

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer, Rechtsanwalt in Köln – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin in Berlin – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Martin W. Huff und Rechtsanwalt Dr. Achim Schunder
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

27 2005
Seite 1889–1968
58. Jahrgang
4. Juli 2005

Professor Dr. Stephan Lorenz, München

Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach*

Vor nunmehr dreieinhalb Jahren ist das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, welches tief greifende Änderungen insbesondere im Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht mit sich gebracht hat. Der nachfolgende Beitrag resümiert die aus Praktikersicht relevanten Streitfragen, die sich bisher im Umgang mit dem neuen Recht ergeben haben.

I. „The dust settles down“

Über drei Jahre nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist der heftige rechtspolitische Streit, den dieses Vorhaben im Vorfeld entfacht hatte, nüchterner Alltagsarbeit gewichen. Während in den ersten beiden Jahren nach In-Kraft-Treten der Reform die wissenschaftliche Konturierung des neuen Rechts im Vordergrund stand, ist das neue Schuldrecht mittlerweile auch in der Rechtsprechung „angekommen“. Erste Erfahrungen zeigen, dass die Praxis mit dem (gar nicht so) neuen Recht keineswegs überfordert erscheint¹.

II. Das Verjährungsrecht

Die praktisch bedeutendsten Einschnitte hatte sicherlich die komplette Neuordnung des Verjährungsrechts mit sich gebracht. Dieser Bereich der Reform war nach seinem In-Kraft-Treten weitestgehend außerhalb der sonst recht heftigen Kritik. Auch die Anpassung von Verjährungsvorschriften außerhalb des BGB durch das am 15. 12. 2004 in Kraft getretene „Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ vom 9. 12. 2004² hat den Gesetzgebungsvorgang recht unspektakulär durchlaufen. Das hat seine Ursache sicherlich darin, dass gerade die uneinheitliche Regelung der Verjährung im BGB die Ursache vielfältiger dogmatischer Verwerfungen und großer Rechtsunsicherheit war. Diese Probleme sind freilich nicht vollständig vom Tisch, da der Gesetzgeber Rechtsbehelfe des Käufers bzw. Bestellers bei Lieferung einer mangelhaften Sache in Gestalt von § 438 BGB (Kaufrecht) und § 634 a BGB (Werkvertragsrecht) weiterhin einem eigenen, im Vergleich zur Regelverjährung der §§ 195 ff. BGB kürzeren Verjährungsregime unterstellt. Es steht also zu befürchten, dass die unter dem alten Recht gefundenen Möglichkeiten der Umgehung des Gewährleistungsrechts durch den Rückgriff auf konkurrierende Ansprüche wie etwa selbstständige Beratungspflichten, vorvertragliche Aufklärungs-

pflichten und die damit verbundenen Manipulationen am Sachmangelbegriff wieder auf uns zukommen werden. Auch die unselige Kunstfigur des „weiterfressenden“ Mangels könnte uns so erhalten bleiben. Von besonderem praktischem Interesse ist in diesem Zusammenhang die kontroverse Diskussion um die Verjährung von Ansprüchen auf Ersatz so genannter „Mangelfolgeschäden“. Da diese *per definitionem* auf die Verletzung der Pflicht zu mangelfreier Leistung (§§ 433 I 2, 633 I BGB) zurückzuführen sind, unterliegen (aus § 280 I BGB herzuleitende) Ersatzansprüche insoweit ganz unzweifelhaft der kurzen Verjährung der §§ 438, 634 a BGB³. Eine – allerdings gewichtige – Mindermeinung will jedoch im Wege einer teleologischen Reduktion von §§ 438, 634 a BGB Ansprüche auf Ersatz von Folgeschäden an durch § 823 I BGB geschützten absoluten Rechtsgütern der Regelverjährung der §§ 195 ff. BGB unterstellen⁴. Die Gegenansicht kann sich dabei maßgeblich auf den Willen des historischen Gesetzgebers berufen, der wohl tatsächlich keinen Raum für eine teleologische Reduktion lässt⁵. Sie geht aber ihrerseits nicht so weit, auch konkurrierende deliktische Ansprüche der kurzen kauf- und werkvertraglichen Verjährung zu unterwerfen⁶.

Praktische Erfahrungen mit dem neuen Verjährungsrecht lassen sich freilich noch nicht berichten, denn es kommt – wenngleich wegen der intertemporalen Übergangsregelung des Art. 229 § 6 EGBGB Ende des

* Der Autor ist an der Ludwig-Maximilians-Universität München Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und Mitherausgeber der „Juristischen Schulung“ – JuS.

1 S. auch Graf v. Westphalen, ZIP 2005, 51, der dem Gesetzgeber im Rückblick von drei Jahren eine „große Leistung“ attestiert und feststellt, „dass sich die Praxis per Saldo ganz gut mit den neuen Erfordernissen der Rechtsfindung und der Rechtsanwendung zurechtgefunden hat“.

2 BGBl I, 3214; s. dazu Mansel/Budzikiewicz, NJW 2005, 321.

3 Dies gilt auch dann, wenn man den Ersatz von Mangelfolgeschäden tatbestandlich auf die Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 II BGB stützt, s. nur Westermann, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 438 Rdnr. 9 m. w. Nachw.

4 So – in Nuancen unterschiedlich – Canaris, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 5, 98 f., sowie Wagner, JZ 2002, 479; zur Gegenansicht s. z. B. Gsell, JZ 2002, 1089; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 (464 f.); Ernst, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2003), § 280 Rdnr. 73; Palandt/Putzo, BGB, 64. Aufl. (2005), § 438 Rdnr. 3; Leenen, DStR 2002, 34 (37 f.).

5 Sehr deutlich die BT-Dr 14/6040, S. 229: Es sei „nicht sinnvoll, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche einem unterschiedlichen Verjährungsregime zu unterwerfen“.

6 So aber Mansel, NJW 2002, 89 (95) (mit Einschränkung für Personenschäden).

Jahres 2004 erstmals regelmäßige Verjährungsfristen abgelaufen sind⁷ – erst mit Ablauf des Jahres 2005 voll zum Tragen.

III. AGB-Recht

Im AGB-Recht wurde neben den für die Praxis nicht ungefährlichen Klauselverboten in § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB (Haftungsausschluss oder -beschränkung bei der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit sowie bei grobem Verschulden)⁸ insbesondere die durch § 310 IV 2 BGB eingeführte Öffnung des AGB-Rechts für das Individualarbeitsrecht mit dem Vorbehalt der „angemessenen Berücksichtigung“ der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ problematisiert. Die ganz überwiegende Mehrheit der Autoren hat sich hier für eine behutsame Übertragung des AGB-Rechts ausgesprochen⁹. Auch die Rechtsprechung scheint diesen Weg einzuschlagen¹⁰, so dass im Grundsatz wohl keine systemumwälzenden Neuerungen zu befürchten stehen: Die von der Rechtsprechung des BAG bereits bisher in starker Anlehnung an das AGB-Gesetz vorgenommene Einbeziehungskontrolle sowie die auf §§ 242, 315 BGB bzw. nicht immer unbedenkliche verfassungsrechtliche Paritätsargumente gestützte Inhaltskontrolle allgemeiner Arbeitsbedingungen¹¹ ist nunmehr positiv-rechtlich verankert, was ihr gleichzeitig gesetzliche Leitlinien gibt. Dies wird die Rechtsprechung dazu zwingen, die Kontrollinstrumentarien wesentlich stärker zu differenzieren als bisher und nicht mehr eine unterschiedslose Inhaltskontrolle sowohl allgemeiner Arbeitsbedingungen als auch von Individualarbeitsverträgen vorzunehmen¹². Noch nicht geklärt ist die Frage der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bei Abschluss oder Aufhebung eines Arbeitsvertrags¹³ sowie die Frage, ob die Rechtsprechung (nicht allgemeinverbindliche) Tarifverträge als gesetzliche Regelung i. S. des § 307 II Nr. 1 BGB ansehen wird.

IV. Allgemeines Schuldrecht

Das wohl entscheidende Charakteristikum der Schuldrechtsreform besteht in der Rückführung des Leistungsstörungsrechts auf einheitliche Strukturen. Es sollte nicht nur das bisher in der Praxis des Kauf- und Werkvertragsrechts kaum relevante allgemeine Leistungsstörungsrecht neu strukturiert bzw. begründet werden. Entscheidend war vielmehr die Aufhebung der Zweispurigkeit des Leistungsstörungsrechts durch Zurückführung der Rechtsbehelfe des Käufers/Bestellers bei einer mangelhaften Kaufsache/Werkleistung auf die Regeln über Unmöglichkeit und Verzögerung der Leistung (was am augenfälligsten in den Hinweismormen der §§ 437, 634 BGB zum Ausdruck kommt). Dies hat freilich, wie die Erfahrung der ersten Jahre zeigt, zu einer erheblichen Bedeutungszunahme von dogmatischen Grundsatzfragen geführt¹⁴: Konnte man bisher Gewährleistungsfälle im Wesentlichen mit den §§ 459 ff. BGB a. F. bzw. §§ 633 ff. BGB a. F. lösen, so sind nunmehr alle Fragen kauf- und werkvertraglicher Gewährleistung im Grundsatz Fragen von Unmöglichkeit oder Verzögerung der (mangelfreien) Leistung¹⁵.

