

# 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 Prof. Dr. Achim Schunder und Richter am LG Dr. Kai Nitschke  
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

1–2 2007

Seite 1–112

60. Jahrgang

8. Januar 2007

Professor Dr. Stephan Lorenz, München

## Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung\*

Seit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. 1. 2002 sind fünf Jahre vergangen. Nachdem zunächst die wissenschaftliche Durchdringung des neuen Rechts im Vordergrund stand, ist dieses insbesondere in den vergangenen drei Jahren zunehmend auch durch die Rechtsprechung geprägt worden. Der folgende Beitrag resümiert, schwerpunktmäßig für das Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht, die Entwicklung des jetzt gar nicht mehr so „neuen“ Rechts insbesondere in der jüngeren Rechtsprechung.

### I. Die Phase der Konsolidierung

Seit In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform vor fünf Jahren ist diese häufig Gegenstand resümierender Zwischenbilanzen gewesen<sup>1</sup>. Wollte man die „Bilanz dieser Bilanzen“ ziehen, so würde man feststellen, dass allenthalben Beruhigung eingetreten ist und auch scharfe Kritiker des Projekts konstatieren, dass die befürchteten dogmatischen und rechtspolitischen Flurschäden nicht eingetreten sind: Die grundlegenden systematisch-strukturellen Fragen des „neuen“ Rechts dürften zwischenzeitlich als geklärt gelten, „Grabenkämpfe“ sind, wenn es sie denn je gegeben habe sollte, schon lange nicht mehr zu konstatieren<sup>2</sup>. Das bedeutet freilich nicht, dass alles bereits ausgelotet wäre. Die Rechtswissenschaft ist, auch unter dem Eindruck zunehmenden Fallmaterials aus der Rechtsprechung, gleichsam zur „zweiten Runde“ vertiefter Betrachtung übergegangen, bei welcher – wer hätte es anders erwartet – natürlich auch neue Probleme auftreten und sich gelegentlich alte Probleme als „Wiedergänger“ erweisen<sup>3</sup>. Insbesondere haben sich zahlreiche Festschriftenbeiträge mit den wichtigsten Fragen vertieft auseinandergesetzt<sup>4</sup>. Die wichtigsten Erkenntnisse für die Rechtspraxis dürfte in den seit dem letzten Bericht in dieser Zeitschrift<sup>5</sup> vergangenen Zeitraum die mittlerweile doch sehr reichhaltige Rechtsprechung zum neuen Schuldrecht geliefert haben. Dass der BGH (insbesondere dessen unter anderem für das Kaufrecht zuständiger VIII. Zivilsenat) mittlerweile in vielerlei Hinsicht das neue Recht geprägt hat, ist dabei insbesondere der streitwertunabhängigen Zulassungsrevision und der nur zu begrüßenden großzügigen Zulassungspraxis der Oberlandesgerichte zu verdanken. Da die Schuldrechtsreform nur dann wirklich als geglückt bezeichnet werden kann, wenn sie sich nicht nur im Hörsaal und in der Literatur, sondern auch und vor allem in der Rechtspraxis be-

währt, soll primär die neuere Rechtsprechung Gegenstand des vorliegenden Berichts sein.

