

Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts – äußeres und inneres System

Peter A. Windel *

- I. So abstrakt und so viel?
- II. Umfang und Aufteilung der Modernisierung
 - 1. Der Umfang der Modernisierung
 - a) Verbraucherrecht und Mietrecht
 - b) Individualarbeitsrecht
 - c) Handelsrecht
 - 2. Die Aufteilung der Modernisierung
 - a) Zur Mietrechtsreform
 - b) Zur Schadensrechtsänderung
- III. Allgemeines und besonderes Schuldrecht
 - 1. Besondere Schuldverhältnisse
 - a) Kaufvertrag und Werkvertrag
 - b) Werkvertrag und Dienstvertrag
 - c) „Vergessene“ Vertragstypen
 - d) Vermächtnis
 - 2. Vertragsbeendigung und Rückabwicklung
 - a) Rücktritt und Kündigung
 - b) Rückabwicklungsmodi
 - c) Schlussfolgerungen
- IV. Leistungsstörungenrecht
 - 1. Zum Einheitstatbestand
 - 2. Zu den Rechtsfolgen
 - 3. Zur Kohärenz von Tatbestand und Rechtsfolgen
- V. Schluss

I. SO ABSTRAKT UND SO VIEL?

Das Thema erscheint manchem vielleicht hoch abstrakt. Aber keine Angst: Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts der Jahre 2001/2002 braucht hier nicht auf einer Metaebene methodologisch hinterfragt zu werden. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Begriffen des *äußeren und des inneren Systems*¹ sollte ebenfalls verzichtbar sein.

* Dr. iur. utr., Professor für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum.

1 Dazu grundlegend ENGISCH, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, *Studium Generale* 10 (1957), 173, 180 ff., 188 = DERS., Beiträge zur Rechtstheorie, hrsg. von Bockelmann/Kaufmann/Klug (1984), S. 88 ff., 103 ff., 121; zum aktuellen Diskussionsstand RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 54 I, II (S. 438-441).

Stattdessen wollen wir uns einen ganz simplen² Eindruck davon verschaffen, wie sich die Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers jener Jahre im BGB als *äußerem System* des Zivilrechts niedergeschlagen und wie sie sich auf dessen Sinnzusammenhang als *innerem System* ausgewirkt haben.

Um unseren Eindruck gleich plastischer werden zu lassen, möchte ich das schöne Bild in Erinnerung rufen, das *Zentaro Kitagawa* 2007 gezeichnet hat: Ihm sei als jungem japanischem Rechtsvergleichler das deutsche Zivilrecht wie ein Schloss erschienen, zu dem ihm eine hohe Mauer den Zugang verwehrt habe. Die Schuldrechtsmodernisierung habe diese Mauer zwar eingerissen, aber das Schloss stehe immer noch da.³ Das ist richtig. Aber das Schloss selbst ist nicht unverändert geblieben, sondern es wurde in vielfältiger Weise modernisiert: Teile wurden abgerissen, andere neu dazu gebaut, wieder andere kernsaniert, manche haben nur Schönheitsreparaturen erfahren, gelegentlich wurden einfach ein paar Möbel umgestellt. Vieles ist aber auch geblieben, wie es war. Lassen Sie uns versuchen, für dieses Gemäuer einen Plan zu zeichnen. Ganz einfach wird das nicht, denn es ist ziemlich verbaut. In manchen Ecken spuken außerdem noch theoretische Gespenster, einige sogar aus der Zeit der Grundsteinlegung unseres Schlosses.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁴ hatte für den Umbau natürlich eine besondere Bedeutung. Es geht aber nicht nur um dieses eine Gesetz. Es wäre auch verkürzend, allein seine „Fernwirkungen“ anhand einiger „Schnittstellen“ zu anderen betroffenen Bereichen des Schuldrechts aufzuzeigen.⁵ Vielmehr will ich der Modernisierung des deutschen Schuldrechts alle drei großen Reformgesetze der Jahre 2001/2002 zuordnen,⁶ also neben dem eigentlichen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz noch das Mietrechtsreformgesetz⁷ und das Schadensersatzrechtsänderungsgesetz.⁸ Das klingt nach viel mehr, als es ist. Denn die Vorarbeiten zur Modernisierung des Schuldrechts hatten in den 1980er Jahren zunächst Gutachten und Vorschläge zum gesamten Schuldrecht umfasst,⁹

-
- 2 Dazu ermutigt mich der Ansatz von LEIPOLD, Deutsches Bürgerliches Recht und Europäisches Zivilrecht in Gegenwart und Zukunft, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 182 f.
 - 3 KITAGAWA, *Japanese Law and German Law – From the Viewpoint of Comparative Law*, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 11, 54.
 - 4 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I, 3138.
 - 5 Vgl. aber S. LORENZ, *Karlsruher Forum 2005, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, S. 82 ff.
 - 6 Zutreffend hervorgehoben von SHIOMI, *Modernisation of German Civil Law and Japanese Civil Law Interpretation*, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 60 f.
 - 7 Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts v. 19.6.2001, BGBl. I, 1149.
 - 8 Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002, BGBl. I, 2674.
 - 9 Bundesministerium der Justiz – BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I und II (jew. 1981), Bd. III (1983).

bevor sie auf das später im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verwirklichte Ausmaß verkürzt¹⁰ und – wohl nicht von ungefähr – ein Jahrzehnt zunächst nicht weiterverfolgt worden sind.

Wir wollen uns dem Thema nähern, indem wir zunächst zu Umfang und Aufteilung der Modernisierung des Schuldrechts im Ganzen Stellung nehmen (II.). Dann sollen das Verhältnis von allgemeinem und besonderem Schuldrecht (III.) und kurz¹¹ das Leistungsstörungenrecht im engeren Sinne (IV.) angesprochen werden. Abschließend wollen wir versuchen, wenigstens *eine* Lehre aus der Schuldrechtsmodernisierung zu ziehen. (V.).

II. UMFANG UND AUFTEILUNG DER MODERNISIERUNG

1. *Der Umfang der Modernisierung*

Wer eine Schuldrechtsmodernisierung angeht, steht zunächst vor der Frage, ob er sie in eine umfassende Kodifikation mit einer mehr oder minder großen Zahl von Nebengesetzen oder in mehrere größere Kodifikationen gießen will. Deutschland hat insoweit einen Mittelweg eingeschlagen.

a) *Verbraucherrecht und Mietrecht*

Mit dem SchuldrechtsmodernisierungG wurden das AGBG,¹² das FernAbsG, das VerbrKrG, das HaustürWG und das TzWrG¹³ als wesentliche verbraucherrechtliche Nebengesetze in das BGB integriert,¹⁴ nachdem Vergleichbares für das MHG zuvor schon durch das MietrechtsreformG geschehen war. Damit hat sich Deutschland gegen das Modell eines neben dem BGB stehenden Verbrauchergesetzbuches entschieden, auch wenn das ProdHaftG bei der abschließenden Änderung des Schadensersatzrechts seinen Sonderstatus als Nebengesetz – leider – behielt.

Die Vorteile einer Einbeziehung des Verbraucherrechts in die allgemeine zivilrechtliche Kodifikation liegen auf der Hand: Das BGB wird nicht ausgetrocknet,¹⁵ und das äußere System wird tendenziell vereinfacht.¹⁶ Der augenfälligste¹⁷ Nachteil einer Inte-

10 BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), der den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts der Koalitionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 15.5.2001, BT-Drs. 14/6040, stark geprägt hat.

11 Ausführlich dazu S. LORENZ, oben S. 67 (in diesem Band).

12 Dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 9 f.

13 Dazu S. LORENZ, a.a.O., S. 10 f.

14 Dazu SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 61 ff.

15 Vgl. SHIOMI, a.a.O., 62 f.

16 Zu beiden Vorteilen LEIPOLD, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 171 bzw. 175 f.

17 Misslich sind auch die ständig erforderlichen Nachbesserungen, treffend WENDEHORST, *Dauerbaustelle Verbrauchervertrag*, *NJW* 2011, 2551 ff.

gration besteht für unser heutiges BGB darin, dass die Kodifikation durch eine Fülle ganz unübersichtlicher Detailregelungen „verstraucht“. Dies ist aber weniger ein deutsches und schon gar kein japanisches Problem, sondern eine Frage der unsystematischen und im Detail uneinheitlichen Vorgaben des sog. europarechtlichen *acquis*.¹⁸ Es steht zu hoffen, dass im Zuge von dessen anstehender Durchforstung¹⁹ kräftig ausgeholt werden wird. Japan könnte mit seiner laufenden BGB-Reform hierfür zum Vorbild werden.

Kaum beachtet erscheint eine weitere, in Deutschland hausgemachte Auswirkung der Integration der Nebengesetze in das BGB für dessen äußeres System: Die Nebengesetze enthielten häufig nicht nur schuldrechtliche Regelungen, sondern – hier vorwiegend interessierend²⁰ – auch solche, die die Rechtsgeschäftslehre, namentlich den Vertragsschluss, sowie Formfragen im weiteren Sinne betrafen. Da das deutsche BGB den Vertrag als Institut des Allgemeinen Teils behandelt und nicht – wie für Japan derzeit kontrovers diskutiert wird – als solches des Schuldrechts, wurden durch die Integration der Nebengesetze die Grenzen zwischen den ersten beiden Büchern des BGB verwischt. Die Modernisierung des Allgemeinen Teils hätte aber auch deshalb nicht auf das Verjährungsrecht²¹ beschränkt bleiben dürfen, weil mit § 313 Abs. 2 BGB der beiderseitige Grundlagenerrtum geregelt wurde, der systematisch zu den §§ 119 ff. BGB gehört.²²

An die großen Fragen der Struktur des Privatrechts, die uns seit Jahrzehnten beschäftigen und weiterhin beschäftigen werden, hat sich der Gesetzgeber bei der Modernisierung nicht heranwagen wollen. Eingeholt haben sie ihn aber doch. Von einer staatskonzeptionell-politischen Warte aus lassen sich die verbraucherschutzrechtlichen Neuerungen nämlich²³ einer eher *neoliberalen Doktrin* zuordnen, während der nochmals gesteigerte²⁴ Mieterschutz schon *wohlfahrtsstaatliche Züge* trägt. Daneben stehen unverändert Normen, die auf dem *klassischen liberalen Konzept* des ursprünglichen BGB beruhen.²⁵ Daher ist bei Detailfragen durchaus kritische Wachsamkeit geboten.²⁶ Das

18 Am Beispiel der Widerrufsrechte dargelegt von LEIPOLD, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 173 f.

19 Dazu EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / WAGNER, *Revision des Verbraucheracquis* (2011); DIES., *Towards a revision of the consumer acquis*, *CML Rev.* 48 (2011), 1077 ff.

20 Weniger gravierend erscheinen mir Vermischungen mit dem Sachenrecht. Sehr problematisch ist dagegen, dass die §§ 38 ff. ZPO im Gegensatz zu § 1031 Abs. 5 ZPO noch immer nicht mit dem materiellen Zivilrecht harmonisiert sind.

21 Dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 6 ff.

22 Zutreffend PFEIFFER, *Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund*, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 134, 142.

23 Jedenfalls *cum grano salis*.

24 Das Mietrechtsreformgesetz lag in einem schon zuvor angelegten Trend.

25 Scharfsinnig SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 64 ff., 76.

26 Vgl. SHIOMI, a.a.O., S. 89.

Kodifikationsprinzip wird dadurch aber nicht in Frage gestellt, weil Unterschiede in den ideologischen Hintergründen einzelner Normen ihrer Einbindung in ein einheitliches dogmatisches System nicht zwingend entgegenstehen. Vielmehr bietet gerade die Rechtsdogmatik die Chance, ideologisch geprägten Übereifer zu mediatisieren und damit allzu wohlgemeinte Gesetze praktisch handhabbar zu machen.

b) *Individualarbeitsrecht*

Vor diesem Hintergrund ist es möglicherweise gar nicht so schlimm, dass im Arbeitsrecht erst spät zwei Regelungen (§ 615 S. 3 und § 619 a BGB) in das Modernisierungsprogramm aufgenommen wurden, die zudem rein defensiv den Stand der seinerzeitigen Rechtsprechung bekräftigen bzw. aufrechterhalten sollten.²⁷ Denn die damit fortgesetzte, schon jahrzehntelang beklagte Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung,²⁸ ein Arbeitsgesetzbuch zu erlassen, könnte sich historisch sogar als Segen herausstellen. Die Entwicklung geht nämlich dahin, dass die Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht vor dem Hintergrund der verbraucher-, mieter-, patienten-, arzneimittelkonsumenten-, versicherten- und anlegerschutzrechtlichen Dynamik zunehmend verblassen.

c) *Handelsrecht*

Das Handelsrecht ist im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung ebenfalls stiefmütterlich behandelt worden.²⁹ Die relativ geringen redaktionellen und inhaltlichen Anpassungen erscheinen aber im Wesentlichen geglückt.³⁰ Die das Verhältnis des Handelsrechts, genauer des vierten Buches des HGB zum Schuldrecht des BGB betreffende grundlegende Strukturfrage, ob das an der situativ-rollenspezifischen Unterscheidung zwischen Verbraucher und Unternehmer (§§ 13, 14 BGB) orientierte allgemeine Zivilrecht³¹ noch Raum für besondere Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) lässt,³² wurde überhaupt nicht berührt. Damit blieb auch § 345 HGB als „handelsrechtlicher Sonderling“³³ er-

27 Dazu BRat, BT-Drs. 14/6857, S. 11; BReg, a.a.O., S. 47 f.; Rechtsausschuss, BT-Drs. 14/7052, S. 204.

28 Treffend bereits DIEDERICHSEN, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974.

29 STECK, Das HGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 3201.

30 STECK, NJW 2002, 3201 ff., dort 3203 aber auch zur unterbliebenen Anpassung des § 406 HGB an § 651 BGB n.F.

31 Zur Bedeutung dieser schon vor der Schuldrechtsmodernisierung erfolgten Neuerung für die Integration des Verbraucherrechts in das BGB treffend SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives (2007), S. 57, 62 f.

