

Eva Kocher

# Das neue deutsche Schuldrecht – »modern« und vorläufig?

## Kodifikation und gesellschaftliche Anforderungen

*Über das Verbraucherrecht gewinnt die Rechtssetzung der EU zunehmend auch Bedeutung im Zivilrecht. Schon seit 1999 steht fest, dass jedenfalls das deutsche Verbraucherkaufrecht auf Grund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG grundlegend zu überarbeiten war. Auch die Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG sowie die E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG werden gleichzeitig in deutsches Recht umgesetzt.*

*Schon bald war man sich rechtspolitisch auch darüber einig, dass eine weitere Nebengesetzgebung zum Verbrauchsgüterkauf außerhalb des BGB vermieden werden sollte und eine Reform des gesamten Kaufrechts angebracht war.<sup>1</sup> Das Bundesjustizministerium hingegen setzte sich noch weiter gehende Ziele: Anlässlich der Kaufrechtsreform sollte die so lange schon diskutierte Schuldrechtsmodernisierung in Angriff genommen werden. Dieses – außerhalb des Familienrechts – umfassende Reformprojekt, die grundlegendste Überarbeitung des BGB seit seinem Erlass, ist nun Anfang des Jahres in Kraft getreten.<sup>2</sup>*

### 1. Die rechtspolitische Debatte

#### 1.1 Entstehungsprozess

Die Schuldrechtsreform schien auf den ersten Blick nicht als rechtspolitisches Konfliktprojekt angelegt: Sie orientierte sich an Vorarbeiten der Schuldrechtskommission, die 1984 eingesetzt worden war und zum Recht der Leistungsstörungen, der Mängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag und der Verjährung Vorschläge erarbeitet hatte. Ihr 1992 vorgelegter Abschlussbericht wurde 1994 auf dem 60. Deutschen Juristentag im Wesentlichen akzeptiert.<sup>3</sup> Die Schuldrechtskommission wiederum konnte auf 1978–1983 erstellte und diskutierte umfassende Gutachten zum allgemeinen wie besonderen Schuldrecht des BGB zurück greifen. Darüber hinaus berücksichtigte sie Entwicklungen auf der internationalen und europäischen Ebene, insbesondere das UN-Kaufrecht (CISG – Einheitliches Kaufrecht), das seit über zehn Jahren geltendes deutsches Recht für den internationalen Kauf beweglicher Sachen ist.<sup>4</sup> Insofern

1 Brügemeier/Reich, BB 2001, S. 213; Brügemeier, JZ 2000, S. 538; dagegen Honsell, JZ 2001, S. 283.

2 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BGBl. I 2001, S. 3138; zum Gesetzgebungsverfahren siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 14/6040, S. 79 ff.; eine Zusammenstellung der Quellen findet sich auch auf der Homepage von Stephan Lorenz ([www.stephan-lorenz.de/schumod](http://www.stephan-lorenz.de/schumod)); zur Vor- und Entstehungsgeschichte siehe auch Zimmermann, JZ 2001, S. 176 f.; Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 10.

3 Auszug aus dem Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Diskussionsgrundlage der Abteilung Zivilrecht, Band I, Teil A, 1994, A 15 ff. zur Vorgeschichte und zur Schuldrechtskommission im Einzelnen.

4 BGBl. 1989 II, S. 588.

konnte man hoffen, dass das Reformprojekt in der Zivilrechtswissenschaft nicht auf breiten Widerspruch stoßen würde.

Es kam dann doch anders: Die Rechtspraxis, allen voran die Richter- und Anwaltschaft, begrüßte das Gesetz zwar weitgehend und kritisierte höchstens das schnelle Inkrafttreten, das jedenfalls den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nur wenig Zeit zur Umstellung lässt.<sup>5</sup> Grundsätzliche Kritik kam fast ausschließlich, jedoch dafür umso heftiger von Seiten der Zivilrechtswissenschaft.<sup>6</sup> Diese wurde zunächst auf dem »Symposium Schuldrechtsmodernisierung« geäußert, das Reinhard Zimmermann und Wolfgang Ernst im November 2000 in Regensburg veranstalteten.<sup>7</sup> Dieses setzte sich noch mit dem Diskussionsentwurf auseinander, den das Bundesjustizministerium im August 1999 vorgelegt und im Internet veröffentlicht hatte. Die Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung, die am 30./31. März 2001 in Berlin stattfand, hatte es bereits mit einer konsolidierten Fassung zu tun,<sup>8</sup> die bis zum Regierungsentwurf noch einmal erheblich überarbeitet wurde. Dennoch protestierten im Juli 2001 noch über 200 Vertreterinnen und Vertreter der Zivilrechtswissenschaft an den Universitäten in einer Gemeinsamen Erklärung, die bei der Anhörung im Rechtsausschuss im Juli 2001 vorgetragen wurde.<sup>9</sup>

Der Regierungsentwurf, der im Mai 2001 in Bundestag und Bundesrat eingebracht wurde,<sup>10</sup> wurde bis zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses noch erheblich überarbeitet.<sup>11</sup> Die endgültige Fassung konnte dann mit weitaus größerer Zustimmung rechnen als der erste (»Diskussions«-)Entwurf – und die Zivilrechtswissenschaft macht sich jetzt an die Überarbeitung von Kommentaren, Lehrbüchern sowie die Schaffung und Klärung von Zweifelsfragen. Damit treten die Konturen der Reform klarer hervor, und es wird auch deutlich, dass die Kritik teilweise mindestens so »überhastet« war, wie es der Reform vorgeworfen wurde.<sup>12</sup>

## 1.2 Die Kritik der Zivilrechtswissenschaft

Hier soll es nun nicht um die Kritik an Einzelentscheidungen des Gesetzgebers sowie an den Auswirkungen der Neuregelung für einzelne Regelungsbereiche wie das Arbeitsrecht gehen, sondern um die grundsätzliche Auseinandersetzung, hinter der auch unterschiedliche Vorstellungen darüber stehen, welche gesellschaftlichen und rechtsdogmatischen Funktionen ein kodifiziertes Vertragsrecht zu erfüllen habe. Die Reform hat insofern eine Rückbesinnung auf zivilrechtliche Grundentschei-

<sup>5</sup> Siehe Pressemitteilung der BRAK vom 4. 7. 2001 zur Anhörung vor dem Rechtsausschuss, Gemeinsame Stellungnahme von DAV und BNotK vom 9. 8. 2001 und die Stellungnahme des Richterbundes zum Rechtsausschuss ([www.drj.de/stellung](http://www.drj.de/stellung)); vgl. auch Brambring in: Amann/Brambring/Hertel, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S. 1 ff.

<sup>6</sup> Angesichts auch zahlreicher zustimmender Stellungnahmen sieht allerdings Möller, JZ 2002, S. 129 diese die ablehnenden Stimmen überwiegen.

<sup>7</sup> Die Beiträge wurden veröffentlicht in Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001; Bericht über das Symposium Schwab, JuS 2001, S. 311–312.

<sup>8</sup> Die konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs wurde vorgestellt in JZ 2001, S. 524 ff. Zur Sondertagung siehe Heft 10/2001 der JZ; der dortige Diskussionsstand wird zusammen gefasst im Diskussionsbericht über den Vortrag von Canaris: Langenbucher, JZ 2001, S. 528 f.

<sup>9</sup> Zur Erklärung vor allem Altmeppen, DB 2001, S. 1131 ff.; zum Umfang der Anhörung siehe Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7052, S. 170 f.

<sup>10</sup> Entwurf der Regierungsfractionen BT-Drucks. 14/6040 = Entwurf der Bundesregierung BR-Drucks. 338/01.

<sup>11</sup> Bericht und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7052.

<sup>12</sup> Vgl. Lorenz, JZ 2001, S. 742 ff., der auch darauf hinweist, dass sich ein guter Teil der veröffentlichten Kritik mittlerweile auf veraltete Fassungen bezieht.

dungen und Grundstrukturen angestoßen, die mit der erfolgten »Modernisierung« hoffentlich nicht abgeschlossen ist.

Diese Diskussion fand drei Kristallisationspunkte: Im Vordergrund standen die systematischen Entscheidungen des Entwurfs im Leistungsstörungenrecht: Auf Vorschlag von Ulrich Huber und der Schuldrechtskommission in den 80er Jahren wird jetzt zwar nicht die »Nichterfüllung« zum Zentralbegriff des Leistungsstörungenrechts, sondern die »Pflichtverletzung«; gemeint ist damit aber dasselbe, und die jetzige Ablehnung vor allem auch durch Huber richtet sich unabhängig von der Begrifflichkeit gegen das neue Regelungssystem als solches.<sup>13</sup> Gefordert wurde stattdessen eine sogenannte »kleine Lösung«, d.h. eine Beschränkung der Reform auf das Kaufrecht und der Verzicht auf die Reform des allgemeinen Schuldrechts.<sup>14</sup>

Deutlicher rechtspolitisch geprägt ist die Kritik an der Integration von Nebengesetzen insbesondere im Verbraucherschutz in das BGB, eine Politik, die vom BMJ schon seit Längerem verfolgt wird und die einen Höhepunkt in der Mietrechtsreform hatte.<sup>15</sup> Diese Reform führe dazu, dass das BGB seinen bisherigen Charakter verliere und zu einem Flickenteppich unterschiedlicher gesetzgeberischer Techniken werde, kurz gesagt: Mit der Schuldrechtsmodernisierung werde die Kodifikationstradition verlassen, in der das BGB bislang gestanden habe.<sup>16</sup>

Auf das Selbstverständnis des Reformprojekts hingegen zielt die Kritik, das Gesetz entspreche nicht dem Stand der europäischen und internationalen Rechtsvereinheitlichung, kurz gesagt: Die Schuldrechtsmodernisierung führe nicht dazu, dass ein »modernes« Bürgerliches Gesetzbuch entstehe. Insofern wird die Reform an ihren eigenen Zielen gemessen und für zu kurz befunden. Konkret bezieht man sich darauf, dass mit der Anknüpfung an die Ergebnisse der Schuldrechtskommission »zehn Jahre europäischer Rechtsentwicklung nicht zur Kenntnis genommen« würden,<sup>17</sup> insbesondere die UNIDROIT-Grundregeln für internationale Handelsverträge (»Principles of International Commercial Contracts«) von 1994 und die »Principles of European Contract Law« der Lando-Kommission.<sup>18</sup>

## 2. Zu den Grundstrukturen der Neuregelung

Im Folgenden sollen zunächst die Grundstrukturen der Neuregelung dargestellt werden, bevor auf die Frage der »Modernität« des neuen Schuldrechts und seiner Angemessenheit für gesellschaftliche Anforderungen eingegangen wird.<sup>19</sup>

13 Jetzt insbesondere Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 45 ff., wo er seinen Meinungswandel erläutert; genauer zur Diskussion unten 2.3.

14 Für eine »kleine Lösung« insbesondere Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410 ff. mit einem eigenen Entwurf.

15 Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001, BGBl. I 2001, S. 1149.

16 Genauer dazu unten 3.2.

17 Zimmermann, JZ 2001, S. 171 ff.; zu dieser Diskussion unten 4.

18 Zimmermann, JZ 2001, S. 180; Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 15, die auch auf das neue niederländische Zivilgesetzbuch hinweisen, dessen Ergebnisse zu berücksichtigen gewesen wären; zum Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts UNIDROIT selbst, einem Spezialorgan des Völkerbundes mit Sitz in Rom, das in diesem Jahr 75 Jahre besteht, vgl. Kronke, JZ 2001, S. 1149 ff.; die Texte finden sich in deutscher Übersetzung bei Schulze/Zimmermann, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, 2000, oder in englisch bei Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 116 ff.

19 Zum Verjährungsrecht, dessen Bedeutung in diesem Zusammenhang kaum überschätzt werden kann, folgt im nächsten Heft ein Aufsatz.

## 2.1. Die neue Struktur im Leistungsstörungenrecht

### 2.1.1. Einheitlicher Tatbestand der Pflichtverletzung

Das Recht der vertraglichen Haftung zeichnete sich im bisherigen BGB durch eine Vielzahl unterschiedlicher Tatbestände aus, die teilweise nicht einmal ausdrücklich im Gesetz zu finden waren. Ihre Abgrenzung voneinander hat Generationen von Juristinnen und Juristen beschäftigt. Man denke nur an die Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit, Schlechtleistung und positiver Vertragsverletzung, zwischen subjektiver und objektiver, anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, an die Tatbestände des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Seit der Schuldrechtsreform werden alle Leistungsstörungen einheitlich mit dem Begriff der (objektiven) »Pflichtverletzung« erfasst (§ 280 Abs. 1, §§ 323, 324 BGB). Darauf, ob dem Schuldner ein Schuldvorwurf zu machen ist, kommt es nicht an; dies spielt nur eine Rolle für den Schadensersatz, der »Vertretenmüssen« voraussetzt, nicht aber für den Rücktritt.