1. Der Pflichtverletzungstatbestand: Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

Bei dem in § 280 I BGB niedergelegten Zentralbegriff der „Pflichtverletzung“ hat sich der bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes propagierte *erfolgsbezogene* Begriff gegen eine handlungsbezogene Sichtweise durchgesetzt. Das bedeutet, dass „Pflichtverletzung“ i. S. von § 280 I BGB jede objektive Abweichung des Verhaltens einer Partei vom geschuldeten Pflichtenprogramm des § 241 BGB ist. Das Erfordernis des *Vertretenmüssens* beschreibt hingegen den

Zurechnungsgrund der Pflichtverletzung an den Schuldner. Bei erfolgsbezogenen Leistungspflichten bedeutet dies, dass das Ausbleiben der einmal geschuldeten Leistung in jedem Falle eine Pflichtverletzung i. S. von § 280 I BGB darstellt. Diese besteht also schlicht darin, dass der Schuldner die geschuldete Leistung nicht, nicht rechtzeitig oder schlecht erbringt¹⁶, also etwa ein Verkäufer die Kaufsache gar nicht, verspätet oder mangelhaft liefert. Das Vertretenmüssen bezieht sich wiederum auf die Umstände, die zu dieser Pflichtverletzung geführt haben. Das ist von entscheidender Bedeutung für die Darlegungs- und Beweislast: Da der Gläubiger nur die Pflichtverletzung nachzuweisen hat, hat er nur den in der Regel leicht zu führenden Nachweis zu erbringen, dass die Leistung nicht bzw. nicht wie geschuldet erbracht wurde, hinsichtlich der dem Gläubiger meist verborgenen Umstände, die dazu geführt haben, muß sich gem. § 280 I 2 BGB grundsätzlich¹⁷ der Schuldner entlasten¹⁸. Das gilt auch im Fall nachträglicher Unmöglichkeit: Trotz der Tatsache, dass § 275 I BGB in diesem Fall von der Primärleistungspflicht befreit, ist die schlichte Nichtleistung Pflichtverletzung. Folgte man hingegen einer verhaltensbezogenen Auffassung, müsste der Gläubiger nachweisen, *warum* der Schuldner die Leistung nicht (wie geschuldet) erbracht hat. Genau diesen Beweis aus einer ihm nicht zugänglichen Sphäre wollte ihm das Gesetz aber durch § 280 I 2 BGB ersparen. Anders ist dies freilich bei nicht erfolgsbezogenen Pflichten (etwa beim Dienstvertrag) oder bei der Verletzung nicht leistungsbezogener Obhut-, Schutz- und Rücksichtnahmepflichten. Da hier kein bestimmter Erfolg geschuldet wird, kann nur von einem handlungsbezogenen Begriff der Pflichtverletzung auszugehen sein¹⁹. Diese besteht hier in einem vom Gläubiger zu beweisenden Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht, womit zugleich auch das Vertretenmüssen nachgewiesen ist.

2. Die Schadensarten, insbesondere die Problematik des mangelbedingten Betriebsausfalls

§ 280 BGB differenziert in seinen drei Absätzen zwischen verschiedenen Schadensarten. Dies nötigt zu einer – letztlich auch im früheren Recht vorzunehmenden – rechtsfolgenbe-

- 7 Nach ganz h. M. ist, sofern die dreijährige Regelverjährung auf Altforderungen anwendbar ist, bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 BGB am 1. 1. 2002 von einem Verjährungsbeginn zum 1. 1. 2002 und nicht erst zum Ende des Jahres 2002 auszugehen, s. dazu nur *Budzikiewicz/Mansel*, in: *AnwKomm*, 2005, Art. 229 § 6 EGBGB Rdnr. 60 m. w. Nachw.; a. A. nur *Kandelhard*, *NJW* 2005, 630, mit ausf. Nachw. zur h. M.; für einen Überblick über das intertemporale Verjährungsrecht s. auch *Heß*, *NJW* 2002, 253 (256 ff.).
- 8 S. dazu *Leenen*, *JZ* 2001, 552 (558); *ders.*, *DStR* 2002, 34 (41); *S. Lorenz*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 3), § 475 Rdnr. 15.
- 9 S. etwa *Hromadka*, *NJW* 2002, 2523; *Thüsing/Leder*, *BB* 2004, 42.
- 10 S. *BAG*, *NZA* 2004, 727 (Wirksamkeit von Vertragsstrafenvereinbarungen in AGB trotz § 309 Nr. 6 BGB); für einen Rechtsprechungsüberblick s. *Thüsing/Leder*, *BB* 2004, 42.
- 11 S. dazu etwa *Thüsing*, *BB* 2002, 2666.
- 12 Das betont zutreffend *Thüsing*, *BB* 2002, 2666 (2667); *ders.*, in: *Festschr. f. Wiedemann*, 2002, S. 559 (574 f.).
- 13 S. dazu nur die Nachw. bei *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 4), Einf. vor § 611 Rdnr. 7 a m. w. Nachw.; das *BAG* hat die Frage bisher offen gelassen, s. *BAG*, *NJW* 2004, 2401.
- 14 Im Befund übereinstimmend, in der Beurteilung aber abweichend *Dauner-Lieb*, *AnwBl* 2004, 579 (599 ff.).
- 15 S. dazu eingehend *S. Lorenz*, *NJW* 2002, 2497.
- 16 *Canaris*, *JZ* 2001, 499 (512); *Dauner-Lieb*, in: *AnwKomm*, 2002, § 280 Rdnr. 15 ff.; *Ernst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 280 Rdnr. 10 ff.; *Jauernig/Stadler*, *BGB*, 11. Aufl. (2004), § 280 Rdnr. 8; *Schulze/Ebers*, *JuS* 2004, 265 (269), jew. m. w. Nachw. auch zur Gegenansicht.
- 17 Anders im Arbeitsverhältnis, s. § 619 a BGB.
- 18 Zur Widerlegung der Vermutung des Vertretenmüssens nach § 280 I 2 BGB n. F. bei einem Rechtsirrtum s. etwa *BGH*, *NJW* 2005, 976.
- 19 S. bereits *Canaris*, *JZ* 2001, 499 (512); *Lorenz/Riehm*, *Lehrb. zum neuen SchuldR*, 2002, Rdnrn. 182 f.

zogenen Sichtweise, da als Anspruchsvoraussetzungen je nachdem, ob Schadensersatz „statt der Leistung“, Verzögerungsschaden oder „einfacher“ Schadensersatz geltend gemacht wird, neben die Pflichtverletzung weitere objektive Tatbestandsmerkmale wie etwa Fristsetzung (§ 281 BGB), Unzumutbarkeit (§ 282 BGB) oder Verzug (§ 286 BGB) hinzutreten müssen. Bei genauer Betrachtungsweise ist dabei zwischen zwei Grundschadensarten, nämlich dem einfachen Schadensersatz „neben“ der Leistung und dem Schadensersatz statt der Leistung zu unterscheiden (§ 280 I und III BGB), weil der Verzögerungsschaden (§ 280 II BGB) typologisch lediglich einen Unterfall des Schadensersatzes „neben“ der Leistung darstellt. Gegenstand des Schadensersatzes „statt“ der Leistung ist nur derjenige Schaden, der aus dem *endgültigen* Ausbleiben der Leistung resultiert, das heißt insofern an die Stelle der Leistung tritt, als er das gesamte Äquivalenzinteresse abdeckt²⁰. Maßgeblich ist also, ob zum für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt der geltend gemachte Schaden entfallen wäre, wenn die Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt noch erbracht worden wäre. Gegenstand des Schadensersatzes *neben der Leistung* ist demgegenüber derjenige Schaden, der bereits vor dem Zeitpunkt des Wegfalls der Leistungspflicht endgültig eingetreten ist, das heißt durch die Erbringung der Leistung zum letztmöglichen Zeitpunkt nicht behoben worden wäre²¹. Damit kann die Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung nicht pauschal rechtsgutbezogen erfolgen, sondern ist notwendig ein *zeitlich dynamisches* Kriterium, weil nicht jeder Schaden zwingend bereits mit seinem Eintritt endgültig ist, sondern sich dies erst durch Zeitablauf ergeben kann. Ein und derselbe Schaden kann, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt er geltend gemacht wird, Schadensersatz statt der Leistung oder Schadensersatz neben der Leistung darstellen. Dass damit Begriffe wie Mangelschaden und Mangelfolgeschaden oder entgangener Gewinn letztlich keine unterscheidende Kraft, sondern allenfalls Indizwirkung haben, exemplifiziert sich am besten am entgangenen Gewinn: Dieser stellt zum Beispiel bei Saisonartikeln bzw. Wertschwankungen unterliegenden Gegenständen so lange Schadensersatz statt der Leistung dar, wie der Gewinn noch realisierbar ist. Ab dem Zeitpunkt aber, in welchem der Gewinn nicht mehr realisierbar ist, weil die Verkaufsgelegenheit wegen des Saisonendes oder eines endgültigen Kursverfalls vorüber ist, ist dieser trotz fortbestehender Möglichkeit der Leistung Bestandteil des Schadensersatzes neben der Leistung (ggf. freilich in Form des Verzögerungsschadens). Das gilt auch dann, wenn der Schaden nur wegen des längeren Abwartens des Schuldners endgültig eingetreten ist²². Ein typischer Fall des Schadensersatzes neben der Leistung ist damit der Verzögerungsschaden, denn er beruht gerade nicht darauf, dass die Leistung endgültig ausbleibt, sondern tritt während bzw. mit dem Laufe der Verzögerung endgültig ein, weil er durch die spätere Erbringung der Leistung nicht behoben wurde. Das Gesetz stellt den Ersatz dieses Schadens aber – wie bisher – unter die Voraussetzung des Verzugs (§§ 280 II, 286 BGB).

