungen über Länge und Berechnung der Verjährungsfrist aber tendenziell noch eher selten. Das sollte sich ändern. Der Gesetzgeber ist bei der Abfassung der neuen Verjährungsrechtsvorschriften von der Regelungsfreiheit der Parteien nach § 202 Abs. 1 BGB ausgegangen. Es obliegt deshalb den Parteien, ihren spezifischen Bedürfnissen entsprechende Regelungen treffen, wenn die gesetzlichen Regelungen zu pauschal sind oder im konkreten Einzelfall nicht passen. Dem sollte die Kautelarpraxis Rechnung tragen, den Vereinbarungsbedarf prüfen und die notwendigen Abweichungen von und Ergänzungen zu den gesetzlichen Regelungen vorschlagen.

¹⁶ Dazu Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 116.

c) „Falsche Freunde“

aa) Verjährungsverzicht vor Ablauf der Verjährung

Ein Verjährungsverzicht war nach früherem Recht vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht möglich. Er diente nämlich dazu, das Verlängerungsverbot zu umgehen. Diese Rechtsprechung hat unter neuem Recht ihre Berechtigung verloren.¹⁷ Das neue Recht verbietet die Verlängerung und andere Regelungen über die Verjährungsfrist nicht. Deshalb darf auf die Einrede der Verjährung auch schon vor Ablauf der Verjährungsfrist verzichtet werden.¹⁸

bb) Verjährungshemmung bei Stillstand des Verfahrens

Ein Klageverfahren hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung. Die Hemmung dauert nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB so lange an, bis das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Wird das Verfahren allerdings nicht mehr weiter betrieben, so endet die Verjährung nach § 204 Abs. 2 S. 2 BGB vorzeitig, nämlich dann, wenn die letzte Verfahrenshandlung vorgenommen worden ist. Unter altem wie unter neuem Recht stellt sich die Frage, ob das Ende der verjährungshemmenden Wirkung eines Klageverfahrens in allen Fällen angenommen werden kann, in denen das Verfahren zunächst zum Ruhen gebracht worden ist. Unter früherem Recht hat die Rechtsprechung eine Ausnahme für den Fall anerkannt, dass es für den Stillstand des Verfahrens einen triftigen Grund gibt,¹⁹ und für den Fall, dass die Verfahrensleitung ausschließlich beim Gericht liegt, das für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen hatte.²⁰ Daran hält der BGH unter neuem Recht fest.²¹ Der Grund für das Erfordernis eines triftigen Grundes war allerdings unter altem Recht das Bestehen des Verjährungsverbots.²² Ein Verfahren einfach ruhen zu lassen, konnte ohne Vorliegen triftiger Gründe nur bedeuten, dass die Parteien das Verjährungsverbot dadurch umgehen wollten, dass sie zwar ein Klageverfahren angestrengt hatten, dieses aber nicht betrieben. Bei Annahme eines triftigen Grundes war dieses Argument widerlegt. Unter neuem Recht kommt es auf diesen Gesichtspunkt nicht mehr an, weil es unter neuem Recht das Verlängerungsverbot nicht mehr gibt. Unter neuem Recht bietet es sich eigentlich eher an zu fragen, ob das Verfahren seitens der Parteien oder seitens des Gerichts nicht betrieben wird. Wenn das Gericht das Verfahren nicht mehr betreibt, sei es, weil es keine Verfahrenshandlung vornimmt, sei es, weil es das Verfahren, wenn auch auf Antrag der Parteien, förmlich zum Ruhen gebracht hat, dann ist das Verfahren aber gleichwohl noch anhängig. Anders liegt es dann, wenn die Parteien selbst ohne Einschaltung des Gerichts einfach nichts mehr unternehmen und das Verfahren faktisch ruhen lassen. Dann ist es ihre Aufgabe, die Folgen dieses Ruhens eigenständig zu regeln, wozu sie

¹⁷ Dazu: *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 202 Rn. 15.

¹⁸ BGH ZIP 2007, 2206 (2207 Rn. 15).

¹⁹ BGH NJW 2001, 218 (219).

²⁰ BGH NJW-RR 2005, 606 (607).

²¹ BGH NJW 2009, 1598 (1600 Rn. 27).

²² BGH NJW 2001, 218 (219).

nach § 202 BGB aber auch berechtigt sind. Parteien, die triftige Gründe haben, so zu verfahren, wird es regelmäßig ein Leichtes sein, eine Hemmung der Verjährung nach § 202 BGB zu vereinbaren. Ich plädiere deshalb dafür, im Fall des Ruhens des Verfahrens nicht mehr nach den triftigen Gründen, sondern danach zu fragen, wer das Verfahren zum Ruhen gebracht hat, ob es das Gericht war oder die Parteien selbst. Im letzteren Fall sollte das Verfahren beendet sein, im ersten aber nicht.²³ Das entspricht im Ergebnis der einen der bislang anerkannten Ausnahmen, nämlich dem Verbleib der Verfahrensleitung bei dem Gericht.

II. Allgemeines Schuldrecht

1. Neuerungen im allgemeinen Schuldrecht

a) Entkopplung der Unmöglichkeit vom Verschulden

Eines der wesentlichen Anliegen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im allgemeinen Teil des Schuldrechts war die Entkopplung der Regelungen über die Leistungsbefreiung im Fall der Unmöglichkeit vom Verschulden. § 275 BGB a.F. sah vor, dass der Schuldner von der unmöglichen Leistung nur befreit ist, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Diese Regelung bedeutete im Umkehrschluss, dass der Schuldner einer Primärleistung nicht befreit ist, wenn diese zwar unmöglich ist, er das aber zu vertreten hat. Sinnvoll war dieses Ergebnis nicht.²⁴ Denn eine unmögliche Leistung wird nicht dadurch möglich, dass der Schuldner den Umstand zu vertreten hat, der ihre Erbringung unmöglich macht. Sie bleibt vielmehr unabhängig von der Frage des Vertretenmüssens unmöglich. Es kann nur um die Frage gehen, ob der Schuldner, der die Leistungsbefreiung durch die Möglichkeit der Primärleistung selbst herbeigeführt hat, auf Schadensersatz haftet. Das spiegelt sich im heutigen § 275 BGB wider, der jedenfalls im Prinzip nicht mehr auf ein Vertretenmüssen abstellt. Dieses wird in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB als Abwägungsgesichtspunkt mitberücksichtigt, spielt aber für die eigentliche Leistungsbefreiung keine Rolle. Eine unmögliche Leistung muss nicht erbracht werden.

b) Pflichtverletzung als Leistungsstörung

Das zweite wichtige Anliegen der Schuldrechtsmodernisierung im Bereich des allgemeinen Schuldrechts ist die Vereinheitlichung und Umstellung der Haftungstatbestände. Das frühere Recht unterschied bei den Leistungsstörungen nach den Leistungsstörungsarten. Für die Leistungsstörung Unmöglichkeit galten andere Regelungen als für die Leistungsstörung Verzug. Die praktisch weitaus wichtigste Leistungsstörung, nämlich die Schlechtleistung, war im Gesetz überhaupt nicht geregelt. Auf sie wurden die Vorschriften über die anderen beiden Leistungsstörungen entsprechend angewandt, die aber eben teilweise größere Unterschiede aufwiesen. Erforderlich war dabei auch eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten. Denn die geltenden Regelungen betrafen nur die Hauptleistungspflichten, nicht aber die Nebenleistungspflichten, deren Verletzung sich

wiederum nach nicht gesetzlich festgelegten, sondern von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen richtete. Dieses System entsprach nicht dem internationalen Standard und ist heute überholt. Dem internationalen Standard entspricht es, nur noch auf die Pflichtverletzung abzustellen und dabei auch grundsätzlich nicht zu unterscheiden, ob es sich um die Verletzung von Haupt- und Nebenleistungspflichten handelt. Davon geht das Leistungsstörungsrecht etwa des CISG aus. Darauf baut die die sog. Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie der EU²⁵ auf. Auch die Regelungsvorschläge im DCFR²⁶ und in Art. 159 des Vorschlags der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gehen auf dieses Konzept zurück. Das bedeutet nicht, dass sich, je nach der Art der Pflichtverletzung, doch gewisse Unterschiede ergeben können. Sie spielen aber nur eine Rolle für die aus der Verletzung gezogenen Schlussfolgerungen, also für den Haftungsumfang, nicht aber für den Haftungsgrund. Das BGB sieht deshalb mit § 280 Abs. 1 BGB eine allgemeine Anspruchsgrundlage für die Haftung wegen Pflichtverletzungen vor. Die Norm wird lediglich in § 311a Abs. 2 BGB für den Sonderfall des Schadensersatzes statt der Leistung bei einem Vertrag ergänzt, bei dem eine Leistung von Anfang an unmöglich ist. Diese Ergänzung ist konzeptionell angepasst an § 280 BGB und soll einer konstruktiven Schwierigkeit begegnen: § 280 BGB setzt voraus, dass der Schuldner die ihm aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Pflichten verletzt hat. Bei einem Vertrag, dessen eine Leistung von Anfang an nicht erbracht werden kann, kann dem Schuldner aber dieser Vorwurf nicht gemacht werden. Denn er war ja wegen der Unmöglichkeit der Leistung von Anfang an nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zu dieser Leistung verpflichtet. Zum Vorwurf gemacht werden kann ihm nur, dass er sich trotzdem zu der Leistung verpflichtet hat. Das soll § 311a Abs. 2 BGB klarstellen.²⁷ Im Übrigen aber ist die zentrale Haftungsnorm für die vertragliche oder die quasi-vertragliche Haftung § 280 Abs. 1 BGB. Die Norm greift immer ein, gleichgültig, welche Art von Pflicht verletzt worden ist. Eine Unterscheidung trifft die Norm in den Absätzen 2 und 3 BGB nach der Art des Schadens, der auf Grund der Pflichtverletzung geltend gemacht werden soll.

Geht es darum, einen Verzögerungsschaden geltend zu machen, soll die Haftung nicht nur von der Pflichtverletzung, also von der Nichtleistung trotz Fälligkeit der Leistung, abhängen, sondern davon, dass der Schuldner in Verzug gesetzt worden ist. Der Grund dafür liegt in Folgendem: Bei der Verletzung seiner eigentlichen Leistungspflicht ist für den Schuldner von Anfang an klar, was er nach dem Schuldverhältnis zu leisten hat. Deshalb kann die Nichterfüllung dieser Verpflichtung auch ohne weiteres zur Haftung führen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Besteht

²³ Schmidt-Räntsch (Fn. 17), § 204 Rn. 54 f.

²⁴ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 127.

²⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999 Nr. L 171, S. 12.

²⁶ Von Bar/Clive/Schulte-Nölke, Draft Common Frame of Reference, 2008, Rule III – 3.101.

²⁷ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 165 f.

die Pflichtverletzung allerdings nur in der Verletzung zeitlicher Vorgaben, ist es anders. Nach § 271 BGB muss der Schuldner nicht sofort leisten. Vielmehr kann die Leistung lediglich sofort von ihm gefordert werden. Es bedarf also eines Zeichens des Gläubigers, dass er die Leistung jetzt verlangt.²⁸ Dieses Zeichen sind die Mahnung und ihre Surrogate.

Schadensersatz statt der Leistung ist nach § 280 Abs. 3 BGB nur geschuldet, wenn zusätzlich die Voraussetzungen von §§ 281, 282 oder 283 BGB vorliegen. Als Grund dafür wird gerne angeführt, dass diese Art von Schadensersatz zur Liquidation des Vertrags führt und nur unter den Bedingungen des Rücktritts zulässig sein soll. Richtig ist das, wenn es um den Schadensersatz statt der ganzen Leistung geht. Denn dann wird der alte Vertrag insgesamt nicht mehr durchgeführt. Der Gläubiger verschafft sich die Leistung von anderer Seite oder nimmt von seinem Vorhaben Abstand und liquidiert noch seinen Begleitschaden. Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist aber keineswegs der einzige und auch nicht der Fall des Schadensersatzes statt der Leistung, den sich der Gesetzgeber als Regelfall vorgestellt hat. Der Ausgangsfall des Gesetzes ist eigentlich der Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils, also etwa die Kosten einer Reparatur der Kaufsache, die der Verkäufer nicht reparieren will. Hier wird der Vertrag nicht liquidiert. Er bleibt vielmehr grundsätzlich erhalten. Der Schuldner verliert aber die Möglichkeit, den ausgefallenen Teil seiner Leistung nachträglich doch noch zu erbringen und sich seinen Entgeltanspruch insoweit zu erhalten. Das kommt einer Teilliquidation durchaus nahe und rechtfertigt Bedingungen, die denen für den Rücktritt vergleichbar sind.

c) *Recht zur zweiten Andienung*

Den Rücktritt vom Vertrag und den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung macht das Gesetz davon abhängig, dass der Gläubiger dem Schuldner die Möglichkeit gegeben hat, die Leistung oder ihren fehlenden Teil nachzuholen. Das spiegelt sich in den aufeinander abgestimmten Tatbeständen der §§ 323, 324 und 326 BGB einerseits und der §§ 281, 282 und 283 BGB andererseits. Entbehrlich sein soll die zweite Chance für den Schuldner nur, wenn der Schuldner die zweite Chance ablehnt, § 282 Abs. 2, § 323 Abs. 2 BGB, wenn es nicht um die Erbringung der vertragsgemäßen Leistung, sondern um die Verletzung von Schutzpflichten geht, §§ 282, 324 BGB, oder wenn die Leistung unmöglich geworden ist (§§ 283, 326 BGB).

d) *Ius variandi des Gläubigers*

Nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. konnte der Gläubiger dem Schuldner eines gegenseitigen Vertrages bei Ausbleiben der Leistung eine Frist setzen. Diese Fristsetzung war mit einer Ablehnungsandrohung zu verbinden und hatte zur Folge, dass der Gläubiger bei erfolglosem Verstreichen der Frist nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber Erfüllung verlangen konnte. Diese Regelung erwies sich als ungünstig. Der Gläubiger war nämlich gezwungen, sich zu einem Zeit-

punkt gegen die Erfüllung zu entscheiden, zu dem er noch gar nicht wusste, welche Entscheidung aus seiner Sicht vernünftig ist. Ein einfacher Beispielfall mag sein Dilemma verdeutlichen:

Nehmen wir an, A habe den Kunststuckateur S beauftragt, den Fassadenstück an seinem denkmalgeschützten Altbau zu erneuern. Obwohl S ihm in Aussicht gestellt hat, er werde die Angelegenheit gleich angehen, geschieht nichts.