32 Lesenswert dazu K. SCHMIDT, „Unternehmer“ – „Kaufmann“ – „Verbraucher“, Schnittstellen im „Sonderprivatrecht“ und Friktionen zwischen §§ 13, 14 BGB und §§ 1 ff. HGB, BB 2005, 837 ff.; vgl. auch WEYER, Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) und Unternehmergeschäfte (§ 14 BGB), WM 2005, 490 ff.

33 So K. SCHMIDT, BB 2005, 837, 841.

halten, wonach auf einseitige Handelsgeschäfte die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung kommen, soweit sich aus deren Detailregelungen nicht ein anderes ergibt. Ist also ein Teil Kaufmann, gelten schon deshalb auch für seinen Vertragspartner strengere Regelungen, was in diametralem Gegensatz zum Verbraucherschutzkonzept des modernisierten BGB steht.³⁴

Solche Systembrüche lassen sich nur durch konzeptionelle Ansätze vermeiden.³⁵ Vielleicht führt die Entwicklung insgesamt ja eher zu einer Aufnahme der Regeln für Handelsgeschäfte in das BGB als zu einer völligen Ausgliederung des Individualarbeitsrechts. Der Modernisierungsgesetzgeber der Jahre 2001/2002 war mit solchen Fragen überfordert. Das zeigt schon die Hilflosigkeit, mit der er an der Regelung des an sich überschaubaren Problems des Lieferantenregresses gescheitert ist. Für das HGB war hierfür zunächst eine Vorschrift zur Untersuchungs- und Rügepflicht vorgesehen (E § 378 HGB), die dann aber fallengelassen wurde mit der Konsequenz, dass man versuchen muss, sich mit der Grundregel des § 377 HGB zu behelfen.³⁶ Stattdessen wurde als Annex zum Verbrauchsgüterkauf eine Regressregelung in das BGB aufgenommen (§§ 478, 479 BGB),³⁷ die an dem sonst völlig unbekanntem Modell: *Unternehmer – Unternehmerlein – Verbraucher* orientiert ist.³⁸ Der daraus abgeleitete zwingende Schutz des Zwischenhändlers geht vielfach an der Realität vorbei; man denke nur an mittelständische Zulieferer der großen Einzelhandelsketten.

2. Die Aufteilung der Modernisierung

Es braucht wenig Systemverständnis für die Vermutung, dass die Aufteilung der Modernisierung des Schuldrechts in drei weitgehend unabhängig voneinander erarbeitete Teilesetze zu Verwerfungen führen musste. Die nähere Analyse bestätigt das.

a) Zur Mietrechtsreform

Das heutige Mietrecht (§§ 535-580 a BGB), das (gemäß § 581 Abs. 2 BGB) grundsätzlich auch für den Pachtvertrag gilt, passt schon äußerlich schlecht in ein BGB, das traditionell zunächst das Allgemeine und dann das Besondere regelt. Denn zwar finden sich im 1. Untertitel „Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse“ (§§ 535-548 BGB), so dann wird aber die Wohnraummiete als komplexeste Materie im 2. Untertitel vor den

34 Näher K. SCHMIDT, a.a.O.

35 Die von WEYER, WM 2005, 490, 495 ff., vorgelegte (einzel-)normzweckorientierte Analyse ist dafür als Vorarbeit nützlich, bietet aber keine tragfähige Gesamtlösung.

36 STECK, NJW 2002, 3201, 3202 f.

37 Insoweit befürwortend MünchKomm-BGB/S. LORENZ, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 478 Rn. 1 m.Nw.

38 Treffende Kritik bei S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 81 f.; MünchKomm-BGB / S. LORENZ, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 478 Rn. 7.

Mietverhältnissen über andere Sachen (3. Untertitel) geregelt.³⁹ Das auch inhaltlich alles andere als einfache Mietrechtsreformgesetz⁴⁰ wurde dann „bis auf einige kosmetische Korrekturen“⁴¹ unverändert neben dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stehen gelassen. Man ist sich einig, dass es dafür keinen inhaltlichen Grund gab⁴² oder genauer: dass der Hinweis der Bundesregierung auf die Unterschiede von Kauf- und Werkvertragsrecht einerseits und Mietrecht andererseits⁴³ weder die völlige Abschottung der Vertragstypen voneinander noch eine Entkopplung des Mietrechts vom allgemeinen Schuldrecht zu rechtfertigen vermochte. Die Richtigkeit dieser Einschätzung lässt sich für beide Problemkreise leicht belegen:

aa) Singularität des Mietrechts?

Im Kauf- und Werkvertragsrecht wurde die Unterscheidung zwischen Mängeln und zugesicherten Eigenschaften (§§ 459, 633 Abs. 1 BGB a.F.) aufgegeben und funktional durch die allgemeine Regel des § 276 Abs. 1 S. 1, vorletzter Fall BGB ersetzt, wonach der Schuldner für eine übernommene Garantie einzustehen hat. Das Mietrecht folgt aber nach wie vor der alten Systematik (§ 536 Abs. 1 und 2 BGB). Ist demzufolge § 536 Abs. 2 BGB überflüssig⁴⁴ oder umgekehrt *lex specialis* zu § 276 BGB, der damit im Mietrecht nur eingeschränkt Anwendung finden dürfte?

Die Ansprüche des Käufers und des Bestellers auf Nacherfüllung können vom Verkäufer und Werkunternehmer abgewehrt werden, wenn ihre Erfüllung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde (§§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB). Das allgemeine Schuldrecht enthält mit § 275 Abs. 2 BGB eine Vorschrift, die auf dem gleichen Rechtsgedanken beruht. Im Mietrecht findet sich nichts Entsprechendes, vielmehr muss man sich nach wie vor durch eine richterrechtlich gezogene „Opfergrenze“ behelfen.⁴⁵ Unerfindlich ist auch, warum ausgerechnet im Mietrecht die Minderung bei unerheblichen Mängeln ebenso ausgeschlossen (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB)⁴⁶ sein soll wie ein Anspruch des Mieters auf einen Vorschuss für die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung (§ 536 a Abs. 2 BGB)⁴⁷, wenn beides bei den anderen Vertragstypen als unproblematisch erscheint.

39 Deshalb wie wegen der missglückten Verweisungstechnik ablehnende Stellungnahme des Deutschen Mietgerichtstages e.V., NZM 2000, 599, 600.

40 Dezidiert und mit teils vernichtender Kritik STERNEL, Probleme des Neuen Mietrechts, ZMR 2001, 937 ff. (Teil I), ZMR 2002, 1 ff. (Teil II).

41 Treffend UNBERATH, Mietrecht und Schuldrechtsreform, ZMR 2004, 309, Fn. 6.

42 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 83; UNBERATH, ZMR 2004, 309; WÜST, Der Einfluss des modernisierten Schuldrechts auf das reformierte Mietrecht (2011), S. 19 ff.

43 So BReg, BT-Drs. 14/6857, S. 66 f., gegen BRat, ebd., S. 35.

44 So UNBERATH, ZMR 2004, 309, 310.

45 Zur Kritik näher UNBERATH, ZMR 2004, 309, 311; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84.

46 Überzeugend UNBERATH, ZMR 2004, 309, 311 f.

47 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

bb) Mietrecht und allgemeines Schuldrecht⁴⁸

Das Mietrecht hat traditionell in Deutschland eine Sonderstellung, weil dem Vermieter im Interesse des Mieterschutzes grundsätzlich eine Garantiehaftung auferlegt wird, die auch zum Schadensersatz verpflichtet.⁴⁹ Das mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz flächendeckend sonst eingeführte Prinzip der verschuldensabhängigen Haftung (mit Entlastungsobliegenheit des Schuldners) gilt im Mietrecht also nach wie vor nicht. Mietrecht greift aber zu Lasten des Vermieters erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, und Mietrecht enthält Sonderregeln für die Haftung des Mieters nur punktuell. Daraus ergeben sich weitere Verwerfungen:

Der zeitliche Übergang vom allgemeinen Schuldrecht zum Mietrecht ist für die *Haftung des Vermieters* unklar. § 536 Abs. 1 BGB knüpft an der Überlassung der Mietsache an, was aber ohnehin nur für den *Sachmangel* gelten kann,⁵⁰ § 536 a Abs. 1 S. 1 BGB demgegenüber am Vertragsschluss. Neuerdings wird mit beachtlichen Gründen vorgeschlagen, an der Fälligkeit des Überlassungsanspruches anzuknüpfen.⁵¹ Diese Unklarheiten über den maßgeblichen Zeitpunkt sind deshalb so misslich, weil er einen Bruch in der Haftungskonzeption markiert: Vor dem Übergang zur Garantiehaftung kann sich der Vermieter nämlich gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB exkulpieren. Dies führt dazu, dass die Haftung desto eher abgewehrt werden kann, je schwerer der Mangel ausfällt. Kommt eine Überlassung der Mietsache erst gar nicht in Betracht (oder – je nach für maßgeblich gehaltenem Zeitpunkt – lehnt der Mieter die Entgegennahme der Sache wegen erkennbarer Mangelhaftigkeit ab), kann sich der Vermieter exkulpieren. Bei kleineren sowie namentlich bei versteckten Mängeln schlägt seine Garantiehaftung dagegen voll durch.⁵² Auch für den Fall, dass sogar schon die Übergabe der Sache an den Mieter als spätester diskutierter Zeitpunkt erfolgt ist, besteht leider keine letzte Klarheit über das Verhältnis der allgemeinen und der mietrechtlichen Haftungsregeln. Es fragt sich nämlich,⁵³ ob wenigstens die neue Regel zum Aufwendungs- statt Schadensersatz des § 284 BGB im Mietrecht gilt oder ob hier (allein?) die alten richterrechtlichen Regeln zur „Rentabilitätsvermutung“ herrschen.⁵⁴

Grundlegend verändert hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die ergänzende *Haftung des Mieters* wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache (§ 546 a Abs. 2 BGB). Während nach altem Recht „großer“ Schadensersatz nicht in Betracht kam, weil § 326

48 Speziell zur Vertragsbeendigung im Zusammenhang unten III. 2. a), c) aa).

49 Näher UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

50 Weil beim *Rechtsmangel* auf die im Kaufrecht (richtigerweise) aufgegebene Eviktion abgestellt wird (§ 536 Abs. 3 BGB).

51 WÜST, Der Einfluss des modernisierten Schuldrechts auf das reformierte Mietrecht (2011), S. 72 ff., besonders 229 ff.

52 Näher zu allem UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312 mit 310 f.; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84; WÜST, a.a.O., S. 72 ff.

53 Man mag auch die Anwendung des § 285 BGB erwägen, wenn der Vermieter wegen Überschreitung der „Opfergrenze“ nicht mehr leisten muss.