Als eine der ersten vehement diskutierten Streitfragen hat sich dabei die Qualifikation des *mangelbedingten Betriebsausfalls* erwiesen. Es geht dabei um das Problem, ob der infolge der Lieferung einer mangelhaften Sache bzw. Erbringung einer mangelhaften Werkleistung durch die Gebrauchsuntauglichkeit des Gegenstands eingetretene Verlust als Verzögerungsschaden oder als „einfacher“ Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizieren ist. Praktisch ist dies von erheblicher Relevanz, weil im Fall einer Qualifikation als Verspätungsschaden der Schaden, obwohl endgültig eingetreten, erst ab dem Zeitpunkt des Verzugesintritts, das heißt im Regelfall einer Mahnung ersetzbar ist. Die besseren dogmatischen wie teleologischen Gründe sprechen hier für eine Qualifikation als „einfacher“ Schadensersatz neben der Leis-

tung²³. Eine Restfunktion bleibt dem Verzögerungsschaden freilich auch hier vorbehalten²⁴: Hat der Verkäufer die Lieferung der mangelhaften Sache nicht zu vertreten, kann Betriebsausfallschaden als weitere Anspruchsgrundlage auf die Verzögerung der nach § 439 I BGB geschuldeten Nacherfüllung gestützt werden. *Dieser* Schaden ist eindeutig Verzögerungsschaden und damit nach § 280 I, II i. V. mit § 286 BGB nur unter der weiteren Voraussetzung des Verzugs ersatzfähig, weil er nicht auf einer Schlechtleistung, sondern auf einem vollständigen Ausbleiben der geschuldeten Nacherfüllung beruht. Rechtsprechung liegt hierzu noch nicht vor.

3. Die Verweisungstechnik des Gesetzes und der Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Die Klassifizierung der verschiedenen Schadensarten führt dazu, dass § 280 I BGB als zentrale Anspruchsgrundlage nur in den Fällen des „einfachen“ Schadensersatzes „neben der Leistung“, das heißt unter Ausschluss des Verzögerungsschadens, als Anspruchsgrundlage selbst genügt. Für den Schadensersatz statt der Leistung müssen die weiteren Voraussetzungen einer der Tatbestände der §§ 281–283 BGB vorliegen. Es sind dies derjenige der Verzögerung der Leistung (§ 281 BGB), der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung (§ 283 BGB) sowie der Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten (§ 282 BGB). Für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit besteht eine spezielle Regelung in § 311 a II BGB.

Da der Verzug seinerseits Vertretenmüssen voraussetzt (§ 286 IV BGB), bedeutet dies für den Ersatz des Verzögerungsschadens aus § 280 I, II i. V. mit § 286 BGB, dass sich das Vertretenmüssen nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit, sondern auf denjenigen des Eintritts der objektiven Verzugsvoraussetzungen bezieht²⁵. Das Problem ist praktisch wohl von untergeordneter Bedeutung, da in den meisten Fällen das zum Fälligkeitszeitpunkt vorliegende Vertretenmüssen auch zum Zeitpunkt des Eintritts der objektiven Verzugsvoraussetzungen fortwirkt. Fällt das Vertretenmüssen hingegen nach Verzugsintritt weg, so gilt ohnehin die Zufallshaftung des § 287 S. 2 BGB. Dennoch sind Fälle etwa höherer Gewalt oder äußerer Eingriffe denkbar, in welchen das Vertretenmüssen zwischen Fälligkeit und Verzug wegfällt und der Schuldner daher nicht in Verzug gerät. Dasselbe Problem des Bezugspunkts des Vertretenmüssens stellt sich beim Schadensersatz statt der Leistung wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 I, III mit § 281 BGB. Auch hier muß die Frage des Vertretenmüssens auf den Zeitpunkt

20 S. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); zust. Ernst, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 280 Rdnr. 67; Staudinger/Otto, Neubearb. 2004, § 280 Rdnr. E 7; a. A. Ermani/Grunewald, BGB, 11. Aufl. (2004), § 437 Rdnr. 14.

21 Das ist im Grundsatz ganz h. M.; s. nur Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), Vorb. § 281 Rdnr. 3, § 280 Rdnr. 18; Canaris, in: E. Lorenz (o. Fußn. 4), S. 34; ders., ZIP 2003, 321 (322); Medicus, JuS 2003, 521 (528); S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Ernst, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 280 Rdnr. 66.

22 Das Abwarten des Schuldners bzw. der fehlende Hinweis auf einen endgültig drohenden Schaden kann freilich Mitverschulden i. S. von § 254 II BGB begründen.

23 So die wohl überwiegende Ansicht, s. Ernst, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 280 Rdnr. 55, 48; Canaris, ZIP 2003, 321; Staudinger/Otto (o. Fußn. 20), § 280 Rdnr. E 30; Lorenz/Riehm (o. Fußn. 19), Rdnr. 546 f.; S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2501 Fußn. 32); Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 437 Rdnr. 61, jew. m. w. Nachw.; zur Gegenansicht s. Dauner-Lieb, in: AnwKomm (o. Fußn. 16), § 280 Rdnr. 43; Emmerich, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), Vorb. § 281 Rdnr. 18; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2004), S. 98.

24 S. dazu insb. Canaris, in: E. Lorenz (o. Fußn. 4) S. 42 ff., 47.

25 Kohler, JZ 2004, 961 (963 f.); Ermani/Hager (o. Fußn. 20), § 286 Rdnr. 56; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), § 286 Rdnr. 39; a. A. Ernst, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 286 Rdnr. 104, unter Hinw. auf BGH, Urt. v. 7. 3. 1989 – X ZR 61/87, juris; s. dazu aber Ermani/Hager (o. Fußn. 20), § 286 Rdnr. 56.

des Eintritts der objektiven Anspruchsvoraussetzungen, das heißt in der Regel auf den Ablauf der Nachfrist, bezogen werden, sofern deren Setzung bzw. Ablauf nicht nach § 281 II BGB entbehrlich ist²⁶. Fehlendes Vertretenmüssen zur Zeit der Fälligkeit alleine entlastet den Schuldner also nicht, er muss vielmehr darüber hinaus nachweisen, dass auch zur Zeit des Fristablaufs kein Vertretenmüssen vorliegt²⁷. Von praktischer Relevanz kann dies insbesondere im Falle der mangelhaften Leistung sein: Hat etwa ein Verkäufer bzw. Werkunternehmer im Falle eines behebbaren Mangels zwar den ursprünglichen Mangel, trotz § 287 S. 2 BGB aber nicht das Unterlassen der nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB bzw. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB geschuldeten Nacherfüllung zu vertreten, so haftet er zwar nach § 280 I BGB im Hinblick auf die zu vertretende Schlechtleistung auf Schadensersatz *neben* der Leistung (unter Einschluss des nicht § 280 II BGB unterfallenden mangelbedingten Verzögerungsschadens), nicht aber auf Schadensersatz statt der Leistung. Damit ergeben sich auch keine Schutzlücken, denn der Käufer/Besteller kann sämtliche Begleitschäden, Nutzungsausfall usw. ersetzt verlangen und gem. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten. Erfasst werden dabei Fälle, in welchen der Verkäufer mit der Nacherfüllung mangels erforderlicher Mahnung nicht in Verzug ist und die Nacherfüllung aus Gründen unterbleibt, die ihre Ursache nicht in der ursprünglichen Mangelhaftigkeit der Kaufsache haben. Hat der Verkäufer/Werkunternehmer hingegen die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten, haftet er auch dann, wenn er den ursprünglichen Sachmangel selbst nicht zu vertreten hatte.