Nach altem Recht hatte A nur die Möglichkeit, nichts zu tun oder dem S eine Frist zu setzen und diese Fristsetzung mit einer Ablehnungsandrohung zu verbinden. Die Folge einer weiteren Fristversäumung war dann aber, dass er von S die Erfüllung nicht mehr verlangen konnte (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Er hätte von ihm Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können, der dem Schadensersatz statt der Leistung gleichkommt. Das nützt ihm aber nichts, wenn er keinen anderen handlungswilligen Schuldner findet. Denn dann kann er seinen Schaden gar nicht darstellen und kommt erst recht nicht zur Erfüllung seines Anspruchs. Das Beispiel zeigt: Es gibt Fälle, in denen es trotz erfolgter Fristsetzung sinnvoll ist, zunächst doch auf Erfüllung zu klagen. Diesem Anliegen trägt § 281 Abs. 4 BGB Rechnung. Er bestimmt, dass der Erfüllungsanspruch erst ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger nicht nur eine Frist gesetzt hat, sondern auch Schadensersatz statt der Leistung verlangt oder, § 346 Abs. 1 BGB, von dem Vertrag tatsächlich zurücktritt und so die Leistungspflicht des Schuldners beendet.²⁹ Im Gesetzgebungsverfahren ist diskutiert worden, dass das den Schuldner vor die Schwierigkeit stellt, sich auf zunächst nicht bestimmte Zeit leistungsbereit zu halten. Den Gesetzgeber hat das nicht überzeugt, weil der Schuldner, der leistungsbereit ist, seine Leistung ja auch sofort erbringen kann.³⁰ Es erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, in dieser Lösung eine entscheidende Schwäche des Leistungsstörungenrechts zu sehen.³¹

e) *Verschuldensunabhängiges Rücktrittsrecht*

Das Recht zum Rücktritt wegen der Verletzung der Pflichten aus einem gegenseitigen Vertrag hing nach früherem Schuldrecht davon ab, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hatte. Das ist nach §§ 323, 324 und 326 Abs. 5 BGB nicht mehr der Fall. Damit will der Gesetzgeber eine Angleichung an das CISG erreichen, das den Rücktritt vom Vertrag in diesen Fällen ebenfalls nicht von einem Verschulden des Schuldners abhängig macht. Dahinter steht ein Sachargument. Die Leistung wird bei dem gegenseitigen Vertrag um der Gegenleistung willen versprochen. Bleibt sie – auf Dauer – aus, entfällt damit auch die Grundlage für die Gegenleistung. Deshalb stellt das geltende Recht nicht mehr darauf ab, wer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, sondern darauf, ob der Schuldner eine Chance, die Leistung noch zu erbringen, nicht wahrgenommen hat (§ 323 Abs. 1 BGB), nicht

²⁹ BGH NJW 2006, 1198 (1199 Rn. 17, 19).

³⁰ Beschlussempfehlung in BT-Drs. 14/7052, S. 185 gegen Entwurfsbegründung zu § 281 Abs. 1 S. 2 BGB-RegE in BT-Drs. 14/6040, S. 139.

³¹ So aber *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 70a.

²⁸ BGHZ 181, 317 (323 f. Rn. 17 f.).

verdient (§§ 323 Abs. 2, 324 BGB) oder nicht braucht, weil die Leistung nicht erbracht werden kann (§ 326 Abs. 5 BGB). Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist und eine Aufgabe des Vertrags unverhältnismäßig wäre.

f) Schadensersatz neben dem Rücktritt

Rücktritt schloss nach früherem Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus. Einen inhaltlichen Grund gab es hierfür nicht. Trat der Gläubiger nämlich nicht zurück, sondern verlangte er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, konnte er nicht nur Ersatz seines Schadens, sondern inhaltlich daneben auch einen Rücktritt erreichen. Er durfte seinen Schaden nämlich auch in der Form des sog. großen Schadensersatzes berechnen und dazu die erhaltene Leistung zur Verfügung stellen und seinen Gesamtschaden verlangen.³² Sein Rückabwicklungsanspruch hing also von der Formalie ab, ob er – unbedacht – den Rücktritt erklärt oder – bedacht – Schadensersatz verlangte. Die Ansprüche von einer solchen Formalien abhängig zu machen, erschien nicht sachgerecht. In Anlehnung an Art. 45 Abs. 2 CISG hat der Gesetzgeber diese Entscheidung mit § 325 BGB revidiert.

g) Integration von Rechtsinstituten extra codicem

Ein letztes wesentliches Anliegen war es, wichtige Rechtsinstitute, die das BGB damals nicht geregelt hatte, die aber von der Rechtsprechung entwickelt worden waren, in das BGB zu integrieren. Dahinter stand die Überlegung, dass das BGB als Zivilrechtskodex jedenfalls die wesentlichen Rechtsinstitute des Privatrechts enthalten sollte.³³

2. Ergebnisse im Bereich des allgemeinen Schuldrechts

a) Unmöglichkeit

aa) Befund

Die Entkopplung der Regelungen über die Leistungsbefreiung wegen Unmöglichkeit in § 275 BGB vom Vertretenmüssen hat in der Praxis relativ schnell die ihr zugeordnete Wirkung gezeigt. Das betrifft insbesondere die Regelung über die Einrede wegen unverhältnismäßigen Aufwandes in § 275 Abs. 2 BGB. Anlass war die Haftung des Störers aus § 1004 Abs. 1 BGB. Sie führt nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur dazu, dass der Störer die unmittelbare Störung beseitigen muss. Er muss vielmehr auch den zuvor vorhandenen Zustand wiederherstellen. Wächst also ein zu nah an die Grenze gesetzter Baum unter der Grenze hinweg und hebt er beim Nachbarn Platten hoch, dann kann der Nachbar als Beseitigung der Störung nicht nur die Beseitigung der Wurzeln verlangen, die die Platten anheben. Vielmehr müssen die hochgehobenen und zur Entfernung der Wurzel aufgenommenen Platten auch wieder neu verlegt werden.³⁴ So verstanden kann der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB schnell einen erheblichen Aufwand verursachen. Es liegt deshalb nahe, die

Frage zu stellen, ob der Schuldner bei extremem Aufwand von seiner Leistung befreit ist. In der Vergangenheit hatte sich die Rechtsprechung in solchen Fällen durch die entsprechende Anwendung von § 251 BGB beholfen.³⁵ Diese Vorschrift betrifft allerdings an sich nur das Schadensrecht und dort die Schadenshöhe. Der Gedanke, dass ein unverhältnismäßig hoher Schadensersatz in Natur nicht zu leisten ist, ließ sich aber auf andere Fälle übertragen. Die Rechtsprechung hat schnell erkannt, dass dieser Rückgriff unter neuem Schuldrecht nicht mehr notwendig, ja sogar verfehlt ist. Denn § 275 Abs. 2 BGB enthält eine auf diese Fälle zugeschnittene und adäquat differenzierte Regelung.

bb) Supermarktfall

(1) Der Fall³⁶

Die Kläger kauften von E einen Supermarkt in der Form von Teileigentum. Das Lager des Supermarkts befindet sich in einem Raum auf dem Nachbargrundstück. Dessen Errichtung hatte der Eigentümer des Nachbargrundstücks zugestimmt, aber nur auf der Grundlage eines Mietvertrags. In diesen Vertrag hatte der Kläger aber nicht eintreten wollen. E verlangt nicht nur Herausgabe, sondern Abbruch des Lagerraums. Der damalige Kläger wendet ein, der Abbruch koste ein Vielfaches dessen, was die überbaute Fläche wert sei. Die Supermarktkette werde den Mietvertrag über den Supermarkt kündigen, wenn er den Lagerraum nicht mehr nutzen dürfe. Nutzt ihm das?

(2) Lösung

E kann von den Klägern nach § 1004 Abs. 1 BGB die Beseitigung des Lagerraumes verlangen. Der Lagerraum steht im Eigentum der Kläger, weil er auf Grund eines konsentierten Überbaus errichtet worden ist und sich die Eigentumsverhältnisse trotz auslaufender Besitzberechtigung nicht verändern.³⁷ Die durch den konsentierten Überbau zunächst entstandene Duldungspflicht von E nach § 1004 Abs. 2 in Verbindung mit § 912 BGB ist erloschen, weil der konsentierte Überbau nur befristet war und nur so lange bestand, bis das Mietverhältnis endete.³⁸ Dieses Mietverhältnis haben die Kläger auslaufen lassen. Sie sind deshalb seit dessen Auslaufen nicht mehr zum Besitz des Grundstücks berechtigt. E ist deshalb nicht mehr zur Duldung des Anbaus verpflichtet und kann Beseitigung verlangen. Die Beseitigung verlangt hier einen Aufwand, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Dieser hat zwar ein über den bloßen Grundstückswert hinausgehendes Interesse daran, sein Grundstück uneingeschränkt nutzen zu dürfen. Die Beseitigung des Lagerraumes ist aber so aufwendig, dass dies das Leistungsinteresse des Gläubigers um ein Mehrfaches überschreitet. Das erfüllt, für sich betrachtet, die Voraussetzungen für eine Befreiung der Kläger von der Beseitigungspflicht

³² BGHZ 96, 283 (287).

³³ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 84.

³⁴ BGH NJW 2004, 603 (604); ähnlich auch BGH NJW 2005, 1366 (1367): Beseitigung von Bodenkontaminationen.

³⁵ BGHZ 62, 388 (391) und Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 130.

³⁶ BGH NJW 2008, 3122.

³⁷ BGHZ 157, 301 (305 f.).

³⁸ BGHZ 157, 301 (308 f.).

nach § 275 Abs. 2 S. 1 BGB. Nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB ist aber bei der Abwägung auch berücksichtigen, ob und in welchem Umfang die Kläger selbst zu ihrer misslichen Lage beigetragen haben. Hierbei ergibt sich, dass die Kläger ihre missliche Lage allein und zwar dadurch zu vertreten haben, dass sie in den Mietvertrag nicht eingetreten sind und den E vor die Notwendigkeit gestellt haben, diesen vorsorglich auch noch zu kündigen. Wären sie in den Mietvertrag eingetreten, wären sie heute nach wie vor zum Besitz des Grundstücks berechtigt und E zur Duldung des Lagerraumes verpflichtet. Der BGH entschied, dass der Einwand aus § 275 Abs. 2 S. 1 BGB am eigenen Handeln der Kläger scheitert. Sie müssen den Lagerraum also beseitigen.

cc) Weitere Entwicklung

Im Biodüngerfall³⁹ hatte der BGH Gelegenheit, diesen Gedanken weiter auszuformen. Es ging um die Beseitigung von chemisch verseuchtem angeblichem Biodünger von einem wenig werthaltigen Acker. Auf den ersten Blick waren als Leistungsinteresse des Gläubigers der geringe Wert des Ackers und sein Interesse zu berücksichtigen, diesen Acker wieder landwirtschaftlich nutzen zu können. Diese Interessen blieben für sich genommen weit hinter dem Aufwand zurück, der dem beseitigungspflichtigen Störer durch die Beseitigung des Biodüngers entstand. Dabei, so der BGH,⁴⁰ müsse aber auch berücksichtigt werden, welche Folgen es für den Grundstückseigentümer hat, wenn der Störer von seiner Leistungspflicht befreit wird. Dann bleibt der Biodünger nämlich auf dem Acker liegen und muss von dem Grundstückseigentümer selbst entsorgt werden, was diesem eine erhebliche Kostenlast aufbürdet. Zu seinem Leistungsinteresse gehört diese Zusatzbelastung nicht anders als die Möglichkeit, sein Grundstück wieder uneingeschränkt nutzen zu können.

In einem weiteren Fall hatte der BGH Gelegenheit zu präzisieren, was der Beseitigungsschuldner unternehmen muss, um den Gegeneinwand des Gläubigers aus § 275 Abs. 2 S. 2 BGB zu beseitigen. Der Störer hatte eine Zufahrt auf fremdem Grundstück zu DDR-Zeiten gehabt und nach dem 3.10. 1990 weiter genutzt. Er hat es allerdings versäumt, rechtzeitig ein Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit nach § 116 SachenRBERG geltend zu machen. Nun befand er sich in der misslichen Lage, die Zuwegung aufgeben und die bauliche Nutzung seines eigenen Grundstücks durch die aufwendige und schwierige Errichtung einer neuen Feuerwehrezufahrt sicherstellen zu müssen. Das hat er sich, wie der BGH entschieden hat,⁴¹ selbst zuzuschreiben. Er kann sich also nicht darauf berufen, dass die Folgen einer Beseitigung für ihn unverhältnismäßig sind.

Im hier so genannten Kinofall⁴² hatte ein Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück ein Kino errichtet und sich dabei nicht um eine Grunddienstbarkeit gekümmert, die sein Grundstück durchquerte und die Verbindung eines gefangenen Hinterliegergrundstücks zur öffentlichen Straße sicher

stellen sollte. Grund dafür war vermutlich, dass dieses Grundstück tatsächlich seit dreißig Jahren praktisch nicht mehr genutzt wurde. Nach Erstellung des Rohbaus verlangte der Inhaber der Grunddienstbarkeit die Wiederherstellung des Weges, die allerdings nur durch einen Teilabbruch des Rohbaus zu erreichen war. Sein Anspruch ergab sich aus § 1027 BGB in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB. Der Einwand des Grundstückseigentümers, der Abbruch des Kinos verursache einen Aufwand, der in einem groben, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers stehe, war in einem ersten Schritt der Prüfung zutreffend. Die Dienstbarkeit war jahrelang nicht genutzt worden; es war auch nicht abzusehen, dass eine Nutzung des erschlossenen Grundstücks in absehbarer Zeit möglich würde. Im zweiten Schritt der Prüfung war aber nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB der Umstand einzubeziehen, dass sich der Kinobesitzer vorsätzlich über die Dienstbarkeit hinweggesetzt hatte. Damit war die Prüfung hier aber nicht abgeschlossen: Wenn man, entschied der BGH, das vorsätzliche Verhalten des Schuldners – hier des Kinobesitzers – zu seinen Lasten berücksichtigt, dann muss analog § 254 Abs. 1 BGB auch berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Gläubiger – hier der Dienstbarkeitsberechtigte – selbst die Beseitigungslage herbeigeführt hat. Hierbei ergab sich, dass der Inhaber der Dienstbarkeit in dem berichteten Fall sehenden Auges die Errichtung des Gebäudes hingenommen und bewusst abgewartet hatte, bis der Rohbau stand, um so seinen Ansprüchen mehr Nachdruck zu verleihen. Das glich das Verschulden des Grundstückseigentümers wieder aus, so dass viel dafür sprach, dass es bei der Leistungsbefreiung im Ergebnis bleibt und dem Inhaber der Dienstbarkeit ein Ausgleich in Geld zu gewähren ist. Das hat der BGH allerdings im konkreten Fall nicht durchentschieden, weil die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen dazu fehlten. Er hat die Sache mit diesen Vorgaben an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

b) *Ius variandi*

Auch die Aufgabe von § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. hat in der Praxis des BGH relativ schnell ihren Niederschlag gefunden. Dies zeigt der hier so genannte Grundschuldfall des BGH.⁴³ Der Sachverhalt dieses Falles lag wie folgt:

Die Klägerin kaufte von dem Beklagten ein Grundstück. Der Kaufpreis sollte bis zum 15. September gezahlt werden, wenn dem Notar bis zu diesem Tage u.a. die Löschungunterlagen für die eingetragenen Grundpfandrechte vorlagen. Das geschah nicht. Die Klägerin forderte den Beklagten am 19. November auf, innerhalb von 10 Tagen die Löschungunterlagen vorzulegen und kündigte ihm Klage auf Erfüllung und auf Ersatz des Verzugschadens an. Auch das fruchtete nicht. Mit der Ende Dezember zugestellten Klage verlangte die Klägerin von dem Beklagten die Übereignung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises. Der Beklagte erwiderte nicht. Daraufhin trat die Klägerin am 5. Februar 2004 vom Vertrag zurück und verlangt nun Ersatz

³⁹ BGH NJW 2010, 2341.

⁴⁰ BGH NJW 2010, 2341 (2342 f.).

⁴¹ BGH NJW-RR 2010, 315.

⁴² BGH NJW 2008, 3123.

⁴³ BGH NJW 2006, 1198.

frustrierter Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages. Zu Recht?