54 Zum Problem UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

BGB a.F. die Verletzung einer synallagmatischen Pflicht voraussetzte, ist gemäß § 281 BGB auch der Schaden aus der Verletzung einer nicht synallagmatischen Leistungspflicht wie derjenigen des § 546 Abs. 1 BGB voll ersatzfähig. Außerhalb der Wohnraummiete, für die § 571 Abs. 1 S. 2 BGB eine Billigkeitsentscheidung erlaubt, kann dies zu Lasten des Mieters geradezu zu einem „Zwangskauf der Mietsache“ führen.⁵⁵ Darüber, ob dies angemessen ist, lässt sich rechtspolitisch sicherlich mit guten Gründen streiten. Dass der Gesetzgeber die Frage aber übersehen hat, ist ein Armutszeugnis.

b) *Zur Schadensrechtsänderung*

Komplex liegen die Dinge für das Schadensrecht, das an sich durch das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Normen *à jour* gebracht werden sollte (aa). Denn durch die Kodifikation der *culpa in contrahendo* mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz waren die Weichen für wesentliche haftungsrechtliche Fragen bereits (falsch) gestellt (bb).

aa) Das Schadensersatzrechtsänderungsgesetz

Die Schadensersatzrechtsänderung als letzter Teil der Schuldrechtsmodernisierung hat sowohl im Gesetzgebungsverfahren wie in der fachöffentlichen Diskussion die geringste Beachtung aller drei Reformgesetze gefunden. Eine Gesamtkonzeption ist nicht auszumachen; vielmehr handelt es sich um eine Ansammlung von Detailkorrekturen, die teils tagespolitischer Aktualität geschuldet sind, teils Entwicklungen in der Rechtsprechung nachvollziehen.⁵⁶ Dabei war die Scheu des Gesetzgebers vor klaren Stellungnahmen so groß, dass er es nicht einmal gewagt hat, das seit Jahrzehnten anerkannte Allgemeine Persönlichkeitsrecht in die Kataloge der durch §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter aufzunehmen.⁵⁷ Die Begründung, die Pflicht zum Ersatz immaterieller Schäden aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen ergäbe sich schon aus der Verfassung und brauche deshalb nicht im BGB geregelt zu werden,⁵⁸ kann nicht ernst gemeint gewesen sein. Denn sonst hätten die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit aus dem BGB gestrichen werden müssen, die in der Verfassung teils ausdrücklich, teils dem Sinn nach⁵⁹ erwähnt werden (Art. 2 Abs. 2 GG), während man auch dort von einem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nichts liest.

Die großen Strukturfragen des Schadensrechts wurden bestenfalls zufällig berührt. So ist es sicher richtig, die Entlastung Minderjähriger für Schäden im Straßenverkehr bei gleichzeitiger Verschärfung der Gefährdungshaftung (§ 828 Abs. 2 BGB, § 7 Abs. 2

55 UNBERATH, ZMR 2004, 309, 314; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84.

56 JANSEN, Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik, JZ 2002, 964, 966 und 969.

57 Dazu bereits WINDEL, Ist der Mensch eine „juristische“ Person? – FS Jan Schapp (2010), S. 537, 550 f.; krit. auch JANSEN, JZ 2002, 964, 966.

58 Begr. RegE, BT-Drs. 14/7752, S. 25; ebenso DÄUBLER, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625, 626.

59 „Körperliche Unversehrtheit“ statt „Körper und Gesundheit“.

StVG) als Neuabgrenzung von Verantwortungs- und Risikobereichen einzuordnen.⁶⁰ Konzeptionell angegangen wurde das Problem aber gerade nicht.⁶¹ Das hätte der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, der Bedeutung von reinen Vermögensverletzungen, den Vor- und Nachteilen einer deliktischen Generalklausel gegenüber einem rechts- und rechtsgüterorientierten abgeschlossenen Tatbestand,⁶² über Grund und Grenzen von Verkehrs-(sicherungs-)pflichten und mit der Gehilfenhaftung bedurft. Sicher wäre das viel Arbeit geworden. Aber etwa die – schon fast so lange wie die deutsch-japanische Freundschaft andauernde – Diskussion um § 831 BGB⁶³ dürfte in der Zukunft kaum durch neue Gedanken zur Makulatur werden. Das eine oder andere wäre also zur Entscheidung reif gewesen.⁶⁴

bb) Die Kodifikation der *culpa in contrahendo*

Bekanntlich hatten Rechtsprechung und Literatur bei uns längst Ausweichstrategien entwickelt,⁶⁵ um sich den deliktsrechtlichen Kernfragen nicht in aller Schärfe stellen zu müssen. Eine Wunderwaffe war hierbei die *culpa in contrahendo*, die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 311 Abs. 2, 3 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert wurde. Schon im Ansatz hat man dadurch nicht nur die „Europafähigkeit“ dieser Detailregelung,⁶⁶ sondern die „Exportfähigkeit“ des deutschen Schuldrechts überhaupt in Frage gestellt. Schlimmer noch – weil der Kodifikation mittels einer Generalklausel „keine eigentliche Regelung“ zu entnehmen ist⁶⁷ und weil zudem das Pendant einer entsprechenden Regelung des Konkurrenzinstituts der Verkehrspflichten⁶⁸ fehlt – werden unsere Gerichte geradezu zur Billigkeitsrechtsprechung⁶⁹ ermuntert.

Hinzu kommen im Detail eine ganze Reihe unnötiger Streitfragen, Verwerfungen und Spitzfindigkeiten: § 311 Abs. 2 BGB gilt für „geschäftliche Kontakte“. Dies folgt

60 JANSEN, JZ 2002, 964, 965, 968 f.

61 JANSEN, a.a.O.

62 Dieses Konzept eröffnet den direkten Weg zur Abgrenzung von Verantwortungs- und Risikobereichen, weil es die Regel *casum sentit dominus* mit ihren Ausnahmen in das Deliktsrecht zu inkorporieren ermöglicht.

63 Zu ihr MünchKomm-BGB /WAGNER, Bd. V, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 1-6.

64 Auch § 619 a BGB dokumentiert die Unfähigkeit des Gesetzgebers, im Bereich der Arbeitnehmerhaftung zu gestalten: eine bloße Beweislastnorm ohne vorrangige und unverzichtbare arbeitsrechtliche Modifikation des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

65 Zur „Flucht in die c.i.c.“ dezidiert LEIBLE, *Culpa in contrahendo*, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 219-224.

66 Treffend LEIBLE, a.a.O., S. 229-233.

67 Treffend LEIBLE, a.a.O., S. 225.

68 Vorgeschlagen als E § 824 von VON BAR, *Deliktsrecht*, in: BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II (1981), S. 1681, 1714 ff., 1761, 1765 ff.

69 U.a. deshalb gegen eine Generalklausel MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I (1981), S. 479, 486.

aus Nr. 3; die Nrn. 1 und 2 stellen mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und der Anbahnung eines Vertrages verdichtete Sonderfälle geschäftlicher Kontakte dar. Es fehlt aber jeder Hinweis darauf, was aus der „Kontakthaftung“ wird, wenn es zum Vertragsschluss gekommen ist. Dies ist deshalb so problematisch, weil die *culpa in contrahendo* nicht ein geschlossenes Institut bildet, sondern verschiedene Haftungstatbestände umfasst, die wenig miteinander zu tun haben.⁷⁰ So bleibt die Haftung aus *c.i.c.* manchmal neben dem Vertrag bestehen, etwa für einen bereits eingetretenen Integritätsschaden wie auch für die Ersatzpflicht eines Dritten (§ 311 Abs. 3 BGB) für einen gerade auf dem Vertragsschluss beruhenden Schaden. Sind vorvertraglicher Schädiger und Vertragspartner aber identisch, wird dann, wenn der Schaden im Vertragsschluss selbst liegt, das Konkurrenzverhältnis zur Vertragsbindung und damit zur Anfechtung relevant. Denn als Schadensersatz kann auch Vertragsaufhebung verlangt werden.⁷¹ Schon weil die europäische Entwicklung dahin geht, hier einen Anfechtungsgrund anzunehmen (Art. II – 7:201(1) b) iii DCFR), hätte neben dem Deliktsrecht auch die Rechtsgeschäftslehre bei der Kodifikation der *c.i.c.* bedacht werden müssen.⁷²

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung war in der Lehre die Ansicht im Vordringen befindlich, dass die Grundsätze der Haftung aus *c.i.c.*⁷³ auch im Gefälligkeitsverhältnis, d.h. bei „sozialem“ Kontakt gelten sollten. Damit sollten nicht zuletzt argumentative Brüche beseitigt werden, die in der von der Rechtsprechung geprägten herrschenden Meinung zur Haftung im Gefälligkeitsverhältnis auftreten. Danach wird dem Gefälligkeitsverhältnis nämlich mangels Rechtsbindungswillens der Parteien einerseits die Qualität als Schuldverhältnis abgesprochen, während man gleichzeitig die oft als unangemessen scharf empfundene deliktische Haftung durch „stillschweigende Haftungsausschlüsse“ einzudämmen sucht. Ist man jetzt auf den Weg der herrschenden Meinung festgelegt, muss man also ein und dasselbe Verhalten gleichzeitig als nicht rechtserheblich und als rechtserheblich qualifizieren, nur weil § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB von „geschäftlichem“, nicht auch von „sozialem“ oder schlicht von „Kontakt“ spricht?⁷⁴

Nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ist damit nur die *Haftung des Dritten* gemeint *oder auch* ein Schuldverhältnis mit *Schutzwirkung zugunsten Dritter*?⁷⁵ Und ist bejahendenfalls nur das *vorvertragliche Schuld-*

70 Dazu LEIBLE, a.a.O., S. 226.

71 MünchKomm-BGB / EMMERICH, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 261 f., 271 ff.

72 S. LORENZ, Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 330 ff., 352 f.; LEIBLE, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 219, 226 f.

73 Womöglich mit modifiziertem Haftungsmaßstab.

74 Ausführlich und m. Nw. WINDEL, Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung, FS Friedrich E. Schnapp (2008), S. 859, 861 ff.

75 LEIBLE, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 219, 225.

verhältnis zugunsten Dritter oder auch der praktisch ungleich wichtigere *Vertrag* mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von § 311 Abs. 3 S. 1 BGB erfasst? Wie ernst ist der Tatbestand des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB überhaupt zu nehmen? Die Eigenhaftung Dritter aus *culpa in contrahendo* umfasste auch die Fallgruppe, in denen der Dritte ein wenigstens mittelbares, meist wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hatte.⁷⁶ Der Normtext enthält hierzu nichts.⁷⁷ Man wird deshalb darauf verwiesen, „unbedenklich im Wesentlichen“ auf die frühere Rechtsprechung zurückzugreifen.⁷⁸ Schon deshalb, weil „das Wesentliche“ der früheren Rechtsprechung gegenüber ihrem „Unwesentlichen“ nur schwer zu unterscheiden ist, halte ich das für sehr bedenklich.

III. ALLGEMEINES UND BESONDERES SCHULDRECHT

1. *Besondere Schuldverhältnisse*

Das systematische Ziel der Schuldrechtsmodernisierung bestand darin, die Zweispurigkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und besonderem Gewährleistungsrecht aufzuheben. Stattdessen sollte das allgemeine Schuldrecht zur Matrix für die einzelnen Vertragstypen werden.⁷⁹ Für Kauf- und Werkvertrag ist dies um den fragwürdigen Preis gelungen, dass sich beide Vertragstypen in ihren Konturen angeglichen haben (a). Schon die Abschottung der Mietrechtsreform von der Schuldrechtsmodernisierung⁸⁰ gibt aber einen Fingerzeig, dass das Ziel auch für die übrigen besonderen Schuldverhältnisse weitgehend verfehlt worden sein dürfte (b-d). Insgesamt spricht deshalb mehr dafür, das Ergebnis der Modernisierung weniger von ihrem systematischen Ziel als vielmehr von ihrem äußeren Anlass her zu betrachten. So gesehen wurde die KaufR-RL zum Modell für das gesamte Leistungsstörungenrecht⁸¹ mit der Folge, dass es außerhalb von Kauf- und Werkvertrag vielfach schlecht passt.

a) *Kaufvertrag und Werkvertrag*

Der Kaufvertrag stand im Fokus des Interesses des Modernisierungsgesetzgebers; freilich nicht der historisch gewachsene Kaufvertrag als schnelles Austauschgeschäft mit kurzen Gewährleistungsfristen, sondern der Verbrauchsgüterkauf des europäischen Richtliniengebers. Dieses Modell wurde „überschießend umgesetzt“⁸² und damit für das gesamte Kaufrecht prägend. Das Charakteristikum der europarechtlichen Vorgabe be-

76 MünchKomm-BGB / EMMERICH, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 236 ff.

77 EMMERICH, a.a.O., Rn. 242, verweist auf § 311 Abs. 3 S. 1 BGB.

78 EMMERICH, a.a.O., Rn. 232.

79 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 21.