4. Verzögerung der Leistung, *ius variandi* des Gläubigers und die „Hängepartie“ des Schuldners

Anders als nach früherem Recht (§ 326 I 2 BGB a. F.) führt nach neuem Schuldrecht der Ablauf einer dem Schuldner gesetzten Frist zur Erfüllung bzw. Nacherfüllung nicht zum Wegfall der Leistungspflicht. Der Gläubiger kann also dem säumigen Schuldner vollkommen risikolos eine Leistungsfrist setzen. Er erweitert damit lediglich das Spektrum seiner Rechte, weil er nach Ablauf der Frist zurücktreten (§ 323 BGB), mindern (§§ 441 I, 638 I BGB) sowie (bei Vertretenmüssen) Schadensersatz statt der Leistung verlangen, aber auch weiterhin den Erfüllungsanspruch geltend machen kann. Der Schuldner seinerseits hat keinerlei Möglichkeit, diesen Schwebezustand anders als durch das Angebot der geschuldeten Leistung zu beenden²⁸. Ist er aber dazu nicht sofort in der Lage, kann er in die Situation kommen, noch Leistungsbemühungen zu ergreifen, die sich später als sinnlos erweisen. Der Gläubiger kann so auf Kosten des Schuldners spekulieren. Man wird diesem Problem nur damit begegnen können, dass man im Einzelfall die Verwirkung von Rücktritt und großem Schadensersatz annimmt, wenn der Gläubiger den Schuldner sehenden Auges zu einem Zeitpunkt Aufwendungen machen lässt, in welchem er sich bereits zur Abstandnahme vom Erfüllungsanspruch entschlossen hat²⁹. Zu weit dürfte es hingegen *de lege lata* gehen, das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung nur innerhalb angemessener Frist zuzulassen³⁰. Rechtspolitisch besteht hier jedenfalls Nachbesserungsbedarf.

5. Aufwendungsersatz statt Schadensersatz statt der Leistung (§ 284 BGB)

Erste Judikatur gibt es bereits zum neu eingeführten Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 284 BGB. Diese wichtige Regelung greift nicht nur die – weiterhin gültige³¹,

wenngleich unnötige – frühere „Rentabilitätsvermutung“ beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf, sondern führt sie erheblich weiter. Sie gestattet es, auch bei der Verfolgung immaterieller Zwecke den Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen. Bei der Verfolgung materieller Zwecke enthebt die Regelung von komplizierten schadensersatzrechtlichen Erwägungen³². Die strenge Alternativität zwischen Aufwendungsersatz und Schadensersatz gilt nur für den Schadensersatz statt der Leistung, so dass es dem Gläubiger unbenommen bleibt, neben dem Aufwendungsersatz Schadensersatz „neben der Leistung“ etwa für Mangelgeschäden zu verlangen³³.

6. Das Rücktritts- und Widerrufsfolgenrecht

a) *Wertersatz und Wiederherstellung*. Eine Fülle von Streitfragen hat sich im Bereich des vollkommen neu strukturierten Rücktritts- und Widerrufsfolgenrechts entwickelt, deren praktische Relevanz freilich unterschiedlich zu beurteilen ist. Charakteristikum der Neufassung der §§ 346 ff. BGB ist es, dass – anders als nach früherem Recht – das Schicksal der zurückzugewährenden Gegenstände nicht mehr die Existenz des Rücktrittsrechts als solches beeinflusst. Verbrauch, Veräußerung, Verschlechterung, Untergang etc. des zurückzugewährenden Gegenstands führen vielmehr gem. § 346 II BGB zu einem Anspruch auf Wertersatz an Stelle der Rückgewähr. Die wohl herrschende Meinung steht dabei auf dem Standpunkt, dass diese Wertersatztatbestände aber erst dann an die Stelle des Rückgewähranspruchs *in natura* treten, wenn der Rückgewährschuldner hiervon nach § 275 BGB befreit ist. Danach hat also der Rückgewährschuldner, der den zurückzugewährenden Gegenstand veräußert oder beschädigt hat, zunächst eine (vom Vertretenmüssen unabhängige!) Pflicht, den Gegenstand zurückzuerwerben bzw. zu reparieren. Erst wenn er hiervon nach § 275 BGB befreit ist, könne er sich mit Wertersatz begnügen³⁴. Nach der Gegenansicht führen hingegen Veräußerung, Belastung, Umgestaltung und Beschädigung unabhängig von der Möglichkeit ihrer Beseitigung nur zu einer Wertersatzpflicht des Rückgewährschuldners, dem jedoch nach § 242 BGB die Befugnis einzuräumen sei, sich durch Wiederbeschaffung, Beseitigung der Belastung, Rückgängigmachung der Umgestaltung bzw. Reparatur und

26 So auch *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 4), § 281 Rdnr. 16; *Ernst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 281 Rdnr. 48; *Münch*, Jura 2002, 361 (358); *deidert a. A. U. Huber*, in: *Festschr. f. Schlechtriem*, 2003, S. 521 (528); widersprüchlich hingegen *Staudinger/Otto* (o. Fußn. 20), § 280 Rdnr. D 11.

27 Letzteres ist vollkommen unbestr., s. nur *Ernst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 281 Rdnr. 48 a. E.

28 Nimmt der Gläubiger diese an, entfallen das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Anderenfalls kommt er in Annahmeverzug, was es ihm nach § 242 BGB verwehrt, Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung geltend zu machen, s. *Canaris*, in: *E. Lorenz* (o. Fußn. 4), S. 49, ähnl. *Ernst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 281 Rdnr. 85: Annahmeverzug des Gläubigers hat dieselbe Wirkung wie Tilgung der Forderung.

29 Anhaltspunkte hierfür liefert die Rechtsprechung zum früheren Recht. So hatte *BGH*, NJW 2002, 669 (670), die Möglichkeit der Verwirkung des Rücktrittsrechts unter Hinweis auf die jetzt nicht mehr bestehende Möglichkeit der Fristsetzung nach § 355 BGB a. F. verneint.

30 So aber *Ernst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 281 Rdnr. 70.

31 *S. LG Bonn*, NJW 2004, 74, und dazu *S. Lorenz*, NJW 2004, 26, sowie *OLG Karlsruhe*, NJW 2005, 989 (991).

32 S. dazu etwa *OLG Stuttgart*, Urt. v. 25. 8. 2004 – 3 U 78/04: Ersatz für Aufwendungen des Käufers für nachträgliche Sonderausstattung eines mangelhaften Pkw (die Revision ist beim *BGH* unter dem Az. VIII ZR 275/04 anhängig).

33 *S. Lorenz*, NJW 2004, 26 (28) m. w. Nachw.

34 *Hager*, in: *AnwKomm* (o. Fußn. 16), § 346 Rdnr. 34; *Grothe*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 23), § 346 Rdnr. 18 f. (aber Vermutung des Unvermögens); *Gaier*, WM 2002, 1 (9); *Gaier*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 41; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 8; *Canaris*, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, S. XXXVII; *Schwab*, JuS 2002, 630 (631 f.).

Rückgewähr von der Wertersatzpflicht zu befreien³⁵. Für diese Ansicht spricht neben dem Wortlaut des Wertersatztatbestands³⁶ die Tatsache, dass ein vom Vertretenmüssen unabhängiger Anspruch auf Wiederherstellung im Fall der Beschädigung des zurückzugewährenden Gegenstands den Privilegierungstatbestand des § 346 III Nr. 3 BGB in Frage stellt.

b) *Höhe des Wertersatzes*. Für Unklarheiten hat auch die Regelung des § 346 II 2 BGB gesorgt, wonach bei der Höhe des Wertersatzes eine im Vertrag bestimmte Gegenleistung „zu Grunde zu legen“ ist³⁷. Aus der erst zum 1. 8. 2002 eingefügten Ausnahmeregelung in § 346 II 2 Halbs. 2 BGB, die im Falle des Wertersatzes für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens dem Rücktrittschuldner den Beweis eröffnet, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war, ergibt sich, dass es sich bei der Zugrundelegung der Gegenleistung nicht lediglich um eine widerlegliche Äquivalenzvermutung handelt, sondern die Maßgeblichkeit der vereinbarten Gegenleistung für den Wertersatz zumindest grundsätzlich definitiv festlegt³⁸. Das ist Gegenstand heftiger rechtspolitischer Kritik, *de lege lata* aber hinzunehmen. Abzulehnen ist auch die in der Literatur vorgeschlagene teleologische Reduktion der Regelung im Falle der Ausübung eines verbraucher-schützenden Widerrufsrechts. Da der Verbraucher, der den erworbenen Gegenstand beschädigt oder zerstört hat, bei Ausübung eines Widerrufsrechts gem. § 357 III 3 BGB ohnehin nur dann zum Wertersatz verpflichtet ist, wenn er sein Widerrufsrecht kannte bzw. darüber belehrt war, besteht hierzu keine Veranlassung³⁹. Auch der Zweck des Widerrufsrechts, die eigene rechtsgeschäftliche Entscheidung zu Lasten des Unternehmers revidieren zu können, präjudiziert nicht die Frage der Verantwortlichkeit des Verbrauchers für den in Kenntnis des Widerrufsrechts verursachten Untergang des erworbenen Gegenstands.