Der Beklagte hatte eingewandt, die Klägerin dürfe Schadensersatz statt der Leistung und damit auch den eingeklagten Aufwendungsersatz nach § 284 BGB nicht verlangen, weil sie sich für die Erfüllung entschieden habe. Die rechtliche Grundlage für diesen Einwand hat er nicht genannt. Sie wird in der BGH-Entscheidung auch nicht weiter behandelt, weil der Einwand unbegründet war. Rechtlich würde sich der Schuldner wohl nur auf § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB stützen und darauf verweisen können, dass er sich auf das Erfüllungsverlangen eingestellt hat. Das könnte dann im Erfolgsfall zu einer Haftung des Gläubigers auf Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB führen. Ob der Beklagte allerdings mit der bloßen Behauptung, er habe sich auf Erfüllung eingestellt, eine Verletzung von Schutzpflichten seitens der Klägerin darstellen konnte, ist zweifelhaft. Jedenfalls scheidet eine Verletzung von Schutzpflichten deshalb aus, weil die Klägerin hier als Gläubigerin zu dem eingeschlagenen Vorgehen berechtigt war. Die Fristsetzung führt nach § 281 Abs. 4 BGB einerseits und nach §§ 323, 346, 349 BGB andererseits zunächst nur dazu, dass der Gläubiger die Wahl hat, ob er Erfüllung, Schadensersatz (statt der Leistung) verlangt oder ob er vom Vertrag zurücktritt. Bis er Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat oder vom Vertrag zurückgetreten ist, kann er nach freier Wahl auch weiterhin Erfüllung verlangen. Die Klägerin durfte also trotz erfolgter Fristsetzung zunächst auf Erfüllung klagen. Nachdem der Beklagte selbst auf die Zustellung der Klage geschwiegen hatte, konnte sie im Rahmen einer zulässigen Klageänderung statt der Erfüllung das Interesse verlangen und als Alternative zum Schadensersatz statt der Leistung nach § 284 BGB Ersatz ihrer frustrierten Aufwendungen verlangen.

c) Zweite Andienung bei Arglist

aa) Keine zweite Andienung bei Arglist

Auch mit dem Grundsatz der zweiten Andienung hat sich der BGH schon zu befassen gehabt. Anlass dafür war die Frage, ob dem Schuldner auch dann Gelegenheit zur zweiten Andienung zu gewähren ist, wenn er das Erfüllungsdefizit arglistig verschwiegen hat. Im Ausgangsfall ging es um den Verkauf eines Wohnhauses, dessen Keller feucht war. Der Verkäufer hatte die Feuchtigkeit im Keller arglistig verschwiegen. Das hatte nach § 444 BGB zur Folge, dass er sich auf den in dem Vertrag, wie bei gebrauchten Grundstücken üblich, enthaltenen Haftungsausschluss nicht berufen durfte. Die klagenden Käufer waren deshalb nach § 437 Nr. 3 BGB berechtigt, gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB Ersatz der Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils zu verlangen. Eine Frist zur Beseitigung des Mangels, die an sich nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich gewesen wäre, hatten sie nicht gesetzt. Der Verkäufer hatte die Mängelbeseitigung auch nicht verweigert. Scheiterte der Anspruch daran? Nein, entschied der BGH.⁴⁴ Das Recht zur zweiten Andienung setzt gedanklich voraus, dass der

Gläubiger noch auf die Leistungstreue des Schuldners vertrauen kann. Dieses Vertrauen ist nach dem Konzept des Gesetzes nicht allein deshalb zerstört, weil der Schuldner seine Pflichten nicht erfüllt hat. Deswegen soll ihm ja gerade eine zweite Gelegenheit gegeben werden, die Erfüllung nun doch herbeizuführen. Das aber, so der BGH, ist anders, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen Mangel, also den Umstand verschwiegen hat, dass er den Vertrag nicht vollständig erfüllt hat. Dann kann der Gläubiger in aller Regel nicht mehr darauf vertrauen, dass der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt wird. Es ist ihm dann nicht zuzumuten, sich auf einen zweiten Erfüllungsversuch einzulassen. Er muss auch dabei mit weiterem treuwidrigen Verhalten seines Schuldners rechnen. Das sieht nicht nur der *Immobilienkaufrechtssenat* des BGH so, sondern auch der für die übrigen Kaufverträge zuständige *VIII. Zivilsenat* des BGH, wie der Fall des „hengstischen Diocletian“, eines schlecht kastrierten Hengstes, belegt.⁴⁵

bb) Grenzen

Diese Ausnahme von dem Erfordernis einer zweiten Andienung hat aber Grenzen. Diese Grenzen zeigt der Fall „Feuchte Wand“ auf.⁴⁶ In dem Fall ging es um folgenden Sachverhalt:

Die Beklagten verkauften der Klägerin eine gebrauchte Eigentumswohnung unter Ausschluss von Ansprüchen wegen Sachmängeln für 279.000 €. Dabei unterließen sie es, auf die Feuchtigkeitsbeeinträchtigung einer anderen Wohnung in der Anlage und einen zwei Monate zuvor gefassten Beschluss der Wohnungseigentümer zur Sanierung dieser Wohnung hinzuweisen. Die Klägerin bezahlte den Kaufpreis und bezog die Wohnung. 5 Monate nach dem Kauf beschlossen die Wohnungseigentümer die Ausführung der Sanierung und die Beauftragung eines Architekten. Die Klägerin verlangte 4 Monate später Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel der anderen Wohnung innerhalb von 3 Wochen. In dieser Frist erklärten die Beklagten, sie übernahmen alle Kosten der Beseitigung, und boten dafür eine taugliche Bürgschaft an. Die Klägerin trat zurück und verlangt Rückabwicklung des Kaufpreises. Zu Recht?

Die Klägerin konnte nach § 346 BGB Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen, wenn sie wirksam von dem Vertrag zurückgetreten war. Das setzte nach § 323 Abs. 1 BGB voraus, dass sie den beklagten Verkäufern vergeblich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Sie hat ihnen eine Frist gesetzt. Diese Fristsetzung hatte aber auch Erfolg. Die Beklagten haben nämlich alles getan, was sie für eine erfolgreiche Nacherfüllung tun konnten. Diese Feststellung hat nicht nur die Klägerin überrascht, sie wird auch den Leser dieses Beitrags auf den ersten Blick überraschen. Denn die Beklagten haben die Feuchtigkeit nicht beseitigt. Das durften sie aber auch nicht, weil die Feuchtigkeit an dem Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage entstanden ist und die Beseitigung dieser Feuchtigkeit Angelegenheit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist. Die Beklagten hatten aber alles getan, was sie zur Beseitigung des Mangels tun

⁴⁴ BGH NJW 2007, 835 (837).

⁴⁵ BGH NJW 2008, 1371 (1372).

⁴⁶ BGH NJW 2010, 1805.

konnten: Die erforderlichen Sanierungsbeschlüsse waren gefasst. Sie hatten die vollständige Übernahme der Kosten und für diese Kosten auch eine taugliche Sicherheit angeboten. Mehr mussten sie nicht tun. Was aber ist von dem Einwand der Klägerin zu halten, dass sie den Beklagten ja eigentlich gar keine Frist zu setzen hatte, weil diese doch arglistig gehandelt hatten? Damit hatte die Klägerin im Ansatz Recht: Sie hätte keine Frist setzen müssen, sondern gleich zurücktreten können. Der Fehler war, dass sie es trotzdem tat. Der Gläubiger, der dem Schuldner eine Frist zur Leistung setzt, obwohl dieser ihm den Mangel arglistig verschwiegen hat, zeigt, dass die Arglist sein grundsätzliches Vertrauen in die Leistungstreue des Schuldners ausnahmsweise nicht erschüttert hat. Er muss sich an seinem Vorgehen festhalten lassen und abwarten, ob der Schuldner nun die Leistung vollständig und vertragsgemäß erbringt. Geschieht das wie im vorliegenden Fall, darf er nicht zurücktreten, sondern muss sich an dem nunmehr vollständig erfüllten Vertrag festhalten lassen.

d) Wegfall der Geschäftsgrundlage

aa) Grundlagen

Eines der dargestellten wesentlichen Anliegen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts war die Übernahme von Rechtsinstituten, die die Rechtsprechung entwickelt hat, in das BGB. Eines dieser Rechtsinstitute sind die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, die in § 313 BGB eine gesetzliche Ausgestaltung gefunden haben. § 313 BGB entspricht zwar im Großen und Ganzen den Grundsätzen, die die Rechtsprechung entwickelt hat. Er geht aber konstruktiv doch eigene Wege. Wesentlicher Unterschied zu den bis dahin geltenden Grundsätzen in der Rechtsprechung ist die Art und Weise, wie es zur Anpassung des Vertrages kommt. Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen führte der Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Vertrages bei vorhandener Anpassungsfähigkeit dazu, dass sich dieser Vertrag auch ohne förmliche Änderung und ohne Zutun der Parteien kraft Gesetzes inhaltlich an die veränderten Grundlagen anpasste und zu einer Veränderung der Leistungspflichten führte.⁴⁷ Dieses Konzept hat der Gesetzgeber nicht übernommen. Es hat nämlich den Nachteil, dass keine der Parteien den aktuellen Inhalt des Schuldverhältnisses kennt und sich die Parteien letztlich doch darüber verständigen müssen, welchen Inhalt ihr kraft Gesetzes angepasstes Schuldverhältnis hat. Dem Gesetzgeber erschien es zweckmäßiger, die Anpassung des Schuldverhältnisses nicht kraft Gesetzes eintreten zu lassen, sondern den Parteien die Möglichkeit zu geben, wechselseitig eine entsprechende Anpassung zu verlangen (sog. Anspruchslösung).⁴⁸ Der Vorteil für sie besteht darin, dass sie sich über den Inhalt des Schuldverhältnisses verständigen müssen und dass sie dabei einvernehmlich aber auch Regelungen treffen können, die sich vielleicht bei einer automatischen gesetzlichen Anpassung des Schuldverhältnis-

ses so nicht ergeben hätten. Die Frage war nun, wie mit dieser im Grunde eher technischen Änderung im Gefüge des neuen Leistungsstörungenrechts umzugehen ist. Das zeigt der Tauschfall des BGH.⁴⁹

bb) Der Tauschfall des BGH

Dem Tauschfall des BGH lag, vereinfacht, folgender Sachverhalt zu Grunde:

Stadt S und Kaufmann K vereinbarten formgerecht unter Ausschluss einer Garantie für Größe, Güte und Beschaffenheit den Tausch zweier Grundstücke, von denen sie annahmen, sie seien etwa gleich groß. Das Grundstück des K erwies sich als etwa halb so groß wie das der S. Auf einen Anpassungsvorschlag der S selbst ging K nicht ein, die sich daraufhin – vergeblich – anwaltlicher Hilfe versah. S verlangt Rückabwicklung des Vertrags, hilfsweise eine Ausgleichszahlung wegen der Übergröße und Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten. Zu Recht?

Die klagende Stadt konnte nach § 346 Abs. 1 BGB Rückabwicklung des gescheiterten Vertrages verlangen, wenn sie wirksam zurückgetreten war. In Betracht kam ein Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB. Das setzte voraus, dass K seine Pflichten verletzt und die Stadt ihm vergeblich eine Frist zur Nacherfüllung dieser Pflichten gesetzt hat. Seine Pflichten aus dem ursprünglichen Tauschvertrag hat K erfüllt. Die Pflichtverletzung konnte deshalb nur darin bestehen, dass er auf den Verhandlungsvorschlag von S nicht eingegangen war. Unter dieser Voraussetzung wäre die Fristsetzung der S auch vergeblich gewesen. Das genügt nicht, entschied der BGH. Ein wirksamer Rücktritt liegt nur vor, wenn der Schuldner das eigentlich Geschuldete trotz Fristsetzung nicht leistet. Darum ging es aber bei der Geltendmachung des Anpassungsanspruchs nicht. Ziel war lediglich die formelle Anpassung des Vertrages an die fehlerhaften Grundlagen. Erst die Verletzung der sich aus dem angepassten Vertrag ergebenden Verpflichtungen berechtigt zum Rücktritt oder zum Schadensersatz statt der Leistung respektive zum Ersatz frustrierter Aufwendungen.⁵⁰ Das war hier nicht geschehen. Die Stadt hatte den K nicht dazu aufgefordert, die sich als mögliches Ergebnis der Anpassung ergebenden (Zahlungs-) Pflichten zu erfüllen. Deswegen durfte sie jedenfalls nicht nach § 323 Abs. 1 BGB von dem Vertrag zurücktreten.

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings eine Frage, die der BGH in seiner Entscheidung nicht behandelt hat. Dürfte die S dann zurücktreten, wenn sie den K nicht bloß zur Anpassung des Vertrages aufgefordert, sondern von ihm vergeblich die angepasste Leistung verlangt hätte? Die Frage dürfte zu bejahen sein. Das zeigt die Rechtsprechung des BGH zu vergleichbaren Fallgestaltungen, etwa zu dem Anspruch des Gemeinschafters auf Regelung der Verwaltung und Benutzung eines gemeinschaftlichen Gegenstands nach § 745 Abs. 2 BGB. Der Gemeinschafter muss diesen Anspruch nicht in zwei Schritten durchsetzen und zunächst die Nutzungsvereinbarung einklagen und anschließend gebe-

⁴⁷ BGH NJW 1972, 152 (153); es gab auch abweichende ältere Rechtsprechung, Nachweise in der Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 175.

⁴⁸ Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 176.

⁴⁹ BGH NJW 2012, 373.

⁵⁰ Ähnlich schon *Riesenhuber*, BB 2004, 2697 (2699): Es gibt keinen Anspruch auf Erfüllung der Verhandlungspflicht.

nenfalls Unterlassungsansprüche wegen Verstoßes gegen die Nutzungsregelung geltend machen. Er kann vielmehr gleich von den übrigen Gemeinschaftern eine einer gedachten Verwaltungsvereinbarung entsprechende Nutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen und eine Überschreitung mit Unterlassungsansprüchen durchsetzen.⁵¹ Dieser Weg hat sogar einen praktischen Vorteil: Klagt der Gemeinschaftler auf Abschluss einer Benutzungsregelung, hat er nur Erfolg, wenn er in seinem Antrag die „richtige“, also die Regelung beschreibt, die das Gericht als die geschuldete erkennt. Eine andere Regelung kann er nur erstreiten, wenn er Hilfsanträge stellt. Wird die Regelung aber inzident geprüft, gelten diese Einschränkungen nicht.⁵² Dieser Gedanke lässt sich auf den Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB übertragen. Auch hier besteht kein Grund, den Gläubiger dazu zu verpflichten, zunächst auf Anpassung des Vertrages und erst dann auf die Erbringung der angepassten Leistung zu klagen. Er könnte vielmehr gleich die angepasste Leistung verlangen. Das hat der Gesetzgeber genauso gesehen.⁵³ Hätte die S also von K die angepasste Leistung verlangt und dieser nicht die Anpassung, sondern die angepasste Leistung verweigert, wäre der Rücktritt berechtigt gewesen. Im vorliegenden Fall ist das alles nicht geschehen. Es ist lediglich nicht zu der Anpassung des Vertrages gekommen. Einen Anspruch auf die angepasste Leistung hat die Stadt nicht geltend gemacht. Gleichwohl hat die Klage Erfolg. Es war nämlich festgestellt, dass beide Parteien an dem geänderten Vertrag nicht festhalten wollten. Dann war der Vertrag nicht mehr anpassungsfähig und eine Kündigung nach § 313 Abs. 4 BGB möglich. Sie führte zur Rückabwicklung des Vertrages.

e) Rücktritt bei der Verletzung von Nebenpflichten nach § 324 BGB

aa) Einführung

Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sah die in den heutigen §§ 282 und 324 BGB vorgesehenen Regelungen nicht vor. Das hatte zur Folge, dass ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag auch möglich waren, wenn zwar nicht die eigentlichen Leistungspflichten verletzt wurden, wohl aber Schutzpflichten. Bei den Beratungen des Entwurfs schien den dazu in einer neuen Kommission zusammengetretenen Wissenschaftlern diese Konsequenz zu hart. In der Situation, dass nur Schutzpflichten verletzt wurden, sollte Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt nur möglich sein, wenn dem Gläubiger ein Festhalten an dem Vertrag nicht zumutbar war. Das ist der Regelungsgehalt von § 282 und § 324 BGB. Nach Inkrafttreten des Gesetzes haben beide Vorschriften zunächst ein Schattendasein geführt, weil sich keine einschlägigen praktischen Fälle fanden. Ein praktisches

Anwendungsbeispiel bietet jetzt der Kahlschlagfall des OLG Karlsruhe.⁵⁴

bb) Der Kahlschlagfall

Im Kahlschlagfall ging es um folgenden Sachverhalt:

V verkaufte dem K einen Wald. Der Kaufpreis sollte frühestens ein Jahr nach Vertragsschluss fällig sein. Der Besitz sollte bei Zahlung, nicht vor Fälligkeit übergehen. Nach Herabstellung der übrigen Fälligkeitsvoraussetzungen ließ K den Wald abholzen. Als V sich dagegen verwahrte, stellte K den Kahlschlag ein und ließ den Erlös aus dem Abholzen an V auszahlen. Außerdem zahlte er ihm den Kaufpreis, den dieser sofort zurücküberwies. V tritt von dem Vertrag zurück. K will an ihm festhalten. Wer hat Recht?