### II. Allgemeines Schuldrecht

#### 1. Die Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen: Darlegungs- und Beweislast

Der zentrale Punkt der Schuldrechtsreform bestand in der Einführung des zentralen Haftungstatbestands der „Pflichtverletzung“ in § 280 I BGB. Von besonderer praktischer Bedeutung ist dabei in Bezug auf die Beweislast die Abgrenzung der Pflichtverletzung vom Vertretenmüssen des Schuldners, da Ersteres der Gläubiger darzulegen und zu beweisen hat, während Letzteres nach § 280 I 2 BGB vermutet wird. Es besteht mittlerweile Einigkeit darüber, dass der Begriff der Pflichtverletzung bei erfolgsbezogenen Pflichten selbst im Falle der Unmöglichkeit und der damit nach § 275 I BGB einhergehenden Befreiung von der Primärleistungspflicht schlicht und einfach in der Tatsache besteht, dass die Leistung nicht bzw. nicht wie geschuldet erbracht wird. Alles weitere, das heißt die Gründe, welche dazu geführt haben, wird als Frage des Vertretenmüssens § 280 I 2 BGB vermutet. Wenn also der Treuhänder, der vereinnahmte Gelder herauszugeben hat, diese nicht mehr herausgeben kann<sup>6</sup>, so liegt bereits darin eine (objektive) Pflichtverletzung. Es muss damit nicht der Treugeber nachweisen, dass der Treuhänder

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

1 S. dazu etwa Dauner-Lieb, AnwBl 2004, 597; dies., AnwBl 2006, 430; S. Lorenz, Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht: Eine Zwischenbilanz, 2004; ders., NJW 2005, 1889; umfassend ders., in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 11; Saenger/Klockenbrink, ZGS 2006, 61; F. v. Westphalen, BB 2005, 1.

2 Anders aber das ebenso verfehlt wie unbelegte Urteil von Schermaier, JZ 2006, 330 (336), wonach das neue Leistungsstörungenrecht zeige, dass die deutsche Zivilrechtswissenschaft in zentralen Fragen in „fruchtlose, begriffsjuristische Grabenkämpfe verstrickt sei“.

3 So etwa das erledigt geglaubte „mortuus redhibetur“-Problem, ob der Untergang des erhaltenen Gegenstands beim Rücktrittsberechtigten zum Wegfall bzw. Nichtentstehen des Rücktrittsrechts führen kann (§ 351 BGB a.F.), s. dazu zuletzt eingehend G. Wagner, in: Festschr. f. U. Huber, 2006, S. 591.

4 Eine besonders hervorzuhebende Fundgrube ist die 2006 erschienene Festschr. f. Ulrich Huber.

5 S. Lorenz, NJW 2005, 1889.

6 Es handelt sich hierbei nicht um eine Geld(summen)schuld, sondern um eine der Stückschuld vergleichbare Geldherausgabeschuld, bei welcher Unmöglichkeit i. S. von § 275 I BGB eintreten kann.

eine Sorgfaltspflicht bei der Anlage der Gelder verletzt hat, die dann zum Totalverlust geführt hat, sondern der Treuhänder hat insoweit den Entlastungsbeweis zu führen<sup>7</sup>. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweislastregel im prozessualen Sinne, sondern um eine materiell-rechtliche Einwendung. Wichtigste Konsequenz daraus ist, dass der Gläubiger das Vertretenmüssen des Schuldners zur Schlüsseligkeit seiner Klage nicht einmal behaupten muss<sup>8</sup>. Dennoch ist § 280 I BGB deshalb keine *de facto*-Garantieverantwortung<sup>9</sup>. An den Entlastungsbeweis sind nämlich, wie der BGH ebenfalls betont hat, keine „übertriebenen Anforderungen“ zu stellen. Der Schuldner braucht nicht in jedem Fall speziell den Umstand zu beweisen, der die unverschuldete Schadensursache herbeigeführt hat. Es genügt, wenn er nachweist, dass er die als Ursachen in Betracht kommenden Umstände nicht zu vertreten hat, das heißt rein abstrakte Möglichkeiten, für die es keinen Anhaltspunkt gibt, müssen nicht widerlegt werden<sup>10</sup>. Auch im Fall des Rechtsirrtums ist der Entlastungsbeweis durchaus möglich<sup>11</sup>. Im Kaufrecht ist etwa anerkannt, dass den Verkäufer grundsätzlich keine Untersuchungspflichten in Bezug auf Mängel der Kaufsache treffen<sup>12</sup> und ein Hersteller oder Lieferant kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist, für dessen Verschulden der Verkäufer nach § 278 BGB einzustehen hätte<sup>13</sup>. Dass bei verhaltensbezogenen Pflichten wie insbesondere den Schutz- und Obhutspflichten i. S. von § 241 II BGB mangels geschuldetem Erfolg von einem *verhaltensbezogenen* Begriff der Pflichtverletzung ausgegangen werden muss, die in einem vom Gläubiger darzulegenden und zu beweisenden Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht besteht<sup>14</sup>, hat der BGH ebenfalls bestätigt<sup>15</sup>.