Schon bisher passte die Unterscheidung zwischen Stückschulden und Gattungsschulden nicht auf die Übernahme differenzierter und begrenzter Beschaffungsrisiken; erst mit Hilfe von § 279 BGB a. F. wurde die notwendige Flexibilität in der Abstimmung der Pflichten bei Gattungsschulden geschaffen. Die genaue Bestimmung des Umfangs der Risikoübernahme erfolgt künftig durch Auslegung des Vertrags im Rahmen des Merkmals »Pflichtverletzung« – und der neue § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB, nach dem eine andere Haftung als Vorsatz und Fahrlässigkeit »insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen« sein kann, ermöglicht es, der vertraglichen Risikoverteilung auch im Rahmen der Prüfung des Vertretenmüssens Rechnung zu tragen.<sup>20</sup>

### 2.1.2. Aufbau an Hand der Rechtsfolgen

Die bisherige rechtsdogmatische Beschäftigung mit teilweise komplizierten Abgrenzungen zwischen Schlechtleistung, Nichtleistung etc. war natürlich nicht Selbstzweck. Ihre Notwendigkeit ergab sich daraus, dass mit den verschiedenen Tatbeständen teils verschiedene verjährungsrechtliche Konsequenzen, teils verschiedene Rechtsfolgen verbunden waren. Diese Brüche waren im bisherigen Regelungssystem, das streng nach Tatbeständen aufgebaut war, notwendig angelegt. Der Aufbau erschwerte auch die Kommunikation vor allem mit der nicht juristisch ausgebildeten Rechtspraxis erheblich, denn diese orientiert sich an Handlungszielen und das heißt an Rechtsfolgen. Unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden oder vom Vertrag zurückgetreten werden konnte, war aber bisher aus dem BGB nur mit Hilfe zivilrechtlicher Ausbildung zu erkennen – die Rechtsgrundlagen waren auf verschiedene Tatbestände verteilt, die jeweils getrennt voneinander Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und des Verzugs regelten (§§ 275, 280 wie §§ 323–326 BGB a. F.). (Die Tatsache, dass die positive Forderungsverletzung nur

<sup>20</sup> Hier wäre nach neuem Recht wohl die Einstandspflicht für eine Geldschuld anzusiedeln sein (Canaris, JZ 2001, S. 519, nach dessen Auffassung allerdings die Abstimmung dieser Vorschrift zur Pflichtverletzung nicht ganz klar ist).

als richterrechtliches Institut entwickelt war, muss ohnehin als Versäumnis des BGB-Gesetzgebers gelten<sup>21</sup>).

Die interessanteste und wichtigste Neuerung der Reform ist dementsprechend die neue Struktur: Es wird nicht mehr an Hand von Leistungsstörungstatbeständen, sondern an Hand der Rechtsfolgen aufgebaut. Aus einer Pflichtverletzung des Schuldners können sich Rechte des Gläubigers auf Rücktritt, Schadensersatz und Aufwendungsersatz ergeben. Diese Rechtsfolgen gliedern den Gesetzesaufbau: Die §§ 280 ff. BGB enthalten die Vorschriften über Schadensersatz, die §§ 323 ff. BGB Vorschriften über Rücktrittsvoraussetzungen und andere Formen des bloßen Absehens vom Vertrag.<sup>22</sup>

## 2.2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

Im Einzelnen wurden die Voraussetzungen vor allem des Rücktritts auch erleichtert.

### 2.2.1. Sekundäransprüche des Leistungsgläubigers bei Pflichtverletzungen I: Rücktritt

Nach neuem Recht setzt ein Rücktritt außer der Pflichtverletzung grundsätzlich immer eine Fristsetzung voraus (Vorrang des Erfüllungsanspruchs). Eine gravierende Schwäche des alten Rechts war, dass nur zurückgetreten werden konnte, wenn der Schuldner den Rücktrittsgrund zu vertreten hatte<sup>23</sup> – dies widersprach nicht nur der im Ausland und international üblichen Regelung und Entwicklung,<sup>24</sup> sondern auch Bedürfnissen des Rechtsverkehrs: Bei einer schwerwiegenden Störung des Vertrags sollte der Gläubiger die Möglichkeit haben, sich vom Vertrag zu lösen, unabhängig davon, wodurch sie entstanden ist.<sup>25</sup> Das Erfordernis des Vertretenmüssens ist nun entfallen.<sup>26</sup> Damit entfiel auch die Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen den beiden Rückabwicklungsmodi der §§ 346 ff. und 812 ff. BGB a. F.<sup>27</sup> Für die Rückabwicklung bei Leistungsstörungen gilt jetzt immer Rücktrittsrecht und nicht mehr Bereicherungsrecht.<sup>28</sup>

21 Selbst wer der Meinung ist, die pFV sei im BGB bei richtigem Verständnis geregelt gewesen (Wilhelm/Deeg, JZ 2001, S. 225 f.), müsste zugestehen, dass zumindest ein schweres Versäumnis in der Kommunikation dieser Struktur vorliegt.

22 Die Angleichung der Voraussetzungen von Schadensersatz und Rücktritt und das Auseinanderziehen in verschiedene Tatbestände war auch eine Reaktion auf die Kritik am Diskussionsentwurf (Geiger, JZ 2001, S. 474).

23 Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 22 f.

24 Zu diesem Komplex auch Canaris, ZRP 2001, S. 332; zu der anderweitigen Regelung im UN-Kaufrecht schon Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 24.

25 Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 22 f., wonach das bisherige Recht dazu führte, dass Hilfskonstruktionen entwickelt wurden, um in vielen Fällen überhaupt ein vernünftiges Ergebnis erzielen zu können.

26 Einer der größten Fortschritte für Canaris, ZRP 2001, S. 332.

27 Canaris, JZ 2001, S. 509; zum bisherigen Recht siehe § 327 Satz 2 BGB a. F.

28 Zu den Änderungen im Rücktrittsrecht – der Rücktritt ist jetzt auch möglich, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand infolge eigenen Verschuldens nicht mehr herausgeben kann; die Gefahr des zufälligen Untergangs bleibt bei Rücktritt beim Käufer – siehe Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 23; Kritik bei Hager auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 312); gegen die vorgeschlagene Reform des Rücktrittsrechts Kohler, JZ 2001, S. 325 ff.; zu den Auswirkungen im Arbeitsrecht siehe Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2002, Rn. 124; s. a. unten bei Fn. 124. Für eine Reform des Rückabwicklungsrechts insgesamt Zimmermann, JZ 2001, S. 176.

### 2.2.2. *Sekundäransprüche des Leistungsgläubigers bei Pflichtverletzungen II: Schadensersatz*

Schadensersatz setzt außer der Pflichtverletzung zunächst immer Vertretenmüssen voraus.<sup>29</sup> Hier wird aber künftig eine weitere Unterscheidung nach Art der gewünschten Rechtsfolge, genauer nach der Art des verlangten Schadensersatzes zu treffen sein:

Ersatz von Schäden, die aus einer Neben- oder Schutzpflichtverletzung entstanden sind, kann auch ohne Fristsetzung verlangt werden. Geht es jedoch um Schadensersatz »statt der Leistung« (entsprechend dem bisherigen Schadensersatz wegen Nichterfüllung),<sup>30</sup> ist wie für den Rücktritt im Regelfall zunächst eine angemessene Leistungsfrist zu setzen. Die Voraussetzungen für alle Arten des Absehens vom Vertrag werden somit harmonisiert, insbesondere was die Fristsetzung angeht und die Voraussetzungen, unter denen von ihr abgesehen werden kann.<sup>31</sup> Verzögerungsschaden hingegen ist nach § 280 II, § 288 IV BGB nur unter den Voraussetzungen des Verzugs zu ersetzen.<sup>32</sup> Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Schuldner auch Aufwendungsersatz<sup>33</sup> verlangen; auf das bisherige Erfordernis der Rentabilitätsvermutung<sup>34</sup> wird verzichtet.

### 2.2.3. *Rechtsfolgen des Verzugs*

Der neue Aufbau nach Rechtsfolgen wird am deutlichsten, wo es um die Rechtsfolgen des Verzugs geht. Es gibt keine Vorschriften mehr, die dies gesammelt regeln. Als besondere Rechtsfolge des Verzugs mit entsprechenden Voraussetzungen (Fälligkeit, Mahnung/Zeitangabe bzw. Rechnung – siehe § 286 BGB) ist lediglich der Verzögerungsschaden geregelt, also der Ersatz derjenigen Schadensfolgen einer Verletzung von Leistungspflichten, die sich bei Nachholung der versäumten Leistung nicht mehr korrigieren lassen.<sup>35</sup> Für den Ersatz anderer Schäden und insbesondere für den Schadensersatz statt der Leistung, also für das Lösen vom Vertrag aus Anlass einer Verspätung der Leistung gelten die Regeln der §§ 280, 281 BGB mit den Erfordernissen des Vertretenmüssens und der Fristsetzung, außer es sind die Voraussetzungen für ein Absehen von der Fristsetzung gegeben.

Dies ist auch sachgerecht: Der Gläubiger weiß in der Praxis häufig nicht, worauf das Ausbleiben der Leistung zurück geht und wie endgültig es ist. Ihm wird in der Regel einzig an einer raschen Lösung vom Vertrag gelegen sein. Die bisherig zentrale, wenn auch versteckte Vorschrift des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. ist damit entfallen – sie forderte für den Übergang vom Primäranspruch zu Sekundäransprüchen aus Anlass

29 Entgegen dem früher von Huber vorgeschlagenen Modell der Garantiehaftung (vgl. jetzt kritisch dazu Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 49).

30 Genauer Gsell, in: Helms/Neumann/Caspers/Sailer/Schmidt-Kessel, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001 – Das neue Schuldrecht, 2001, S. 107 ff.

31 Zur Wahl zwischen kleinem und großem Schadensersatz bei teilweiser Nichterfüllung siehe Canaris, JZ 2001, S. 513 f.

32 Im Tatbestand des Verzugs nach § 286 BGB nF. wurden nun auch die Mängel des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen korrigiert, deren besondere Regeln für den Verzug bei Geldschulden eher zur Verzögerung von Zahlungen geeignet waren (zur Auseinandersetzung siehe z. B. Dombrowsky und Krüger, NJW 2000, S. 2407 f.). Zur Eigenart des Verzögerungsschadens siehe BGH 24. 6. 1983, BGHZ 88, S. 46 ff.

33 Hierzu Canaris, ZRP 2001, S. 333; JZ 2001, S. 516 ff.

34 BGH 10. 12. 1986, BGHZ 99, 182 (197).

35 Zu möglichen dogmatischen Grenzziehungsproblemen in der Abgrenzung zwischen Verzögerungsschaden und Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB siehe aber Gsell (Fn. 30), S. 106.

einer Verspätung eine »Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung«. Die Rechtspraxis hatte bei den einfachsten Konflikten im kaufmännischen Bereich größte Schwierigkeiten damit.<sup>36</sup> Wenn man jedoch in der Fristsetzung nach § 281 BGB n. F. etwas der Mahnung Entsprechendes sieht,<sup>37</sup> wurde mit dem neuen Recht außer dem Entfallen der Ablehnungsandrohung kaum etwas wirklich substantiell verändert, denn bereits nach früherem Recht konnten Fristsetzung und Ablehnungsandrohung mit der Mahnung verbunden werden und umgekehrt.<sup>38</sup>

#### 2.2.4. Zur Abstimmung von Rücktritt und Schadensersatz

Das BGB hatte bisher immer vom Gläubiger verlangt, zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt zu wählen, eine Regelung, die ebenfalls in der Rechtspraxis nicht verstanden wurde und deren Vermittlung in die Rechtsanwaltschaft der Rechtslehre offensichtlich ebenfalls nicht gelungen war.<sup>39</sup> Nicht nur Laien, sondern auch zahlreiche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte beendeten entsprechende Schreiben mit der Erklärung von Rücktritt sowie der kumulativen Forderung nach Schadensersatz. Um zu sachangemessenen Lösungen zu kommen, wusste sich der BGH in diesen Fällen nicht anders zu helfen, als die Erklärung als auslegungsbedürftig zu werten und ihr entgegen ihrem Wortlaut keine Rücktrittserklärung zu entnehmen.<sup>40</sup> Mit dem nun möglichen Nebeneinander der Rechtsfolgen (§ 325 BGB) entfällt auch die Unterscheidung zwischen Surrogations- und Differenztheorie.<sup>41</sup>

### 2.3. Pflichtverletzung als neuer Grundtatbestand

#### 2.3.1. Pflichtverletzung und Nichterfüllung

Der neue Tatbestand der Pflichtverletzung erfasst zunächst jede Nichterfüllung vertraglicher Pflichten bzw. jeden »breach of contract«,<sup>42</sup> also sowohl die Verletzung von Hauptleistungspflichten als auch leistungsbezogener Nebenpflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) und nicht-leistungsbezogener Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Art der Pflichtverletzung, ob eine Leistungspflicht oder eine Schutz- und Obhutspflicht verletzt wurde, ob die Leistung vollständig unmöglich geworden ist oder ob sie nachgeholt werden kann, spielt nach neuem Recht aber noch eine Rolle für die Frage, ob für das Absehen vom Vertrag (Rücktritt, Schadensersatz statt der Leistung

<sup>36</sup> Zur Interpretation durch den BGH siehe nur die Einzelfälle bei Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 326, Rn. 18.