V könnte nach § 324 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen sein. Das setzt voraus, dass K keine Leistungspflichten verletzt hat. Wäre das der Fall, richtete sich der Rücktritt allein nach § 323 Abs. 1 BGB. Der Käufer hat hier seine Pflichten aber nicht verletzt. Im Gegenteil: Er hat seine Leistungspflichten voll erfüllt. Die Frage war also, ob er Schutzpflichten verletzt hat und dem V ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Die Verletzung von Nebenpflichten durch den Käufer steht außer Frage. Nach dem Vertrag durfte er den Wald erst ein Jahr nach Abschluss des Vertrages in Besitz nehmen. So lange durfte der Verkäufer den Wald selber bewirtschaften. Darüber hat sich der Käufer eigenmächtig hinweggesetzt. Die Frage ist, ob es sich dabei um eine Verletzung von Schutzpflichten im Sinne von § 324, § 241 Abs. 2 BGB handelt. Die Frage ist zu bejahen. Man könnte zwar auf den ersten Blick an die Verletzung von Leistungstreuepflichten⁵⁵ denken, deren Verletzung dann ein Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB auslösen würde. Das ist aber nicht der Fall. K war nicht verpflichtet, den Wald zu übereignen. Das war Aufgabe des V. Dass er den Wald hinterher nur in einem gegenüber dem vereinbarten Zustand schlechteren Zustand übertrug, hat der V nicht zu vertreten. Das ist Risiko des K, den aber andererseits wiederum keine Leistungspflicht traf. K hat indessen Schutzpflichten verletzt. Denn er hat das Interesse des V, den Wald weiter zu benutzen zu können, zu berücksichtigen gehabt und durfte in diese Befugnis nicht eigenmächtig eingreifen. Durfte V also nach § 324 BGB zurücktreten? Das OLG Karlsruhe meint: nein. Dem Verkäufer war nämlich ein Festhalten am Vertrag trotz dieser Verletzung von Schutzpflichten zumutbar. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Verkäufer den Wald zwar noch ein Jahr lang nutzen, aber keine grundlegenden Veränderungen mehr vornehmen durfte. Er hatte den Wald nämlich verkauft und musste ihn in einem vertragsgerechten Zustand übereignen. Das war nur ein Zustand nach einer normalen Waldnutzung. Er hätte also den Kahlschlag, den der Käufer vorgenommen hat, gar nicht durchführen dürfen. Der Käufer hatte, wenn auch unter gewissem Druck, ihm die entzogenen Erträge erstattet und ihn schadlos gestellt. Es ging also nur noch darum, die Zeit bis zur Fälligkeit des Kaufpreises abzuwarten, den der Käufer zudem auch noch vorzeitig entricht-

⁵¹ BGH NJW 2008, 3703 (3704 Rn. 24).

⁵² BGH NJW 2008, 3703 (3705 Rn. 38).

⁵³ In BT-Drs. 14/6040, S. 176 li. Sp. unter Hinweis auf BGHZ 91, 32 (36) zu dem Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses.

⁵⁴ OLG Karlsruhe ZfIR 2011, 661.

⁵⁵ Dazu BGH-Report 2005, 1371.

tet hatte. Damit blieb dem Verkäufer nur noch das Argument, dass er nach Rückzahlung des Kaufpreises nunmehr das Insolvenzrisiko des Käufers trug. Das sollte keinen Erfolg haben. Denn der Verkäufer hat dieses Risiko dadurch selber verschuldet, dass er den vollständig gezahlten Kaufpreis an den Käufer zurück überwies. Und im Übrigen hatte er dieses Risiko auch im Vertrag übernommen. Der Bundesgerichtshof hat die gegen dieses Urteil erhobene Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.⁵⁶

f) Analoge Anwendung von § 325 BGB auf die Minderung

aa) Grundlagen

Nach früherem Schuldrecht schloss, wie oben dargestellt, die Erklärung des Rücktritts einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus. Diese Regelung war wenig konsequent und einleuchtend. Deshalb ist mit § 325 BGB die gegenteilige Regelung Gesetz geworden. Ein vergleichbares Problem ergibt sich nun bei der voreiligen Erklärung der Minderung. Das soll der Werksgarantie-Fall verdeutlichen.

bb) Der Werksgarantie-Fall

Dem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

K kauft bei V ein neues Fahrzeug für 20.000 €, das eine Werksgarantie haben soll. Nach Übergabe und Bezahlung des Fahrzeugs stellt sich heraus, dass der Wagen keine Werksgarantie hat und auch keine bekommen kann, weil es sich um einen Reimport handelt. K verlangt und bekommt eine Minderung von 1.500 €. Sein Freund hält ihm vor, dass das großer Unsinn war. Deshalb erklärt K dem V, er wolle jetzt doch lieber Schadensersatz statt der Leistung und sich anderswo ein baugleiches Auto mit Werksgarantie kaufen. Würden Sie der Klage des K gegen V auf Rückzahlung des geminderten Kaufpreises stattgeben?

Im entschiedenen Fall hatte der Verkäufer grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des geminderten Kaufpreises. Die Sache war zwar mangelhaft. Der Käufer hatte aber nach § 441 BGB die Minderung erklärt und den Kaufpreis um 1.500 € reduziert. In dem geminderten Umfang ist der Kaufpreisanspruch des V grundsätzlich gegeben. Als Schadensersatz statt der Leistung könnte K von V aber (nach § 249 Abs. 1 BGB) die Freistellung von der Kaufpreisverpflichtung verlangen – wenn ihm ein solcher Anspruch zusteht.

Die Frage ist umstritten. Einigkeit besteht noch darüber, dass der Käufer nach erklärter Minderung wegen anderer Mängel Schadensersatz neben oder statt der Leistung verlangen kann,⁵⁷ und darüber, dass er wegen des Mangels, dessentwegen er gemindert hat, Schadensersatz neben der Leistung verlangen kann. Nach wohl überwiegender Meinung kann der Käufer analog § 325 BGB wegen des Mangels, der der Minderung zugrunde lag, auch Schadensersatz statt der Leistung in der Form des kleinen Schadensersatzes verlan-

gen.⁵⁸ Das allerdings würde K hier nicht helfen, weil er den großen Schadensersatz verlangt, der ihm nach teilweise vertretenen Ansicht auch zustehen soll.⁵⁹ Der BGH hat die Frage bislang nur gestreift und zwei Fragen entschieden: Erstens ist Schadensersatz statt der Leistung jedenfalls dann uneingeschränkt möglich ist, wenn die Minderung nicht berechnet werden kann.⁶⁰ Zweitens schließen sich Minderung und Schadensersatz statt der Leistung wegen derselben Vermögenseinbuße aus.⁶¹ Die Entscheidung im Übrigen fällt nicht leicht: Einerseits ist die Minderung eine Entscheidung für einen bestimmten Rechtsbehelf wegen des aufgetretenen Mangels. Unbestritten kann der Käufer nach erklärter Minderung nicht mehr zurücktreten, auch wenn das vielleicht besser gewesen wäre. Dafür spricht der klare Wortlaut der Vorschrift. Der Käufer kann von dem Verkäufer nach erklärter Minderung nicht mehr die Beseitigung des Mangels verlangen, dessentwegen der Kaufpreis gemindert worden ist, der Verkäufer allerdings auch nicht mehr nacherfüllen.⁶² Andererseits haben wir unter modernisiertem Schuldrecht mit der Minderung eine Lage, die der beim Rücktritt nach früherem Schuldrecht vergleichbar ist: Die Erklärung der Minderung kann genauso voreilig sein wie die Erklärung des Rücktritts. Der Käufer könnte mit dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung auch die Folgen einer Minderung erreichen. Beides spricht für eine Analogie zu § 325 BGB. Denn mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Bindung an eine voreilige Erklärung des Rücktritts vermeiden wollen, weil sie nicht gerechtfertigt ist und sich durch die Wahl von Schadensersatz statt der Leistung vermeiden lässt. Dass das bei der Minderung, die lediglich an die Stelle des Rücktritts tritt, anders sein soll, leuchtet nicht ohne weiteres ein.

Die möglicherweise entscheidende Frage könnte unter modernisiertem Schuldrecht vielleicht sein, bis zu welchem Zeitpunkt dem Käufer diese Alternative offen stehen soll. Unter früherem Recht löste sich die Frage dadurch, dass es zum Zustandekommen der Minderung nicht einer einseitigen Erklärung des Käufers, sondern einer Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer bedurfte. Diese Vereinbarung schaffte dann Klarheit und schloss weitergehende Rechte wegen des-

⁵⁸ OLG Stuttgart ZGS 2008, 479; *Ernst* (Fn. 31), § 325 Rn. 24, 27; *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Edition 23 vom 1.3.2011, § 437 Rn. 173; *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 441 Rn. 14 und ibd. § 437 Rn. 48; *Derleder*, NJW 2003, 998 (1002 f.); a.M. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 441 Rn. 19 und *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 281 Rn. 41; *Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 441 Rn. 5; *Lögering*, MDR 2009, 664 (665 f.).

⁵⁹ OLG Stuttgart ZGS 2008, 479; *Derleder*, NJW 2003, 998 (1002 f.).

⁶⁰ BGH NJW 2011, 1217 (1219 f. Rn. 34 f.).

⁶¹ BGH NJW 2011, 2953 (2955 Rn. 16.).

⁶² *Faust* (Fn. 58), Edition 23 vom 1.3.2011, § 441 Rn. 14; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 441 Rn. 17.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 26.5.2011 – V ZR 248/10 (unveröffentlicht).

⁵⁷ KG, Urt. v. 29.10.2009 – 1 U 41/08, Rn. 4 (juris).

selben Mangels aus. Es gilt also, den einer solchen Vereinbarung korrespondierenden Zeitpunkt zu finden, zu dem ein Wechsel zu dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen desselben Mangels nicht mehr möglich ist. Aus meiner Sicht müsste das jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Verkäufer dem Käufer bestätigt hat, dass er mit der erklärten Minderung einverstanden ist. Denn das ist inhaltlich nichts anderes als die Vereinbarung einer Minderung. Dann stünden dem Käufer weitergehende Rechte nur solange zu, bis der Verkäufer die Minderung bestätigt hat.

g) *Vertrag neben dem Vertrag*

Die Gewährleistungshaftung des Verkäufers ist nicht immer das geeignete Instrumentarium zur Behandlung von letztlich gescheiterten Kaufverträgen. Das war unter früherem Schuldrecht so und hat sich unter modernisiertem Schuldrecht grundsätzlich geändert. Derartige Fallgestaltungen sind oft die Frucht moderner Vertriebsmethoden. Ein Beispiel hierfür sind die so genannten Schrottimmobilien.⁶³ Es handelt sich dabei in der Regel um den Erwerb von Eigentumswohnungen, die zu Steuersparzwecken angeschafft werden. Entgegen dem, was das Schlagwort Schrottimmobilien erwarten lässt, sind die Wohnungen meist weder schlecht noch vertragswidrig. Die Kaufverträge misslingen im wirtschaftlichen Ergebnis deshalb, weil sich die Steuersparerwartungen der Käufer nicht erfüllen. Grund dafür ist, dass den Käufern vielfach durch entsprechende Berechnungsbeispiele erläutert wurde, dass sich der Erwerb allein mit Mieteinnahmen und Steuerrückflüssen finanzieren lasse. Derartige Fallgestaltungen wurden in der Vergangenheit regelmäßig als Thema für eine Haftung wegen Verschulden bei der Vertragsanbahnung nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 und § 311 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 BGB behandelt. Die Schwierigkeit dabei ist, dass die Haftung aus diesem Grund nicht einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse, sondern eine Haftung auf das Vertrauensinteresse ist.⁶⁴ Das deckt vielfach nicht alle Schäden ab, die den frustrierten Erwerbenden entstanden sind.

Deshalb ist die Rechtsprechung dazu übergegangen zu prüfen, ob in solchen Fällen neben dem eigentlichen Kaufvertrag auch ein zusätzlicher Beratungsvertrag zu Stande gekommen ist. In der Regel bereitet es keine Schwierigkeiten, einen Beratungsvertrag zwischen dem Erwerber und dem Vermittler zu begründen. Verpflichtet aus einem solchen Beratungsvertrag wäre aber eben nur der Vermittler, der oft vermögenslos und deshalb nicht zum Ersatz des Schadens in der Lage ist. Deshalb kann sich die Frage stellen, ob auch oder nur ein Beratungsvertrag zwischen dem Käufer selbst und dem späteren Verkäufer entstanden ist. Das ist durchaus möglich, setzt allerdings voraus, dass das Verhalten des auftretenden Vermittlers dem Verkäufer zugerechnet werden kann.⁶⁵ Ist das der Fall, stellt sich nicht die Frage, ob der Vermittler im vorvertraglichen Bereich Aufklärungspflichten verletzt hat. Vielmehr stellt sich die weitergehende Frage, ob

er seiner Beratungspflicht genügt hat. Dazu muss der Vermittler in derartigen Beratungsverträgen zwar keine vollständige Beratung durchführen, die die Benennung von Alternativmöglichkeiten mit einschließt. Er ist aber verpflichtet, ein zutreffendes Berechnungsbeispiel vorzulegen und den potentiellen Käufer auf Risiken aufmerksam zu machen, die bei Erstellung des Beratungsbeispiels offen zu Tage liegen.⁶⁶ Soll die Finanzierung etwa mit gestaffelten Bausparverträgen vorgenommen werden, muss er darauf aufmerksam machen, dass diese nicht nahtlos aneinander anschließen sondern sich ein zusätzliches Bedürfnis nach einer Zwischenfinanzierung ergibt.⁶⁷

Die Frage nach einem solchen Beratungsvertrag neben dem Kaufvertrag hat sich auch in anderen Fällen gestellt, in denen nicht derartige besondere Vertriebsmethoden eingesetzt werden. Solche Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer noch nicht zum Kauf entschlossen ist und vor dem Kauf eines bestimmten Produktes dessen Eignung für seine Zwecke in Erfahrung bringen will. Hier hängt die Annahme eines Beratungsvertrages entscheidend davon ab, ob sich der Verkäufer und seine Gehilfen auf ihre Rolle als Verkäufer beschränken und nicht über die Benennung der ihnen bekannten Eigenschaften der Sache hinausgehen. Beschränken sie sich in der Weise, kommt die Annahme eines eigenständigen Beratungsvertrages nicht in Betracht.⁶⁸ Geht der Verkäufer dagegen über seine Rolle als Verkäufer hinaus und befasst er sich mit dem Beratungsanliegen seines Käufers, dann kommt ein Beratungsvertrag zu Stande und er kann aus diesem Beratungsvertrag wegen Schlechterfüllens seine Beratungspflichten in Anspruch genommen werden.⁶⁹ Aus meiner Sicht sollte man bei der Annahme solcher Beratungsverträge Zurückhaltung walten lassen. Denn der Beratungsvertrag neben dem Kaufvertrag ist geeignet, das Gefüge der wechselseitigen Leistungspflichten und Haftungsrisiken bei dem Kaufvertrag aus dem Gleichgewicht zu bringen.

h) *Unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen*

Das unberechtigte Geltendmachen von Ansprüchen und Rechten ist unschädlich, wenn es im förmlichen Gerichtsverfahren geschieht. Dann beschränkt sich seine Haftung auf die prozessualen Folgen des Prozessverlusts, regelmäßig nur die Pflicht zum Ersatz der Prozesskosten. Das hat der *Große Zivilsenat* des BGH vor einigen Jahren noch einmal bekräftigt.⁷⁰ Die Frage ist, ob Gleiches auch für die außergerichtliche Geltendmachung unberechtigter Ansprüche oder nicht bestehender Rechte gilt. Mit dieser Frage befasste sich zuerst der *VIII. Zivilsenat* des BGH im Rufanlagenfall.⁷¹ Eingehender behandelt hat die Problematik dann der *V. Zivilsenat* des

⁶³ Dazu *Schmidt-Räntsch*, MDR 2005, 6.