80 *Oben II. 2.*

81 SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 69 f.

82 Dazu und zu den methodischen Konsequenzen S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 61-63.

steht in einem Nacherfüllungsanspruch, der grundsätzlich nicht nur beim Gattungs-, sondern auch beim Stückkauf gegeben ist.⁸³ Durch die (europarechtlich nicht zwingenden) Hürden für andere Gewährleistungsrechte des Käufers wurde die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers bei uns gleichzeitig zu einem „Recht zur zweiten Andienung“.⁸⁴ Oft erfolgt diese „zweite Andienung“ durch Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1, 1. Fall BGB), also durch Reparatur.⁸⁵

Man mag schon streiten, ob es ökonomisch sinnvoll ist, den Käufer bei mangelhafter Lieferung zunächst am Kaufvertrag festzuhalten,⁸⁶ zumal die Nacherfüllung ihrerseits erhebliche Haftungsrisiken birgt und damit leicht zum rechtspolitischen Danaergeschenk für den Verkäufer werden kann.⁸⁷ Jedenfalls wurde durch diese systematische Weichenstellung der Kaufvertrag „mit gewissen Dauerschuldelementen“ versehen⁸⁸ und die Grenze zum Werkvertrag verwischt. Dies mag im Einzelfall Vorteile bieten. So darf es in der Tat keinen Unterschied machen, ob die Eigentumswohnung, die schlüsselfertig vom Bauträger „gekauft“ wird, bei Vertragsschluss schon fertig ist (dann Kaufvertrag) oder noch nicht (dann Werkvertrag).⁸⁹ Aber für diese Fälle ist der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch weder ersonnen – der Verbrauchsgüterkauf betrifft ja *bewegliche* Sachen – noch ausreichend, weil nach wie vor Unterschiede im Gewährleistungsrecht der beiden Vertragstypen bleiben.⁹⁰ Für den Regelfall verhindert das neue Recht die Wahl eines kostengünstigen Austauschvertrages⁹¹ und zieht überdies so viele Folgeprobleme nach sich, dass es sich als rechtspolitischer „Irrweg“ erweist.⁹²

Wenn der Käufer die mangelhaft gelieferte Sache nicht einfach zurückgeben und sich anderswo eindecken kann, wird ihm ziemlich schnell in den Sinn kommen, sie einfach selbst zu reparieren. Die Selbstvornahme ist demzufolge rechtstatsächlich zum Massenphänomen geworden. Gesetzlich sind weder ihre Voraussetzungen noch ihre Rechtsfolgen geregelt, was nicht nur unzählige rechtswissenschaftliche Beiträge,⁹³ sondern auch eine regelrechte Prozessflut zur Folge hatte. Selbst das Bundesverfassungsgericht wurde

83 S. LORENZ, a.a.O., S. 66 f.

84 S. LORENZ, a.a.O., S. 72 ff.

85 Näher zu den Modi der Nacherfüllung S. LORENZ, a.a.O., S. 74 f.

86 Sehr krit. DAUNER-LIEB, Die Nacherfüllung – Ein Irrweg? in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191, 192 f., während S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 86, dies als „Stärkung der Vertragstreue“ befürwortet.

87 DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 195 f.

88 So DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 203.

89 Darauf verweist S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 19.

90 Deswegen zutreffend für eine Fortschreibung der alten Rspr., die Mängel des Bauwerks trotz Kaufvertrages nach Werkvertragsrecht zu behandeln, etwa Palandt / SPRAU, 70. Aufl. 2011, vor § 633 Rn. 3.

91 Dazu vor dem Hintergrund der Überspitzung durch den EuGH FÖRSTER, Die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzlieferung in den sog. Einbaufällen, ZIP 2011, 1493, 1497 f.

92 Vgl. den zuvor zitierten Titel des Vortrags von DAUNER-LIEB, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191.

93 Vgl. die Nw. bei S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 72 ff.; DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 199 ff.

schon angerufen und hat sich sogar bemüht gesehen, in bester amtsrichterlicher Manier dazwischenzuhauen.⁹⁴ Nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung des BGH hat der Käufer zunächst die Obliegenheit, die Kaufsache dem Verkäufer zur Überprüfung zur Verfügung zu stellen.⁹⁵ Danach ist ohne Fristsetzung weder eine Selbstvornahme⁹⁶ zulässig noch ein Anspruch auf Erstattung der vom Verkäufer ersparten Mangelbeseitigungskosten analog § 326 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB⁹⁷ oder gemäß §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB⁹⁸ gegeben, sondern allenfalls als Schadensersatz statt der Leistung.⁹⁹ Kann sich der Verkäufer exkulpieren, scheidet (also?) ein Anspruch auf Kostenerstattung unter jedem Gesichtspunkt aus.¹⁰⁰ Berufet sich der Käufer darauf, die Fristsetzung sei wegen Verweigerung der Mängelbeseitigung entbehrlich gewesen, muss die Verweigerung (nachweislich) bereits vor der Selbstvornahme erfolgt sein.¹⁰¹ Das Schrifttum kämpft gegen fast jede dieser Festlegungen des BGH nach wie vor an und sucht dem Käufer auf immer neuen Wegen entgegenzukommen.

Das verbreitete Unbehagen mit den Konsequenzen der Nacherfüllung in Deutschland steht in diametralem Gegensatz zur Haltung des EuGH. „Der EuGH gestaltet das Kaufrecht radikal um“, so lautet der treffende Titel eines Editorials vom Juli dieses Jahres¹⁰² anlässlich des Urteils in den Vorabentscheidungsverfahren der verbundenen Rechts-sachen *Weber und Putz*.¹⁰³ In den Verfahren ging es darum, ob der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung die Kosten für den Ausbau mangelhaft gelieferter, aber mittlerweile vom Käufer eingebauter Verbrauchsgüter – nämlich von Fliesen¹⁰⁴ und einer Spülmaschine¹⁰⁵ – und die Kosten für den Neueinbau der mangelfrei nachzuliefernden Ware zu tragen habe. Der EuGH hat beide entscheidungserheblichen Fragen entgegen dem BGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts¹⁰⁶ bejaht: Der verschuldens-unabhängige Nacherfüllungsanspruch umfasse die Kosten für Aus- und für Neueinbau; außerdem schließe es Art. 3 Abs. 3 KaufR-RL aus, dass eine nationale Regelung wie § 439 Abs. 3 BGB dem Verkäufer das Recht gebe, allein wegen *absolut* unverhältnismäßiger Kosten die Nacherfüllung zu verweigern.

94 BVerfG, 2. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 2389/04, ZGS 2006, 470 ff.: Erwerb von Ersatzteilen durch den Käufer ist noch keine Selbstvornahme; zur Kritik BECK, Warum entscheidet das BVerfG zu gebrauchten Kühlern?, ZGS 2008, 21 ff.

95 BGH, ZGS 2010, 278 ff.

96 BGHZ 162, 219, 221 ff.

97 BGHZ 162, 219, 224 ff.

98 BGH, NJW 2005, 2311, 2312.

99 BGH, NJW 2005, 2311, 2312.

100 BGH, NJW 2006, 988, 989 f.

101 BGH, NJW-RR 2009, 667 f.

102 SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289.

103 EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Rs. C-65/09 *Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittner* und Rs. C-87/09 *Ingrid Putz gegen Medianes Electronics GmbH*.

104 So im Vorlageverfahren des BGH, NJW 2009, 1660 ff.

105 So im Vorlageverfahren des AG Schorndorf, ZGS 2009, 525 ff.

106 ZGS 2010, 361.

Im ersten Punkt¹⁰⁷ kann man die Entscheidung durchaus als Fortführung der im Nacherfüllungsanspruch angelegten Konzeption sehen;¹⁰⁸ schon bisher wurden jedenfalls die Kosten für den Ausbau von einer verbreiteten Ansicht dem Verkäufer überbürdet.¹⁰⁹ Im zweiten Punkt aber geht der EuGH weit über den von der KaufR-RL gezogenen Rahmen hinaus.¹¹⁰ Dessen scheint er sich auch bewusst gewesen zu sein, denn er „erfindet“¹¹¹ die Möglichkeit der Kostenteilung zwischen Verkäufer und Käufer.¹¹² Es ist hier nicht der Ort, sich an dem damit vom EuGH eröffneten europaweiten Ideenwettbewerb zu beteiligen, in freier Rechtsschöpfung¹¹³ seine teilweise etwas kryptisch anmutenden Vorgaben umzusetzen.¹¹⁴ Es ist hier auch nicht der Ort, das hausgemachte deutsche Problem zu debattieren, ob die Rechtsprechung des EuGH wegen der überschießenden Umsetzung der KaufR-RL nun das gesamte Kaufrecht bestimmt¹¹⁵ oder ob der methodische Sündenfall¹¹⁶ einer „gespaltenen Auslegung“ des § 439 BGB für den Verbrauchsgüterkauf und sonstige Kaufverträge eingetreten ist.¹¹⁷ Es ist aber sehr wohl der Ort zu fragen, ob sich der mit der Nacherfüllung eingeschlagene („Irr“-¹¹⁸)Weg zu einem diffizilen Verbraucher- oder wohl besser: Heimwerkerschutzrecht¹¹⁹ für außer-europäische Rechtsordnungen empfehlen lässt.

-
- 107 Auch insoweit ablehnend SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289; S. LORENZ, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241, 2242 ff.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1494 ff.; voll zustimmend dagegen KLEES, EWIR 2011, 489 f.
- 108 STÖBER, Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer, ZGS 2011, 346, 348.
- 109 FAUST, JuS 2011, 744, 745.
- 110 STÖBER, ZGS 2011, 346, 349.
- 111 Treffend SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289.
- 112 Rn. 74 ff.
- 113 FAUST, JuS 2011, 744, 748.
- 114 Erste Vorschläge bei SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289; S. LORENZ, NJW 2011, 2241, 2243 ff.; STÖBER, ZGS 2011, 346, 350 ff.; FAUST, JuS 2011, 744, 747 f.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1500; BÜDENBENDER/BINDER, Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Ein- und Ausbaurkosten, DB 2011, 1736, 1741 f.; AUGENHOFER/APPENZELLER/HOLM, Nacherfüllungs-ort und Aus- und Einbaurkosten, JuS 2011, 680, 684; SZALAI, Der Umfang der Nacherfüllung im Kaufrecht, ZAP 2011, 821, 825 f.
- 115 Dafür STÖBER, ZGS 2011, 346, 352; FAUST, JuS 2011, 744, 748.; AUGENHOFER/APPENZELLER/HOLM, JuS 2011, 680, 684; BÜDENBENDER/BINDER, DB 2011, 1736, 1742 f.
- 116 Dezidiert zum Problem S. LORENZ, Karlsruhe Forum 2005, S. 61 ff.
- 117 So S. LORENZ, NJW 2011, 2141, 2144.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1500; *de lege ferenda* auch PURNHAGEN, Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg, EuZW 2011, 626, 630.
- 118 Vgl. den Titel des Vortrages von DAUNER-LIEB, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191.
- 119 Bezeichnenderweise weist der EuGH, Rn. 5, auch auf die sog. IKEA-Klausel (Art. 2 Abs. 5 S. 2 KaufR-RL, § 434 Abs. 2 S. 2 BGB) hin.

b) *Werkvertrag und Dienstvertrag*

Ein uraltes¹²⁰ Thema der Systematisierung des besonderen Vertragsrechts liegt darin, ob es sinnvoll ist, den (freien, nicht arbeitsrechtlich überformten) Dienstvertrag vom Werkvertrag zu trennen oder beide zu einem einheitlichen Vertragstyp zusammenzufassen. Eine solche Zusammenfassung bietet sich aber wohl nur an, wenn man Kauf- und Werkvertrag sauber getrennt hält. Folglich war die mit der Schuldrechtsmodernisierung angestrebte und vollzogene systematische Ausgleichung von Kauf- und Werkvertrag eines der Argumente dafür, im Dienstvertragsrecht keine grundsätzlichen Änderungen vorzunehmen.¹²¹ Damit war die insbesondere in den 1980er Jahren¹²² lebhaft, wenn auch ohne klares Ergebnis diskutierte Frage einer Zusammenfassung von Dienst- und Werkvertrag endgültig vom Tisch.