## 2. Garantieverantwortung und Übernahme von Garantien oder Beschaffungsrisiken in AGB

Im Gegensatz zum früheren Recht kommt es weder im Falle einer Gattungsschuld (§ 279 BGB a. F.) noch im Falle anfänglichen subjektiven Unvermögens (also insbesondere der Rechtsmängelhaftung) von Gesetzes wegen zu einer verschuldensunabhängigen Haftung. Nach dem erweiterten § 276 I BGB setzt eine verschuldensunabhängige Haftung vielmehr voraus, dass sich im jeweiligen Einzelfall – und sei es auch im Wege der Auslegung – dem Parteiwillen die Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos entnehmen lässt. Ob und inwieweit dies allein schon bei der Übernahme einer Gattungsschuld bzw. Beschaffungsschuld der Fall ist, ist überaus streitig und durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt<sup>16</sup>. Jedenfalls aber hat der BGH im Falle anfänglichen Unvermögens, das heißt für den Fall der Rechtsmängelhaftung, in welchem das frühere Recht ebenfalls von einer *gesetzlichen* Garantieverantwortung ausging, klargestellt, dass dies unter neuem Schuldrecht gerade nicht der Fall ist, sondern nur im Falle einer vertraglichen Garantieverantwortung gilt<sup>17</sup>. Der BGH ist aber noch einen – nicht unbedenklichen – Schritt weitergegangen und hat der neuen Rechtslage trotz der Tatsache, dass bis zum 1. 1. 2002 in Deutschland etwas anderes galt und auch etwa das UN-Kaufrecht von einer grundsätzlich verschuldensunabhängigen Verkäuferhaftung ausgeht, Leitbildfunktion für das AGB-Recht zugemessen<sup>18</sup>: Die vertragliche Übernahme einer solchen Garantie im Wege von AGB sei auch im Verhältnis zwischen Unternehmern nach § 307 I BGB unwirksam, weil sie den Verkäufer dem Risiko einer unübersehbaren Schadensersatzhaftung aussetze. Aus der Tatsache, dass den Verkäufer nach der gesetzlichen Regelung eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht nur im Fall einer vertraglichen Übernahme trifft, ergibt sich aber zugleich, dass das Unterlassen einer solchen Vereinbarung rechtlich keinen

Haftungsausschluss, sondern lediglich eine Tatbestandsvermeidung darstellt. Ein ausdrücklicher Ausschluss einer Garantie muss sich daher nicht am Maßstab einer Haftungsausschlussklausel messen lassen. Er ist trotz § 475 I BGB auch im Verbrauchsgüterkaufrecht möglich, in AGB wäre er nach § 307 III 1 BGB kontrollfrei<sup>19</sup>.

## 3. Die Abgrenzung der Schadensarten

Eine vielfach beschriebene Eigenart des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB besteht darin, dass die Tatbestandsvoraussetzungen je nach Art des geltend gemachten Schadens divergieren. Die danach notwendige Differenzierung zwischen „einfachem“ Schadensersatz (Abs. 1), Schadensersatz „wegen Verzögerung der Leistung“ (Abs. 2) und Schadensersatz „statt der Leistung“ (Abs. 3) ist auch auf der Rechtsfolgenebene von Bedeutung, weil § 284 BGB an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung die Geltendmachung von Aufwendungsersatz ermöglicht.