⁶⁴ BGHZ 168, 35 (39).

⁶⁵ BGH NJW 2003, 1811 (1813) und BGH NJW 2007, 1874 (1875).

⁶⁶ BGH NJW 2005, 983 (985).

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 17.1.2008 – V ZR 92/07 = BB 2008, 804, Vollabdruck bei juris Rn. 8 f.

⁶⁸ BGH NJW 2004, 2301 (2302 f.).

⁶⁹ BGH NJW 1999, 3192 (3193 f.).

⁷⁰ BGHZ 164, 1 (6 ff.).

⁷¹ BGH NJW 2008, 1147 (1148 Rn. 12).

BGH im Baugenehmigungsfall.⁷² Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Beklagte kaufte von dem Kläger ein Grundstück für 351.000 €. Das Grundstück sollte parzelliert, mit 6 Einfamilienhäusern bebaut und weiterverkauft, der Kaufpreis nach Erteilung der Baugenehmigung fällig werden. Die Baugenehmigung verzögerte sich. Die Beklagte erklärte dem Kläger nicht, warum. Dieser äußerte daraufhin am 21. Juli 2006 den Verdacht, die Beklagte hintertreibe die Erteilung der Baugenehmigung und kündigte für diesen Fall einen Rücktritt an. Die Beklagte schwieg. Als er von der Baubehörde erfuhr, dass der Bauantrag noch nicht gestellt war, trat der Kläger zurück, zu Unrecht, wie sich zeigte. Die Beklagte verlangt 2.500 € Kosten für die Prüfung des Verdachts. Zu Recht?

Der Anspruch der Beklagten könnte aus § 280 Abs. 1 BGB folgen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Kläger seine Pflichten verletzt hat. Als verletzte Pflicht kam eine Schutzpflicht gegenüber ihrem Käufer in Betracht, deren Grundlage § 241 Abs. 2 BGB ist. Aus dieser Vorschrift leitet der BGH ab, dass die eine Vertragspartei von der anderen Vertragspartei nicht etwas verlangen kann, was ihr nicht zusteht. Das gilt sowohl für die unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen als auch für die unberechtigte Geltendmachung von Gestaltungsrechten. Sind sie objektiv nicht gegeben, liegt eine Pflichtverletzung vor. Auf dieser Ebene kommt es nicht darauf an, ob die Vertragspartei, die sich der Sache nach rechtswidrig verhält, dies bemerkt oder nicht. Gemessen daran war das Verhalten der Klägerin pflichtwidrig. Sie ist von dem Vertrag zurückgetreten, obwohl sie dazu nicht berechtigt war. Die Geltendmachung dieses Gestaltungsrechts war pflichtwidrig. Für die Folgen dieses pflichtwidrigen Verhaltens haftet die Klägerin aber nur, wenn sie das zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Was darunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach § 276 BGB. Nach dessen Absatz 2 haftet der Schuldner, hier also der Kläger, dann, wenn er die im Verkehr gebotene Sorgfalt außer Acht lässt. Was bedeutet das aber bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen oder Rechten? Muss sich der Schuldner anwaltlichen Rat holen, bevor er solche Rechte geltend macht? Würde er unter Umständen auch für die Fehler seines Anwalts einzustehen haben? Die Frage ist von entscheidender Bedeutung, weil nämlich das anzulegende Maß an Sorgfalt auch darüber entscheidet, ob der Schuldner selbst seine eigenen Ansprüche und Rechte aus dem Vertrag effizient geltend machen kann. Der BGH löst das Problem auf der Ebene des Vertretenmüssens, genauer: der Anforderungen an die im Verkehr gebotene Sorgfalt gemäß § 276 Abs. 2 BGB. Er verlangt von der Vertragspartei, die Ansprüche oder Rechte geltend macht, dass sie vorher prüft, ob die Geltendmachung dieser Ansprüche und Rechte plausibel ist. Ist diese Plausibilitätsprüfung angestellt worden, hat die Partei ein in der Sache unberechtigtes Geltendmachen von Ansprüchen oder Rechten nicht zu vertreten und haftet dafür nicht. Sie haftet nur, wenn sie einen in der Sache unberechtigten Standpunkt

einnimmt, ohne ihn vorher auf seine Plausibilität hin überprüft zu haben.⁷³

Nach diesen Grundsätzen war die Klägerin nicht haftbar. Auf Grund des ihr bekannt gewordenen Sachverhalts und auf Grund ihrer Anstrengungen, die wahren Hintergründe des Verhaltens der Beklagten in Erfahrung zu bringen, war ihr Verhalten plausibel. Die Beklagte hatte ihr den sicheren Eindruck vermittelt, sie vereitle die Erteilung der Baugenehmigung und hat die ihr gebotenen Gelegenheiten zur Sachaufklärung nicht genutzt. Die Reaktion der Klägerin war deshalb plausibel; eine Haftung entfiel.

III. Kaufrecht

1. Neuerungen

a) Erweiterung des Mängelbegriffs

Mit dem neuen Kaufrecht wird der Mängelbegriff gegenüber dem früheren Recht erweitert. Beim ersten Hinsehen fällt diese Erweiterung allerdings nicht auf. Denn schon nach bisherigem Recht galt der so genannte subjektive Fehlerbegriff, wonach es entscheidend auf die Vereinbarungen der Parteien ankommt. Eine erste Erweiterung tritt in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zu Tage. Danach gelten nämlich Eigenschaften, die der Verkäufer selbst oder der Hersteller öffentlich angepriesen haben, als Eigenschaften, die man üblicherweise erwarten kann.⁷⁴ Diese Regelung geht auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurück, die in Art. 2 Abs. 2 lit. d eine entsprechende Regelung enthält. Gedankliche Grundlage dieser Regelung ist, dass der Verkäufer oder der Hersteller durch eine so genannte intelligente Werbung, die konkret erwartbare Eigenschaften der Sache anpreist, letztlich die Publikumserwartung vorprägen, auf die zur Bestimmung der üblichen Eigenschaften einer Sache zurückgegriffen werden muss. § 434 Abs. 1 BGB enthält aber noch eine weitere Erweiterung. Die Vorschrift stellt allein auf die Parteivereinbarung ab und lässt eine Beschränkung der Vereinbarungsmöglichkeiten auf Eigenschaften, die der Sache anhaften, nicht erkennen.

b) Leistungsstörungenrecht für die Mängelhaftung

Eine weitere wesentliche Neuerung im modernisierten Kaufrecht ist die Einführung des Leistungsstörungenrechts für alle Mängel. Nach altem Kaufrecht bezog sich die eigentliche Leistungspflicht des Verkäufers allein auf die Verschaffung von Eigentum und Besitz. Seiner Erfüllungspflicht hatte der Verkäufer bereits genügt, wenn er dem Käufer das Eigentum in dem Besitz an einer mangelhaften Sache verschaffte. Rechtsmängel durfte sie nicht aufweisen. Bei deren Vorhandensein traf den Verkäufer nach § 440 BGB a.F. eine Garantenhaftung. Bei Sachmängeln galt das nicht. Für sie galt Erfüllungsrecht nicht und für sie kamen die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nicht zur Anwendung. Es hatte mit den besonderen Gewährleistungsvorschriften, die

⁷³ BGHZ 179, 238 (246 Rn. 20).

⁷⁴ Dazu *Schmidt-Räntsch*, in: Greißinger (Hrsg.), Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im DAV, 2004, S. 245.

⁷² BGHZ 179, 238.

eine nur eingeschränkte Haftung vorsahen, sein Bewenden. Das ist nach § 437 BGB grundlegend anders. Es gelten die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts. Das hat zur Folge, dass der Verkäufer für Sachmängel genauso einzustehen hat wie für Rechtsmängel und andere Pflichtverletzungen. Allerdings haftet er in beiden Fällen auf Schadensersatz nur, wenn er das zu vertreten hat. Es gibt keine gesetzliche Garantiehaftung hierfür.⁷⁵

c) Verlängerung der Verjährungsfrist für Sachmängel

Die augenfälligste Änderung des modernisierten Kaufrechts ist die Verlängerung der Haftung für Sachmängel von sechs Monaten auf zwei Jahre in § 438 BGB. Sie geht auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurück. Es wäre möglich und auch sachgerecht gewesen, für die Haftung für Mängel die regelmäßige Verjährungsfrist vorzusehen. Diese systemgerechte Lösung ließ sich aber im politischen Raum nicht durchsetzen. Der Gesetzgeber hat sich an dieser Stelle auf das nach der Richtlinie nicht zu vermeidende Maß beschränkt und eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vorgesehen. Sie gilt allerdings nicht in Arglistfällen, und sie gilt auch nicht für andere Pflichtverletzungen als Lieferung einer mangelhaften Sache.

d) Abschaffung des Viehkaufrechts

Eine letzte Besonderheit des modernisierten Kaufrechts ist die Aufgabe des besonderen Viehkaufrechts. Das Viehkaufrecht zeichnete sich gegenüber dem allgemeinen Kaufrecht dadurch aus, dass die Haftung für Sachmängel deutlich eingeschränkt war. Die Verjährungsfrist betrug nicht sechs Monate, sondern nach § 490 Abs. 1 BGB a.F. nur sechs Wochen. Die normale Mängelhaftung galt nicht für jeden Mangel eines solchen Tieres, sondern nur für in der Viehhauptmängelverordnung⁷⁶ bestimmte Viehhauptmängel, § 482 Abs. 1 BGB a.F. Im Laufe der Jahre hatte sich herausgestellt, dass die Viehhauptmängel relativ selten vorkamen und alle anderen häufiger vorkommenden Mängel nicht Viehhauptmängel waren. Eine Haftung für solche Tiere kam deshalb nur in Betracht, wenn es Garantien gab, § 492 BGB a.F. Das führte zu dem eigenartigen Ergebnis, dass der Verkäufer eines billigen Hundes stärker haftete als der Verkäufer eines teuren Reitpferdes. Dieses Ergebnis war mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren, die auch für den Kauf von Tieren durch einen Verbraucher gilt, und ist auch sachlich kaum zu rechtfertigen.

2. Ergebnisse

a) Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs

Die in den neuen Vorschriften liegende Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs ist bisher noch nicht allgemein rezipiert worden. Eine gewisse Klärung hat die Entscheidung des BGH in dem Fabrikdenkmalfall⁷⁷ gebracht. In jenem Fall war ein mit einem Fabrikdenkmal bebautes Grundstück zum

⁷⁵ BGHZ 174, 61 (71 f.).

⁷⁶ Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel, BGBI. III 402-3.

⁷⁷ BGH NJW 2011, 1217.

Verkauf angeboten worden. In dem dafür erstellten Auktionsprospekt war ein bestimmter Mietertrag angegeben, der aber nicht zutraf. Der BGH entschied, dass der in dem Prospekt angegebene und damit auch Vertragsinhalt gewordene Mietertrag eine nach § 434 Abs. 1 BGB vereinbarungsfähige Eigenschaft darstellt.⁷⁸ Das entspricht der herrschenden Meinung, der zufolge vereinbarungsfähig alle Eigenschaften sind, die unter früherem Recht zusicherungsfähig waren.⁷⁹ Zum Teil wird der Beschaffenheitsbegriff in § 434 Abs. 1 BGB enger gelesen.⁸⁰ Ich selbst habe mich für ein darüber hinausgehendes weites Verständnis ausgesprochen.⁸¹ Relevant wird die Frage nach dem Eigenschaftenbegriff bei den von mir so genannten ethischen Eigenschaften. Das sind Auszeichnungen, die Produkte nicht ihrer Natur nach haben und die sich auch auf die Natur der Produkte gar nicht zurückführen lassen. Beispiel sind eine umweltgerechte Herstellung oder ein Produkt, das im Fair Trade gehandelt wird oder ohne Kinderarbeit hergestellt worden ist. Solche Eigenschaften können nach dem Wortlaut von § 434 Abs. 1 BGB ebenso uneingeschränkt vereinbart werden wie nach dem Wortlaut von Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, auf deren Auslegung es hier entscheidend ankommt. Nach dem Wortlaut beider Vorschriften ist allein die Vereinbarung maßgeblich. Den Parteien sind dabei keine Grenzen gesetzt. Eine Entscheidung des BGH steht hierzu noch aus. Sie wird voraussichtlich auch nicht ohne Vorlage an den EuGH zu erreichen sein.⁸²

b) Beschaffenheitsangabe und Haftungsausschluss

Die Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs und vor allem die Ausweitung dessen, was unter der üblichen Beschaffenheit zu verstehen ist, legen die Frage nahe, ob und inwieweit solche Eigenschaften ausgeschlossen werden können. Unter früherem Recht sind Mängelausschlüsse allgemein verstanden worden. Es war möglich, Eigenschaften zu vereinbaren, die Haftung dafür aber auszuschließen. Das ist nach neuem Recht praktisch nicht mehr möglich. Mit der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 BGB über die tatsächlichen Anforderungen an die Kaufsache und der Vereinbarung über die rechtlichen Anforderungen nach § 435 BGB bestimmen die Parteien, welche Leistung der Verkäufer zu erbringen hat. Legen sie dabei keine konkreten Anforderungen an die Sache fest, sondern beziehen sich auf die üblichen Eigenschaften, dann hat der Haftungsausschluss regelmäßig allgemeine Be-

⁷⁸ BGH NJW 2011, 1217 (1218 Rn. 13).

⁷⁹ Faust (Fn. 58), Edition 23, Stand 1.3.2011, § 434 Rn. 21; Weidenkaff (Fn. 58), § 434 Rn. 12; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 434 Rn. 42; Gruber, MDR 2002, 433 (435 f.); Roth, NJW 2004, 330 (331).