<sup>37</sup> Canaris, JZ 2001, S. 515; »Befristete Mahnung«; Gsell (Fn. 30), S. 110 f. rügt demgegenüber mangelnde Abstimmung.

<sup>38</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, 2001, § 326 Rn. 14. Allerdings entfällt der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nach neuem Recht nicht mehr nach Ablauf der gesetzten Frist, sondern erst mit dem Schadensersatzverlangen (zum Problem Gsell [Fn. 30], S. 114 ff., die bedauert, dass die Möglichkeit des Schuldners, dem Gläubiger für die Entscheidung seinerseits eine Frist zu setzen, in der endgültigen Fassung entfallen ist).

<sup>39</sup> Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission, (Fn. 3), A 22 f.; anders auch im UN-Kaufrecht Art. 45 Abs. 2 CISG.

<sup>40</sup> BGH, 10. 2. 1982, NJW 1982, S. 1279 (1280).

<sup>41</sup> Canaris, ZRP 2001, S. 333; zur Abstimmung im Einzelnen siehe Gsell (Fn. 30), S. 124 ff.; kritisch für das Kaufrecht Brüggemeier, JZ 2000, S. 537.

<sup>42</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f.; genauer Schlechtriem, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 16 f.

oder Aufwendungsersatz) eine Fristsetzung erforderlich ist bzw. ob neben der Fristsetzung gar noch zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein müssen. So entfällt bei »Unmöglichkeit« und gleichwertigen Leistungerschwernissen das Erfordernis der Fristsetzung (§ 283, § 326 V BGB). Bei einer bloßen Schutzpflichtverletzung kann zum Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung nur dann übergegangen werden, »wenn die Leistung unzumutbar ist« (§ 282, § 324 BGB).<sup>43</sup> Wie unschwer zu erkennen ist, tauchen hier die aus dem bisherigen Recht vertrauten Tatbestände wieder auf. Diese Entzerrung vor allem im Tatbestand des Schadensersatzes statt der Leistung unterschied schon den Regierungsentwurf vom Diskussionsentwurf.<sup>44</sup> Insofern wurde gegenüber dem ursprünglichen Ansatz im Diskussionsentwurf nun eine mittlere Lösung zwischen reiner Rechtsfolgenorientierung auf der einen Seite und einer Anknüpfung an Tatbestände der Verletzung unterschiedlich schwerer Vertragspflichten gewählt.<sup>45</sup>

### 2.3.2. *Wo bleibt die Unmöglichkeit?*

Die Unmöglichkeit ist im neuen § 283 BGB damit zu Recht an die Peripherie gerückt,<sup>46</sup> denn, wie schon die Schuldrechtskommission betont hatte: »Einer der Hauptmängel des Leistungsstörungenrechts des BGB liegt bekanntlich in der Überschätzung der Bedeutung, welche der Kategorie der Unmöglichkeit zukommt.«<sup>47</sup> Gerade wegen ihrer herkömmlich zentralen Stellung musste es allerdings nicht wundern, wenn das Entfallen dieser Kategorie im Diskussionsentwurf besonders heftig kritisiert wurde – und mit Ulrich Huber war einer der Akteure aus der Zeit der Gutachten für die Schuldrechtskommission ja auch mittlerweile zu einer anderen Einschätzung gekommen.<sup>48</sup>

Die Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit ergibt sich letztlich aus dem Prinzip der Naturalerfüllung, das dem BGB auch heute noch zu Grunde liegt.<sup>49</sup> Sie sollte also auch nur für die Frage des Entfallens der Leistungspflicht des Schuldners bei Leistungshindernissen eine Rolle spielen, nicht aber als zentrale Kategorie bei den Sekundäransprüchen des Gläubigers. Und so ist sie heute auch zugeordnet:

Der Diskussionsentwurf hatte insofern nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners regeln wollen, soweit dieser alle zumutbaren Anstrengungen unternommen habe. Auf Grund der heftigen Kritik an dieser bloßen Einredelösung wurde mit dem Regierungsentwurf hier »nachgebessert«.<sup>50</sup> Nunmehr taucht in § 275 Abs. 1 BGB auch der Begriff der Unmöglichkeit auf: Der Leistungsanspruch entfällt bei »Unmöglichkeit« automatisch – auch das im bisherigen § 275 Abs. 1 BGB a. F. enthaltene, aber nicht angewandte Merkmal des Vertretenmüssens, das eine klare

43 Die Schwere der Pflichtverletzung ist damit künftig entscheidend für die Vertragsaufhebung Schlechtriem (Fn. 42), S. 24.

44 Lobend insofern auch Canaris, JZ 2001, S. 509.

45 Canaris, JZ 2001, S. 521. Als übersichtlicher beurteilt auch von Lorenz, JZ 2001, S. 742.

46 Canaris, ZRP 2001, S. 332.

47 Canaris, ZRP 2001, S. 329; vgl. auch Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 18 f.; Harke, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 47 weist darauf hin, dass schon dem BGB-Gesetzgeber der Sinn eines eigenständigen Unmöglichkeitstatbestandes neben einer ausgebildeten Pflichtenlehre nicht mehr einleuchtete.

48 Siehe dazu vor allem Huber in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 45 ff.

49 Harke (Fn. 47), S. 48.

50 Geiger, JZ 2001, S. 474; genauer hierzu auch Canaris, JZ 2001, S. 499; er weist auch darauf hin (S. 505), dass auch die UNIDROIT-Principles und die European Principles die Kategorie der Unmöglichkeit als Grund für die Befreiung von der primären Leistungspflicht behandeln; gegen die Nachbesserung Hertel in: Amann/Brambring/Hertel (Fn. 5), S. 25 f. (»Die Regelungen zur Unmöglichkeit sind wie ein Kropf.«).

Trennung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen unmöglich gemacht hätte, ist entfallen.<sup>51</sup> Objektive und subjektive Unmöglichkeit sind hier gleich gestellt.<sup>52</sup>

Die jetzigen § 275 Abs. 2 und 3 BGB enthalten ergänzend Einredelösungen für weitere Fälle von Leistungerschwerungen und bringen damit zwar keine Neuerungen des bisher geltenden Rechts, aber tatbestandliche Präzisierungen.<sup>53</sup> Erfasst werden »praktische« Unmöglichkeit<sup>54</sup> und persönliche Unzumutbarkeit. Einig ist man sich darüber, dass für die Subsumtion das Gläubigerinteresse entscheidet,<sup>55</sup> also insbesondere in Fällen wirtschaftlicher Erschwernis der Leistung nicht die Unmöglichkeitregeln Anwendung finden. Hier kann höchstens auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurück gegriffen werden.<sup>56</sup> Die Rehabilitierung der Kategorie der Unmöglichkeit führt auch zu Änderungen im Rücktrittsrecht: Bei Unmöglichkeit und anderen Leistungerschwerungen entfällt der Gegenleistungsanspruch automatisch (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Einen eigenständigen Tatbestand mit einer Regelung von Sekundäransprüchen enthält allerdings § 311a BGB für die anfängliche Unmöglichkeit. Er regelt zunächst in Abs. 1 entgegen dem bisherigen § 306 BGB a. F., dass allein die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung einen Vertrag nicht unwirksam macht.<sup>57</sup> Abs. 2 sieht, insofern ebenfalls abweichend vom bisherigen Recht (§ 307 BGB a. F.),<sup>58</sup> eine durch das Erfordernis des Vertretenmüssens eingeschränkte Garantiehafung auf Schadensersatz statt der Leistung bzw. Aufwendungsersatz vor.<sup>59</sup> Die Einführung dieses besonderen Tatbestands neben den §§ 281 ff. BGB ist vor allem der Tatsache geschuldet, dass man in diesen Fällen nicht von (Vertrags-)Pflichtverletzungen sprechen kann; das Pflichtenprogramm, dessen Einhaltung hier die Haftung ausschließt, bezieht sich demgemäß auf vorvertragliche Pflichten: Zu vertreten ist in diesen Fällen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Leistungshindernisses.<sup>60</sup>

### 2.3.3. Zur Bewertung

Die Kritik am einheitlichen Tatbestand der Pflichtverletzung richtet sich häufig lediglich gegen damit verbundene sprachliche Konnotationen. »Objektive« Pflichtverletzung und Vertretenmüssen seien damit gedanklich schwerer zu trennen.<sup>61</sup> Allerdings passt die Formulierung zum Begriff des »breach of contract«, der sich

51 Zu diesem Merkmal Wilhelm/Deeg, JZ 2001, S. 225 f. mit einer umfassenden Verteidigung des BGB-Unmöglichkeits- und Leistungsstörungenrechts.

52 Canaris JZ 2001, S. 499 f.

53 Canaris, JZ 2001, S. 505.

54 Hierunter fällt auch der berühmte Lehrbuchfall vom geschuldeten Ring auf dem Grund des Sees (Canaris JZ 2001, S. 501, dort auch zu den Voraussetzungen im Einzelnen).

55 Canaris, JZ 2001, S. 501 ff.

56 Canaris JZ 2001, S. 501.

57 Zu den Regelungen nach altem Recht mit heftiger Kritik Canaris, ZRP 2001, S. 331; Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 18 f.

58 Zur einschränkenden Auslegung des bisherigen Rechts siehe Palandt/Heinrichs, BGB, 2001, § 306, Rn. 1 f.

59 Zur Entwicklung dieser Diskussion Canaris, ZRP 2001, S. 330; Canaris, JZ 2001, S. 506.

60 Vgl. Harke (Fn. 47), S. 55. Zum berühmten Lehrbuchfall des vergoldeten Rings, der als goldener verkauft wird, Canaris, JZ 2001, S. 523: Der Verkäufer müsste nicht die Eigenschaftsabweichung zu verschulden haben, sondern nur Kenntnis von diesem Mangel. Zur Frage, ob hier nicht unzulässiger Weise eine Haftung für Schäden begründet wird, die gar nicht kausal zur verletzten Pflicht seien, Gsell (Fn. 30), S. 119 ff.: Haftungsgrund sei die Versäumung der Leistung, nicht die Versäumung der Aufklärungspflicht; diese sei lediglich Maßstab für die Einschränkung der Haftung. Canaris hat allerdings gerügt, dass diese Vorschrift nicht mit den §§ 119, 122 BGB abgestimmt sei, die nur in bestimmten Fällen anfänglicher Unmöglichkeit (Eigenschaftsirrturn) unabhängig vom Vertretenmüssen einen Anspruch auf das negative Interesse vorsehen (Canaris JZ 2001, S. 508).

61 Zum Problemkreis des Verhältnisses von Pflichtverletzung und der ihr zuzuordnenden Handlung des

auch im CISG findet;<sup>62</sup> sie legt offen, dass dem neuen Leistungsstörungenrecht eine Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung zu Grunde liegt.<sup>63</sup> Die in den UNIDROIT-Principles und den European Principles gewählte Begrifflichkeit der »Nichterfüllung« (»non-performance«) meint zwar inhaltlich dasselbe;<sup>64</sup> dieser Begriff hätte jedoch hier wiederum den Nachteil, dass er sprachlich zu eng mit der Verletzung von Leistungspflichten konnotiert ist.<sup>65</sup>

Konzeptionell wird eingewandt, der Begriff sei zu allgemein und abstrakt und kaum mehr subsumtionsfähig.<sup>66</sup> Dies als Vorschrift »ohne rechtlichen Anknüpfungspunkt« zu bezeichnen,<sup>67</sup> missversteht jedoch die Grundkonzeption: Das vertragliche Pflichtenprogramm soll sich nicht mehr an gesetzlich vorgeformten Tatbeständen, sondern am Vertrag selbst orientieren.<sup>68</sup> Die Rechtsfolgen sollen nach der Schuldrechtsreform eben nicht mehr in erster Linie von der Störungsform abhängen, sondern von der Schwere der Störung, die nach dem Vertragsinhalt zu beurteilen ist.<sup>69</sup>

Insbesondere in der Unterscheidung zwischen Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung liegen auch dem neuen Recht Modellvorstellungen von Warenaustauschverhältnissen zu Grunde; in der Anwendung auf Dienstleistungsverträge<sup>70</sup> und Dauerschuldverhältnisse wird es sich erst noch zu bewähren haben. Insbesondere die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und dem Verzögerungsschaden könnte sich noch als problematisch herausstellen.<sup>71</sup> Umgekehrt ergibt sich gerade hieraus die Anschluss- und Passfähigkeit mit dem Recht der Gewährleistung beim Kauf.