Steht man der Verschleifung von Kauf- und Werkvertrag demgegenüber kritisch gegenüber, sollte man an das Verhältnis von Dienst- und Werkvertrag durchaus einen Gedanken verschwenden. Umso mehr Anlass besteht dazu, weil in Book IV, Part C des DCFR ein Einheitsmodell für *Services* angeboten wird.¹²³ Näher kann hier darauf nicht eingegangen werden.¹²⁴ Immerhin erscheint das modularisierte Konzept des DCFR, das nach einigen allgemeinen Regeln (Chapter 1, 2) nicht weniger als sechs besondere Serviceverträge regelt (Chapter 3-8), ohne die Bandbreite denkbarer Vertragsgestaltungen auszuschöpfen, wesentlich detailverliebter als das BGB. Dies erstaunt deshalb, weil man sich von einer Zusammenfassung beider Vertragstypen eher eine Vereinfachung versprochen hätte.

c) *„Vergessene“ Vertragstypen*

Dass die unentgeltlichen Vertragstypen Schenkung und Leihe nicht geradezu im Zentrum einer Schuldrechtsmodernisierung stehen, erklärt sich aus ihrer geringen wirtschaftlichen Bedeutung.

120 Aus jüngerer Zeit FÖRSTER, Abschied vom Gegensatz von Werk- und Dienstvertrag?, ZGS 2010, 460 ff.; GREINER, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), 221 ff.

121 Begr. Entw. der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN, BT-Drs. 14/6040, S. 95, der am ausführlicheren Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (S. 245 ff.) anknüpft.

122 Nicht weniger als drei Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts (WEYERS, Werkvertrag, Bd. II, S. 1115; MUSIELAK, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, Bd. II, S. 1209; LIEB, Dienstvertrag, Bd. III, S. 183) sowie ein Juristentag (Gutachten A von TEICHMANN, Verh. des 55. DJT 1984, Bd. I; Referate von BRANDNER und SOERGEL, Bd. II, I 7 ff. bzw. I 27 ff.) haben sich mit dem Fragenkreis befasst.

123 Zu Grundgedanken und Konzeption WENDEHORST, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), 205 ff.

124 Jeweils ablehnend UNBERATH, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, 745 ff.; FÖRSTER, ZGS 2010, 460, 465 f.

Sie von vornherein¹²⁵ vollständig zu ignorieren, ist aber unter systematischen Gesichtspunkten inakzeptabel. Denn beiden Vertragstypen ist eine spezifisch ausgestaltete Mängelhaftung eigen (§§ 521, 523 f.; 599 f. BGB), die sich nach wie vor am sonst weitgehend aufgegebenen alten Gewährleistungskonzept orientiert. Da diese Vorschriften im Gegensatz zum Mietrecht in jüngerer Zeit ihrerseits nicht überarbeitet wurden,¹²⁶ stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht hier noch schärfer als dort.¹²⁷ Konkret geht es darum, ob die Haftungsmilderung der §§ 521, 599 BGB durch eine Haftung für (vor-)vertragliche Aufklärungs- und Schutzpflichten überspielt¹²⁸ und ob die Gewährleistungsregelungen der §§ 523 f., 600 BGB durch eine allgemeine Haftung insbesondere für Mangelfolgeschäden ergänzt werden können oder gar müssen.¹²⁹ Man wende nicht ein, diese Zweifelsfragen hätten auch schon vor der Modernisierung des Schuldrechts bestanden. Denn damals ging es um das Verhältnis nicht kodifizierter Rechtsentwicklungen zum geschriebenen Recht, heute dagegen steht die Konkurrenz verschiedener Normen des BGB zur Debatte. Damit entfällt jetzt die früher helfende Konkurrenzregel vom Vorrang der *lex scripta*. Und überhaupt: Wäre es so schwer gewesen, für ein bisschen Klarheit zu sorgen?

d) *Vermächtnis*

Das BGB kennt kein Vindikationslegat. Vielmehr ist das Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) als Schuldverhältnis ausgestaltet (Grundnorm ist § 2174 BGB). Die Paradigmenwechsel der Schuldrechtsmodernisierung schlagen daher auf das Vermächtnisrecht voll durch. Der Gesetzgeber hat dies an sich auch gesehen. Eine inhaltliche Anpassung an das neue Schuldrecht ist aber nur für die Unmöglichkeit erfolgt (§ 2171 BGB).¹³⁰ Für die *in praxi* bedeutsameren Komplexe der Leistungsstörung und des Gewährleistungsrechts ist es wie im Recht der Schenkung und dem der Leihe nur zu (zudem: unvollständigen) redaktionellen Anpassungen gekommen.¹³¹ Namentlich beim Gattungsvermächtnis führt dies dazu, dass – wie beim Schenkungsrecht – die allgemeinen Regeln für Leistungsstörun-

125 Es gab hierfür nicht einmal einen Gutachtenauftrag des BMJ.

126 § 523 Abs. 2 S. 2 BGB wurde lediglich redaktionell, nicht inhaltlich an das Kaufrecht angepasst. Dies ergibt sich schon daraus, dass § 524 BGB im Text nach wie vor vom *Fehler* statt vom *Sachmangel* (§ 434 BGB) handelt. Zur Kritik noch MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 523 Rn. 1, 5; § 524 Rn. 2.

127 Oben II. 2. a) bb).

128 Dazu statt anderer MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 2, 4 f.; MünchKomm-BGB / HÄUBLEIN, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 599 Rn. 3.

129 Dazu statt anderer MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 7, § 524 Rn. 2; MünchKomm-BGB / HÄUBLEIN, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 599 Rn. 5, § 600 Rn. 3.

130 Dazu BRAMBRING, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Erbrecht, ZEV 2002, 137, 139; SCHLICHTING, Schuldrechtsmodernisierung im Erbrecht, ZEV 2002, 478, 479; OTTE, 10 Jahre ZEV: Die Entwicklung des Erbrechts 1994 bis 2003, ZEV 2004, 9, 12.

131 Ebenso liegt es für den Erbschafts Kauf, AMEND, Schuldrechtsreform und Mängelhaftung beim Gattungsvermächtnis, ZEV 2002, 227; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 479, mit Einschränkungen auch für die Auflage, SCHLICHTING, a.a.O., S. 479 f.

gen und jeweils eine gesonderte Gewährleistungsregelung für Rechts- (§ 2182 BGB) und für Sachmängel (§ 2183 BGB) nebeneinander stehen.¹³²

„Ärgerlich, ärgerlich“¹³³, sogar „weit ärgerlicher, als es zunächst den Anschein haben mag“¹³⁴, wird es, wenn man sich der Aufgabe stellt, das neue Recht im Detail auszulegen.¹³⁵ Denn dann stellt man etwa fest, dass § 2182 Abs. 1 BGB für die Haftung für *Rechtsmängel* eine ganze Reihe modernisierter kaufrechtlicher Regelungen in Bezug nimmt, aber eben nicht § 437 BGB, der die Rechte des Käufers bestimmt. Gelten folglich die §§ 280 ff. BGB unmittelbar oder sollte § 437 BGB etwa durch § 453 BGB¹³⁶ oder schlicht dadurch erfasst werden, dass der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen hat „wie ein Verkäufer“?¹³⁷ Falls Letzteres zutreffen sollte: Was soll dann die punktuelle Aufzählung einzelner kaufrechtlicher Vorschriften überhaupt? Nicht besser sieht es für *Sachmängel* aus, für die § 2183 S. 1 BGB in Übereinstimmung mit dem alten Recht nur die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache anordnet. Teils hält man dies für interessengerecht und damit abschließend,¹³⁸ teils schließt man aus § 2183 S. 3 BGB, mit dem pauschal auf die Sachmängelhaftung beim Kauf verwiesen wird, es müsse auch beim Vermächtnis einen Nachbesserungsanspruch geben.¹³⁹ Ist das alles nicht ärgerlich?

2. Vertragsbeendigung und Rückabwicklung

Zu den zentralen Modernisierungen des Schuldrechts gehört die Neuregelung des Rücktritts.¹⁴⁰ Sie gliedert sich in zwei Komplexe, die man zunächst getrennt betrachten sollte (a, b), bevor man Konsequenzen für das Gesamtsystem zu ziehen versucht (c).

a) Rücktritt und Kündigung

Der Rücktritt wurde durch eine Vielzahl von punktuellen Änderungen sowohl im allgemeinen Schuldrecht wie im Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages¹⁴¹ zu

132 BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 139 f.; AMEND, ZEV 2002, 227 ff.; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478.

133 BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 140, verwendet die Vokabel gleich zwei Mal in einem Absatz.

134 AMEND, ZEV 2002, 227.

135 Ganz unverdrossen aber offenbar SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 481 sub 7.

136 Beides erwogen von MünchKomm-BGB / SCHLICHTING, Bd. IX, 5. Aufl. 2010, § 2182 Rn. 6. Beachte freilich: § 453 BGB regelt den *Rechtskauf* – also keine Haftung bei *Sach-* oder gar *Schiffsvermächtnis* (§ 2182 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 452 BGB)?

137 So Staudinger / OTTE, BGB (Bearbeitung 2003), § 2182 Rn. 5.

138 So OTTE, ZEV 2004, 9, 12; im Ergebnis auch BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 140, der darin aber keinen Sinn findet.

139 So im Ergebnis AMEND, ZEV 2002, 227, 229; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 479.

140 S. LORENZ, in: Karlsruher Forum 2005, S. 12 f.

141 Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 20, 27.

einem zentralen Rechtsbehelf ausgebaut.¹⁴² Im Leistungsstörungenrecht wurde der Rücktritt zum verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf für jede Art von Pflichtverletzung (§§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB), nicht nur für die Verletzung synallagmatischer Pflichten. Beibehalten wurde aber die Begrenzung des Rücktritts als Rechtsbehelf nur im Rahmen synallagmatischer Austauschverträge. Darin liegt eine Reminiszenz konstruktiver Erwägungen zu § 326 BGB a.F., bei dem die Befreiung von der nicht gestörten Hauptleistungspflicht über deren synallagmatische Verknüpfung mit der gestörten Hauptleistungspflicht erfolgte.¹⁴³ Im neuen Recht ist die Beschränkung des Rücktritts auf synallagmatische Austauschverträge systematisch nicht mehr erforderlich, mag ein Bedürfnis zum Rücktritt vom nicht synallagmatischen Schuldvertrag auch nur selten hervortreten.¹⁴⁴

Für Dauerschuldverhältnisse wurde mit § 314 BGB eine allgemeine Vorschrift zur Kündigung aus wichtigem Grund geschaffen.¹⁴⁵ Diese Neuerung ist zwar an sich zu begrüßen, weil es neben den außerordentlichen Kündigungsrechten des besonderen Schuldrechts Lücken gab.¹⁴⁶ Weil diese Lücken aber nicht nur in Bezug auf Innominatkontrakte mit Dauerschuldcharakter, sondern auch im Rahmen der typisierten Verträge bestehen, ist das Konkurrenzverhältnis außerordentlich kompliziert: Teils greift die *lex specialis*-Regel, teils tritt das allgemeine Kündigungsrecht zu den besonderen Kündigungsgründen hinzu.¹⁴⁷ Eine Abstimmung ist nicht erfolgt, was für den Mietvertrag angesichts seiner umfassenden Reform besonders misslich erscheint.¹⁴⁸

Rücktritt¹⁴⁹ und Kündigung führen jeweils zur Vertragsbeendigung. Deshalb kann es zu Wertungswidersprüchen kommen, wenn sie unter unterschiedlichen Voraussetzungen stehen. Der Gesetzgeber hat dies durch § 314 Abs. 2 S. 2 BGB immerhin für das allgemeine Schuldrecht berücksichtigt und eine entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 2

142 Teils geschah dies durch eine direkte statt wie bisher indirekte Bezugnahme (Paradigma: Rücktritt statt Wandelung beim Kauf), teils durch Neukodifikationen (Paradigma: § 313 Abs. 3 BGB), teils durch Ablösung von Verweisungen auf das Bereicherungs- oder das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis durch solche auf die Rücktrittsregelung. Letzteres hat übrigens den unschönen Nebeneffekt, dass die unverändert erhalten gebliebenen Verweise auf die „allgemeinen Vorschriften“ (etwa § 818 Abs. 4 BGB), die § 292 BGB meinen, nicht mehr ohne Weiteres verständlich sind.

143 Dazu besonders klar LESER, Lösung vom Vertrag, in: FS Ernst Wolf (1985), S. 373, 385 f., 390.

144 *Beispiel*: Jemand schenkt mir einen schicken Sportwagen und erzählt dann überall herum, ich sei ein Schnorrer und hätte so ein Auto wegen meiner *midlife crisis* nötig.

145 Sie geht zurück auf HORN, Vertragsdauer, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 551, 627 f., 639 f.

146 Neben HORN, a.a.O., etwa auch PFEIFFER, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 133, 145.

147 HORN, a.a.O., 627 f.; PFEIFFER, a.a.O., S. 143.

148 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 313.

149 Zu den trotz § 313 Abs. 3 S. 2 BGB ebenfalls bestehenden Abgrenzungsproblemen zwischen § 314 und § 313 BGB PFEIFFER, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 133, 146 f.