⁸⁰ Huber, AcP 202 (2002), 179 (226); Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118 (122 und 124); Grunewald (Fn. 58), § 434 Rn. 3.

⁸¹ Schmidt-Räntsch, AnwBl. 2003, 529 (531); ders. (Fn. 74), S. 245 (S. 247 f.); ähnlich Redeker, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf, 2012, S. 207, 227.

⁸² BVerfG NVwZ 2012, 297 (betr. BVerwG) und BVerfG NJW 2010, 1268 (betr. BAG).

deutung und betrifft jeden potentiellen Mangel. Anders ist es aber dann, wenn die Parteien bestimmte Eigenschaften konkret angeben. Dann kommt der Käufer nicht auf den Gedanken, dass der allgemein formulierte Haftungsausschluss an anderer Stelle des Vertrages auch diese konkrete Eigenschaft betrifft. Ein Haftungsausschluss ist im Zweifel so auszulegen, dass er nur die nicht konkret angesprochenen Eigenschaften betrifft, nicht aber solche, deren Vorhandensein die Parteien ausdrücklich vereinbart haben.⁸³

c) Sperrwirkung des Kaufgewährleistungsrechts

Das frühere Kaufgewährleistungsrecht schloss einen Rückgriff auf die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und auf die Regeln über die culpa in contrahendo aus, soweit sie eine Haftung unterhalb der Schwelle des Vorsatzes vorsahen. Denn in diesem Bereich drohte der Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften die Begrenzungen der Kaufgewährleistungshaftung zu umgehen.⁸⁴ Es stellt sich die Frage, ob diese Sperrwirkung des Kaufgewährleistungsrechtes auch unter neuem Recht gilt. Man ist auf den ersten Blick versucht, die Frage zu verneinen, weil das Kaufgewährleistungsrecht ja jetzt dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht entspricht. Bei näherem Hinsehen ergibt sich aber, dass das Kaufgewährleistungsrecht auch heute noch einige Einschränkungen bietet, die durch den Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften umgangen werden könnten.⁸⁵ Zu nennen sind die kurze Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 BGB, der Ausschluss der Gewährleistungsrechte bei Kenntnis von Mangel nach § 442 BGB und die Möglichkeit, die Haftung auszuschließen, § 444 BGB. Dies hat den BGH veranlasst, weiterhin grundsätzlich eine Sperrwirkung anzunehmen.⁸⁶ Eine Ausnahme hat er für den Fall der Arglist anerkannt.⁸⁷ Im Fall der Arglist gelten nämlich die Besonderheiten im Kaufrechtgewährleistungsrecht nicht mehr. Die Verjährungsfrist entspricht nach § 438 Abs. 3 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist. Eine Kenntnis des Mangels schließt die Rechte naturgemäß nicht aus, wenn der Mangel arglistig verschwiegen worden ist. Und bei Arglist greift auch ein Gewährleistungsausschluss nicht, § 444 BGB.

d) Verschuldenserfordernis bei der Eigentumverschaffungspflicht

Nach § 437 Nr. 3 BGB haftet der Verkäufer unter den Voraussetzungen von § 280 BGB auf Schadensersatz. Das bedeutet, dass das Vorhandensein von Sach- wie Rechtsmängeln eine Pflichtverletzung darstellt, für deren Folgen er aber nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB Schadensersatz nur zu leisten hat, wenn er den Mangel, sei es einen Rechts-, sei es einen Sachmangel, zu vertreten hat. Das bedeutet gegenüber der früheren Sachmängelregelung einen deutlichen Fortschritt, weil eine Schadensersatzhaftung jetzt

nicht mehr nur bei Zusicherung von Eigenschaften oder arglistiger Täuschung nach § 463 BGB a.F. möglich ist, sondern immer, wenn ein Mangel zu vertreten ist. Bei der Rechtsmängelhaftung bedeutet dies aber auch eine Veränderung. Für sie galt nach § 440 BGB a.F. bislang eine Garantiehaftung. Diese ist ebenfalls durch eine Haftung für zu vertretende Rechtsmängel abgelöst worden. Die Frage war allerdings, was der Verkäufer eines Grundstücks an Rechtsmängeln zu vertreten hat. Es wurde nämlich die Auffassung vertreten, dass der Verkäufer für Rechtsmängel stets eine strengere Haftung im Sinne von § 276 Abs. 1 BGB übernimmt und es damit letztlich doch wieder zu einer Garantiehaftung kommt. Der BGH hat entschieden, dass solche Garantien zwar möglich, aber nicht allein daraus abzuleiten sind, dass überhaupt bestimmte rechtliche Anforderungen vereinbart werden. Für die Annahme einer Garantie reicht eine solche Vereinbarung nicht.⁸⁸

e) Die sog. Erheblichkeitsschwelle

Nach § 459 Abs. 2 BGB a.F. schied eine Gewährleistungshaftung des Verkäufers aus, wenn der Mangel geringfügig war. Eine vergleichbare Schwelle enthalten § 323 Abs. 5 S. 2 BGB für den Fall des Rücktritts und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB für den Fall des Schadensersatzes statt der Leistung. Auf den ersten Blick regeln beide Vorschriften dasselbe wie der frühere § 459 Abs. 2 BGB. Das hat zu der Annahme geführt, man könne ohne weiteres auf die bisherige Rechtsprechung zurückgreifen.⁸⁹ Diese Annahme ist unzutreffend. Nach § 459 Abs. 2 BGB a.F. waren bei einem geringfügigen Mangel sämtliche Gewährleistungsrechte ausgeschlossen. Dies ist nach neuem Recht anders. Die Unerheblichkeit eines Mangels schließt nur den Rücktritt und den Schadensersatz statt der Leistung aus. Unberührt davon bleiben der Erfüllungsanspruch⁹⁰ und das Recht des Käufers, den Kaufpreis zu mindern. Deshalb kann nicht ohne weiteres auf die Rechtsprechung zum früheren § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. zurückgegriffen werden.⁹¹ Es spricht einiges dafür, sich an die entsprechenden Vorschriften des CISG anzulehnen und dabei auch zu berücksichtigen, dass die Unerheblichkeit des Mangels als eine Ausnahme des an sich gegebenen Rücktrittsrechts nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eng auszulegen ist.⁹² Diese Unterschiede sind in der bisherigen Rechtsprechung nicht deutlich geworden. Der BGH neigt dazu, eine umfassende Bewertung der Umstände des Einzelfalls anzustellen, aus der sich bisher verallgemeinerungsfähige Grundsätze nicht ableiten ließen. Eine Ausnahme bietet allerdings der arglistig verschwiegene Mangel. Er stellt nach der Rechtsprechung des BGH keinen geringfügigen Mangel dar, auch wenn er bei Hinwegdenken der Arglist unerheblich wäre.⁹³

⁸⁸ BGHZ 174, 61 (72 f.).

⁸⁹ Nachweise in *Schmidt-Räntsch*, in: Merle (Hrsg.), Festschrift für Joachim Wenzel zum 65. Geburtstag, 2005, S. 409 (S. 423).

⁹⁰ OLG Karlsruhe OLGR 2009, 79 (80).

⁹¹ *Schmidt-Räntsch* (Fn. 89), S. 409 (S. 423).

⁹² *Schmidt-Räntsch* (Fn. 89), S. 409 (S. 422 f.).

⁹³ BGHZ 167, 19 (23 f. Rn. 13).

⁸³ BGHZ 170, 86 (97).

⁸⁴ BGHZ 60, 319 (321 f.) und BGH NJW 1992, 2564 (2565).

⁸⁵ *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2004, 569 (571).

⁸⁶ BGHZ 180, 205 (212 Rn. 19).

⁸⁷ BGHZ 180, 205 (212 Rn. 19).

f) Rücktritt vom ganzen Vertrag bei Teildéfekten

Mit der Frage eines Rücktritts vom ganzen Vertrag und des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung bei Teildéfekten befassen sich § 325 Abs. 5 S. 1 BGB und § 281 Abs. 1 S. 2 BGB geradezu liebevoll. Diese Vorschriften haben bislang keine praktische Relevanz gefunden. Ursache dafür ist § 434 Abs. 3 BGB. Die Frage nach Teildéfekten stellt sich in aller Regel bei Kaufverträgen, und bei Kaufverträgen steht die Teilleistung nach § 434 Abs. 3 BGB einer Schlechtleistung gleich, so dass es immer auf die Frage hinausläuft, ob die Pflichtverletzung unerheblich ist. In einem gemischttypischen Kaufvertrag stellte sich die Frage aber.⁹⁴ Der Verkäufer hatte dem Käufer eine Wohnung verkauft und als Kaufpreis teilweise eine Barzahlung und teilweise Arbeiten am Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage vereinbart. Diese Arbeiten am Gemeinschaftseigentum sind in der vorgesehenen, recht langen Frist nicht erbracht worden. Es stellte sich daher die Frage, ob der Verkäufer vom ganzen Vertrag zurücktreten konnte. Diese Frage war, stellte man auf die von dem Käufer zu erbringenden Leistungen ab, gar nicht einfach zu beantworten, weil der Verkäufer durchaus ein Interesse an den erbrachten Teilleistungen haben konnte, ein Rücktritt vom ganzen Vertrag aber nur bei Interessefortfall möglich war. Es kam deshalb darauf an, ob statt des Rücktritts vom ganzen Vertrag nur der an sich als gesetzliche Regel vorgesehene Teilrücktritt und an Stelle des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung nur der Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils in Betracht kam. Der BGH verneinte die Frage. Ein Teilrücktritt und ein Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils kommen nur in Betracht, wenn nicht nur die von dem Käufer zu erbringende Leistung teilbar ist, sondern auch die Gegenleistung. Daran fehlte es hier, weil die Eigentumswohnung nur ganz oder gar nicht zu Eigentum verschafft werden konnte.⁹⁵

g) Umsetzung des EuGH-Urteils in Sachen Putz und Wittmer

aa) Ausgangslage

Noch nicht vollständig bewältigt ist die Umsetzung des EuGH Urteils in den Rechtssachen Putz und Wittmer. In diesen beiden Rechtssachen des EuGH geht es um die Frage, welchen Umfang die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers hat. Mit dieser Frage hat sich der BGH zunächst im Parkettstäbchenfall befasst.⁹⁶ Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger kaufte von der beklagten Holzhändlerin 37,83 m² zweischichtige, nicht von der Beklagten hergestellte Buchenparkettstäbe sowie 25 m Sockelleisten zum Preis von 1.500 €. Er ließ die Parkettstäbe von einem Parkettleger im Wohn- und Esszimmer seines Hauses verlegen. Danach stellte sich heraus, dass sich wegen eines Produktionsfehlers auf etwa der Hälfte der verlegten Fläche die Buchendecklamelle der Parkettstäbe von der darunter liegenden Weichholzschiicht ablöste. Einer Aufforderung des Klägers zum Aus-

tausch der Stäbe leistete die Beklagte nicht Folge. Die Beklagte erstattete ihm einen Teil seiner Kosten. Offen sind die Kosten für die Neuverlegung von 1.600 €. Die verlangt der Kläger. Zu Recht?

Erste Frage war, ob der Verkäufer die Kosten der Neuverlegung der schlechten Parkettstäbchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 683 BGB in Verbindung mit § 439 Abs. 2 BGB zu ersetzen hatte. Voraussetzung dafür ist, dass der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nicht nur die Lieferung neuer mangelfreier Parkettstäbchen schuldete, sondern auch ihren Neueinbau. Die Frage stellen heißt sie verneinen. Der Verkäufer hat es hier nur übernommen, dem Käufer die Parkettstäbchen zu liefern. Den Einbau hatte er nicht übernommen. Die Nacherfüllung geht nicht über die im Vertrag übernommenen Verpflichtungen hinaus. Von daher kam eine Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Verbindung mit § 439 Abs. 2 BGB nicht in Betracht. Denkbar wäre ein Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB gewesen. Gegenstand dieses Anspruchs wären aber nicht die Kosten für die Neuverlegung, sondern nur die frustrierten Kosten für die erste Verlegung. Diese hätte der Verkäufer nach § 284 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3 BGB und § 281 BGB nur zu ersetzen, wenn er den Mangel zu vertreten hat. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Verkäufer neuer verpackter Ware deren Mangelhaftigkeit nicht erkennen und muss sie auch nicht generell überprüfen.⁹⁷ Er haftet deshalb normalerweise nicht, wenn ein Schaden infolge eines Fehlers entsteht, der nur bei einer vorherigen Untersuchung der Sache zu erkennen gewesen wäre.⁹⁸ Im Ergebnis hat der BGH die Klage abgewiesen.

bb) Der Fliesenfall von BGH und EuGH

Genau die gleiche Fallgestaltung trat nun in dem der Rechtsache Wittmer zu Grunde liegenden Sachverhalt erneut auf. Diesmal hatte der Verkäufer nicht Parkettstäbchen verkauft, sondern Fliesen. Nach dem Verlegen der Fliesen stellte sich heraus, dass diese Schatten aufwarfen und so nicht vertragsgerecht waren. Es stellte sich wieder die Frage, ob der Verkäufer die ersten Einbau und die Kosten des Wiedereinbaus zu tragen hat. Diesmal legte der BGH dem EuGH die Frage vor.⁹⁹ Der EuGH bejahte die Frage.¹⁰⁰ Ohne dies näher zu begründen, geht er davon aus, dass der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nicht nur die fehlerhaften Fliesen ausbauen, sondern auch die fehlerfreien Fliesen wiedereinbauen zu lassen hat.

Die Entscheidung des EuGH ist umzusetzen. Der BGH hat die Verpflichtung zum Ausbau der fehlerhaften Ware und zum Wiedereinbau der fehlerfreien Ware als Teil der Verpflichtungen des Verkäufers nach § 439 Abs. 2 BGB angesetzt.

⁹⁷ BGHZ 177, 224 (235 Rn. 29).

⁹⁸ BGHZ 181, 317 (325 Rn. 19).

⁹⁹ BGH NJW 2009, 1660.

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, (Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer) und EuGH NJW 2011, 2269 (2271 f. Rn. 47, 53) – Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH.

⁹⁴ BGH NJW 2010, 146 (147).

⁹⁵ BGH NJW 2010, 146 Rn. 17.