#### 2.4. Gewährleistungsrecht und Leistungsstörungenrecht

Ein wichtiges Ziel der Reform war nicht zuletzt, die Vertragshaftungssysteme Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht aufeinander abzustimmen.

Schuldners siehe Schapp, JZ 2001, S. 589; so auch Harke (Fn. 47), S. 58 f. Canaris, JZ 2001, S. 512 insbesondere zur Darlegungs- und Beweislast.

62 BT-Drucks. 14/6040, S. 135; genauer Schlechtriem (Fn. 42), S. 16 f.

63 Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 38.

64 BT-Drucks. 14/6040, S. 134; dazu auch Canaris, JZ 2001, S. 523. Er war ursprünglich auch von Huber vorgeschlagen worden (vgl. jetzt Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 45 f. mit einer Distanzierung von seinen früheren Ansichten).

65 BT-Drucks. 14/6040, S. 134.

66 Zum Abstraktionsgrad zum Beispiel Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 95 ff.; ähnlich auch schon Diederichsen, AcP 182 (1982), S. 118 ff. zu Hubers Begriff der »Nichterfüllung«.

67 Wilhelm/Deeg, JZ 2001, S. 230.

68 Zu seiner Konkretisierung Ziegler/Rieder, ZIP 2001, S. 1792.

69 So auch die Zustimmung von Canaris, ZRP 2001, S. 331; insbesondere zu den Voraussetzungen des »großen« Schadensersatzes bei Schlechtleistung und teilweiser Leistung, bei denen durch die höhere Schwelle jetzt die Naturalerfüllung aufgewertet wird (genauer Gsell [Fn. 30], S. 111 ff.).

70 Für eine neue, tätigkeitsorientierte Struktur insofern Jeloschek/Lohnert, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 267 ff.

71 Zur Abgrenzung zwischen Verzögerungs- und Nichterfüllungsschaden nach altem Recht siehe BGH, 27. 5. 1998, NJW 1998, S. 2901 (besprochen von Timme, JuS 2001, S. 1060 ff., zur Abgrenzung vor allem S. 1062).

Dies erfolgt zunächst dadurch, dass auch die Mängelhaftung nun als Nichterfüllungshaftung qualifiziert wird.<sup>72</sup> Nach dem neuen § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB gehört die Sach- und Rechtsmangelfreiheit zu den Erfüllungspflichten des Verkäufers. Mit der Gleichbehandlung von Rechtsmängeln und Sachmängeln, von Aliud-Lieferung und Schlechtlieferung (§ 434 Abs. 5 BGB),<sup>73</sup> von Stück- und Gattungsschuld<sup>74</sup> entfällt auch die Notwendigkeit entsprechender dogmatischer Anstrengungen, die oft das alleinige Ziel hatten, Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelungen aufzufangen.

Der neue Begriff des Sachmangels nach § 434 BGB geht auf die Richtlinie 1999/44/EG zurück, entspricht aber auch im Wesentlichen dem subjektiven Fehlerbegriff nach bisheriger deutscher Lehre.<sup>75</sup> Die Definition macht jedoch besser als bisher deutlich, dass die geschuldete Qualität in der Regel über den Markt, also durch kollektive »Verständigungen« und nicht individuell bestimmt sein wird.<sup>76</sup> Neu ist hier insbesondere, dass nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB ein Verkäufer für Werbeaussagen des Herstellers einzustehen haben soll.<sup>77</sup> Die Werbung gewinnt damit außerhalb des Wettbewerbsrechts unmittelbare rechtliche Relevanz – welche Qualität geschuldet ist, ergibt sich auch aus der Werbung. Möglicherweise wird sich dies auf die Gestaltung der Verträge mit Werbeunternehmen auswirken, indem die Warenanbieter versuchen werden, ihre Verantwortung weiter zu geben.

#### 2.4.2. Rechtsfolgen: Parallelen zum Leistungsstörungenrecht

Bei Vorliegen eines Sachmangels ist ein zweistufiges Rechtsfolgenkonzept vorgesehen, dessen zweite Stufe im Wesentlichen dem Leistungsstörungenrecht entspricht. Rücktritt (bisher: Wandlung), Minderung oder Schadensersatz können anders als bisher erst verlangt werden, wenn der Verkäufer eine zweite Chance hatte (Fristsetzung). Dieser Vorrang der Nachleistungsansprüche war zwar von der Richtlinie nicht zwingend verlangt,<sup>78</sup> entspricht aber sowohl Entwicklungen der Vertragspraxis als auch dem Prinzip des Vorrangs der Erfüllung nach UN-Kaufrecht (Art. 47–49 CISG).<sup>79</sup>

Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs (erste Stufe) ist im neuen Kaufrecht jedoch abweichend vom Leistungsstörungenrecht geregelt: Der Erfüllungsanspruch wandelt sich um. Ist eine mangelhafte Sache geliefert worden, kann der Käufer nach § 439 Abs. 1 BGB wählen zwischen der Nachlieferung (einer neuen Sache) und der

72 Genauer Westermann, JZ 2001, S. 531 ff.; Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 952.

73 Westermann, JZ 2001, S. 534; vgl. BGH, 16. 5. 1984, NJW 1984, S. 1955 f.; ausführlich Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 25 f.

74 So auch Art. 35, 45 ff. UN-Kaufrecht; vgl. Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 32 f.; das neue Modell orientiert sich jedoch an Regelungen für die Gattungsschuld (Brügge-meier, JZ 2000, S. 51).

75 Vgl. dazu auch Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 953 ff., insbesondere zur Übereinstimmung mit der Richtlinie; siehe auch Westermann, JZ 2001, S. 532 f. zum Problem, dass das BGB eine Beschaffensvereinbarung fordert, die Richtlinie aber einseitige Wissenserklärungen genügen lassen will. Zur Kritik an der »Geschwätzigkeit« der Richtlinie Honsell, JZ 2001, S. 278 ff.

76 Auch hier zustimmend aus sozio-ökonomischen Überlegungen (Informationsbedürfnis der KäuferInnen, aber über Werbung) Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 955. Vgl. zu solchen Aufgaben des Privatrechts auch Teubner, ZfRSoz 1998, S. 13.

77 Vgl. demgegenüber die Kritik von Zimmer auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 311).

78 Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 957 ff., die der Regelung dennoch zustimmen; S. 959 f. zu den Voraussetzungen des Übergangs auf die Gestaltungsrechte. Zur Bewertung auch Lorenz, JZ 2001, S. 743.

79 Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 23; A 31 ff.

Nachbesserung (Reparatur).<sup>80</sup> Es gibt damit zunächst kein Recht des Verkäufers zur »zweiten Andienung«, sondern (entsprechend der Richtlinie) ein Wahlrecht des Käufers. Die Kosten der Nacherfüllung trägt der Verkäufer. Die Wahl ist aber unter den Voraussetzungen der Unmöglichkeit und anderer Leistungsschwernisse eingeschränkt.<sup>81</sup> Zusätzlich kann der Verkäufer unverhältnismäßige Kosten geltend machen (§ 439 Abs. 2 BGB).<sup>82</sup>

Für ein Absehen vom ursprünglich Vereinbarten durch Rücktritt, Schadensersatz statt der Leistung oder Minderung gilt dann wie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht: Es kann erst nach Ablauf einer gesetzten angemessenen Frist erfolgen. Hier liegt einer der wichtigsten Unterschiede zum bisherigen Gewährleistungsrecht. Außerdem gibt es noch einige zusätzliche Fälle, in denen direkt zu Rücktritt/Minderung/Schadensersatz statt der Leistung übergegangen werden kann und die Fristsetzung entbehrlich ist. Praktisch wichtig ist hier insbesondere der Fall, dass zwei Nachbesserungsversuche schon fehlgeschlagen sind (§ 440 Satz 2 BGB).<sup>83</sup> Mit der Anknüpfung an das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist klar gestellt, dass es sich bei Rücktritt und Minderung um Gestaltungsrechte, nicht Ansprüche handelt; die besondere Terminologie »Wandlung« ist entfallen.<sup>84</sup> Wie bisher die Wandlung ist der Rücktritt jetzt ohnehin verschuldensunabhängig.

Schadensersatz statt der Leistung kann wie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht nur nach Setzung einer angemessenen Frist und bei Vertretenmüssen verlangt werden, einfacher Schadensersatz setzt lediglich Vertretenmüssen voraus. Auch hier wurde nicht der Schritt zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung gewagt.<sup>85</sup>

### 2.4.3. Die Zusicherung nach neuem Recht

Gerade in der Auslegung des Verschuldensprinzips zeigt sich aber wieder eins der Charakteristika der Reform, die hohe Flexibilität in Hinblick auf vertragliche Auslegung: »Vertretenmüssen« ist nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB auch bei Übernahme einer Garantie gegeben. Damit ist die Zusicherung von Beschaffenheiten am richtigen Ort geregelt.

Ein Teil der Undurchsichtigkeit der bisherigen Mängelhaftung ergab sich aus der doppelten Anknüpfung an einen Fehler auf der einen Seite, der lediglich zu Wandlung und Minderung berechtigte, und an zugesicherte Eigenschaften auf der anderen Seite, deren Fehlen eine Schadensersatzpflicht nach sich zog. Das Institut der Zusicherung, insbesondere viele der Unterscheidungen zwischen einfacher vertraglicher Beschaffenheitsvereinbarung und Zusicherung, war in der Rechtspraxis schwer nachvollziehbar und vorhersehbar,<sup>86</sup> denn seine Anwendung hatte auszugleichen, dass

<sup>80</sup> Das neue Gewährleistungsrecht für den Werkvertrag unterscheidet sich künftig in Hinblick auf die Rechte des Bestellers nur insofern hinsichtlich des Rechts für den Kaufvertrag, als zusätzlich das Recht zur Selbstvornahme nach § 637 BGB hinzukommt.

<sup>81</sup> Lorenz, JZ 2001, S. 743.

<sup>82</sup> Schubel, JZ 2001, S. 1116 meint deshalb in weiter Auslegung dieses Merkmals, in Wirklichkeit könne der Käufer also nur die ökonomischere Alternative wählen – dieses Ergebnis muss aber durch eine engere Auslegung des Begriffs »unverhältnismäßig« verhindert werden; vgl. auch Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 958 f.

<sup>83</sup> Dauner-Lieb auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 312) vermutet hier Unklarheiten in der Abgrenzung zwischen einer Verzögerung der Nachlieferung und der allgemeinen Verzugsregelung.

<sup>84</sup> Zustimmend Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 959.

<sup>85</sup> Dafür Brüggemeier, JZ 2000, S. 536; Esser, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter, in: Vogel/Esser (Hrsg.), 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, 1977, S. 22 sieht den Verschuldensgrundsatz als eins der Korrelate der Privatautonomie an.