BGB angeordnet. Diese punktuelle Verweisung ist aber zu schmal.¹⁵⁰ Mit den Kündigungsrechten des besonderen Schuldrechts einschließlich des zeitlich nahezu parallel reformierten Mietrechts¹⁵¹ ist jede Abstimmung unterblieben.

b) *Rückabwicklungsmodi*

Die Überarbeitung des Rücktrittsfolgenrechts war eine der drängendsten Aufgaben der Schuldrechtsmodernisierung. Die häufig beschriebenen Unzulänglichkeiten des alten Rechts beruhten letztlich darauf, dass es sich beim Rücktritt als allgemeinem Rückabwicklungsmodus um ein dogmengeschichtlich relativ junges Institut handelt.¹⁵² Das BGB a.F. ist vor diesem Hintergrund rückblickend als eine Art Testlauf zu verstehen, in dem wesentliche Grundlagen der Funktionsweise dieses Rückabwicklungsmodus durch Rechtsprechung und Lehre erst herausgearbeitet wurden. Wegweisend war der Übergang von der zunächst vorherrschenden Deutung, der Rücktritt führe zur Auflösung des Vertrages *ex tunc*, zu derjenigen der identitätswahrenden Umgestaltung des Austausch in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis.¹⁵³ Denn erst auf dieser Grundlage kann von einem eigenständigen Rückabwicklungsmodus, nicht nur von einer besonderen Ausgestaltung der Kondiktion, gesprochen werden. Daraus folgt freilich zweierlei:

Zum einen würde sich die gelegentlich erwogene Aufgabe eines eigenständigen (Rück-)Abwicklungsmodus zugunsten des Bereicherungsrechts¹⁵⁴ angesichts des erreichten dogmatischen Niveaus als Atavismus darstellen. *Zum anderen* muss das vereinbarte Äquivalenzverhältnis für den (Rück-)Abwicklungsmodus maßgeblich bleiben, weil der Rücktritt den Vertrag nicht beseitigt.¹⁵⁵ Die heftig diskutierte Streitfrage, ob die Rückabwicklung auf *Herstellung des Zustandes* abzielt, der *vor dem Vertragsschluss* oder desjenigen, der *vor dem Leistungsaustausch* bestanden hat, ist daher in letzterem Sinne zu entscheiden.¹⁵⁶ Diese Deutung erlaubt nicht nur eine sinnvolle Trennung von Rücktritt und ungerechtfertigter Bereicherung, ohne die die Legitimität des dogmengeschichtlich neueren Instituts zweifelhaft bleiben würde. Man kann daneben auch die Rechtsfolgen für den Rücktritt vor und demjenigen nach Leistungsvollzug einheitlich er-

150 PFEIFFER, a.a.O., S. 143 ff.

151 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 313.

152 Dazu LESER, Der Rücktritt vom Vertrag (1975), S. 1 ff.; DERS., Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (1987), S. 225; RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 656 ff.; Staudinger/KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 5 ff.; HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 109 ff.

153 Statt aller Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 67.

154 Wie bis heute verbreitet in romanischen Rechten, dazu RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 673-676.

155 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 57 ff.

156 Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 3; a.A. etwa HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 111.

klären.¹⁵⁷ Denn letzterenfalls tritt nur die Befreiung von den Leistungspflichten ein,¹⁵⁸ der Vertrag im Übrigen bleibt bestehen. Diese Harmonisierung der Rechtsfolgen ist aber unverzichtbar, wie am Beispiel *teilweise* erbrachter Leistungen schnell klar werden sollte.

Dass das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis unangetastet bleiben soll, ist durch § 326 Abs. 2, S. 2, 1. Hs BGB noch klarer als im alten Recht zum Ausdruck gebracht. Früher sollte eine vereinbarte Gegenleistung nicht allgemein, sondern nur für den Ersatz des Wertes geleisteter Dienste und Sachnutzungen maßgeblich sein (§ 346, S. 2 BGB a.F.). Die Erweiterung dieser Regel auf alle Fälle des Wertersatzes mag die Interpretationsfragen im Detail¹⁵⁹ vermehrt haben. Aber dies war unausweichlich und ist deshalb hinzunehmen.

Eine weitere Grundentscheidung der Rücktrittsmodernisierung liegt darin, dass der Untergang der empfangenen Leistung den Rücktrittsberechtigten unter keinen Umständen daran hindert, ein zuvor entstandenes Rücktrittsrecht auszuüben.¹⁶⁰ Die an § 351 BGB a.F. anknüpfenden Differenzierungen sind mit Recht entfallen. Allerdings hat sich damit die Sachfrage, wer die Gefahr des Untergangs trägt, nicht erledigt. Sie kehrt vielmehr dergestalt wieder, ob Wertersatz für die nicht mehr zurückzugewährende Leistung geschuldet wird. Davon geht das neue Recht im Grundsatz aus. Dies ist auch richtig, weil die Sachgefahr nach Leistungserbringung beim Empfänger liegt. In § 346 Abs. 3 BGB werden davon aber drei Ausnahmen gemacht. Die ersten beiden leuchten unmittelbar ein: die Pflicht zum Wertersatz entfällt, wenn sich ein zum Rücktritt berechtigender Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (Nr. 1) oder soweit der Gläubiger des Rückgewähranspruchs dessen Verschlechterung oder Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre (Nr. 2).

Rechtspolitisch höchst umstritten und Quell vieler Folgefragen¹⁶¹ ist aber § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Danach entfällt die Pflicht zum Wertersatz außerdem, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Über Grund und Grenzen dieses „Zurück-

157 Widersprüchlich insofern Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 65, die hier den Zustand wiederherstellen will, der *ohne Vertrag* bestanden hätte.

158 Insoweit zutreffend KAISER, a.a.O.

159 Einzelfragen bei Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 104 ff.; S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 57 ff.; FEST, *Die Bedeutung des § 346 Abs. 2 Satz 2, 1. Hs BGB bei der Rückabwicklung dem Werte nach*, ZGS 2009, 126 ff.

160 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 55 f.

161 S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), S. 329, 343 ff.; DERS., *Karlsruher Forum* 2005, S. 59 f.; Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 179 ff.; FORST, *Über Zweck, Tatbestand und Rechtsfolgen des § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB*, ZGS 2011, 107 ff.

springens der Sachgefahr“ scheint nahezu alles gesagt.¹⁶² Von daher war die Sache also zur gesetzgeberischen Entscheidung reif. Dass das kodifizierte Ergebnis gleichwohl nicht befriedigen kann, liegt auch weniger daran, dass die für maßgeblich gehaltenen Gründe der Privilegierung und ihr Verhältnis zueinander nicht mit letzter Klarheit zum Ausdruck gekommen sind.¹⁶³ Denn gewisse Unschärfen muss der Norminterpret auch sonst hinnehmen. Der Hauptmangel liegt vielmehr darin, dass man sich des Problems nur im Rahmen des eigentlichen Rücktrittsrechts angenommen hat, indem neben § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 auch § 347 Abs. 1 S. 2 BGB gleichsinnig gefasst wurde.¹⁶⁴ Demgegenüber unterblieb die Abstimmung mit § 818 Abs. 3 BGB, in dessen Rahmen sich die Sachfrage naturgemäß ebenso stellt.¹⁶⁵ Auch wenn es richtig war, das Rücktrittsfolgenrecht mit der Schuldrechtsmodernisierung (endgültig) vom Bereicherungsausgleich zu emanzipieren, hätte in dieser Detailfrage eine Koordination erfolgen müssen.¹⁶⁶

Mit der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses stellen sich in aller Regel schon rein praktisch Fragen seiner Abwicklung. Ich stehe nicht an, die bisher eher untechnisch als Abwicklungsverhältnis bezeichnete Rechtslage¹⁶⁷ allgemein¹⁶⁸ als Metamorphose des ursprünglichen Rechtsverhältnisses einzuordnen: Das Dauerschuldverhältnis wird mit Wirksamkeit der Kündigung identitätswahrend in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet. Diese Zusammenhänge wurden bei der Modernisierung des Schuldrechts völlig übersehen. Dies ist umso unverständlicher, als mit der Integration des Verbraucherkreditrechts auch Regelungen eines solchen Abwicklungsverhältnisses in das BGB gelangt sind (etwa §§ 500-502 BGB n.F.). Für das Mietrecht hatten wir unter dem Stichwort „Zwangskauf einer Mietsache?“ schon eine der aus dieser Blindheit des Modernisierungsgesetzgebers folgenden Verwerfungen erörtert.¹⁶⁹

162 Nicht weiterführend deshalb die Reformulierung in der Terminologie der *property rights*-Theorie bei FORST, ZGS 2011, 107, 108: dass „eine Leistung (...) nicht nur aufgrund ihrer Substanz wertvoll (ist), sondern vor allem, weil sich mit ihr wirtschaften lässt“, ist seit jeher unbestritten (vgl. nur Inst. 2. 4 pr., 1).

163 *Verantwortlichkeit* (etwa auch bei § 313 Abs. 3 S. 1 BGB) *des Rückgewährgläubigers* für eine Leistungsstörung *oder Privilegierung des Rückgewährschuldners* wegen (unverschuldeter?) Unkenntnis?

164 Insoweit ist die Modernisierung stimmig, Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 5; dort Rn. 7 aber auch zu weiteren Defiziten.

165 Dazu S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 346 f.; DERS.; Karlsruher Forum 2005, S. 82 f.; Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 98 ff.

166 S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 347, 355.

167 Vgl. schon ESSER, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1970, § 31 II (S. 193).

168 Im Verbandsrecht gehören entsprechende Überlegungen zum Gemeingut.

169 Oben II. 2. a) bb).

c) *Schlussfolgerungen*

Nimmt man alles zusammen, so stehen wir vor zwei Grundentscheidungen: Ist es *erstens* gerechtfertigt, mit Rücktritt und Kündigung zwei Institute zur Vertragsbeendigung nebeneinander anzuerkennen (aa) und wie sollte *zweitens* die (Rück-)Abwicklung eines Vertragsverhältnisses kodifiziert werden (bb)?

aa) Schlussfolgerungen für die Vertragsbeendigung

Für zwei Institute zur Vertragsbeendigung in Gestalt von Rücktritt und Kündigung besteht kein Bedürfnis (mehr). Es genügt wie im DCFR eine einheitliche Grundform (dort: *Termination*, III.-3, Sec. 5). Als Kontrollüberlegung denke man an Vertragsparteien, die ein *vertragliches* Lösungsrecht vereinbaren wollen: Wollen die Beteiligten eine Vertragsaufhebung noch nach (teilweise) erbrachten Leistungen, würden wir von einem Rücktritt ausgehen. Wollen die Parteien die Vertragsaufhebung aber auf die Zeit vor der Leistungserbringung begrenzen, „würde eine Kündigung anzunehmen sein.“¹⁷⁰ Beim *gesetzlichen* Rücktrittsrecht hingegen fallen beide Konstellationen einheitlich unter § 346 BGB.¹⁷¹ Auch die klassische dogmatische Begründung für die Unterscheidung beider Institute – „die Kündigung unterscheidet sich vom Rücktritt hauptsächlich dadurch, dass das Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für die Zukunft beendet wird“¹⁷² – ist überholt: Beide Institute wirken nach heute allgemeiner Ansicht *ex nunc*,¹⁷³ und beide Institute führen nicht zwingend zur Beendigung des Rechtsverhältnisses, sondern jedenfalls *in praxi* regelmäßig zu seiner Umgestaltung in ein (Rück-)Abwicklungsverhältnis.¹⁷⁴

Einer Vereinheitlichung der Beendigungstatbestände steht auch nicht die viel beschworene Ungeeignetheit der Rücktrittsfolgen bei Dauerschuldverhältnissen entgegen.¹⁷⁵ Vielmehr war im Gegenteil schon das ursprüngliche Rücktrittsrecht ausweislich des § 346 S. 2 BGB a.F. gerade auch auf die Beendigung von Dienst- und Gebrauchsüberlassungsverhältnissen, also von Dauerschuldverhältnissen zugeschnitten.¹⁷⁶ Nicht von ungefähr wurde im Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts folglich in Bezug auf die Vertragsdauer zwar eine Immunsierung von Dauerschuldverhältnissen gegen die inakzeptablen Folgen von (ursprünglicher) Nichtigkeit und Anfechtung (mit Wirkung *ex tunc*) vorgeschlagen.¹⁷⁷ Ein entsprechender Vorschlag in Bezug auf Rücktrittsfolgen ist demgegenüber zu Recht unterblieben.