c) *Wertersatz und Privilegierung*. In wohl umgekehrt proportionalem Verhältnis zur praktischen Bedeutung steht die Diskussion um den Privilegierungstatbestand des § 346 III Nr. 3 BGB. Danach ist der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte nicht nur im Falle des zufälligen Untergangs bzw. der Verschlechterung des von ihm zurückzugewährenden Gegenstands, sondern auch dann von der Wertersatzpflicht befreit, wenn er den Untergang bzw. die Verschlechterung zwar fahrlässig verursacht, dabei aber die eigenübliche Sorgfalt gewahrt hat. Im Falle des Rücktritts des Käufers wegen eines Sachmangels bleibt es somit nicht nur (wie früher) dabei, dass der Verkäufer die bereits auf den Käufer übergegangene Gefahr (§ 446 BGB) des zufälligen Untergangs der Sache trägt, der Verkäufer trägt darüber hinaus auch das Risiko einfacher Fahrlässigkeit des Käufers, wenn diese der eigenüblichen Sorgfalt entspricht. Ratio für das „Zurückspringen der Sachgefahr“ beim zufälligen Untergang ist die bei gesetzlichen Rücktrittsrechten in der Regel vorliegende objektive Verantwortlichkeit des Rücktrittsgegners für den Rücktrittsgrund, wie etwa die Lieferung einer mangelhaften Sache oder die Erbringung einer mangelhaften Werkleistung⁴⁰. Die rechtspolitische Rechtfertigung dieses Arguments ist zwar wiederholt und zu Recht in Zweifel gezogen worden⁴¹, *de lege lata* sind die Regelung und der ihr zu Grunde liegende Gedanke aber hinzunehmen⁴². Da freilich diese *ratio* nichts mit der Kenntnis des Rücktrittsberechtigten von seinem Rücktrittsrecht zu tun hat, verbietet es sich angesichts der klaren Entscheidung des Gesetzgebers, die Norm generell im Rahmen einer teleologischen Reduktion unangewendet zu lassen, wenn der Rücktritts-berechtigte Kenntnis von seinem Rücktrittsrecht hatte⁴³.

Ratio für die Privilegierung des Schuldners auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ist, dass der Rücktritts-berechtigte, der in Unkenntnis der sich aus einem zukünftigen Rücktritt ergebenden Rückgewährpflicht von der Endgültigkeit des Erwerbs ausgehen darf, mit dem Gegenstand nicht sorgfältiger umgehen muß, als er dies mit eigenen Gegenständen gewöhnlich tut. Dieser Aspekt der Regelung ist damit einer von der Kenntnis des Rücktritts-berechtigten abhängigen teleologischen Reduktion zugänglich⁴⁴. Die mittlerweile wohl herrschende Meinung bejaht daher ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Rücktritts-berechtigten vom Rücktrittsgrund eine Haftung für jede Fahrlässigkeit, die zum Teil auf eine (analoge) Anwendung der eigentlich erst ab Erklärung des

Rücktritts tatbestandlich erfüllten Regelung des § 346 IV BGB⁴⁵, überwiegend aber auf die Verletzung einer Nebenpflicht zum sorgfältigen Umgang mit dem zukünftigen Rücktrittsgegenstand aus § 241 II BGB gestützt wird⁴⁶. Streitig ist dabei wiederum, ob eine solche Nebenpflicht bereits bei fahrlässiger Unkenntnis des Rücktrittsgrunds⁴⁷ oder erst ab positiver Kenntnis des Rücktrittsgrunds zu bejahen ist⁴⁸.

V. Kaufrecht

1. Der Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

a) *Richtlinienkonforme und richtlinienorientierte Auslegung*. Da der Gesetzgeber die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht auf deren persönlichen Anwendungsbereich, nämlich das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher beschränkt hat, sondern weite Teile der Richtlinienregelungen als Vorbild für das gesamte Kaufrecht genommen hat und überdies die in § 437 BGB aufgezählten kaufrechtlichen Rechtsbehelfe aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht resultieren, stehen nicht nur die §§ 474 ff. BGB, sondern auch die §§ 433 ff. BGB sowie weite Teile des allgemeinen Leistungsstörungenrechts unter dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung⁴⁹. Dieses stellt aber keine eigen-

- 35 S. Staudinger/Kaiser, Neubearb. 2004, § 346 Rdnr. 153; Erman/Bezenberger (o. Fußn. 20), § 346 Rdnr. 7; Benicke, ZGS 2002, 369 (371); Faust, in: juris PraxisKomm. BGB (jurisPK-BGB), § 346 Rdnr. 34.
- 36 Dieser stellt nämlich – anders als andere Normen des neuen Schuldrechts – nicht auf eine Leistungsbefreiung nach § 275 BGB, sondern lediglich auf die Tatsache der Veräußerung, Belastung, Umgestaltung oder Verschlechterung ab.
- 37 S. dazu insb. Canaris, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 3 (12 ff.).
- 38 H. M., s. etwa Canaris, in: Festschr. f. Wiedemann (o. Fußn. 37), S. 23; Staudinger/Kaiser (o. Fußn. 35), § 346 Rdnr. 155; Gaier, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 47.
- 39 So aber Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), § 357 Rdnr. 15; Grigoleit, NJW 2002, 1151 (1154); ebenso Arnold/Dötsch, NJW 2003, 187; wie hier Ulmer, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 357 Rdnr. 20.
- 40 S. Begr. d. RegE, BT-Dr 14/6040, S. 196.
- 41 S. zuletzt Thier, in: Festschr. f. Heldrich, 2005, S. 439 ff. m. w. Nachw.
- 42 Sie ist einer teleologischen Reduktion nur zugänglich, wenn – wie im Fall des § 313 III BGB – das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht auf einer Pflichtverletzung des Rücktrittsgegners beruht, s. Canaris (o. Fußn. 34), S. XLV.
- 43 So aber Schwab, JuS 2002, 630 (635); Hager, in: Festschr. f. Musielak, 2004, S. 202 f.; hiergegen zutreffend Kamanabrou, NJW 2003, 30 (31), sowie Thier, in: Festschr. f. Heldrich (o. Fußn. 41), S. 439 (449 f.). Dagegen spricht überdies die im Hinblick auf die *ratio* der Regelung konsequente abweichende Regelung in § 357 III 3 BGB bei Kenntnis des Widerrufsrechts, die als Ausnahmeregelung auch nicht analogiefähig ist, s. dazu auch Thier, ebda., S. 449 f.
- 44 Eine solche vertreten etwa Looschelders, SchuldR AT, 2. Aufl. (2004), Rdnr. 850; Hager, in: AnwKomm (o. Fußn. 16), § 346 Rdnr. 50; Arnold, Jura 2002, 154 (158); Thier, in: Festschr. f. Heldrich (o. Fußn. 41), S. 446; a. A. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 13 b; ders., in: Festschr. f. E. Schmidt, 2005, S. 99, mit dem Argument, der Rücktritts-berechtigte sei auch nach Kenntnis des Rücktrittsrechts auf die Weiterbenutzung der Sache angewiesen.
- 45 So etwa Grothe, in: Bamberger/Roth (o. Fußn. 23), § 346 Rdnr. 35; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 15; Gaier, in: MünchKomm (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 62.
- 46 So etwa Canaris (o. Fußn. 34), S. XLVI; Staudinger/Kaiser (o. Fußn. 35), § 346 Rdnr. 196 m. w. Nachw.
- 47 So die wohl überwiegende Ansicht, s. die Nachw. bei Staudinger/Kaiser (o. Fußn. 35), § 346 Rdnr. 196.
- 48 Für das Erfordernis positiver Kenntnis zuletzt Hager, in: Festschr. f. Heldrich (o. Fußn. 43), S. 195 (200); Thier, in: Festschr. f. Heldrich (o. Fußn. 43), S. 439 (448 f.) (unter Rückgriff auf die Wertung des § 819 I BGB). Andere wollen wiederum zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu § 346 III Nr. 3 BGB auf grobe Fahrlässigkeit abstellen, wiederum andere unabhängig von der Kenntnis die Privilegierung auf die eigenübliche Sorgfalt auch auf die Haftung wegen Pflichtverletzung anwenden, solange der Schuldner den Rücktritt noch nicht erklärt hat, so Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 4), § 346 Rdnr. 18.
- 49 Im allg. SchuldR die Unmöglichkeit- und Rücktrittsregelungen der §§ 275, 323, 326 BGB, im KaufR der Anspruch auf sachmangelfreie Leistung (§ 433 I 2 BGB) einschließlich seiner besonderen Ausgestaltung in Form des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB), der Fehlerbegriff (§ 434 BGB), die Regelung über die Garantien (§ 443 BGB) sowie die Verjährungsregelung des § 438 BGB.