⁹⁶ BGHZ 177, 224.

hen.¹⁰¹ Der BGH hatte keine andere Wahl. Er konnte das Urteil des EuGH nur im Rahmen von § 439 Abs. 2 BGB umsetzen. Systemgerecht ist diese Lösung aber nicht. § 439 Abs. 2 BGB regelt die Kosten der Nacherfüllung. Was zur Nacherfüllung gehört, bestimmt sich nach dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Dazu gehörte der Einbau nicht. Weder der Ausbau der fehlerhaften, noch der Wedereinbau der fehlerfreien Fliesen kann deshalb Nacherfüllung sein. Es ist ein Mangelfolgeschaden bzw. frustrierter Aufwand, der bei gegebener Rentabilität als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB, sonst als frustrierter Aufwand nach § 284 BGB i.V.m. diesen Vorschriften zu ersetzen ist. Dieser Zugang war dem EuGH allerdings verschlossen, weil sein Prüfungsmaßstab die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist, die die Schadensersatzhaftung des Verkäufers gerade nicht regelt. Der nationale Gesetzgeber ist m.E. aber nicht gehindert, die Frage im deutschen Recht systematisch richtig zu verorten und als Schadensersatz zu regeln. Dieser Ansatz hätte den zusätzlichen Vorteil, dass er nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe passt, sondern für alle. Der nationale Gesetzgeber muss allerdings sicherstellen, dass der Schadensersatzanspruch nicht von vornherein an dem Einwand des Verkäufers scheitert, er habe die verpackte neue Ware nicht zu prüfen und den Mangel deshalb nicht zu vertreten. Dieser Einwand entspräche zwar der bisherigen Rechtsprechung, wäre aber auf Grund des EuGH-Urteils zu hinterfragen. Ich meine, dass der Verkäufer künftig eine solche Prüfungspflicht hat. Selbst wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließen sollte, die Anforderungen an die im Verkehr gebotenen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) für den Bereich des Kaufrechts nicht zu verschärfen, wird es im Ergebnis doch dazu kommen. Nach dem Urteil des BGH vom 21. 12. 2011 schuldet der Verkäufer als Nacherfüllung auch den Ausbau und den Wiedereinbau. Solche Kosten gilt es zu vermeiden. Das wiederum ist aber nur möglich, wenn die verpackte Ware zumindest stichprobenweise untersucht wird.

h) Erfüllungsort der Nacherfüllung

Die Nacherfüllung hat den BGH auch schon in anderer Hinsicht beschäftigt. Es ging um die Frage, wo die Nacherfüllung zu erfolgen hat. Diese Frage ist von wichtiger wirtschaftlicher Bedeutung gerade im Europäischen Binnenmarkt. Denn nicht wenige Käufer wollen von einem Verkäufer kaufen, der an einem anderen Ort ansässig ist als sie selbst. Als Extrembeispiel mag ein Käufer im fernen Lappland dienen, der in Berlin oder Karlsruhe einen Toaster gekauft hat, der einen Mangel aufweist und repariert oder ausgetauscht werden soll. Muss unser lappländischer Käufer den defekten Toaster nach Berlin oder Karlsruhe zurückschicken und wer trägt die Kosten dafür? Die Rechtsprechung des BGH ist nicht ganz einheitlich, wenngleich sie in den Ergebnissen dann doch wieder zusammenfindet. Als erstes hat sich der *X. Zivilsenat* des BGH mit der Frage befasst. Es ging um einen Werkvertrag und um die Reparatur einer Yacht. Er entschied, dass die Yacht am Wohnort des Bestellers zu reparieren ist und es gegebenenfalls Sache des Unternehmers ist, die Yacht auf

eigene Kosten zu seiner Werft zu transportieren, um sie dort zu reparieren.¹⁰² Für das Kaufrecht hat der *VIII. Zivilsenat* des BGH, vordergründig betrachtet, gegenteilig entschieden.¹⁰³ Es ging um einen französischen Käufer, der bei einem deutschen Verkäufer einen Auto-Anhänger kaufte. Nach dem Kaufvertrag hatte der Käufer den Anhänger am Geschäftssitz des Verkäufers abzuholen. Der BGH entschied, dass Erfüllungsort der Nacherfüllung in der Regel der Sitz des Verkäufers ist, nicht der Wohnsitz des Bestellers bzw. Käufers. Im konkret entschiedenen Fall gab der Umstand, dass der Käufer die Sache beim Verkäufer abzuholen hatte, für diese Einordnung den Ausschlag. Im Einzelfall kann es anders liegen. Die Bestimmung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung besagt aber nicht, dass der Käufer auch die Kosten des Transports dorthin zu tragen hätte. Diese soll unabhängig hiervon jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf der Verkäufer zu tragen haben. Auch das soll sich aus Art. 4 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ergeben.¹⁰⁴ Im wirtschaftlichen Ergebnis unterscheiden sich die beiden *Senate* des BGH also nicht. Die Lösung des *X. Zivilsenats* erscheint aber klarer und einfacher.

IV. Verbraucherschutzrecht

1. Neuerungen

a) Fernabsatzgesetz von 2000

Die eigentliche Modernisierung des Verbraucherschutzrechts ist nicht mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts erfolgt. Sie besteht nämlich im Kern darin, die disparaten Widerrufsrechte des Verbrauchers in den einzelnen früheren Verbraucherschutzgesetzen zu vereinheitlichen. Damals war nicht einmal die Struktur dieser Widerrufsrechte einheitlich. Sie hatten unterschiedliche Fristen und ein unterschiedliches Abwicklungsregime, ohne dass dafür ein Grund erkennbar war. Diese Vereinheitlichung hat der Gesetzgeber aber nicht erst mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, sondern schon ein Jahr zuvor bei der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie¹⁰⁵ durch das Fernabsatzgesetz von 2000¹⁰⁶ vorgenommen. Im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts konnte es nur noch um Randkorrekturen gehen. Die eigentliche Arbeit war getan.

b) Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB

Mit dem Fernabsatzgesetz hatte man den angestrebten zweiten Schritt noch nicht vorgenommen, um die rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie nicht zu gefährden. Der bestand darin, die Verbraucherschutzgesetze in das BGB zu integrieren. Mit dieser Integration hat der Gesetzgeber im Wesentlichen zwei Ziele verfolgt. Das erste Ziel besteht darin, den Verbraucherschutzregelungen den ihnen gebührenden Platz einzuräumen. Es handelt sich um Regelungen, die für die große

¹⁰² BGH NJW-RR 2008, 724.

¹⁰³ BGHZ 189, 196 (208 Rn. 33).

¹⁰⁴ BGHZ 189, 196 (212 Rn. 42).

¹⁰⁵ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 Nr. L 144, S. 19.

¹⁰⁶ Gesetz v. 27.6.2000, BGBl. I 2000, S. 897.

¹⁰¹ BGH ZIP 2012, 430 Rn. 25 ff.

Masse der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung sind. Die Anordnung dieser Vorschriften in Sondergesetzen führte aber dazu, dass diese wichtigen Vorschriften von der großen Masse der Juristen kaum zur Kenntnis genommen und im Wesentlichen von Spezialisten bearbeitet wurden. Das wiederum hatte einen zweiten Nachteil, der ebenfalls durch die Integration behoben werden sollte. Die einzelnen Verbraucherschutzgesetze wurden von den jeweiligen Spezialistengruppen ganz unterschiedlich ausgelegt. Das führte dazu, dass selbst einheitliche Vorschriften unterschiedlich ausgelegt wurden, je nachdem, auf welcher Grundlage sie angewandt wurden. So richteten sich zum Beispiel die Folgen des Widerrufs von Haustürgeschäften und von Verbraucherkrediten einheitlich nach § 3 des Haustürwiderrufgesetzes. Diese Vorschrift wurde aber als Verweisungsnorm im Verbraucherkreditgesetz ganz anders ausgelegt als bei ihrer unmittelbaren Anwendung im Rahmen eines Haustürgeschäftes. Besonders drängend erschien die Integration in das BGB für das AGB-Gesetz. Das AGB-Gesetz bestimmte nämlich in der Sache, wann das Vertragsrecht des BGB überhaupt noch zur Anwendung kam. Es lag deshalb nahe, dieses Gesetz in das BGB zu integrieren.

2. Ergebnisse

a) Die Auslagerung der Informationspflichten

Bei der Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB konnten die Informationspflichten nicht *tel quel* in das BGB übernommen werden. Sie waren im Laufe der Zeit immer ausufernder geworden und fügten sich nicht in das System der Vorschriften des BGB ein. Der Gesetzgeber hat sich deshalb dazu entschlossen, im BGB nur die Grundprinzipien zu regeln, die umfangreichen Einzelheiten aber in einer Rechtsverordnung. Für diese Regelungstechnik bot das Reiserecht ein Vorbild. Dort hatte der Gesetzgeber ein vergleichbares Problem so gelöst. Nach § 651a Abs. 5 BGB a.F. war das BMJ ermächtigt, die dem Pauschalreisenden zu erteilenden Reiseinformationen in einer Rechtsverordnung zu regeln. Das geschah in der Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern v. 14.11.1994.¹⁰⁷ Diese Regelungstechnik nutzte der Gesetzgeber im Überweisungsgesetz vom 21.7.1999¹⁰⁸ für die Informationspflichten bei Überweisungsverträgen und im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts für die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen und Teilzeitwohnrechtverträgen. Dieses Regelungsmodell hat sich im Kern bewährt. Inzwischen sind allerdings die meisten der immer zahlreicher gewordenen Informationspflichten in den Art. 246 ff. EGBGB durch Gesetz geregelt. Das hat seinen Grund in dem – gleich zu behandelnden – Vorhaben, eine Musterwiderrufsbelehrung zu regeln. Inhaltlich hätte es sonst bei der bisherigen Lösung bleiben können. Kritisch anzumerken ist aber das immer stärker werdende Anschwellen der Informationspflichten. Es ist allerdings nicht dem Eifer des nationalen deutschen Gesetzgebers, sondern dem Eifer des EU-Gesetzgebers geschuldet.

¹⁰⁷ BGBl. I 1994, S. 3436.

¹⁰⁸ BGBl. I 1999, S. 1642.

Die Kritik gilt dabei nicht der Idee an sich: Nur ein informierter Verbraucher kann sich sachgerecht für oder gegen einen Vertrag und für oder gegen die Ausübung seines Widerrufsrechts entscheiden. Die Frage ist aber, ob der Verbraucher sachgerecht informiert wird, wenn er mit immer mehr und immer kleinteiliger werdenden Informationen geradezu überschüttet wird. Die Frage ist zu verneinen. Die eigentlich entscheidenden Informationen gehen in einem Wust mehr oder weniger unnützer Kleininformationen unter. Inzwischen müsste man dem Verbraucher noch eine zusätzliche Information darüber erteilen, auf welche der zahlreichen Informationen es wirklich ankommt. Diese Entwicklung führt die Idee des informierten Verbrauchers *ad absurdum*. Die Chance, diesen Wust zusammenzustreichen, hat der EU-Gesetzgeber auch bei der sog. Verbraucherrechterichtlinie¹⁰⁹ nicht genutzt.

b) Die Musterwiderrufsbelehrung

Die in das BGB integrierten Verbraucherschutzgesetze sahen durchweg ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vor, über das der Verbraucher zu belehren und – je nach Vertragstyp – auch im Einzelnen zu informieren ist. Diese Belehrung und Information ist notwendig, um die Effizienz der Verbraucherschutzvorschriften sicherzustellen. Nur wer weiß, dass er ein Widerrufsrecht hat und wie er davon Gebrauch machen kann, kann das Widerrufsrecht auch effektiv wahrnehmen. Auch für den gesetzestreuen Unternehmer ist es aber ausgesprochen schwierig, der gesetzlichen Pflicht zur Belehrung nachzukommen. Das Gesetz verlangt nämlich eine Belehrung, die deutlich gestaltet ist (§ 360 Abs. 1 S. 1 BGB). Darüber, was das über die jetzt mit § 360 Abs. 1 S. 2 BGB vorgegebenen Einzelheiten hinaus bedeutet, darüber kann man sich füglich streiten. Man kann diese Anforderungen auch dazu nutzen, dem Verbraucher, der die Widerrufsfrist versäumt hat, zu einer Art „Wiedereinsetzung“ zu verhelfen, die das Gesetz aber nicht vorsieht. Denn es ist gut möglich, dass der Unternehmer bei seiner Belehrung nicht alle Feinheiten der Gestaltungsanforderungen erkannt und beachtet hat. Diese Schwierigkeiten gaben auch Anlass zu zahlreichen Wettbewerbsklagen nach § 3 UWG. Die Folge davon war der Ruf nach einer Hilfestellung durch den Gesetzgeber. Er sollte ein Muster festlegen, an dem man sich orientieren und dann sicher sein konnte, alles richtig gemacht zu haben. Dieser Ruf kam in der Schlussphase des Gesetzgebungsverfahrens zum Erlass des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts auf und konnte in diesem Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Das BMJ hat sich deshalb entschlossen, eine mit dem Gesetz zu diesem Zweck geschaffene Verordnungsermächtigung zu nutzen und eine solche Musterwiderrufsbelehrung festzule-

¹⁰⁹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG Nr. 304, S. 64.

gen.¹¹⁰ Sie stieß auf Bedenken. Sie genüge, so meinte man, nicht den gesetzlichen Anforderungen.¹¹¹ Prämisse diese Überlegungen war, dass die Musterwiderrufsbelehrung den Anforderungen von § 355 BGB a.F. genügen müsse. Sie war unzutreffend, weil der Gesetzgeber den Verordnungsgeber auch dazu ermächtigt hatte, die allgemeinen gesetzlichen Anforderungen an diese Belehrung zu präzisieren. Der Gesetzgeber hat den Streit bei der Umsetzung der Verbraucher-kreditrichtlinie beendet, indem er die Widerrufbelehrung mit Art. 246 § 2 Abs. 3 S. 1 mit Anlage 1 EGBGB auf die Ebene des Gesetzes gehoben und in § 360 Abs. 3 BGB festgelegt hat, dass der Unternehmer mit ihrer Verwendung den Anforderungen genügt. Genau das war und ist der Sinn der Musterwiderrufsbelehrung. Inzwischen hat der EU-Gesetzgeber diese Idee aufgegriffen und in der Verbraucherrechterichtlinie auch eine Musterwiderrufsbelehrung vorgesehen.¹¹²

c) Vorschlag der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR)

aa) Anlass für den Vorschlag

In der EU herrscht nach Art. 34, 35 und Art. 56 AEUV Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit. Bei der Wahrnehmung dieser Freiheiten stoßen Unternehmer immer wieder auf vielfältig große und kleine rechtlich-technische Hindernisse. Mit dem Erlass der E-Commerce-¹¹³ und der Dienstleistungs-Richtlinie¹¹⁴ hat die EU dem entgegengesteuert, indem sie darin das Herkunftslandprinzip festschreibt. Dieses besagt, dass jeder Unternehmer im Grundsatz nach den Vorschriften seines Sitzlandes (Herkunftslandes) EU-weit Waren und Dienstleistungen anbieten und ausführen darf, Art. 3 Abs. 1, 4 E-Commerce-RL und Art. 16 Dienstleistungs-RL. Das hindert die Mitgliedstaaten zwar nicht daran, die Ausübung solcher Tätigkeiten im Inland an zusätzliche Bedingungen zu knüpfen. Solche zusätzlichen Bedingungen sind aber, vereinfacht gesprochen, nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zulässig, Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL und Art. 9, 10 und 14 Dienstleistungs-RL. Diese Regelungen nehmen das Vertragsrecht zwar nicht völlig aus, wohl aber die Regelungen des IPR. Das führt dazu, dass der Unternehmer bei dem Angebot von Waren und Dienstleistungen zwar

nach Art. 4 Abs. 1 Rom-I-Verordnung¹¹⁵ grundsätzlich von der Anwendung des Rechts an seinem Sitz ausgehen kann, aber nach Art. 6 Rom-I-Verordnung bei dem Abschluss eines Vertrags mit einem Verbraucher mit der Anwendung des Rechts an dessen Wohnsitz bzw. ständigen Aufenthalts rechnen muss. Damit wird die Rechtslage gerade für kleine und mittlere Unternehmer unübersichtlich und kostspielig. Sie würden zwar gerne auch an im Ausland ansässige Kunden liefern, können es sich aber nicht leisten, sich verlässlich über die Rechtsordnungen am Wohnsitz dieser Kunden zu informieren. Und so kommt es, dass solche Unternehmer nicht selten die Belieferung von Kunden im EU-Ausland ablehnen. Das wird sicher vielfältige Gründe haben. Die Kompliziertheit der Rechtslage trägt aber sicher auch dazu bei. Aus dieser schon seit längerem beklagten Lage ist der Gedanke entwickelt worden, Unternehmern und Verbrauchern ein einheitliches Recht zur Verfügung zu stellen, das sie mit einem „Blue Button“¹¹⁶ wählen und mit dessen Wahl sie ihre Rechtsbeziehungen so „per Knopfdruck“¹¹⁷ einem gemeinsamen Rechtsregime unterstellen können. Ein solches Regime schlägt die EU-Kommission mit dem Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 10.10.2011 vor.¹¹⁸

bb) Kompetenzgrundlage – sog. 2. Regime

(1) Ausgangspunkt

Die EU-Kommission stützt ihren Vorschlag auf Art. 114 AEUV. Danach können Richtlinien und Verordnungen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Das politisch entscheidende Moment dieser Kompetenz ist, dass sie eine Gesetzgebung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289, 294 AEUV erlaubt, für das nach Art. 294 Abs. 8 und 13 AEUV eine Beschlussfassung im Rat mit qualifizierter Mehrheit (vgl. Art. 16 Abs. 4 und 5 EUV) vorgesehen ist. Griffe dieser Kompetenztitel nicht, wäre der Erlass der vorgeschlagenen Verordnung nur nach Art. 352 AEUV möglich. Diese Vorschrift sieht eine einstimmige Beschlussfassung im Rat vor. Ob diese erreichbar ist, ist zweifelhaft.