a) *Mangelbedingter Verzögerungsschaden*. Kontrovers wurde dabei in den letzten Jahren insbesondere die Frage diskutiert, ob der Folgeschaden, den ein Käufer dadurch erleidet, dass die gelieferte Sache auf Grund eines Sachmangels nicht funktionstüchtig ist (mangelbedingter Betriebsausfall), als Verzögerungsschaden gem. §§ 280 II, 286 BGB erst ab Verzugsbeginn oder als „einfacher“ Schadensersatz unmittelbar nach § 280 I BGB ersatzfähig ist. Das OLG Hamm hat diese Frage mittlerweile mit der wohl herrschenden Meinung in letzterem Sinne entschieden<sup>20</sup>. Die verzugsunabhängige Haftung setzt freilich voraus, dass der Verkäufer bereits die Lieferung einer mangelhaften Sache zu vertreten hat. Ist dies nicht der Fall, kann der Betriebsausfall allein als verzugsabhängiger Verzögerungsschaden in Bezug auf die Verzögerung der Nacherfüllung geltend gemacht werden, was voraussetzt, dass der Verkäufer diese zu vertreten hat<sup>21</sup>.

- 7 S. dazu BGHZ 165, 298 = NJW 2006, 986, wo freilich missverständlich von der Verletzung einer Pflicht zur „sicheren Verwahrung“ die Rede ist. Insoweit handelt es sich um eine Frage des Vertretenmüssens, also einer Sorgfaltspflichtverletzung, bezüglich derer sich der Schuldner entlasten muss.
- 8 Staudinger/Otto, BGB, Neubearb. 2004, § 280 Rdnr. D 2–4; Kohler, ZJP 118 (2005), 25; s. dazu auch die Begr. des RegE, BT-Dr 14/6040, S. 136, wonach der Schuldner „behaupten und beweisen“ muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Ebenso zur insoweit gleichlautenden Haftungsregelung in § 651 f BGB BGHZ 161, 79 = NJW 2005, 418.
- 9 So aber Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 81 ff., der von einer „garantieähnlichen Haftung“ spricht.
- 10 BGH, NJW 2005, 418, m. umfangr. Nachw. zur Rspr. zu § 282 BGB a. F.; aus der Lit. s. Staudinger/Otto (o. Fußn. 8), § 280 Rdnr. F 13; Ernst, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2003), § 280 Rdnrn. 37 f.
- 11 So in BGH, NJW 2005, 976.
- 12 S. etwa OLG Köln, ZGS 2006, 77.
- 13 S. nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl. (2007), § 437 Rdnr. 37 m. w. Nachw.
- 14 S. dazu nur S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1890) m. w. Nachw.
- 15 BGH, NJW 2006, 2262 (2263) (Abbrechen eine Zahns beim Verzehr eines Grilltellers in einem Restaurant).
- 16 S. dazu Canaris, in: Festschr. f. Wiegand, 2005, S. 179; S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1895); ders., in: E. Lorenz (o. Fußn. 1), S. 59 f. m. w. Nachw.
- 17 BGHZ 164, 196 (211) = NJW 2006, 47; ebenso bereits OLG Karlsruhe, NJW 2005, 989.
- 18 BGHZ 164, 196 (211) = NJW 2006, 47; zur Kritik an der zunehmenden Kontrolldichte von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr durch die Rspr. gerade auch in Bezug auf die Leitbildfunktion des neuen Schuldrechts s. zuletzt Berger, ZIP 2006, 2149.
- 19 S. Lorenz, in: E. Lorenz (o. Fußn. 1), S. 60; insoweit zustimmend Canaris, in: Festschr. f. Wiegand (o. Fußn. 16), S. 179 (219).
- 20 OLG Hamm, BeckRS 2006 07007. Zur Lit. s. die Nachw. bei S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1891).
- 21 Zu dieser „Restfunktion“ des Verzögerungsschadens s. insb. Canaris, ZIP 2003, 321.