ständige Auslegungsmethode dar, sondern verpflichtet die nationalen Gerichte, das eigene Recht innerhalb der ihm eigenen methodischen Grenzen (also insbesondere unter Beachtung des Verbots des *contra legem*-Judizierens) im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen⁵⁰. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs wirkt sich die Richtlinie im Falle einer überschießenden Umsetzung der Richtlinienregelung mittelbar auch auf das richtlinienfreie Recht aus. Da nämlich der Gesetzgeber in diesem Fall keine gespaltene, das heißt unterschiedliche Auslegung je nach dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beabsichtigt, ist der Regelungsgehalt der Richtlinie auch im Rahmen einer (allein im autonomen Recht wurzelnden) „richtlinienorientierten“ Auslegung zu beachten⁵¹.

b) *Einzelne Probleme der Richtlinienkonformität.* Bisher sind in der Literatur zahlreiche, zum Teil gravierende Probleme der Richtlinienkonformität diskutiert worden⁵². Richtlinienwidrig, aber einer Korrektur im Wege richtlinienkonformer Auslegung zugänglich ist etwa das Fristsetzungserfordernis für den Käufer einer mangelhaften Sache in Bezug auf Rücktritt und Minderung: Art. 3 V der VerbrauchsgüterkaufRL verlangt lediglich ein Nacherfüllungsverlangen und den Ablauf einer Frist, nicht aber deren Setzung durch den Verbraucher. Dem kann aber durch Anwendung von § 323 II BGB Rechnung getragen werden. Richtlinienwidrig, aber angesichts des klaren Wortlauts und des eindeutigen Willens des historischen Gesetzgebers einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich dürfte die sich aus §§ 439 IV, 346 I BGB ergebende Verpflichtung des Käufers zum Nutzungersatz im Falle der Nacherfüllung durch Neulieferung sein. Probleme ergeben sich weiter im Zusammenhang mit der Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 III BGB. Unklar ist, ob die Richtlinie hier ebenfalls den Ausschluss beider Nacherfüllungsalternativen zulässt. Auch erlaubt die Richtlinie – anders als das deutsche Recht – Rücktritt und Minderung auch im Falle erfolgreicher Nacherfüllung, wenn diese nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgt⁵³.

2. Problemschwerpunkte im Kaufrecht

a) *Begriff und Zeitpunkt des Sachmangels.* Keine besonderen Probleme scheint der Begriff des Sachmangels in § 434 BGB einschließlich der Einbeziehung von Montage(anleitungs)fehlern und Aliud- bzw. Mankolieferung⁵⁴ zu bereiten⁵⁵. Gleiches gilt für die Einbeziehung von Werbeangaben in den objektiven Fehlerbegriff⁵⁶. Im Zusammenhang mit dem subjektiven Fehlerbegriff war die Rechtsprechung sehr bald mit der Frage konfrontiert, wie sich dieser zum weitgehenden Verbot des Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf nach § 475 BGB verhält. Auch im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs steht den Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung frei, so dass etwa ein typischer Verschleißschaden bei einer als gebraucht verkauften Sache keinen Sachmangel begründet. Das kann natürlich nicht so weit führen, dass ein Pkw zum Preis eines gebrauchsfähigen Fahrzeugs „als Metallschrott“ oder als „Bastlerfahrzeug“⁵⁷ veräußert wird. Dazu bedarf es gar nicht des Rückgriffs auf das Umgehungsverbot des § 475 BGB. Das „Problem“ lässt sich vielmehr mit einem bloßen Hinweis auf den (übereinstimmenden) wahren Parteiwillen erledigen. Die Grenze zwischen einer zulässigen Beschaffenheitsvereinbarung und einer unzulässigen Haftungsbeschränkung dürfte wohl dort liegen, wo der Käufer das *Risiko* eines nicht erkannten Mangels tragen soll⁵⁸. Was den für das Vorliegen eines Sachmangels maßgeblichen *Zeitpunkt* betrifft, so stellt § 434 BGB auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab. Für die Frage der Beweislast kommt es hingegen nach § 363 BGB auf die Übergabe an. Vor diesem Zeitpunkt trägt der Verkäufer die Beweislast für die Mängelfreiheit, nach diesem Zeitpunkt muss der Käufer nicht nur das Vorliegen eines Mangels, sondern auch dessen Vorhandensein zur Zeit des Gefahrübergangs nachweisen. Beim Verbrauchsgüterkauf hilft hier § 476

BGB, der freilich durch den *BGH* eine überaus enge Auslegung erfahren hat⁵⁹. Nach dessen – in der Literatur heftig diskutierten⁶⁰ – Ansicht gilt die Vermutung nur für den Zeitpunkt des Mangels, nicht aber für das Vorliegen eines Mangels selbst. Tritt damit nach Gefahrübergang ein Sachmangel auf, so muss der Verbraucher beweisen, dass dieser oder ein ihn verursachender Grundmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat. § 476 BGB wird so zwar nicht vollkommen bedeutungslos, in vielen Fällen aber zur Makulatur. Einigkeit besteht hingegen darüber, dass die Mängelvermutung grundsätzlich auch bei gebrauchten Sachen Anwendung findet, das heißt dass diese nicht a priori wegen der „Art der Sache“ tatbestandlich ausgeschlossen sind⁶¹.

b) *Nacherfüllung.* Intensiv beschäftigt hat sich die Praxis mit dem im Kaufrecht neu eingeführten Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB. Er steht im Mittelpunkt einer Vielzahl von Entscheidungen.

aa) *Nacherfüllung beim Stückkauf.* Nach § 439 I BGB kann der Käufer im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache nach seiner Wahl Nacherfüllung entweder durch Mängelbeseitigung oder aber durch Lieferung einer neuen, mangelfreien Sache verlangen. Die Rechtsprechung steht dabei auf dem Standpunkt, dass auch beim Stückkauf ein auf Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache gerichteter Nacherfüllungsanspruch in Betracht kommt, wenn es sich hierbei um eine vertretbare Sache handelt⁶². Die Literatur stellt hingegen maßgeblich nicht auf das objektive und damit untaugliche Kriterium der Vertretbarkeit i. S. von § 91 BGB, sondern auf die „Ersetzbarkeit“ der Sache im konkreten Fall ab, für welche die „Vertretbarkeit“ allenfalls Indizfunktion haben kann. Maßgebend ist damit, ob der Kaufgegenstand nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen, gegebenenfalls nach dem hypothetischen Parteiwillen, durch einen anderen Gegenstand austauschbar sein soll⁶³. Damit

50 Grdl. *EuGH*, NJW 1984, 2021 (2022) – v. Colson und Kamann; AP § 611 a Nr. 2 – Harz, sowie Slg. 1990, I-4135 – Marleasing; aus der Rspr. des *BGH* s. zuletzt *BGH*, NJW 2002, 1881 (1882) – Heininger, m. umfangr. w. Nachw. der Rspr.; aus der jüngeren Lit. s. insb. *Canaris*, in: Festschr. f. F. Bydlinski, 2002, S. 47 ff.; *ders.*, JZ 2003, 831 (837), sowie speziell zum Verbrauchsgüterkauf *Unberath*, ZEuP 2005, 5.

51 S. dazu im Einzelnen S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), Vorb. §§ 474 ff. Rdnrn. 9 ff. m. w. Nachw.

52 S. dazu den Überblick bei S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), Vorb. §§ 474 ff. Rdnrn. 6 ff., sowie zuletzt *Unberath*, ZEuP 2005, 5.

53 Str., s. dazu die Nachw. bei S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), Vorb. §§ 474 ff. Rdnr. 21.

54 Zum Problem der Teilunmöglichkeit bzw. der teilweisen Mangelhaftigkeit s. *LG Rottweil*, NJW 2003, 3139, und dazu S. Lorenz, NJW 2003, 3097.

55 In der Lit. wird – ohne dass das Problem die Praxis bereits erreicht hätte – kontrovers diskutiert, ob die Gleichstellung des *aliud* mit dem Sachmangel auch beim Stückkauf (Lieferung eines *Identitätsaliuds*) Geltung beansprucht. Dies ist richtigerweise zu bejahen, s. etwa *Dauer-Liebl/Arnold*, JuS 2002, 1175 (1176); S. Lorenz, JuS 2003, 36 (38); zur Gegenansicht s. *Canaris* (o. Fußn. 34), S. XXIII, und im Anschluss daran *Lettl*, JuS 2002, 866 (871).