(2) Zweifel an der Kompetenz

Eine Regelungskompetenz aus Art. 114 AEUV für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wäre gegeben, schliege die EU-Kommission eine Richtlinie vor, die die Mitgliedstaaten zur weiteren Angleichung ihrer Kaufrechtsordnungen verpflichten soll. Ebenso wäre es, wenn sie z.B. Kaufverträge

¹¹⁰ Zweite Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung v. 1.8.2002, BGBI. I 2002, S. 2958.

¹¹¹ Nachweise in der Begründung des BMJ des Entwurfs der Dritten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung, BAAnz. 2008, S. 957.

¹¹² Anhang I der Verbraucherrechterichtlinie

¹¹³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG 2000 Nr. L 178, S. 1.

¹¹⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG 2006 Nr. L 376, S. 36.

¹¹⁵ VO (EG) Nr. 593/2008, ABl. EG 2008 Nr. L 177, S. 6, berichtet in ABl. EG 2009 Nr. L 309, S. 87.

¹¹⁶ Ausdruck von *Schulte-Nölke*, dem Erfinder dieser Idee, ZGS 2007, 81 und – ausführlich – ERCL 2007, 332 (348).

¹¹⁷ Ausdruck des *Verf.*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Entwicklung nicht-legislatorischer Rechtsangleichung im Europäischen Privatrecht, 2008, S. 1 (S. 34 ff.).

¹¹⁸ KOM (DOC) 635 endgültig = 2011/0248 (COD) = BR-Drs. 617/11.

zwischen Unternehmern als Verkäufern und Verbrauchern als Käufern EU-weit einheitlich unter Verdrängung der nationalen Kaufrechte der Mitgliedstaaten durch Verordnung regelte. Das schwebt der EU-Kommission aber gerade nicht vor. Sie möchte, ganz im Sinne eines Blue Button, ein optionales Kaufrecht einführen, das die nationalen Kaufrechte der Mitgliedstaaten nicht ändern und auch nicht von vorherein an deren Stelle treten soll. Dieser Regelungsinhalt wirft Probleme auf. Sie ergeben sich aus dem Urteil des EuGH v. 2.5.006 zur Europäischen Genossenschaft.¹¹⁹ In dieser Rechtssache hatte das Parlament die Verordnung über die Europäische Genossenschaft¹²⁰ mit der Begründung angefochten, der Rat habe mit dem heutigen Art. 352 AEUV die falsche Rechtsgrundlage gewählt. Richtig sei der Erlass der Verordnung auf der Grundlage des heutigen Art. 114 AEUV gewesen. Der EuGH hat die Position des Rates gestützt und gemeint, der heutige Art. 114 AEUV komme als Rechtsgrundlage nicht in Betracht, weil die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten nicht geändert, sondern eine neue frei wählbare supranationale Rechtsform geschaffen werden soll.¹²¹ Das, so wird vielfach argumentiert, gelte auch hier.¹²² Die Kaufrechte der Mitgliedstaaten blieben unverändert, ein neues Kaufrecht trete hinzu.

Diesem Einwand versucht die Kommission durch einen konstruktiven Kniff zu begegnen. Sie schlägt kein eigenständiges Europäisches Kaufrecht vor, das – wie die supranationalen europäischen Gesellschaftsrechtsformen – als sog. 28. Regime neben die Kaufrechte der Mitgliedstaaten tritt. Sie will vielmehr in allen Mitgliedstaaten ein zweites Kaufrechtsregime einführen, das dort frei wählbar ist. Dieses zweite Regime hat in allen Mitgliedstaaten denselben Inhalt, soll aber nationales Kaufrecht des jeweiligen Mitgliedstaats werden, der es freilich nicht selbst ändern, sondern nur im Rahmen der geplanten Verordnung um bestimmte Anwendungsregelungen ergänzen kann. Auf diese Weise soll anders als bei der Europäischen Genossenschaft nicht nur ein zusätzliches Kaufrechtsregime geschaffen, sondern zugleich auch eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erreicht werden.

Ob das zielführend ist, erscheint mir zweifelhaft. Denn das zweite Regime wird durch eine unmittelbar geltende Verordnung eingeführt und kann durch einen nationalen Rechtsakt weder verändert noch etwa an das nationale Kaufrecht angepasst werden. Das muss aber nicht bedeuten, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nur auf Grund von Art. 352 AEUV erlassen werden könnte und die Binnenmarktkompetenz dafür ausscheidet. Ich sehe zwei unterschiedliche Ansätze, die Kompetenz aus Art. 114 AEUV zu begründen: Zum einen könnte man das vorgeschlagene Ge-

meinsame Europäische Kaufrecht als ersten Akte eines zweistufigen Gesetzgebungsvorhabens begreifen: Es wäre nach Art. 114 AEUV möglich, das Kaufrecht der Mitgliedstaaten für grenzüberschreitende Verbraucherkäufe durch ein EU-Kaufrecht in der Rechtsform einer EU-Verordnung zu ersetzen. Denn das bewirkte eine Angleichung der einschlägigen Vorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Kaufrechts unter Einschluss des IPR. M.E. müsste es möglich sein, dem Erlass eines solchen Kaufrechts eine Erprobungsphase vorzuschalten und dieses zunächst nur als optionales Modell zu erlassen, um festzustellen, ob es den Bedürfnissen der Praxis entspricht. Zum anderen wäre es möglich, statt des bisher geplanten Opt in-Modells ein Opt out-Modell vorzusehen. Dann nämlich gälte für grenzüberschreitende Verbraucherkäufe grundsätzlich unter Abweichung von den Kaufrechten der Mitgliedstaaten und unter Vereinheitlichung dieser Regelungen das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, das allerdings wie das CISG abgewählt werden könnte.

cc) Überblick über das GEKR

Abschließend soll ein kurzer Überblick über das GEKR gegeben werden. Eine eingehende Darstellung ist an dieser Stelle nicht möglich.

(1) Struktur

Das GEKR soll durch eine unmittelbar geltende EU-Verordnung eingeführt werden. Diese besteht aus einer Mantelverordnung, die die Voraussetzungen für die Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts, seinen Geltungsanspruch und begleitende Pflichten und Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten regelt. Das Kaufrecht selbst enthält ein Anhang zur Mantelverordnung.

(2) Anwendungsbereich

Das GEKR soll nach Art. 3 Mantel-VO nur gelten, wenn es von den Parteien des Kaufvertrags gewählt wird. Diese Wahl muss nach Art. 8 Abs. 2 Mantel-VO in einer gesonderten Erklärung des Verbrauchers erfolgen. Sie muss nach Art. 8 Abs. 3 Mantel-VO das gesamte EGKR umfassen, nicht nur Teile davon.

Nicht jeder soll das GEKR wählen können. Es ist nach Art. 7 Mantel-VO grundsätzlich nur wählbar, wenn der Verkäufer Unternehmer ist und der Käufer entweder ein Verbraucher oder ein KMU, worunter nach Art. 7 Abs. 2 Mantel-VO ein Unternehmen mit höchstens 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. € und einer Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. € zu verstehen ist. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 13 lit. b Mantel-VO die Möglichkeit, das GEKR auch wählbar zu machen, wenn der Käufer ein Unternehmer ist, der nicht zu den KMU zählt.

Das GEKR kann inhaltlich nach Art. 4 Mantel-VO nur für grenzüberschreitende Kaufverträge und gleichgestellte Verträge gewählt werden. Gleichgestellt sind nach Art. 5 Mantel-VO Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Verträge über verbundenen Dienstleistungen, unabhängig davon, ob dafür ein besonderer Preis vereinbart ist oder nicht.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 2.5.006 – C-436/03 (Parlament ./ Rat) = Slg. 2006 I-3733 = EuZW 2006, 380.

¹²⁰ VO (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. EG 2003 Nr. L 207 S. 1.

¹²¹ EuGH, Urt. v. 2.5.006 – C-436/03 (Parlament ./ Rat) = Slg. 2006 I 3733 = EuZW 2006, 380 (382 Rn. 44).

¹²² *Riesenhuber*, EWS 2012, 7 (9 f.).

*(3) Regelungsgegenstände des GEKR**(a) Allgemeiner Teil*

Das GEKR regelt nicht nur die essentiellen Vorschriften des Kaufrechts. Es enthält vielmehr ein vollständiges Vertragsrecht, das in Anlehnung an das deutsche BGB gegliedert ist. In einem Allgemeinen Teil werden zunächst allgemeine Grundsätze wie die Vertragsfreiheit (Art. 1 GEKR) und Treu und Glauben (Art. 2 GEKR) geregelt. Es folgen Regelungen zur Anwendung des GEKR, unter denen Art. 4 GEKR hervorzuheben ist, der die autonome Auslegung (hier des GEKR) erstmals gemeinschaftsrechtlich ausformuliert. Nach einem großen Abschnitt „Vorvertragliche Informationen“, der im Wesentlichen den bestehenden Verbraucherinformationspflichten entspricht (Art. 13 bis 29 GEKR), folgt ein Abschnitt über den Abschluss von Verträgen (Art. 30 bis 39 GEKR). Dieser entspricht im Wesentlichen dem Vertragsschlussrecht des BGB in der Ausformung, die es in der Rechtsprechung gefunden hat. Es schließt sich mit den Art. 40 bis 47 GEKR ein Kapitel über Widerrufsrechte an, das im Wesentlichen dem Inhalt der §§ 355 bis 360, 312 bis 312d BGB entspricht.

Die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften wegen Irrtums, Täuschung und Drohung wird in den Art. 48 bis 57 GEKR im Wesentlichen vollständig geregelt. In Art. 55 GEKR fällt eine gewisse Einseitigkeit auf, die den gesamten Entwurf durchzieht. Geregelt wird dort der Anspruch des Getäuschten auf Schadensersatz. Eine dem § 122 BGB entsprechende Regelung fehlt jedoch. Unklar bleibt, ob diese Lücke anhand der allgemeinen Regelungen geschlossen, offen bleiben oder als nicht geregeltes Feld dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll.

Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wegen Gesetzes- oder Sittenverstoß wird nur ansatzweise geregelt. In Art. 51 GEKR findet sich dazu eine Regelung über die „unfaire Ausnutzung“ nämlich eines Vertrauensverhältnisses oder einer Notlage. Diese Norm nimmt Teile dessen auf, was im deutschen Recht in § 138 Abs. 1 und § 138 Abs. 2 BGB geregelt ist. Die Nichtigkeit wegen Gesetzesverstoßes – im deutschen Recht § 134 BGB – wird nicht geregelt und soll dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Ob das auch für die fehlenden Teile des § 138 BGB gilt, ist fraglich.

(b) Auslegung und AGB-Kontrolle

In Teil III enthält das GEKR Vorschriften über die „Bestimmung des Vertragsinhalts“. Dieser Regelungsabschnitt beginnt mit Regelungen zur Auslegung von Verträgen (Art. 58 bis 65 GEKR). Sie entsprechen inhaltlich den §§ 133, 157 BGB und ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung. In den Art. 66 bis 78 GEKR folgen Bestimmungen, die sehr disparate Regelungsgegenstände zusammenfassen. Sie behandeln die Grundlage des Vertrags (Vertragstexte, Handelsbräuche usw.), die Bestimmung der Leistung durch eine Partei oder einen Dritten (Art. 74, 75 GEKR), den Vertrag zugunsten Dritter (Art. 78 GEKR) und Regelungen über Sprache, Preise, Integrationsklauseln). In den Art. 79 bis 86 GEKR folgen die Regelungen über die Kontrolle von AGB, bemerkenswerter-

weise mit einer differenzierten Ausgestaltung danach, ob die AGB gegenüber Verbrauchern oder KMU verwandt werden.

(c) Kaufrecht

Das eigentliche Kaufrecht beginnt mit einer Übersicht über die Rechtsbehelfe (Art. 87 GEKR) und einer Regelung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (Art. 89 GEKR). Es folgen Regelungen zu den Verpflichtungen des Verkäufers in den Art. 91 bis 105 GEKR. Diese Regelungen entsprechen dem durch die Verbrauchsgüterkauf- und die Verbraucherrechterichtlinie harmonisierten Kaufrecht der Mitgliedstaaten. Sie bieten aus deutscher Sicht kaum Überraschungen und spiegeln die Rechtslage auch nach deutschem Recht im Wesentlichen wieder.

Die Art. 106 bis 122 GEKR regeln die Rechtsbehelfe des Käufers bei einer Pflichtverletzung des Verkäufers. Anders als die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umfassen die Vorschriften nicht nur die Nacherfüllung, den Rücktritt und die Minderung, sondern auch den Anspruch auf Schadensersatz. Dieser Abschnitt enthält die wesentlichen Unterschiede gegenüber dem nationalen deutschen Kaufrecht. Es beginnt mit dem Verhältnis der Rechtsbehelfe untereinander. Sie können nach Art. 106 Abs. 6 GEKR miteinander kombiniert werden, soweit sie inhaltlich miteinander vereinbar sind. Das entspricht in der Tendenz dem § 325 BGB, würde aber etwa auch für ein Nebeneinander von Rücktritt und Minderung gelten.

Der Verkäufer haftet nach Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 159 GEKR auf Schadensersatz, wenn er die Nichterfüllung nicht entschuldigt. Das entspricht im Ansatz auch der deutschen Regelung. Die Frage ist indessen, unter welchen Voraussetzungen die Nichterfüllung entschuldigt ist. Sie muss – wie im deutschen Recht – wertend ermittelt werden. Dabei dürfte der Maßstab der Vernünftigkeit nach Art. 2 Abs. 2 GEKR gelten, der inhaltlich § 276 BGB entspricht. Fehlendes Verschulden schließt – insoweit aus deutscher Sicht folgerichtig – nach Art. 106 Abs. 4 GEKR den Anspruch auf Schadensersatz aus. Aus deutscher Sicht überraschend soll es danach aber auch den Erfüllungsanspruch ausschließen.

Mit dem Recht zur zweiten Andienung („Heilung“) regelt Art. 106 Abs. 2 GEKR eine aus dem deutschen Kaufrecht bekannte Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung. Ungewöhnlich sind zwei Umstände: Erstens gilt das auch für Schadensersatz neben der Leistung. Zweitens soll es in Verbraucherkäufen keine zweite Andienung geben, Art. 106 Abs. 3 GEKR. Das erklärt sich aus dem Bestreben, mit dem GEKR ein Kaufrecht anzubieten, das dem Verbraucher ein Schutzniveau bietet, das über dem der meisten Kaufrechte der Mitgliedstaaten liegt und für ihn attraktiv ist.