<sup>86</sup> Der Begriff »Eigenschaften« in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB hat demgegenüber eine untergeordnete Bedeu-

gerade im Gebrauchtwagenhandel nur die Haftung für zugesicherte Eigenschaften nicht ausgeschlossen werden konnte.<sup>87</sup> Nach § 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB hat jedoch jede Beschaffenheitsvereinbarung gleiche Qualität – lediglich für das »Vertretenmüssen« als Voraussetzung des Schadensersatzes kommt es auf eine etwaige besondere Garantie an.<sup>88</sup>

Im Übrigen war bislang insbesondere die Konkurrenz zwischen den (geschriebenen) Gewährleistungsansprüchen, den (ungeschriebenen) Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung und dem Deliktsrecht problematisch,<sup>89</sup> insbesondere wegen der unterschiedlichen Verjährungsfristen.<sup>90</sup> Sie schuf dogmatische Figuren wie die des »weiterfressenden Mangels«, die sich aus der Sache selbst nicht leicht begründen lassen.<sup>91</sup> Bereits die Schuldrechtskommission hatte vor diesem Hintergrund die Schadensersatzhaftung des Verkäufers und Werkunternehmers als »verworren« bezeichnet,<sup>92</sup> und der BGH hatte wegen der zu kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist ein Eingreifen des Gesetzgebers gefordert.<sup>93</sup>

Künftig wird zumindest der Unterschied zwischen Mangelfolgeschaden und Mangel Schaden dennoch weiterhin von Bedeutung bleiben – in Form der Abgrenzung zwischen einfachem Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB und Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB, der in der Regel Fristsetzung voraussetzt.<sup>94</sup> Die wichtigste praktische Motivation für die bisherige Differenzierung war allerdings die unterschiedliche Verjährung, und hier erfasst nunmehr die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB auch den Ersatz von Mangelfolgeschäden,<sup>95</sup> so dass sich die Bedeutung der Unterscheidung praktisch jedenfalls abschwächen dürfte.<sup>96</sup>

#### 2.4.4. Besonderheiten für den Verbrauchsgüterkauf

Für den Verbrauchsgüterkauf, d.h. den Kauf zwischen einem Unternehmen (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB), gibt es einige Sonderbestimmungen, die sämtlich auf die Richtlinie zurück gehen. Sie sind in den §§ 474 ff. BGB geregelt. Die wichtigste hiervon ist, dass die Mängelgewährleistung mit Ausnahme der Schadensersatzpflicht nicht dispositiv ist; jedenfalls zu Lasten der VerbraucherInnen darf von den gesetzlichen Vorschriften nicht abgewichen werden (§ 475 BGB).<sup>97</sup> Dies entspricht weitgehend bisherigem AGB-Recht, allerdings mit einer wichtigen Aus-

ting (Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 957 bedauern seine Verwendung dennoch, da die Abgrenzung zum Beschaffenheitsmerkmal unklar bleiben könne).

<sup>87</sup> Vgl. auch Brüggemeier, JZ 2000, S. 532.

<sup>88</sup> Westermann, JZ 2001, S. 533 ff.

<sup>89</sup> Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 20 f.

<sup>90</sup> Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 25.

<sup>91</sup> Vgl. Palandt/Thomas, BGB, § 823 Rn. 212 f.; Geiger, JZ 2001, S. 474; zu diesen Differenzierungen und ihrer Notwendigkeit nach bisherigem Recht siehe auch Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 20 f.

<sup>92</sup> Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 27 f.

<sup>93</sup> BGH, 2. 6. 1980, BGHZ 77, 215, 223.

<sup>94</sup> Vgl. Dauner-Lieb auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 312).

<sup>95</sup> Genauso § 634a I Nr. 3 BGB beim Werkvertrag. Für eine Beschränkung auf den Ersatz des bloßen Mangelschadens ist Canaris, ZRP 2001, S. 335 insofern vergeblich eingetreten.

<sup>96</sup> Allerdings gibt es auch nach neuem Recht unterschiedliche Gewährleistungsfristen je nach Art der verletzten Pflicht, die nach wie vor zu Abstimmungsproblemen führen können – zu hoffen bleibt allerdings, dass z. B. mit der Unterscheidung zwischen arglistigem und anderem Verhalten sachangemessenere Grenzlinien vorgezeichnet sind (vgl. Jorden/Lehmann, JZ 2001, S. 962 zu § 438 Abs. 3 BGB).

<sup>97</sup> Auch gilt im Verbrauchsgüterkauf, dass bei einem Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt der Sache zeigt, vermutet wird, dass er schon bei der Übergabe vorhanden war (§ 476 BGB, Beweislastumkehr). Für die Transparenz von Garantieerklärungen enthält § 477 BGB Sonderbestimmungen.

nahme: Es ist auch auf den Verkauf gebrauchter Sachen anwendbar. Im Gegenzug wurde vor allem den Gebrauchtwagenhändlern das Zugeständnis gemacht, dass sie die Verjährungsfrist vertraglich auf ein Jahr verkürzen können (§ 475 Abs. 2 BGB).<sup>98</sup>

Konzeptionell am interessantesten und ungewöhnlichsten ist wahrscheinlich die Vorschrift über den Regress in der Lieferkette bei neu hergestellten Sachen (§ 478 BGB).<sup>99</sup> Eine Marktsteuerung mit dem Ziel der Qualitätskontrolle soll zivilrechtlich nicht mehr nur über das Produkthaftungsrecht, sondern auch über eine Neuverteilung der Gewährleistungskosten in der Lieferkette funktionieren.<sup>100</sup> Allerdings wird hierfür, entgegen früheren Überlegungen, streng vertragsrechtlich an den vertraglichen Beziehungen in der Lieferkette angeknüpft; ein direkter Zugriff vom Letztverkäufer auf den Hersteller wird nicht ermöglicht.<sup>101</sup>

Ein Händler, der Gewährleistungsansprüchen eines Verbrauchers ausgesetzt war, weil er ein Produkt verkauft hatte, das er bereits mangelhaft übernommen hatte, kann die entsprechenden Aufwendungen bei seinem Lieferanten liquidieren und wird bei Geltendmachung eigener Gewährleistungsrechte privilegiert (Entbehrlichkeit einer Fristsetzung, Aufwendungsersatz, Beweislastumkehr)<sup>102</sup> – diese Rechte sind jedoch unter der Voraussetzung abdingbar, dass dem Händler »ein gleichwertiger Ausgleich« eingeräumt wird (§ 478 Abs. 4 Satz 1 BGB). Was erforderlich ist, um die Gewährleistungsrechte insofern wirksam abzubedingen, wieweit die Gerichte für die Bestimmung der Gleichwertigkeit eine auch wirtschaftliche Inhaltskontrolle vornehmen werden, ist noch unklar – die Bundesregierung hat immer wieder darauf hingewiesen, dass ihrer Meinung nach auch pauschale Abrechnungssysteme ausreichen können.<sup>103</sup> Die Tatsache, dass es um einen Handel mit Verbrauchsgütern geht, wird jedenfalls auch Rückwirkungen auf unternehmerischen Geschäftsverkehr haben.

### 3. Gesellschaftliche Anforderungen an das Schuldrecht

Der Fortschritt, den eine Reform bringt, lässt sich in der Differenz zwischen bisheriger und neuer Regelung bemessen. Hier hat die Schuldrechtsmodernisierung wie gezeigt einiges vorzuweisen, nicht zuletzt auf Grund der Mängel, die das Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht des BGB bisher aufwies.<sup>104</sup> Die Rechtswissenschaft mag sich ungern von der Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen der Leistungsstörung wie der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit oder der Abgrenzung zwischen Nichtleistung und Schlechtleistung verabschieden. Schließlich wurde in den Erwerb dieser Kenntnisse und Differenzierungen viel investiert, und das entsprechende Wissenskapital wird mit der Reform entwer-

<sup>98</sup> Vgl. Brüggemeier, JZ 2000, S. 532; auch Kessler, ZRP 2001, S. 70.

<sup>99</sup> Vgl. Brüggemeier, JZ 2000, S. 534, wonach hier der eigentliche Sprengstoff der Richtlinie läge.

<sup>100</sup> Vgl. Schubel, JZ 2001, S. 1116.

<sup>101</sup> Vgl. Schubel, JZ 2001, S. 1118; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, S. 1796 f.; Westermann, JZ 2001, S. 541; Argument für eine Angleichung des Verbrauchsgüterkaufs und des Kaufs geschäftlich genutzter Güter; genauer insofern zur Richtlinie und den Überlegungen zu einer Durchbrechung des *privity*-Prinzips Reich, NJW 1999, S. 2399; Brüggemeier, JZ 2000, S. 532.

<sup>102</sup> Vgl. auch Westermann, JZ 2001, S. 533; S. 540 f.; für Brüggemeier, JZ 2000, S. 536 ein Element einer verschuldensunabhängigen Garantief Haftung.

<sup>103</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 249.

<sup>104</sup> Vgl. zum Beispiel Schlechtriem (Fn. 42), S. 10: Der Vergleich mit dem bisherigen BGB sollte »zur Bescheidenheit mahnen«; er weist auch darauf hin, dass mehr Zeit nicht immer bessere Ergebnisse bringe: »Auch zweite und dritte Kommissionen können irren.«; anders aber zum Beispiel Schapp, JZ 2001, S. 589.

tet.<sup>105</sup> Dafür besteht die berechtigte Hoffnung, dass künftig in solche rein rechtsimmanent begründete Unterscheidungen weniger investiert werden muss. Letztlich wird das Verjährungsrecht mit darüber entscheiden, ob dieses Ziel erreicht wird. Der Eigenwert einer Reform ist jedoch auch daran zu messen, inwieweit sie nicht nur eine Antwort auf rechtsimmanente, sondern auch auf gesellschaftliche Probleme gibt.<sup>106</sup>

### 3.1. *Abstraktheit und Allgemeinverständlichkeit*

Die Annahme, dass dies durch die abstrakte Sprache verschleiert würde, ist eine verbreitete Kritik an der abstrahierenden Sprache und Methode schon des BGB und nun auch der Schuldrechtsreform.<sup>107</sup>

#### 3.1.1. *Neue unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln*

Bereits das BGB mag zwar in einer begriffsjuristischen Tradition gestanden haben; seine Anwendung zeichnete sich von Beginn an jedoch keineswegs durch enge und wortnahe Auslegungen aus. Es hatte vielmehr bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine »Fallrechtsrevolution« eingeleitet.<sup>108</sup>

Mit der Schuldrechtsreform wird dies nun ganz offen weiter verfolgt. Schon mit dem Begriff der Pflichtverletzung verzichtet der Gesetzgeber auf eine genauere Eingrenzung und überlässt die Entwicklung von Kriterien der Vertragspraxis und – im Streitfall – der Rechtsprechung.<sup>109</sup> Und darüber hinaus enthält die Reform an vielen weiteren Stellen neue unbestimmte Rechtsbegriffe, so zum Beispiel bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rücktritt ausnahmsweise auch ohne Fristsetzung zulässig sein soll.

Bisher richterrechtliche Tatbestände werden nunmehr zwar ausdrücklich geregelt; damit wurden aber auch mehr Generalklauseln geschaffen. Es handelt sich neben der positiven Forderungsverletzung um die culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsverhandlungen) und den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Der Tatbestand des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen wird so in das Leistungsstörungenrecht integriert, dass die Rücksichtnahme bei Vertragsverhandlungen als eine vertragliche Pflicht festgeschrieben wurde (§ 311 Abs. 2 BGB). Ein Schuldverhältnis mit Schutz- und Obhutspflichten (aber nicht mit Leistungspflichten)<sup>110</sup> entsteht danach bereits bei Abnähmung eines Vertrags und ähnlichen geschäftlichen Kontakten. Der Tatbestand wird also in die neue Systematik des Leistungsstörungenrechts eingepasst: Bei der Verletzung entsprechender Schutzpflichten (z. B. Aufklärungspflichten) entsteht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB (ein Anspruch auf Schadens-

<sup>105</sup> Zu den Transaktionskosten der Umstellung innerhalb einer kurzen Frist Löwisch, BB 49/2001, Die erste Seite; Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 17.

<sup>106</sup> Im Folgenden soll nicht mehr auf die zum Teil berechtigte Kritik an Einzelregelungen eingegangen werden. Auch das Verjährungsrecht, das im nächsten Heft behandelt wird, soll im Folgenden weitgehend ausgeklammert werden.

<sup>107</sup> Vgl. Zimmermann, JZ 2001, S. 180 f.; siehe zum Beispiel schon Esser (Fn. 85), S. 14 zur »Lebensfremdheit« und »Peinlichkeit« der wirtschaftlichen und sozialen Einsichten des BGB.

<sup>108</sup> Zimmermann, JZ 2001, S. 173.

<sup>109</sup> Zur Kritik Schulze, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 176 ff.