b) *Aufwendungsersatz* (§ 284 BGB). § 284 BGB gestattet es dem Gläubiger, an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung den Ersatz derjenigen Aufwendungen zu verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, „es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden“. Die Regelung findet, wie der BGH mittlerweile klargestellt hat, auch auf Aufwendungen für kommerzielle Zwecke Anwendung und enthebt damit im Einzelfall von äußerst komplizierten schadensersatzrechtlichen Erwägungen und Beweisproblemen. Vergebliche Aufwendungen definiert der BGH dabei als freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung oder der nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldners als nutzlos erweisen. Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach ohne Rücksicht auf eine dadurch erfolgte Wertsteigerung vergeblich, wenn der Käufer die Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann<sup>22</sup>. Ob der Gegenstand dieser Aufwendungen für den Käufer anderweitig verwendbar wäre, ist für die Ersatzpflicht des Verkäufers grundsätzlich ohne Bedeutung. So konnte der Käufer eines Kfz die für Überführung, Zulassung und bestimmte Sonderausstattungen aufgewendeten Kosten unabhängig davon, ob die Aufwendungen zu einer Werterhöhung des Fahrzeugs geführt haben oder für ihn etwa nach Ausbau anderweitig verwendbar wären, nach § 284 BGB liquidieren. Der Aufwendungsersatzanspruch ist in seiner Höhe auch nicht auf den Ersatz notwendiger Verwendungen i.S. von § 347 II BGB oder eine vorhandene Bereicherung des Verkäufers beschränkt. Hat der Käufer die Kaufsache zeitweise genutzt, so mindert sich der Anspruch allerdings entsprechend der Nutzungsdauer, da die Aufwendungen insoweit nicht „vergeblich“ waren<sup>23</sup>. Gutachterkosten konnten als Schadensersatz „neben“ der Leistung nach § 280 I BGB zusätzlich zum Aufwendungsersatz geltend gemacht werden, weil der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB „eine Alternative allein zum Schadensersatz *statt der Leistung*, nicht zum Schadensersatz schlechthin“ ist<sup>24</sup>.

#### 4. Das *ius variandi* des Gläubigers und die „Hängepartie“ des säumigen Schuldners: Keine rechtsgestaltende Wirkung des (Nach-)Erfüllungsverlangens

Auch mit der nicht nur im allgemeinen Schuldrecht, sondern gerade auch im Kauf- und Werkvertragsrecht virulenten Frage des *ius variandi* des Gläubigers nach Ablauf einer dem Schuldner gesetzten Nachfrist hat sich mittlerweile der BGH befasst: Leistet der Schuldner nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger nach Ablauf einer dem Schuldner gesetzten Nach(erfüllungs)frist gem. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten und/oder – soweit Vertretenmüssen vorliegt – nach §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Anders als nach früherem Recht ist weder eine Ablehnungsandrohung erforderlich<sup>25</sup>, noch entfällt mit Ablauf der Nachfrist der Erfüllungsanspruch. Damit kann etwa ein Käufer nach Ablauf der dem Verkäufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache gesetzten Nachfrist weiterhin Nacherfüllung verlangen oder aber vom Vertrag zurücktreten und/oder, sofern der Verkäufer das Unterlassen der Nacherfüllung zu vertreten hat<sup>26</sup>, Schadensersatz statt der Leistung bzw. Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangen. Dabei handelt es sich, wie der BGH jetzt im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur bestätigt hat, *nicht* um eine Wahlschuld i.S. von § 262 BGB. Die Rechtsbehelfe stehen vielmehr im Verhältnis so genannter „elekti-

ver Konkurrenz“<sup>27</sup>. Das hat zur Folge, dass der Schuldner/Verkäufer diesen Schwebezustand nicht durch eine Fristsetzung nach § 264 II BGB beenden kann<sup>28</sup>. Der Erfüllungsanspruch erlischt erst, wenn der Käufer den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung *verlangt* (§ 281 IV BGB). Macht er aber zunächst nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist weiter den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend, kann er grundsätzlich (d.h. insbesondere vorbehaltlich § 242 BGB) jederzeit zu Rücktritt oder Schadensersatz übergehen, ohne dem Verkäufer erneut eine Frist setzen zu müssen: Das (Nach-)Erfüllungsverlangen hat *keine rechtsgestaltende Wirkung*<sup>29</sup>.