170 HECK, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 52, 1 (S. 153).

171 Oben III. 2. b).

172 Statt vieler ESSER, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1970, § 30 (S. 183).

173 Oben III. 2. a).

174 Soeben III. 2. a), b).

175 Zur Kritik der h.M. OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994), S. 349 ff.

176 OETKER, a.a.O.

177 HORN, Vertragsdauer, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 551, 635 f.

De lege lata beruht die Zweispurigkeit der Vertragsbeendigung auf gesetzgeberischen Entscheidungen eines Konkurrenzverhältnisses, das vor der Schuldrechtsmodernisierung als dasjenige von allgemeinem und besonderem Schuldrecht beschrieben werden konnte.¹⁷⁸ Die damals nur im besonderen Teil enthaltenen Kündigungsmöglichkeiten standen wegen der gewichtigeren Interessen am Bestand eines Dauerschuld- als eines Austauschverhältnisses regelmäßig nicht nur unter anderen, sondern geradezu unter schärferen Voraussetzungen als der Rücktritt.¹⁷⁹ Mit der Modernisierung des Schuldrechts ist die gesetzgeberische Konzeption, Konkurrenzfragen durch terminologische Benennung mit zu erledigen, (noch) fragwürdig(er) geworden. Dies zeigen die Probleme, die die Aufnahme des § 314 BGB in das allgemeine Schuldrecht mit sich bringt.¹⁸⁰ Es wäre entschieden besser gewesen, in Parallele zur Modernisierung des Leistungsstörungen-, Kauf- und Werkvertragsrechts zu einem Einheitskonzept im doppelten Sinne überzugehen: Ein einheitlicher Grundtatbestand der Beendigung, der im Bedarfsfalle modifiziert werden kann, bei gleichzeitiger Vereinheitlichung von allgemeinem und besonderem Schuldrecht.

bb) Schlussfolgerungen für die (Rück-)Abwicklung

Wählt man für die Vertragsbeendigung ein einheitliches Institut, bedarf es der Differenzierung auf der Rechtsfolgenseite. Einer solchen Flexibilisierung steht freilich die zwingende Verknüpfung der Rücktrittsfolgen mit der Vertragsbeendigung entgegen. § 346 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. bestimmt in inhaltlicher Übereinstimmung mit § 346 S. 1 BGB a.F. wie mit Art. III-3:510 (1) DCFR, dass die empfangenen Leistungen im Falle des Rücktritts zurückzugewähren *sind*. Hierin liegt ein entscheidender Mangel des Rücktrittsrechts, weil die Entscheidungsfreiheit der Parteien ignoriert wird.¹⁸¹ Die Entkopplung von Vertragsaufhebung und Rücktrittsfolgen ließe sich auch einfach durch die Formulierung erreichen, dass die Parteien die empfangenen Leistungen zurück verlangen *können*.¹⁸²

Die entkoppelten Rechtsfolgen sollten in einem weiterentwickelten Baukastensystem aufeinander aufgebaut werden, dessen Grundmodell ebenso wie für das verbraucherrechtliche Widerrufsfolgenrecht (§ 357 BGB) im Rücktrittsfolgenrecht bestehen sollte. Letzteres enthält mit § 347 BGB nämlich eine Vorschrift, die zwar für einen *Rückabwicklungsmodus* „auf den ersten Blick fremd“¹⁸³ erscheinen mag, bei Licht betrachtet aber den Schlüssel für die zutreffende Deutung des gesamten Instituts darstellt: Der Rückgewährschuldner muss im Regelfalle den Wert auch von Nutzungen ersetzen, die er

178 OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994), S. 352 ff.

179 Zu Letzterem OETKER, a.a.O., S. 356 f.

180 Oben III. 2. a).

181 Vertraglich können diese ohnehin abweichend entscheiden.

182 Zu allem überzeugend LESER, FS Ernst Wolf (1985), S. 373, 378 ff., bes. 382 f.; DERS., in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (1987), S. 225, 226, 232 (freilich nur für Leistungsstörung und Sachmangel).

183 So Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 6.

nicht gezogen hat (§ 347 Abs. 1 S. 1 BGB), erhält im Gegenzug aber (mindestens) Verwendungsersatz (§ 347 Abs. 2 BGB).¹⁸⁴ Da es für den Ersatz nicht gezogener Nutzungen darauf ankommt, ob der Rückgewährschuldner sie hätte ziehen können (§ 347 Abs. 1 S. 1 BGB),¹⁸⁵ geht es nicht darum, den Rückgewährgläubiger so zu stellen, als hätte er seine Leistung behalten und selbst genutzt.¹⁸⁶ Richtiger mag man sagen, die Nutzungen würden vergütet, die der Sache „innewohnen“.¹⁸⁷ Dieser Wert kann aber nicht nur durch Eigengebrauch, sondern auch durch entgeltliche Gebrauchsüberlassung realisiert werden. So betrachtet weist das geltende Rücktrittsfolgerecht für den Normalfall deutliche *Parallelen zu einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung* in der Zeit vom Gefahrübergang¹⁸⁸ bis zur Wirksamkeit der Rücktrittserklärung¹⁸⁹ auf.

Diese Beobachtungen sollten im gegebenen¹⁹⁰ Zusammenhang die Tauglichkeit des Rücktrittsfolgerechts als Grundmodell für vertragliche Abwicklungsmodi bis hin zu demjenigen für echte Dauerschuldverhältnisse hinreichend illustriert haben. Als besonderen Vorteil würde ein Baukastensystem den stufenweisen Übergang vom einfachen Austauschvertrag über den sog. Langzeitvertrag zum eigentlichen Dauerschuldverhältnis ermöglichen. Damit wäre der gesetzgeberische Auftrag an die *Rechtsprechung*, sich der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung bewusst offen gelassenen Problematik der

184 § 347 Abs. 1 BGB ist eine geringfügige Modifikation des früheren Rechts, § 347 Abs. 2 BGB aber eine deutliche Erweiterung, Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 4, 24.

185 Ist ein Reitpferd zurückzugeben, entfällt der Anspruch, wenn der Rückgewährschuldner wegen eines Beinbruches nicht reiten konnte, ein eigener Beinbruch des Rückgewährgläubigers ist für dessen Anspruch aus § 347 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen unschädlich.

186 Falsch daher HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 111. Übrigens zeigt sich hierin erneut, dass der Rücktritt eben keine Annäherung an den Zustand bewirken soll, der ohne Vertragsschluss bestünde.

187 So Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 6 a.E.

188 Die §§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 347 Abs. 1 S. 2 BGB sollten auf dieser Grundlage rechtspolitisch-ökonomisch überdacht werden.

189 Dazu Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 12.

190 Konsequenzen für zwei Streitfragen des Rücktrittsfolgenrechts seien angedeutet. *Erstens*: Die Schwierigkeiten, bei der Bestimmung des Nutzungswertes objektive und subjektive, d.h. vertragliche, Maßstäbe ins richtige Verhältnis zu setzen (dazu Staudinger / KAISER, BGB [Bearbeitung 2004], § 347 Rn. 8 f. m.Nw.), rühren daher, dass die Parteien keine Gebrauchsüberlassung, sondern endgültigen Güteraustausch wollten. Für einen solchen ist der Erwerbsszweck als Motiv aber irrelevant. *Zweitens* bietet der hier eingenommene Standpunkt eine tragfähige Beurteilungsgrundlage für die Ersatzfähigkeit sog. Nutzungsziehungskosten (dazu Staudinger / KAISER, BGB [Bearbeitung 2004], § 347 Rn. 41 f.). Sie sind hinsichtlich schlichter Gebrauchsvorteile vom Rückgewährschuldner zu tragen. Im Regelfalle geschieht dies schon durch eine entsprechende Berechnung des Nutzungswertes (*Beispiele*: Der Gebrauchswert eines Kraftfahrzeuges wird ohne Berücksichtigung der Treibstoffkosten, derjenige von Wohnraum ohne Nebenkosten, also als „Kaltmiete“ bestimmt). Wer diesen Punkt bei der Bestimmung des Nutzungswertes nicht bedenkt (*Beispiel*: eine „Warmmiete“ zugrunde legt), muss mit Hilfe von § 347 Abs. 2 BGB gegenrechnen.

Langzeitverträge anzunehmen,¹⁹¹ sicherlich leichter zu bewältigen, als wenn Rücktritt und Rücktrittsfolgen einerseits und Kündigung und Kündigungsfolgen andererseits weiterhin fälschlicherweise als disparate Institute behandelt würden.

IV. LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT

Die Entwicklung des deutschen Leistungsstörungsrechts wurde hier schon ausführlich behandelt.¹⁹² Vielleicht lohnt es aber dennoch, einige Fragen auch aus meinem Blickwinkel¹⁹³ wenigstens schlaglichtartig nochmals zu beleuchten.

1. Zum Einheitsstatbestand

Die Schuldrechtsmodernisierung hat das alte Modell verschiedener Institute des Leistungsstörungsrechts, die – teils geschrieben, teils ungeschrieben – sowohl Tatbestände wie auch Rechtsfolgen umfassten, durch ein Einheitskonzept ersetzt. Gesetzgebungstechnisch erscheint es an sich vorzugswürdig, auf einem flexiblen Grundtatbestand aufbauend zusätzliche Voraussetzungen für einzelne Sonderkonstellationen zu formulieren und mit den jeweils angemessenen Rechtsfolgen zu verknüpfen.¹⁹⁴ Eben dies ist aber misslungen. Man hat zutreffend festgestellt, dass der Umfang der materiellen Änderungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts im Verhältnis zum dogmatischen Aufwand der Neustrukturierung vergleichsweise gering ist.¹⁹⁵ Dies liegt aber in erster Linie daran, dass sich das Ergebnis der Schuldrechtsmodernisierung in einem doppelten Sinne als Mischung von altem und neuem Modell darstellt. Dabei wird *äußerlich* der Eindruck eines *Einheitskonzepts* erweckt, während *innerlich* nach wie vor die Idee *verschiedener* voneinander isolierter, teilweise sogar sich wechselseitig ausschließender *Tatbestände* herrscht. So ist die Entkopplung der Leistungsverzögerung (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 1. Fall; 323 Abs. 1, 1. Fall BGB) vom Verzug zwar insoweit erklärlich, als dessen Verschuldens-erfordernis (§ 286 Abs. 4 BGB) für den Rücktritt keine Rolle spielt¹⁹⁶ und für den Scha-

191 Entwurf der Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 14/6040, S. 177 f., im Anschluss an BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), S. 155 (dort aber noch richtig: *Rechtsprechung und Rechtslehre*).

192 S. LORENZ, oben S. 67 (in diesem Band).

193 Die folgenden Ausführungen greifen teils frühere Überlegungen auf, vgl. WINDEL, Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht, JURA 2003, 793 ff.; DERS., „Unsinnige“, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, ZGS 2003, 466 ff.; DERS., Was nie sich fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311 a BGB, JR 2004, 265 ff.; DERS., Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung, FS Friedrich E. Schnapp (2008), S. 859 ff.; DERS., Okkultistische Tribunale?, ZGS 2011, 218 ff.

194 Nichts anderes habe ich soeben unter III. 2. c) meinerseits unternommen.

195 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 11.

196 Dazu etwa S. LORENZ, a.a.O., S. 27.

densersatz statt der Leistung (womöglich) anders bezogen sein muss.¹⁹⁷ Nicht nötig war es aber, mit Mahnung einerseits und Fristsetzung andererseits zwei kaum unterscheidbare objektive Voraussetzungen für die jeweiligen Rechtsfolgen aufzustellen.

Nur vom rechtskonstruktiven Ansatz her verständlich ist die dogmatisch nach wie vor bedeutende Rolle, die der Unmöglichkeit beigemessen wird. Sicher hat es Überzeugungskraft, dass eine Pflicht zu einer (*objektiv*) unmöglichen Leistung sinnlos ist.¹⁹⁸ Das gilt aber schon nicht mehr mit gleicher Plausibilität für das *subjektive* Unvermögen, und es gilt schon gar nicht für die *Leistungserschwerungen* des § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Vor allem aber führt die vielfach gezogene Konsequenz der Unmöglichkeitsdoktrin, die §§ 281, 282 BGB seien „ausgeschlossen“, wenn die Leistung nicht (mehr) erbracht werden könne, in eine nachgerade *praxisferne Juristenausbildung*: Erhält der Gläubiger keine Leistung, so weiß er in aller Regel nicht, warum, noch sind ihm die Gründe dafür auch nur erkennbar. Der Anwalt muss daher geradezu den für das (erste) Examen (mit seinen „unstreitigen“ Sachverhalten) gelernten Satz verdrängen, § 281 BGB sei bei Unmöglichkeit „gesperrt“, wenn er seinem Mandanten sinnvoll helfen will. Das gilt übrigens nicht nur für den Vertreter des Gläubigers, sondern auch für den des Schuldners, für den sich die Voraussetzungen der Unmöglichkeit *prozessual* in allen Fällen des § 275 Abs. 1-3 BGB schlicht als *Einredetatsachen* darstellen.