<sup>110</sup> Zur Problematik der bisherigen Konstruktion des Verschuldens bei Vertragsanbahnung und ähnlichem siehe Zimmermann, JZ 2001, S. 173; Auszug aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 3), A 21 f.

ersatz statt der Leistung scheidet aus, da § 282 BGB unmittelbar nur auf § 241 Abs. 2 BGB verweist). Über § 311 Abs. 3 BGB ist die Vertreter-/Sachwalterhaftung auf die gleiche Art und Weise eingepasst.<sup>111</sup>

Für den Tatbestand der »Störung der Geschäftsgrundlage« wurde mit § 313 BGB eine andere Lösung gewählt. Als eigenständige Rechtsfolge ist Vertragsanpassung vorgesehen und nur in Ausnahmefällen (§ 313 Abs. 3 BGB) ein Rücktrittsrecht »des benachteiligten Teils«. Schlechtriem hat den Tatbestand in einer Stufenfolge mit anderen Störungsfällen gesehen: Mit Rücktritt, Vertragsanpassung und Minderungen stünden die Rechte bei nicht zu vertretenden Leistungsstörungen in einem Stufenverhältnis, das sich an der Schwere der Störung orientiere.<sup>112</sup>

Im Gesetzgebungsverfahren wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass hiermit keine Rechtsänderungen erfolgen sollten: Normiert wurden richterrechtlich entwickelte Tatbestände, die bereits entsprechend weit gefasst waren. Dieser Hinweis beachtet jedoch nicht, dass selbst bei Wortgleichheit eine ausdrückliche gesetzliche Normierung einen anderen Stellenwert und vor allem höhere Legitimität haben wird als ein richterrechtlicher Grundsatz. Insbesondere mit dem Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage wird den Zivilgerichten nunmehr ausdrücklich eine Kompetenz zur Vertragsanpassung zugewiesen.<sup>113</sup>

### 3.1.2. Risikoverteilungen und Ermächtigung der Gerichte

Dort, wo Entscheidungen im Gesetz selbst getroffen wurden, machen diese gleichzeitig auch deutlich, dass tatsächlich hinter der abstrakten Regelung gesellschaftliche Probleme so verschwinden, dass eine Beurteilung, welche Risikoverteilung richtig erscheint, schwierig wird, da sie nicht mehr klar umgrenzten gesellschaftlichen Teilbereichen zuzuordnen sind.

So war in der Schuldrechtsreform zum Beispiel umstritten, ob das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB tatsächlich unabhängig vom Vertretenmüssen sein soll, ob also die Einrede auch einem Schuldner zustehen soll, der selbst den Ring auf den Grund des Sees geworfen hat.<sup>114</sup> Verabschiedet wurde letztlich bezeichnender Weise eine Regelung, nach der das Vertretenmüssen »zu berücksichtigen« ist (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Entscheidung, bei anfänglicher Unmöglichkeit nunmehr nicht mehr lediglich eine Haftung auf das positive Interesse, sondern eine Garantiehafung vorzusehen (§ 311a Abs. 2 BGB), wurde mit dem Prinzip »pacta sunt servanda«, nicht aber mit der Struktur typischer Konflikte begründet.<sup>115</sup>

Die wichtigste Entscheidung zwischen Verschuldensprinzip und Garantiehafung<sup>116</sup> bleibt ähnlich unbestimmt: Zwar bleibt im BGB auch nach der Schuldrechtsreform das Verschuldensprinzip bestimmend, § 276 BGB bietet aber ein weites Einfallstor für Garantien, wie man sie aus der Auslegung von Verträgen entnehmen können wird. Wie die Risikoverteilungen zwischen Schuldner und Gläubiger in unterschiedlichen

<sup>111</sup> Zu dieser Fallgruppe genauer auch Canaris, JZ 2001, S. 520f.

<sup>112</sup> Schlechtriem (Fn. 42), S. 28.

<sup>113</sup> Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 16; zur Kritik Schulze (Fn. 109), S. 177f.

<sup>114</sup> Vgl. Huber in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 75 ff. sowie auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 311). Zum Fall, auf den hier angespielt wird, siehe oben Fn. 54.

<sup>115</sup> Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 45 ff. meint zu Unrecht, die Schuldrechtsreform verschiebe die Risiken generell zu Lasten von Schuldnern; Westermann, JZ 2001, S. 540; S. 542 zum Schuldnerschutz als Aufgabe des Allgemeinen Schuldrechts.

<sup>116</sup> Vgl. Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) (Fn. 7), S. 49; Brüggemeier, JZ 2000, S. 536 für das Kaufrecht.

### 3.1.3. *Abstraktheit, Allgemeinverständlichkeit und Erfahrbarkeit*

Verständlichkeit für die Rechtspraxis ist immer auch eine Frage des Zugangs zum Recht.<sup>117</sup> Aber steht die Abstraktheit solcher Tatbestände deshalb gleich in einem Gegensatz zur »(Allgemein-)Verständlichkeit«? Das kommt natürlich darauf an, was mit Verständlichkeit überhaupt gemeint ist. Meint man mit Verständlichkeit tatsächlich, dass auch die juristischen Laien aus dem Gesetzestext erkennen können sollen, wie ihre konkreten Konflikte rechtlich zu entscheiden sind, so kann dies tatsächlich nur Spezialgesetzgebung für die jeweiligen Lebensbereiche leisten.<sup>118</sup> Der Gesetzgeber des »allgemeinen« Zivilrechts kann in einer ausdifferenzierten Gesellschaft nicht mehr »die« Interessen selbst abwägen – dazu sind in einer einzigen Regelung zu viele Interessen potenziell verstrickt; er muss sich darauf beschränken, Handlungsoptionen anzugeben sowie die Orte und Kriterien der Abwägung.<sup>119</sup>

Allgemeinverständlichkeit einer Kodifikation des allgemeinen Zivilrechts kann dann nur bedeuten, dass es Grundformen einer zivilrechtlichen Konfliktlösung repräsentiert, die nachvollziehbar und erfahrbar sind und die in ihrer Differenz die Bedeutung von Sonderregelungen überhaupt erst verständlich machen. Allgemeinverständlichkeit würde auch bedeuten, dass die Orte der Abwägung, die Kriterien sowie die möglichen Regelungsspielräume der Beteiligten selbst transparenter werden.

Und hier dürfte insbesondere der neue Aufbau nach Rechtsfolgen den praktischen Nachvollzug und die Übertragung von Erfahrungen erleichtern. Die Beteiligten in vertragsrechtlichen Konflikten interessiert schließlich nicht unmittelbar, um welche Art der Störung es sich handelt, sondern welche Rechte geltend gemacht werden können: Kann Schadensersatz verlangt werden? Kann zurückgetreten werden? Und für diese beiden Rechtsfolgen tauchen nach der Reform bei den Voraussetzungen immer wieder dieselben Grundregeln auf. Diese Argumente für die Rechtsfolgenorientierung können übrigens auch für die jetzt gewählte Risikoverteilung (durch Vertretenmüssen eingeschränkte Garantiehafteung) bei der »anfänglichen Unmöglichkeit« herangezogen werden: Der Gläubiger weiß ja nicht, worauf das Ausbleiben der Leistung zurück geht, und mit der Vereinheitlichung der Rechtsfolgen von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit kann sich in der ersten Phase eines Konflikts die Abgrenzung und genauere Aufklärung und damit möglicherweise auch eine Fortdauer des Konflikts erübrigen.

Wenn es der Schuldrechtsreform so mit Hilfe der Institute »Pflichtverletzung«, »Rücktritt und Schadensersatz«, »Fristsetzung« gelänge, ein Grundmodell an Handlungsoptionen im gesellschaftlichen Rechtsbewusstsein und Rechtswissen zu verankern, das auch vielleicht einmal Eingang in die schulische Ausbildung finden könnte, wäre schon einiges gewonnen.

Selbst wo es um die Abgrenzung von Tatbestandsvoraussetzungen geht, dürfte zum Beispiel der bisher relevante Unterschied zwischen Nichtleistung und Schlechtleis-

<sup>117</sup> Siehe auch Jeloschek/Lohnert (Fn. 70), S. 261 ff.

<sup>118</sup> Vgl. auch Esser (Fn. 85), S. 36.

<sup>119</sup> Dagegen Schapp, JZ 2001, S. 583; zur Notwendigkeit eines solchen »justiziellen Eigenlebens des Rechts« aber auch Esser (Fn. 85), S. 23; K.Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 43 ff.; Diedrichsen, AcP 182 (1982), S. 105 ff.

tung weniger leicht erfahrbar sein<sup>120</sup> als beispielweise die Eigenheiten eines Fixgeschäfts, bei dem nach neuem Recht auch ohne Fristsetzung zurückgetreten werden kann, sollte die Leistung ausbleiben. Überhaupt verweist der Begriff der »Pflichtverletzung« auf den Inhalt des jeweiligen Vertrags und damit auf erfahrungs- und kommunizierbare Kategorien.<sup>121</sup> Der offene Begriff kann in der Kommunikation mit der »Allgemeinheit« aber auch als Versuch verstanden werden, (vertragliche) Gestaltungsspielräume transparent zu machen und dem verbreiteten Rechtsglauben, Pflichten seien gesetzlich vorgegeben, entgegen zu wirken.

Ohnehin haben Erfahrungen mit zivilrechtlichen Kategorien viel mit Vertragspraxis und Gestaltung zu tun. Die gesellschaftlich wahrgenommene Praxis im Privatrecht wird insofern überwiegend von der Praxis der Großunternehmen geprägt, die sich in der Vertragsgestaltung sowohl im unternehmerischen Geschäftsverkehr wie in den Verbrauchsbeziehungen engagieren. Eines dispositiven Grundmodells bedarf es hier vor allem, um den Vertragspartnern größere Transparenz zu gewährleisten hinsichtlich dessen, wo und inwiefern hier gestaltet wurde. Hingegen bedürfen Klein- und Mittelunternehmen, in denen auch zivilrechtliche Fragen von juristischen Laien behandelt werden, für ihre Vertragspraxis eines passenden rechtlichen Rahmens.<sup>122</sup> Hier scheint die Schuldrechtsreform von der Vertragspraxis zunächst mehr als bislang zu verlangen, gerade weil vorgeformte Tatbestände an Bedeutung verlieren: Regelungsspielräume und -bedarfe ergeben sich nicht mehr nur in Hinblick auf den Haftungsumfang, sondern auch in Hinblick auf die Formulierung der beiderseitigen Vertragspflichten. Erst wo diese nicht genutzt werden, werden diese Ermächtigungen der Vertragspraxis zu Ermächtigungen der Rechtsprechung. Allerdings werden diese Gestaltungsspielräume nicht neu geschaffen, sondern nur deutlicher offen gelegt – es bleibt zu hoffen, dass die größere Transparenz mit entsprechender Gestaltungskompetenz genutzt wird.

### 3.1.4. Konkretisierung und Schutzzwecke

Die Tatsache, dass die Vertragspraxis durch Großunternehmen und einzelne Anwaltsbüros gestaltet wird, verweist aber noch auf ein ganz anderes Problem und andere Anforderungen: In vermachteten Bereichen, die von größeren oder kleineren Unternehmen einseitig gestaltet werden können und werden, ist es mit dispositivem Recht nicht getan. Hier muss das Zivilrecht weniger ein Grundmodell bereit stellen als vielmehr Grenzen setzen.

Dies ist jedoch Gegenstand spezieller Rechtsgebiete wie zum Beispiel des Verbraucherrechts oder des Arbeitsrechts. Hier gibt es bereits gesetzliche Sonderregelungen. Wenn diese streng nach dem *lex specialis*-Gedanken ausgelegt werden, so hält sich der Einfluss der »abstrakten« Regelung allerdings in Grenzen: Gerade die Diskussion um die Auswirkungen der Reform auf das Arbeitsrecht hat insofern gezeigt, dass die erste Aufregung über unausgesprochene implizite Eingriffe in das geltende Arbeitsrecht durch das neue Leistungsstörungenrecht weitgehend auf Fehleinschätzungen beruhen; zumindest das Arbeitsrecht scheint sich mittlerweile zu einem relativ eigen-

120 Vgl. auch Zimmermann, JZ 2001, S. 173; S. 175 zur Isolierung der deutschen Rechtswissenschaft gegenüber dem Ausland und gegenüber der deutschen Gesellschaft, die durch das BGB gefördert worden sei.

121 Vgl. auch Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 30, der meint, jeder Bürger sei in der Lage, »die ihm obliegenden Primärpflichten seinen eigenen konkreten Verhältnissen zu entnehmen«.