56 S. dazu *OLG München*, NJW-RR 2005, 494 (Katalogangaben über den zu verwendenden Kraftstoff eines Pkw).

57 S. *AG Marsberg*, ZGS 2003, 119.

58 Zu den Einzelheiten s. nur S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 475 Rdnr. 9 m. w. Nachw.

59 *BGH*, NJW 2004, 2299.

60 Gegen den *BGH* etwa S. Lorenz, NJW 2004, 3020; H. Roth, ZIP 2004, 2025; *Looschelders/Benzenberg*, VersR 2005, 233.

61 *BGH*, NJW 2004, 2299; *AG Potsdam*, ZGS 2003, 120; *OLG Köln*, ZGS 2004, 40. Das ist auch dann nicht der Fall, wenn der Käufer die gekaufte Sache durch einen Dritten hat einbauen lassen, s. *BGH*, NJW 2005, 283.

62 *LG Ellwangen*, NJW 2003, 517; *OLG Braunschweig*, NJW 2003, 1053, m. Bespr. *Canaris*, JZ 2003, 831.

63 S. insb. *Spickhoff*, BB 2003, 589 (590); *Canaris*, JZ 2003, 831; *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 4), § 439 Rdnr. 15 m. w. Nachw. I. d. R. dürfte es sich dann um einen beschränkten Gattungskauf handeln.

lassen sich sämtliche problematischen Fälle wie etwa der Verkauf von gebrauchten Sachen, Restpostenverkauf und dergleichen befriedigend lösen.

bb) *Inhaltliche Ausgestaltung des Nacherfüllungsanspruchs, Erfüllungsort und Nacherfüllungskosten.* Die Kosten der Nacherfüllung hat nach § 439 II BGB der Verkäufer zu tragen. Einig ist man sich wohl darüber, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung nicht etwa der Erfüllungsort der ursprünglichen Lieferpflicht ist, sondern der Ort, an dem sich die Sache ihrer Zweckbestimmung nach befindet⁶⁴; Nacherfüllung ist Bringschuld. Damit sind also auch etwaige Montagekosten, die zur Durchführung der Nacherfüllung anfallen, mitumfasst. Keinesfalls aber kann der Nacherfüllungsanspruch im Übrigen inhaltlich weiter gehen als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Da der Gesetzgeber den verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz der „Vertragskosten“ nach § 467 S. 2 BGB a. F. (bewusst) aufgegeben hat, ergibt sich also aus § 439 BGB im Falle der Nacherfüllung durch Neulieferung keinesfalls ein Anspruch auf Ersatz etwaiger frustrierter Montagekosten des Käufers⁶⁵. Ein solcher kann sich nur als vom Vertretenmüssen abhängiger Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzanspruch aus § 284 BGB ergeben⁶⁶.

cc) *Vorrang der Nacherfüllung: Das Recht zur zweiten Andienung und seine „Vereitelung“.* Heftigst umstritten ist das mit dem Schlagwort „Selbstvornahme der Nacherfüllung“ bezeichnete Problem des Vorrangs der Nacherfüllung vor den übrigen Rechtsbehelfen des Käufers/Werkunternehmers. Unbestritten ist, dass der Käufer/Besteller, der den Mangel der Kaufsache bzw. des Werks selbst behebt, ohne dem Verkäufer/Werkunternehmer vorher eine Nacherfüllungsfrist gesetzt zu haben, zumindest in der Regel die Möglichkeit von Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung verliert, sofern nicht im Einzelfall die Fristsetzung entbehrlich war und die Mängelrechte deshalb bereits vor diesem Zeitpunkt entstanden waren. Nach im Schrifttum im Ergebnis überwiegend vertretener Ansicht soll jedoch, sofern durch die Selbstvornahme die Nacherfüllung durch den Verkäufer unmöglich geworden ist⁶⁷, sich der Verkäufer ersparte Nacherfüllungsaufwendungen auf den Kaufpreisanspruch anrechnen lassen bzw. zurückerstatten müssen. Die mittlerweile auch vom BGH bestätigte Rechtsprechung sieht dies nahezu einhellig anders⁶⁸. Sie ist der – unrichtigen – Ansicht, dass das mit dem Nacherfüllungsanspruch korrelierende Recht des Verkäufers/Unternehmers zur „zweiten Andienung“ dadurch unterlaufen würde. Dies ist weder wertungsmäßig⁶⁹ noch dogmatisch⁷⁰ zutreffend, hat doch der Verkäufer das Recht zur zweiten Andienung nur um den Preis der von ihm zu tragenden Kosten der Nacherfüllung (§ 439 II BGB).

c) *Garantien beim Kauf.* Durch einen Eingriff des Gesetzgebers erledigt ist nunmehr das (Schein-)Problem der so genannten „limitierten Garantien“⁷¹. Spätestens seit dieser gesetzlichen Klarstellung der bereits bis dato bestehenden Rechtslage ist nun geklärt, dass ein Haftungsausschluss nur insoweit unwirksam ist, als er mit einer (selbstständigen oder unselbstständigen) Garantie im Widerspruch steht, dass aber die Reichweite der Garantie selbstverständlich allein dem Parteiwillen zu entnehmen ist. Die etwa im Bereich des M&A weithin üblichen, mit bestimmten Höchstgrenzen limitierten Garantien („caps“) sind also ebenso etwa wie vereinbarte Haftungsfreigrenzen („de minimis-Klauseln“) zweifellos zulässig.

Hiervon zu unterscheiden ist das bei der Frage des Vertretenmüssens (§ 276 BGB) anzuedelnde Problem der Übernahme von Garantie und Beschaffungsrisiko. Die wichtige Frage der Reichweite der Übernahme eines Beschaffungsrisikos, also ob etwa der Verkäufer einer Gattungssache eine verschuldensunabhängige Haftung auch für die Qualität des

gelieferten Gegenstands und damit etwa für Mangelfolgeschäden übernimmt⁷², ist in der Praxis noch nicht behandelt worden.

d) *Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts – Agenturgeschäfte.* Die Sonderregelungen über den Verbrauchsgüterkauf, die insbesondere durch eine weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit zu Lasten des Unternehmers charakterisiert sind⁷³, sind gem. § 474 I BGB nur im Verhältnis zwischen Unternehmern als Verkäufern und Verbrauchern als Käufern anwendbar. Vollkommen zutreffend hat der BGH bei der Frage der Verbrauchereigenschaft des Käufers i. S. von § 13 BGB insofern auf den Empfängerhorizont abgestellt, als ein Verbraucher, der sich als Unternehmer geriert, sich nach § 242 BGB nicht auf seine Eigenschaft als Verbraucher berufen kann und ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss sich dann nicht an § 475 BGB messen lassen muss⁷⁴. Die weitgehende Einschränkung der Zulässigkeit von Beschränkungen der Gewährleistung im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher wird wohl im Gebrauchtwagenhandel eine Renaissance der vor Einführung der Differenzbesteuerung aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen praktizierten Agenturgeschäfte mit sich bringen. Diese stellen, wie der BGH zutreffend festgestellt hat, nicht bereits per se einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 476 BGB dar. Ein solcher kommt nur dann in Betracht, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Gebrauchtwagenhändler als der Verkäufer des Fahrzeugs anzusehen ist, indem er etwa dem Verkäufer einen Mindestpreis garantiert und damit die wirtschaftlichen Vertragsrisiken trägt⁷⁵. Ist dies der Fall, scheint der BGH in den Rechtsfolgen zur Fiktion eines Vertrags zwischen dem Gebrauchtwagenhändler und dem Käufer zu tendieren⁷⁶.

e) *Lieferantenregress beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 478, 479 BGB).* Noch keine praktischen Erfahrungen gibt es zum Lieferantenregress nach §§ 478 f. BGB zu berichten. Sieht

64 S. etwa AG Menden, NJW 2004, 2171; Palandt/Putzo (o. Fußn. 4), § 439 Rdnr. 3a; Westermann, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 439 Rdnr. 7 m. w. Nachw.

65 So aber OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432: Kosten der Entfernung und Neuverlegung beim Austausch mangelhafter Fliesen als Nacherfüllungskosten.

66 S. dazu sowie zur Frage der Rücknahmepflicht eingehend S. Lorenz, ZGS 2004, 408.

67 Was nicht in allen Fallkonstellationen zu bejahen ist, s. dazu S. Lorenz, NJW 2003, 1417.

68 BGH, NJW 2005, 1348; LG Gießen, NJW 2004, 2906; AG Menden, NJW 2004, 2171; LG Aachen, NJOZ 2004, 772; AG Daun, NJW-RR 2003, 1465; AG Kempen, ZGS 2003, 440; anders nur LG Bielefeld, ZGS 2005, 79.