Offengelassen hat der BGH dabei die Frage, ob der Gläubiger, der nach Ablauf der Nachfrist zunächst weiterhin (Nach-)Erfüllung verlangt, nach § 242 BGB zumindest noch bis zum Ablauf der dafür erforderlichen Zeit warten muss, bevor er den Rücktritt erklären darf<sup>30</sup>. Ebenso hat der BGH offengelassen, ob der Schuldner den Gläubiger zumindest durch das Angebot der Leistung zu einer Entscheidung zwingen kann. Letzteres wird in der Literatur überwiegend bejaht: Bietet der Schuldner die Leistung an und erklärt der Gläubiger daraufhin nicht den Rücktritt bzw. macht er nicht den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend, so kommt er auch nach Ablauf der Nachfrist in Annahmeverzug mit der Folge, dass sein Rücktrittsrecht und sein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wie im Falle der Erfüllung erlöschen<sup>31</sup>.

### III. Kaufrecht

Im Zentrum der Rechtsprechung zum Kaufrecht standen vornehmlich Fragen des Verbrauchsgüterkaufs. Besondere Bedeutung erlangten hier die Überlagerung des deutschen Kaufrechts durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (VerbrGKRL), die sich daraus ergebenden methodischen Fragen richtlinienkonformer und richtlinienorientierter Auslegung<sup>32</sup> sowie deren Grenzen<sup>33</sup>.

#### 1. Sachmangel

a) *Die Vermutung des § 476 BGB und ihr Ausschluss*. Mittlerweile mehrfach bestätigt hat der BGH seine enge Auffassung von der Reichweite der Vermutung des § 476 BGB. Danach enthält § 476 BGB eine nur in *zeitlicher* Hinsicht wirkende Vermutung, dass ein während der ersten sechs

22 S. auch BGH, NJW 2006, 1198 (1199): Aufwendungsersatz bei einem Grundstückskaufvertrag in Gestalt der Kosten für den Makler, für die Eintragung eines Grundpfandrechts zur Kaufpreisfinanzierung, der Finanzierungskosten sowie einer an einen Umzugsunternehmer gezahlten Entschädigung für einen nicht durchgeführten Umzug.

23 BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848, s. dazu insb. die Bespr. von Gsell, NJW 2006, 125. Der BGH lässt dabei offen, ob diese Minderung des Aufwendungsersatzes alternativ auch im Rahmen des vom Käufer im Rahmen der Rückabwicklung nach § 346 I BGB geschuldeten Nutzungsersatzes Berücksichtigung finden kann.

24 BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848.

25 Womit eine wesentliche Haftungsfälle für Rechtsanwälte weggefallen ist, s. dazu nur jüngst BGH, NJW 2006, 3494.

26 Zum Bezugspunkt des Vertretenmüssens s. u. III 2 h.

27 BGH, NJW 2006, 1198 (1199), m. ausf. Literaturnachw.; für eine Wahlschuld hingegen Schwab, JZ 2006, 1030 (1031); ebenso OLG Celle, NJW 2005, 2094 (Vorinstanz zu BGH).

28 Auch eine analoge Anwendung dieser Regelung bzw. von §§ 281 IV, 314 III oder § 350 BGB schließt der BGH aus, s. dazu zuletzt Kleine/Scholl, NJW 2006, 3642 (3643) m. w. Nachw.; krit. hierzu insb. Schwab, JZ 2006, 1030.