122 Auch die Mitteilung der Kommission, Amtsblatt der EG, 2001/C 25 5/5 benennt Verbraucher und Klein- und Mittelunternehmen als wichtigste Zielgruppe eines europäischen Vertragsrechts.

ständigen Rechtsgebiet entwickelt zu haben.<sup>123</sup> Die Auswirkungen des neuen Leistungsstörungsrechts auf das Arbeitsvertragsrecht beschränken sich letztlich im Wesentlichen darauf, dass bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bereits gezahltes Entgelt jetzt nach § 326 Abs. 4 BGB nicht mehr nach Bereicherungs-, sondern nach Rücktrittsrecht zurück zu gewähren ist.<sup>124</sup>

Problematisch war und ist das Verhältnis abstrakter zu speziellen Regelungen aber dann und dort, wo eine spezielle Risikoverteilung, wie im Recht der Arbeitnehmerhaftung, nicht durch Gesetz, sondern durch richterrechtliche Korrektur des allgemeinen Schuldrechts entwickelt wurde. Auch diese ist zwar als *lex specialis* auszulegen; § 619a BGB war also nicht erforderlich, um das Arbeitsrecht vor dem allgemeinen Schuldrecht zu schützen.<sup>125</sup> Solche Entwicklungen widersprechen aber gerade einem »zugänglichen« Schuldrecht; Sonderregelungen werden in der nicht-juristischen Öffentlichkeit nun einmal stärker wahrgenommen. Ausdrückliche gesetzliche Spezialvorschriften für unterschiedliche Interessenlagen sind einer richterrechtlichen Korrektur insofern allemal vorzuziehen.<sup>126</sup> Anstatt das allgemeine Leistungsstörungsrecht an seiner Eignung für die Konfliktlagen vermachteter Bereiche zu messen, wäre also nach ausdrücklichen speziellen Lösungen zu suchen – was allerdings in der demokratischen Praxis wegen der Verstrickung in Politik und Machtauseinandersetzungen oft dann doch den Gerichten überlassen wird.

### 3.2. Die Kodifikation BGB vor und nach der Reform

In der herrschenden Zivilrechtswissenschaft wurde die Reform allerdings nicht deshalb kritisiert, weil sie zu wenig, sondern weil sie zu viel an »Sonderregelungen« enthalte. Diese Kritik bezieht sich in erster Linie auf die Integration des Verbrauchersrechts in das BGB.

#### 3.2.1. Zur Integration Verbraucherschützender Nebengesetze

Schon die Tatsache, dass sich die neuen Gewährleistungsregeln an der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf orientieren, ist als ein Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht angesehen worden.<sup>127</sup> Der Vorwurf, mit dem Verbraucherrecht werde eine »systemsprengende Ausstrahlungsfalle« in das BGB aufgenommen,<sup>128</sup> bezieht sich jedoch auch auf die Entscheidung, entsprechend dem Vorschlag der Schuldrechtskommission zahlreiche Nebengesetze wie das HaustürWG, das FernAbsG, das

123 So auch Jousen, NZA 2001, S. 751; ähnlich Canaris, JZ 2001, S. 509 gegen die Kritik von Löwisch, NZA 2001, S. 465 ff., die dieser auf dem Regensburger Symposium bereits mündlich geäußert hatte.

124 Löwisch, NZA 2001, S. 465 ff.; Jousen, NZA 2001, S. 750; für eine teleologische Reduktion des § 326 IV BGB insofern Canaris, JZ 2001, S. 509; zum Ganzen ausführlich Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2002, insbesondere S. 73 ff. zur Diskussion um den Verzugszinssatz und die Verbrauchereigenschaft von Arbeitnehmern. Abgesehen wird hier von der offensichtlichen Bedeutung des neuen § 310 IV 2 BGB, der die Anwendbarkeit der AGB-Klauselkontrolle auf das Arbeitsrecht anordnet (dazu im Einzelnen Gotthardt, ebd., S. 94 ff.).

125 So auch im Ergebnis Gotthardt (Fn. 124), S. 61 f., dort auch zur jetzt notwendigen teleologischen Reduktion.

126 Anders Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 16.

127 Ziegler/Rieder, ZIP 2001, S. 1794; H.P. Westermann, JZ 2001, S. 530 ff.; Schubel, JZ 2001, S. 1113 ff. zu den Einzelheiten.

128 Schubel, JZ 2001, S. 1114 für das Kaufrecht; in die gleiche Richtung allgemeiner Roth, JZ 2001, S. 486.

Teilzeit-Wohnrechtegesetz und das VerbrKrG in das BGB aufzunehmen. Aus dem AGBG wurde der materiell-rechtliche Teil in §§ 305–310 BGB übernommen, während der verfahrensrechtliche Teil nicht in die ZPO übernommen, sondern in einem eigenen Unterlassungsklagengesetz zusammen gefasst wurde.<sup>129</sup>

Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB hatte zwar bereits vorher schon begonnen. Ihr sichtbarster Ausdruck war die Aufnahme der Rechtsbegriffe des Verbrauchers und des Unternehmers in §§ 13, 14 BGB durch das Fernabsatzgesetz vom 27. 6. 2000. Erst mit der Schuldrechtsreform wird aber klar gestellt, dass es im deutschen Recht nicht entsprechend der französischen und österreichischen Lösung ein Verbrauchergesetzbuch geben wird,<sup>130</sup> sondern das Verbraucherrecht nach dem Vorbild des niederländischen Zivilgesetzbuchs von 1992 und des schweizerischen Obligationenrechts Teil der Kodifikation des allgemeinen Zivilrechts werden soll.<sup>131</sup>

### 3.2.2. Rechtskultur und Demokratie

Mit diesem Einzug des Verbraucherschutzrechts wird seine Ausstrahlung auf die Anwendung von Generalklauseln und die AGB-Inhaltskontrolle befürchtet. Otto von Gierkes Forderung nach »Tropfen sozialistischen Öles« für das BGB, so wird beklagt, habe sich damit letztendlich durchgesetzt.<sup>132</sup> Mit dieser Kritik verbunden ist häufig ein unerwartetes Lob des »Kulturdenkmals«<sup>133</sup> BGB – dessen innere Einheit werde durch die Einführung von immer mehr halbzwingendem Recht relativiert.<sup>134</sup> Dem Kodifikationskonzept, auf das hier wieder Bezug genommen wird, liegt jedoch nicht nur eine bestimmte (liberale) Vorstellung von Recht und Wettbewerb, sondern auch eine nationalstaatliche Demokratievorstellung zu Grunde, die in der Demokratietheorie aus republikanisch bezeichnet wird.<sup>135</sup> Das Zivilrecht habe einer eigenen inneren Einheit zu folgen und sei nicht unter Bezug auf gesellschaftliche Konflikte, sondern unter Bezug auf allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen und vor allem ein eigenes »inneres System« auszulegen.<sup>136</sup>

In der heutigen demokratischen Praxis und Rechtspolitik in Deutschland spielt aber weniger »das Gemeinwohl« eine Rolle als der Ausgleich verschiedenster Interessenkonflikte im Sinne liberaler, pluralistischer Traditionen. Im Zivilrecht hat sich dies bisher vor allem in der Nebengesetzgebung außerhalb des BGB und bei der Umsetzung von Richtlinien der EG, vor allem im Verbraucherschutz, zivilrechtlich niedergeschlagen. Dabei entstehen natürlich Brüche und Inkompatibilitäten zwischen verschiedenen Regelungsbereichen. Diese Brüche entstehen aber unabhängig vom Regelungsort,<sup>137</sup> und einer der großen Gewinne der Schuldrechtsreform könnte es sein, dass die deutsche Zivilrechtswissenschaft durch die Integration des Verbraucherrechts ins BGB gezwungen wird, diese Dynamik wahrzunehmen, und die zivil-

129 Dafür aber schon Greger, NJW 2000, S. 2463; Brüggemeier/Reich, BB 2001, S. 214.

130 Roth, JZ 2001, S. 475, der die Vor- und Nachteile einer solchen Lösung auf S. 485 f. genauer behandelt, sich aber letztlich für die Integration in das BGB ausspricht (S. 487 ff.).

131 Roth, JZ 2001, S. 476 f. Das schweizerische OR (Obligationenrecht) bezieht Handels-, Gesellschafts-, Arbeits-, Mietrecht- und Verbraucherrecht ein.

132 Ulmer, BB 46/2001, Die erste Seite.

133 Flume, ZIP 2000, S. 1429, der anlässlich einer Kritik der Technik des Fernabsatzgesetzes »Respekt« einfordert; vgl. auch Honsell, JZ 2001, S. 19; Brüggemeier bezeichnet diese Linie der Kritik als »neopandektistischen Fundamentalismus« (Brüggemeier, JZ 2000, S. 538).

134 Roth, JZ 2001, S. 486.

135 Zum Kodifikationsbegriff Safferling, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 137 ff.

136 Vgl. Safferling (Fn. 135), S. 146 ff.; K. Schmidt (Fn. 119), S. 48; im Einzelnen S. 31 ff.

137 Medicus in der Diskussion auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung (siehe Diskussionsbericht von Schulte-Nölke, JZ 2001, S. 497 f.).

rechtliche Methodenlehre mit Erstaunen anfängt festzustellen, dass sie sich auf eine Pluralität von Rechtsquellen, Europäisierung und Differenzierung von Rechtsinhalten je nach ihrem Regelungsgegenstand einstellen muss.<sup>138</sup> Angesichts der demokratischen Praxis mag man der Integration der Nebengesetzgebung ins BGB auch entgegen halten, dass es nicht »der Beruf unserer Zeit [sei], zu kodifizieren«. <sup>139</sup> Andererseits sind nicht alle rechtstechnischen Detailscheidungen politisch determiniert, und man könnte die Aufgabe einer modernen Kodifikation auch darin sehen, Rechtsinstitute mit Hilfe des Blicks auf das Ganze und im Sinne einer Zugänglichkeit des Rechts auszugestalten. So sind zum Beispiel die Anwendungsbereiche verschiedener Verbraucherschutzgesetze nicht immer an einem einheitlichen Verbraucherbegriff orientiert gewesen,<sup>140</sup> und die Einführung der Rechtsbegriffe des Verbrauchers und des Unternehmers könnte hier mehr Klarheit schaffen.<sup>141</sup> Auch die Vereinheitlichung der verschiedenen Regelungen über den Widerruf von Rechtsgeschäften und ihre Zusammenfassung in einem eigenen Abschnitt des BGB (jetzt §§ 355 ff. BGB), die ebenfalls bereits mit dem FernAbsG eingeleitet worden war, könnte zumindest Anlass geben, über Systematik und ihr Zusammenspiel mit den allgemeinen Regelungen nachzudenken.<sup>142</sup> Die Dogmatik des Widerrufsrechts war bislang ein Gebiet von Verbraucherrechtlern, obwohl es sich um ein zivilrechtliches Rechtsinstrument zur Lösung vom Vertrag handelt, dem systematisch mindestens gleicher Rang wie der Anfechtung von Rechtshandlungen und dem Rücktritt eingeräumt werden sollte und das auch ein neues Licht auf die Lehre »pacta sunt servanda« zu werfen vermag. Bei Auslegungszweifeln ermöglicht die Zusammenfassung es zum Beispiel auch, die Rechtsprechung des EuGH für das Widerrufsrecht der Richtlinie über Haustürwiderrufsgeschäfte für vergleichbare Rechte zu verallgemeinern.<sup>143</sup> Und vielleicht vermag die Integration des Verbraucherrechts auch Anregungen für die Systematisierung anderer Schutzvorschriften zu bieten, die richterrechtlich für andere sozial-ökonomisch vermachtete Regelungsbereiche entwickelt wurden? Gerade in einem sich ausdifferenzierenden Zivilrecht kann die Aufgabe der Systembildung durch eine Kodifikation gesellschaftliche Anforderungen erfüllen – wenn sie mit dem Ziel der Schaffung größerer Transparenz verbunden

138 So schon Flessner, JZ 2002, S. 16; S. 18, der für eine Stärkung der Lehre von den Rechtsprinzipien und der Lehre von den beweglichen Bewertungselementen (Esser, Alexy u. a.) eintritt; vgl. auch Möllers, JZ 2002, S. 129. Erstaunen wird deutlich insbesondere bei Schulze (Fn. 109), S. 178 ff. (»Der Methodendkanon ist erschüttert«), der aus Anlass der Reform fordert, »Es sollte anerkannt werden, dass hinter jeder Entscheidung eine persönliche Meinung und ein intentionaler Akt steht«. Wie neu für die Zivilrechtswissenschaft der Umgang mit der Europäisierung ist, zeigt sich zum Beispiel darin, dass in der Diskussion (zum Beispiel auf der Tagung Junger Zivilrechtswissenschaftler) gar schon vorgeschlagen wurde, Gesetzgebungsmaterialien ins Gesetz aufzunehmen und in einzelnen Paragraphen die Herkunft aus dem europäischen Recht zu benennen.

139 Kohler, JZ 2001, S. 337; so auch schon Esser (Fn. 85), S. 16 ff. Vgl. auch die Bemerkung von Canaris auf den Einwand von Dauner-Lieb, es sei unsymmetrisch und zumindest gewöhnungsbedürftig, dass der Gegenleistungsanspruch bei Erhebung einer Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB automatisch entfalle (Canaris JZ 2001, S. 509, Fn. 100): Es sei nicht vorrangige Aufgabe des Gesetzgebers, »sich mit solchen Kleinigkeiten abzugeben« wie einer an abstrakten Symmetrien orientierten Gestaltung des Rechts.