69 S. dazu eindrücklich Bydliński, ZGS 2005, 129.

70 S. dazu zuletzt S. Lorenz, NJW 2005, 1321; Tonner/Wiese, BB 2005, 903, sowie (umfassender) Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457.

71 Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen v. 2. 12. 2004 (BGBl. I, 3102), in Kraft getreten am 8. 12. 2004, hat in § 444 BGB sowie in § 639 BGB das Wort „wenn“ durch das Wort „soweit“ ersetzt.

72 Die h. M. verneint dies zu Recht, s. etwa Canaris, in: E. Lorenz (o. Fußn. 4), S. 45; ders., DB 2001, 1815; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535 (2536); Leenen, DSStR 2002, 34 (37); S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2503); zur Übernahme des Beschaffungsrisikos selbst (Haftung für anfängliches Unvermögen) s. OLG Karlsruhe, NJW 2005, 989.

73 Zum Erfüllungsort und zur Gefahrtragung beim Verbrauchsgüterkauf s. BGH, NJW 2003, 3341.

74 BGH, NJW 2005, 1045; aus europarechtlicher Sicht, auch zur Problematik des „dual use“, s. EuGH, NJW 2005, 635; zur (zu verneinenden) Verbrauchereigenschaft bei sog. Existenzgründergeschäften s. BGH, NJW 2005, 1273.

75 BGH, NJW 2005, 1039.

76 BGH, NJW 2005, 1039 (allerdings nur obiter); ebenso Faust, in: Bamberger/Roth (o. Fußn. 23), § 474 Rdnr. 7; a. A. etwa S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 475 Rdnr. 36.

man einmal von den wichtigen Detailfragen wie etwa dem Verhältnis von selbstständigem und unselbstständigem Regress⁷⁷ oder dem Problem unwirtschaftlicher Nachbesserungsaufwendungen ab⁷⁸, so ist die brennendste Frage hier ganz zweifellos diejenige nach dem verbleibenden Spielraum der Privatautonomie, denn die Privilegierung des Unternehmers/Letzverkäufers gegenüber seinem Lieferanten ist nach § 478 III BGB vertraglich nicht abdingbar, sofern dem Unternehmer nicht ein „gleichwertiger Ausgleich“ eingeräumt wird. Was als ein solcher „gleichwertiger“ Ausgleich angesehen werden kann, ob insbesondere bisher praktizierte pauschale Ausgleichssysteme⁷⁹ diesem Maßstab standhalten werden, ist eine vollständig offene Frage, die mit der für die Praxis erforderlichen Rechtssicherheit erst durch die Rechtsprechung geklärt werden kann. Man kann nur hoffen, dass sich die Rechtsprechung hier liberal erweisen wird, um die gewichtige gesetzgeberische Einschränkung der Vertragsfreiheit einigermaßen abzufedern. Bei grenzüberschreitenden Lieferverträgen ist für Verkäufer auf diesem Hintergrund das Ausweichen auf ein fremdes Vertragsstatut bzw. die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts jedenfalls eine überlegenswerte Option⁸⁰.

VI. Ausblick

Es konnten hier aus Raumgründen nur einige zentrale Problemschwerpunkte aufgezeigt werden⁸¹. Zusammenfassend lässt sich aber konstatieren, dass das „neue“ Schuldrecht trotz seiner Komplexität in der Praxis gut angekommen ist. Ein „substanzieller Verlust an Niveau“ ist ebenso wenig

erkennbar wie ein „nachhaltiger Qualitätsverlust in der juristischen Alltagsarbeit“⁸². Grundlegende Systemfehler sind bisher nicht hervorgetreten und auch nicht zu erwarten. Die vermehrte Relevanz von Grundsatzfragen mag zunächst einigen Klärungsbedarf hervorrufen, wird sich aber mittelfristig als Vereinfachung erweisen. Die in den ersten drei Jahren diskutierten Einzelfragen haben bereits jetzt einen solchen Detailcharakter erreicht, dass man darin nicht den Nachweis eines Niveauverlusts unseres Leistungsstörungenrechts, sondern nachgerade den Beweis einer zumindest in diesem Bereich nicht nur im Grundsatz gelungenen Reform sehen kann. Das bedeutet freilich nicht, dass schon alles geklärt wäre. Spannende Fragen insbesondere in Konkurrenzfragen sowie an den Schnittstellen des Leistungsstörungenrechts zu anderen Bereichen – erwähnt seien nur die Problematik des „weiterfressenden Mangels“ und der Einfluss der den §§ 346 ff. BGB zu Grunde liegenden Wertungen auf das Bereicherungsrecht (Saldotheorie) – sind in der Praxis noch ungelöst. ■

77 S. dazu S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 478 Rdnrn. 32 ff.

78 S. dazu S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 478 Rdnr. 30 m. w. Nachw.

79 S. dazu K. Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue SchuldR in der Praxis, 2003, S. 427, 431.

80 Zum internationalen Anwendungsbereich der §§ 478 f. BGB s. S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 3), § 478 Rdnrn. 10 f.

81 Für eine umfassende Bilanz s. S. Lorenz, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002 (i. Ersch.).

82 So aber die Prognose von Altmeyden, DB 2001, 1131.

Richter am AG Georg Dodegge, Essen

Das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz*

Zum 1. 7. 2005 ist das Betreuungsrecht abermals reformiert worden (BGBl I, 1073). Statt der geplanten Strukturreform mit einem Systemwechsel beschränkt sich das Gesetz weitgehend auf eine Neuordnung der Vergütungsvorschriften. Im Folgenden sollen die wesentlichen verfahrens- und materiell-rechtlichen Änderungen vorgestellt werden.

I. Verfahrensrechtliche Änderungen

Die verfahrensrechtlichen Änderungen zielen insbesondere darauf ab, die gerichtlichen Verfahrensabläufe zu optimieren.

Um in den Betreuungsverfahren ein Mindestmaß an richterlicher Erfahrung zu gewährleisten, sieht § 65 VI FGG vor, dass ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung nicht in Betreuungssachen tätig sein darf.

Daneben wird in § 65 a I, II FGG n.F. die Abgabe eines Betreuungsverfahrens erleichtert, da Betreuer und Betreutem lediglich noch Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist.

§ 68 b I a FGG eröffnet die Möglichkeit, ärztliche Gutachten aus dem Bereich der Pflegeversicherung zu verwerten und auf die Einholung eines Gutachtens im Verfahren auf die Bestellung eines Betreuers zu verzichten¹. Voraussetzung ist, dass ein vom Medizinischen Dienst für die Pflegekasse erstelltes Gutachten dem Gericht die Feststellung ermöglicht, ob die medizinischen Voraussetzungen zur Bestellung eines Betreuers nach § 1896 I BGB erfüllt sind². Solche Gutachten

darf das Gericht nebst vorhandener Befunde anfordern, aber nur mit Einverständnis des Betroffenen verwerten. Ermöglicht das Gutachten die zweifelsfreie Feststellung aller weiteren Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung³, kann von weiteren Begutachtungen abgesehen werden. Das Gericht kann dabei natürlich seine weiteren Erkenntnisquellen, wie Anhörungen und Beweiserhebung, nutzen. Das wird insbesondere hinsichtlich der Betreuungsbedürftigkeit, ihrer Dauer und dem Umfang der Aufgabenkreise einer Betreuung notwendig sein. Mit der Neuregelung dürften insbesondere bei irreversiblen und eindeutigen Krankheitsbildern, wie frühkindlicher Hirnschädigung, Residualzustand bei psychischer Krankheit oder Demenz, mit hinreichenden, weiteren Erkenntnismöglichkeiten zur zweifelsfreien Feststellung der Voraussetzungen einer Betreuerbestellung Gutachten entbehrlich werden.

* Der Autor ist als Vormundschaftsrichter am AG Essen tätig.

1 Mangels Verweisung auf § 68 b II FGG kann im Verfahren auf Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht auf eine Gutachteneinholung verzichtet werden.

2 Dies wird anhand eines ärztlichen Gutachtens des Medizinischen Dienstes möglich sein, weil die Pflegebedürftigkeit nach § 14 I SGB XI u. a. voraussetzt, dass der Betroffene an einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung leidet, die die Bewältigung der tagtäglichen Verrichtungen beeinträchtigt. Auch Rehabilitationsmöglichkeiten sind aufzuzeigen, § 18 II 1 und 5 SGB XI.

3 Dies ist im Wege des Freibeweises zu entscheiden. Der Gutachter muss im Einzelfall eine ausreichende Qualifikation aufweisen (bei den Pflegekassen sind zumeist Ärzte mit Erfahrungen in der Sozialmedizin tätig). Das Gutachten sollte – zumindest bei schubförmig verlaufenden Erkrankungen – zeitnah erstattet sein.