Schon deshalb, aber auch wegen der untereinander schwer abgrenzbaren Tatbestände der §§ 281, 282 BGB, „verschlüsseln“ die §§ 280-283 BGB die Konkurrenz von Ansprüchen¹⁹⁹ mehr, als dass sie sie klarstellen. Dies gilt zum einen für die Konkurrenz von Primär- und Sekundäranspruch, wobei die §§ 283, 275 BGB eben wegen der Ausgestaltung von Unmöglichkeit und Leistungserschwerung als Einredetatsachen nicht zuletzt dem Interesse des Schuldners am Festhalten am Primäranspruch dienen,²⁰⁰ während die §§ 281, 282 BGB dem Gläubiger den Übergang zum Sekundäranspruch ermöglichen sollen. Chiffriert ist zum anderen aber auch die Konkurrenz der einzelnen Sekundäransprüche untereinander. Namentlich die „eigentümliche Neuschöpfung“²⁰¹ des § 284 BGB scheint nach wie vor nicht hinreichend mit den übrigen Sekundärrechten abgestimmt.²⁰²

197 Dazu etwa S. LORENZ, a.a.O., S. 28 ff.

198 In diesem Sinne statt vieler LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts? in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 65 f.

199 Wort nach SCHMIDT-KESSEL, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 85, 91.

200 Nicht nur *de lege lata* zu weitgehend aber SCHMIDT-KESSEL, a.a.O., besonders S. 98, der die §§ 282, 283 BGB von seinem rechtspolitischen Konzept aus schlicht für überflüssig erklärt und einen Vorrang der Primärleistung *nur* wegen des Nacherfüllungsrechts des Schuldners anerkennen will.

201 So MünchKomm-BGB / ERNST, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 284 Rn. 2.

202 Dazu neben S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 51 f., und ERNST, a.a.O., Rn. 1 f., 4 f., aus neuerer Zeit etwa FISCHINGER / WABNITZ, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, ZGS

Wie konnte es zu einem solchen Scheitern der Schuldrechtsmodernisierung kommen? Die Formulierung eines Einheitstatbestandes für alle Leistungsstörungen ist naturgemäß schwierig,²⁰³ auch wenn man nur nach einem Ausdruck für jede denkbare *Abweichung vom „Programm“ eines Vertrages* sucht. Speziell im deutschen Recht wird der zu erfassende Normbereich aber dadurch zusätzlich aufgebläht, dass mit der „Pflichtverletzung“ an den Rändern Problemlagen abgedeckt werden sollen, die in anderen Rechtsordnungen instrumentell durch das *Deliktsrecht* erfasst werden. Ich meine hier die Integritätsschäden der „klassischen“ *culpa in contrahendo* und „entfernere“ Mangelfolgeschäden. Insoweit zeigt sich erneut, dass die Modernisierung des Schuldrechts viel zu eng angegangen wurde.²⁰⁴ Noch entscheidender scheint mir, dass das „Vertragsprogramm“ im deutschen Recht nach wie vor differenziert nicht nur durch verschiedene Arten von *Pflichten*, sondern auch durch *Modalitäten* (§§ 266 ff. BGB) und *Obliegenheiten* (§§ 293 ff. BGB), die jeweils vielfach in Bezug genommen sind, festgelegt wird. Das Missliche darin liegt weniger in einer einheitlichen Bezeichnung, obwohl *Pflichtverletzung* für das Vertragsrecht im engeren Sinne sicherlich schlechter passt als *breach of contract* oder *non-performance*. Das Missliche liegt darin, dass der Obliegenheitsverstoß vom Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB gar nicht und der Verstoß gegen die Leistungsmodalität „Zeit“ nur am Rande²⁰⁵ erfasst wird.

Es geht bei all dem nicht um Systempurismus, sondern um ernsthafte Interpretationsprobleme. Ein mehrfach erörtertes Beispiel²⁰⁶ liegt in der Gleichsetzung der Manko- mit der Schlechtleistung in § 434 Abs. 3, 2. Fall BGB. Damit wird die *Quantität* in das *Pflichtprogramm* des Kaufvertrages einbezogen, obwohl sie nach dem fortgeltenden § 266 BGB als Leistungsmodalität behandelt wird. Gilt im Rahmen der §§ 281, 323 BGB nun das eine oder das andere Prinzip? Ich will nicht so weit gehen, dass man vor einer Modernisierung des Leistungsstörungenrechts die gewachsene Struktur der Obligation hätte rekonstruieren müssen, wobei die Leistungsmodalitäten zu (nicht selbständig klagbaren) Pflichten umzuwandeln und die Obliegenheiten des Gläubigers zusammen mit dem nach wie vor ungelösten Problemfeld des „Verschuldens gegen sich selbst“ (§§ 254; 323 Abs. 6; 326 Abs. 2 S. 1 BGB) aufzubereiten gewesen wären. Die systematischen Verwerfungen kann ich aber ebenso wenig schönreden wie die Schwierigkeiten, die die Kodifikation der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage insbesondere mit

2007, 139 ff.; SCHENK, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, ZGS 2008, 54 ff.; WANKERL, Ersetzt der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB die Rentabilitätsvermutung?, ZGS 2009, 19 ff.

203 Vgl. S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 21 ff.; LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 66 ff.; SCHMIDT-KESSEL, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 85, 88 ff.

204 Dazu oben II. 2. b) bb).

205 § 280 Abs. 1 S. 2 und § 286 Abs. 4 BGB führen zu einem doppelten Bezugspunkt des Vertretenmüssens, statt anderer S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 28 f.

206 S. LORENZ, a.a.O., S. 71; WINDEL, JURA 2003, 793 ff.

§ 275 Abs. 2 und 3 BGB bereitet. Natürlich liegen auch darin keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Aber Lösungswege²⁰⁷ weist nicht der weitgehend offene Normtext, sondern die dogmengeschichtliche Entwicklung des Instituts auf. Vor allem ist durch die Kodifikation wiederum²⁰⁸ die bisherige Konkurrenzregel entfallen, war der Wegfall der Geschäftsgrundlage als *ungeschriebenes* Institut doch nachrangig gegenüber dem geschriebenen Recht.

2. Zu den Rechtsfolgen

Wirft man einen Blick auf die Rechtsfolgen der Leistungsstörungen, fällt schon äußerlich sofort auf, dass der gesetzgebungstechnische Vorteil eines Einheitstatbestandes verspielt wurde: Statt eines Baukastenmodells, das den Text entschlackt, finden wir in Gestalt der §§ 281, 282 BGB einerseits und der §§ 323, 324 BGB Doppelregelungen, die zu allem Überfluss redaktionell voneinander abweichen. Auch am Beispiel der Zuordnung unterschiedlicher Schadensarten und Schadensposten zeigt sich, dass das modernisierte Schuldrecht für die Rechtsfolgen so wenig zu einer Vereinfachung geführt hat wie für die Tatbestände. Nach wie vor können Schadensposten wie entgangener Gewinn im Einzelfall bald der einen oder der anderen Schadensart zuzuordnen sein,²⁰⁹ nach wie vor hat der Verzögerungsschaden eine Sonderrolle²¹⁰ und nach wie vor kann ein Schadensposten auf zwei Leistungsstörungen zurückzuführen sein. So beruht der sog. mangelbedingte Betriebsausfall sowohl darauf, dass zunächst *mangelhaft* geleistet wurde wie darauf, dass *nicht rechtzeitig* mangelfrei geleistet wurde.²¹¹ All dies liegt nicht am Gesetz, sondern an Sachproblemen, die sich eben nicht hinweg modernisieren lassen. Wenn aber oft nicht die Ergebnisse, sondern nur die dogmatische *Konstruktion nicht besser oder auch nur einfacher, sondern eben nur anders* wird, bleibt die Frage: *Cui bono?*

3. Zur Kohärenz von Tatbestand und Rechtsfolgen

Tatbestand und Rechtsfolgen müssen aufeinander abgestimmt sein. Ich halte daran fest, dass gegen diesen selbstverständlichen Grundsatz bei Schaffung des § 311 a Abs. 2 BGB flagrant verstoßen wurde.²¹² Ausweislich der Regelung des § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB haftet der Schuldner, weil er es zu vertreten hat, einen Vertrag geschlossen zu

207 Vgl. die Konzepte von LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 74 f.; und PFEIFFER, ebd., S. 133, 139 f.

208 Vgl. schon oben III. 1. c).

209 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 24 f. (Schadensersatz „statt“ oder „neben“ der Leistung je nachdem, ob diese noch erbringbar ist).

210 So im Ergebnis auch S. LORENZ, a.a.O., S. 25 ff. Ob es sinnvoll ist, ihn gleichwohl der im Gesetz nicht verwendeten Kategorie „Schadensersatz neben der Leistung“ zuzuordnen (so S. LORENZ, a.a.O., S. 24), mag daher auf sich beruhen.

211 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 26 f.

212 Ausführlich WINDEL, *JR* 2004, 265 ff.

haben, den er nicht erfüllen kann. Von dieser typischen vorvertraglichen Pflichtverletzung führt kein gerader Weg zu einem Schadensersatz statt der Leistung. Sieht man den Haftungsgrund dagegen in der „Nichteinhaltung des Leistungsversprechens“²¹³ bzw. der Nichterfüllung,²¹⁴ verschiebt man nur die Bruchstelle im System. Denn dann haftet der Schuldner für etwas, das er nicht zu vertreten hat, und er hat etwas zu vertreten, für das er nicht haftet. Der Grundfehler der Konstruktion liegt darin, dass Teile der *culpa in contrahendo* nicht vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht „absorbiert“ werden können,²¹⁵ ohne dass gleichzeitig eine neue Haftungsgrundlage geschaffen wird.²¹⁶

Auch bei dem sonst durchaus entlastenden Standpunkt „Gesetz ist eben Gesetz“²¹⁷ vermag ich mich persönlich nicht zu beruhigen. Ein Gesetz ohne sinnvolle inhaltliche Substanz trübt nämlich den Blick für die Lebenswirklichkeit. Dies zeigt sich, wenn der Schuldner eine schon bei Vertragsschluss unmögliche Leistung garantiert. Die Behauptung, „diese (sc. Garantie) kann sich dann nur darauf beziehen, dass der Schuldner Schadensersatz statt der Leistung auch für den Fall verspricht, dass ein anfängliches Leistungshindernis für ihn nicht erkennbar war“,²¹⁸ mag vor dem Hintergrund des § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB zwar „systematisch“ richtig gedacht sein. Aber „der Inhalt einer Garantieverklärung wird von den Parteien, nicht von der Rechtsdogmatik festgelegt.“²¹⁹ Es bleiben folglich nur Notlösungen, die das brüchige System letztlich sprengen.²²⁰

V. SCHLUSS

Eine Modernisierung des Schuldrechts ist ein schwieriges Geschäft, bei dem Fehler kaum ausbleiben können. Wir Deutschen haben in den Jahren 2001/2002 aber wohl ein paar zu viel davon gemacht. Mögen auch andere daraus lernen!

213 So statt aller S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31 f.

214 So etwa LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 63, 71.

215 So beschreibt KITAGAWA, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 11, 47 f., den Vorgang.

216 Ich hatte eine Einstandshaftung gefordert (JR 2004, 265, 266 f.). Dass dies zwingend zur Abspaltung der Vertragshaftung vom Leistungsstörungenrecht im Übrigen führt (so KITAGAWA, in: Kitagawa/Riesenhuber [Hrsg.], *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* [2007], S. 11, 49 f.), wage ich aber zu bezweifeln.

217 Auf die „klare Entscheidung des Gesetzgebers“ bzw. die *lex lata* weisen hin S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31, sowie LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 63, 71.

218 So S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31 f.; vgl. auch S. 77.

219 So schon WINDEL, JR 2004, 265, 269.

220 Derer zwei habe ich in JR 2004, 265, 269 erwogen: Lösung gem. § 283 BGB statt § 311 a Abs. 2 BGB oder „§ 311 a Abs. 2 S. 2 BGB im Falle einer Garantieübernahme als abbedungen anzusehen.“ Letzteres ist entgegen S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 32 Fn. 168, nicht als Inhalt der Garantieverklärung, sondern als diese begleitende normative Wertung zu verstehen, weil sich sonst der artikulierte Parteiwille nicht verwirklichen lässt.