140 Roth, JZ 2001, S. 487 f.; siehe zum Verbraucherbegriff Kocher, VuR 2000, S. 83 ff.; Faber, ZEuP 1998, S. 854 ff.

141 Möllers, JZ 2002, S. 128.

142 Genauso Möllers, JZ 2002, S. 128, der entsprechend die Informationspflichten erwähnt (S. 129 f.); für eine bessere Abstimmung insbesondere Micklitz, VuR 2001, S. 71 ff.

143 EuGH, 13. 12. 2001 (Heininger), VuR 2002, S. 65–70 (keine Befristung des Rechts auf ein Jahr bei fehlender Information); wie hier auch Rott, VuR 2002, S. 52; gegen eine Harmonisierung der Widerrufsfristen aber Artz, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 30), S. 248 ff.; aber auch die Unterschiede zwischen verschiedenen Regelungsbereichen, auf die er abstellt, werden durch die Kodifikation eher offen gelegt. Für eine differenzierende Regelung auch Strube, VuR 2002, S. 57. Mankowski schlägt insofern – abgesehen von einer grundsätzlich längeren Frist von mindestens zwei Jahren – eine spezielle Regelung für Timesharinggeschäfte vor (Mankowski, JZ 2001, S. 750 f.).

und als dynamisch und in ihrem Zusammenspiel mit spezielleren Rechtsgebieten begriffen wird.<sup>144</sup>

### 3.2.3. Form und Inhalte der Integration

Vielerorts lässt sich jedoch darüber streiten, ob die Integration mit der Schuldrechtsreform bis in die Details gelungen ist. Schließlich kann es auch eine versteckte Rechtsinhaltsänderung zur Folge haben, wenn spezielle Regelungen in einen neuen Zusammenhang gestellt werden. Diese Nebenfolgen wurden zum Teil übersehen oder auch bewusst in Kauf genommen.<sup>145</sup> Wichtige Entscheidungen im Widerrufsrecht sind so heftig kritisiert worden, insbesondere die Kostenverteilung bei Ausübung des Widerrufsrechts nach § 357 Abs. 3 BGB<sup>146</sup> oder das automatische Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 355 Abs. 3 BGB (dessen teilweise Europarechtswidrigkeit der EuGH noch vor Inkrafttreten der Reform festgestellt hat).<sup>147</sup>

Eine systematisch wichtige Entscheidung war mit der Integration des AGB-Rechts zu treffen: Es wurde nun doch ins Allgemeine Schuldrecht und nicht in den Allgemeinen Teil aufgenommen<sup>148</sup> – und es wurde nun doch der materiell-rechtliche Teil des AGB-Gesetzes in seiner eigenen Struktur übernommen, ohne dass die Regelbeispiele wesentlich überarbeitet oder gar der entsprechenden dispositiven Vorschrift gegenüber gestellt worden wären. Ein Vorbild für eine andere Form der Integration hätte immerhin das Verbrauchsgüterkaufrecht sein können, für das Klauselverbote indirekt mit der Unabdingbarkeit der Gewährleistungsvorschriften in § 475 BGB selbst geregelt sind.<sup>149</sup> Entsprechend hätte das Regelbeispiel über das Aufrechnungsverbot im Aufrechnungsrecht, das über die Vertragsstrafe im Vertragsstrafenrecht etc. vorgesehen werden können, ohne dass damit notwendigerweise Rechtsinhaltsänderungen hätten verbunden werden müssen.<sup>150</sup> Mit der jetzigen Zusammenfassung wird nur wieder einmal deutlich gemacht, dass trotz der teilweisen Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Individualverträge (§ 311 Abs. 3 BGB Nr. 2 und 3 für Verbraucher-Verträge) dessen Schutzzweck überwiegend immer noch im Schutz vor einseitig gesetzten Klauselwerken besteht, und nicht in der Vertragsinhaltskontrolle in verachteten Verhältnissen (für deren Notwendigkeit das »vorformulierte Formular« nur Anlass und Indiz wäre).

<sup>144</sup> Für eine Trennung von Systembildung und politischen Entscheidungen K. Schmidt (Fn. 119), S. 39 ff. (auch zur Eignung von Materien zur Kodifikation); vgl. auch Diederichsen, AcP 182 (1982), S. 121, der für eine Regelung im BGB nur solche Materien für geeignet hält, »deren Normbedarf einen bestimmten Umfang nicht überschreitet«.

<sup>145</sup> So zum Beispiel die Kritik an unkommentierten und bewussten Änderungen im Verbraucherkreditrecht bei Artz (Fn. 143), S. 240 ff. Siehe auch Beschluss des Bundesrats vom 9. 11. 2001, in dem der Bundesrat mit der Verabschiedung der Reform darauf hinwirkte, dass die allgemein für bewegliche Sachen geltenden Verjährungsfristen noch einmal für Kulturgüter überprüft werden, die in der NS-Zeit »verfolungsbedingt entzogen und kriegsbedingt verlagert« wurden.

<sup>146</sup> Zur (mangelnden) Vereinbarkeit mit der Richtlinie schon Rott, VuR 2001, S. 84 ff.; siehe auch die Kritik auch von Hager auf dem Regensburger Symposium (Schwab, JuS 2001, S. 312); Artz (Fn. 143), S. 250 ff. Wie die Bundesregierung selbst feststellt (BT-Drucks. 14/6040, S. 199), kann insbesondere die Erstzulassung eines Kfz einen Wertverlust von 20% zur Folge haben – diese sollen nun von der widerrufenden Verbraucherin zu tragen sein.

<sup>147</sup> EuGH, 13. 12. 2001 (Heininger), VuR 2002, S. 65–70; zur Europarechtswidrigkeit Rott, VuR 2002, S. 52.

<sup>148</sup> Wolf/Pfeiffer, ZRP 2001, S. 303 ff.; Honsell, JZ 2001, S. 19; zur entsprechenden Diskussion auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung siehe den Diskussionsbericht von Schulte-Nölke JZ 2001, S. 498. Auch für die Integration des Fernabsatzgesetzes und Haustürwiderrufgesetzes in den Allgemeinen Teil: Brüggemeier/Reich, BB 2001, S. 213.

<sup>149</sup> Schubel, JZ 2001, S. 1115.

<sup>150</sup> Zimmermann, JZ 2001, S. 179; zur »System-Lösung« statt »en bloc-Lösung« auch Ulmer, JZ 2001, S. 493, der sich wegen der damit verbundenen Zersplitterung des AGB-Rechts aber letztlich dagegen ausspricht.

Die nationalen Kodifikationen werden sich auf lange Sicht auf europäische Rechtsvereinheitlichung im allgemeinen Privatrecht einstellen müssen. Bislang ist das Europäische Schuldvertragsrecht wegen der auf den Verbraucherschutz begrenzten Kompetenzen der EU zwar fragmentarisch, erfasst dabei jedoch ein relativ flächendeckendes Spektrum der verschiedensten Vertragstypen,<sup>151</sup> und gemeinsame Grundprinzipien im Verbraucherrecht sind zumindest erkennbar. Wie im deutschen Kaufrecht schon ersichtlich, beeinflussen diese faktisch auch Entwicklungen im allgemeinen Zivilrecht, und Harmonisierungsbedarfe ergeben sich schon aus wirtschaftlichen Gründen, nämlich aus der Bedeutung grenzüberschreitender Wirtschaftsbeziehungen.<sup>152</sup>

Angesichts dessen sind zur Zeit zahlreiche Projekte der Erfassung, Bewertung und Versuche der Rechtsvereinheitlichung der europäischen Zivilrechte im Gange. Von UNIDROIT gibt es bereits seit 1994 Grundregeln für internationale Handelsverträge (»Principles of International Commercial Contracts«). Die Lando-Kommission hatte ihre »Principles of European Contract Law« im Jahre 2000 vorgelegt. Letztes Jahr wurde der Entwurf der »Pavia-Gruppe« für ein Erstes Buch eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs (»European Contract Code«) vorgestellt. Daneben tagt die »Study Group on a European Civil Code«, die sich auch mit Gebieten des besonderen Schuldrechts und des Eigentumsrechts befasst.<sup>153</sup> Eine neue Dynamik und Handlungsorientierung könnte die Debatte durch die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht erfahren, mit der eine Entscheidung darüber vorbereitet wird, auf welche Optionen zwischen der Erarbeitung von »restatements« und dem Erlass von Rechtsvorschriften auf EG-Ebene künftig gesetzt werden soll.<sup>154</sup>

Insofern fragt man sich natürlich zu Recht, welchen Sinn eine grundlegende Reform des BGB macht, bevor die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Untersuchungen und rechtsvereinheitlichenden Vorschläge vorliegen – und ob eine moderne Kodifikation überhaupt noch im nationalstaatlichen Rahmen gedacht werden kann.<sup>155</sup> Neben dem günstigen Zeitpunkt – es wären jetzt wegen der Umsetzungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ohnehin erhebliche Umstellungskosten angefallen<sup>156</sup> – sprach für die jetzige Reform vor allem die Aussicht, dass das deutsche Recht nur mit einem anschlussfähigen und insofern »wettbewerbsfähigen« Modell des Zivilrechts einen eigenen Beitrag in der Rechtsvereinheitlichung werde leisten können.<sup>157</sup> Hinsichtlich der Umstellungsschwierigkeiten sei jedenfalls noch einmal darauf hingewiesen, dass die Rechtspraxis die große Lösung überwiegend begrüßt hat, die Vorteile der neuen

151 Grundmann, JuS 2001, S. 948 f.; siehe auch den Überblick in der Mitteilung der Kommission, Amtsblatt der EG, 2001/C 255/40 ff. (S. 13 ff. findet sich die Zusammenschau des einschlägigen EG- und internationalen Rechts).

152 Mitteilung der Kommission, Amtsblatt der EG 2001/C 255/5; vgl. auch Safferling (Fn. 135), S. 165 f.

153 Deutsches Mitglied der »Study Group« (verschiedener HochschullehrerInnen) ist Christian v.Bar. Zum Entwurf der Pavia-Gruppe: Sturm, JZ 2001, S. 1097 ff.; Gandolfi, ZEuP 2002, S. 1 ff. Hierzu und zu weiteren Projekten, insbesondere den Vorarbeiten für ein Europäisches Zivilgesetzbuch, die von der EU ausgehen: Staudinger, VuR 2001, S. 353 ff.; siehe auch schon oben bei Fn. 18.

154 Amtsblatt 2001/C 255/1 ff., vom 13. 9. 2001; hier werden auch die bestehenden Entwicklungen skizziert; zu den Optionen S. 8 ff.; zur Mitteilung siehe Staudinger, VuR 2001, S. 353 ff., auch zur Vorgeschichte; zu diesen Entwicklungen auch Dauner-Lieb, JZ 2001, S. 17 f.

155 Dagegen Safferling (Fn. 135), S. 162 ff., der allerdings Kodifikationen notwendiger Weise als nationalstaatliche Phänomene ansieht und deshalb eine Re-Kodifizierung des Zivilrechts für nicht mehr möglich hält.

156 Canaris, JZ 2001, S. 524.

157 So auch der Ansatz von Wilhelm/Deeg, JZ 2001, S. 224, Fn. 17. Vgl. auch Zimmermann, JZ 2001, S. 180, wonach sich die Refom rechtsinhaltlich nicht stark von dem unterscheidet, was rechtsvereinheitlichend zur Zeit diskutiert wird.

Struktur und der Anpassung von Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht also als größer als den Lernaufwand einschätzt.

Ohnehin können in der modernen Demokratie und Gesellschaft Kodifikationen nicht unwandelbare Bollwerke darstellen. Auch andere Diskussionen zeigen, dass das BGB eine Baustelle bleiben wird: Zur Zeit wird eine Reform des Schadensersatzrechts geplant, die nicht nur den Haftungsumfang bei der Schadensregulierung im Straßenverkehr im Interesse der Versicherer klärt, sondern auch einen allgemeinen Anspruch auf Schmerzensgeld vorsehen wird.<sup>158</sup> Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Allgemeinen Gleichbehandlungs-Richtlinie 2000/78/EG wird an die Einführung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots im BGB gedacht.<sup>159</sup> Das Schicksal des BGB spiegelt insofern nur das Schicksal des Rechts in einer von Interessenauseinandersetzungen geprägten Gesellschaft.

<sup>158</sup> Entwurf des 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, Stand 19.2.2001 ([www.bmj.de](http://www.bmj.de)); siehe dazu schon Scheffen, ZRP 2001, S. 380 ff.

<sup>159</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, vorgestellt am 3.12.2001 ([www.bundesregierung.de/dokumente/Artikel](http://www.bundesregierung.de/dokumente/Artikel)).