29 A. A. insb. Schwab, JZ 2006, 1030 (1032).

30 Bejahend etwa Faust, in: Festschr. f. Huber (o. Fußn. 3), S. 239 (241); Ernst, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 281 Rdnr. 101 sowie § 323 Rdnr. 155.

31 So die Begr. d. RegE, BT-Dr 14/6040, S. 140, 185; Faust, in: Festschr. f. Huber (o. Fußn. 3), S. 239 (246); S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1892), jew. m. w. Nachw.; a. A. zuletzt Kleine/Scholl, NJW 2006, 3642 (3643).

32 Zu dieser Unterscheidung s. nur S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1893) m. w. Nachw.

33 Dazu zuletzt umfassend Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006.

Monate nach Gefahrübergang aufgetretener Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorlag. Nicht Gegenstand der Vermutung ist nach Auffassung des *BGH*, dass ein nachweislich bzw. unstreitig erst nach Gefahrübergang aufgetretener Sachmangel auf einen anderen, bei Gefahrübergang vorhandenen „Grundmangel“ zurückzuführen ist<sup>34</sup>. Angesichts der Verfestigung dieser Rechtsprechung ist trotz der daran in der Literatur geäußerten Kritik<sup>35</sup> nicht zu erwarten, dass der *BGH* diese Rechtsprechung in absehbarer Zeit revidieren wird.

Verbraucherfreundlich ist demgegenüber die Rechtsprechung des *BGH* zur Frage, wann die Vermutung des § 476 BGB „mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar“ ist. Entgegen einer verbreiteten Literaturansicht, welche die Vermutung wegen der Art des Mangels bereits dann ausschließen will, wenn der Defekt typischerweise jederzeit eintreten kann, stellt der *BGH* entscheidend auf die *Erkennbarkeit* des Mangels ab. Einen Vermutungsausschluss will er damit bei äußerlichen Beschädigungen nur dann bejahen, wenn diese bei Übergabe auch dem fachlich nicht versierten Käufer hätten auffallen müssen<sup>36</sup>.

Die *Vereinbarung* einer § 476 BGB entsprechenden Vermutungsregelung durch AGB im kaufmännischen Verkehr hat der *BGH* nach § 307 I BGB für unwirksam erachtet<sup>37</sup>.

b) *Die Unerheblichkeit des Sachmangels als Ausschlussgrund für Rücktritt und Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“; Konkurrenz zu § 123 BGB und c. i. c.* Nach § 437 Nr. 2 i. V. mit § 323 V 2 bzw. § 281 I 3 BGB kann der Käufer nicht zurücktreten bzw. Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“ verlangen, wenn „die Pflichtverletzung“ unerheblich ist. Ihm bleiben dann lediglich Minderung (s. § 441 I 2 BGB) bzw. „kleiner“ Schadensersatz in Höhe der Wertdifferenz. Dies stärkt den etwa auch im UN-Kaufrecht anzutreffenden Grundsatz der Vertragserhaltung: Der Käufer soll einen unerheblichen Mangel nicht zum Anlass nehmen können, sich von einem unter Umständen aus anderen Gründen bereuten Vertrag zu lösen. Nach Ansicht des *BGH* bezieht sich der Begriff der „Pflichtverletzung“ im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache allerdings nicht allein auf den Sachmangel, das heißt die Verletzung der Leistungspflicht, sondern auch auf die Verletzung vorvertraglicher Pflichten. So soll es dem Käufer auch im Falle eines unerheblichen Mangels gestattet sein, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen, wenn der Verkäufer über das Vorliegen des (als solchen unerheblichen) Mangels arglistig getäuscht hat<sup>38</sup>. Die Entscheidung ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen<sup>39</sup>.

Die Fallkonstellation wirft die weitere interessante Frage des Konkurrenzverhältnisses des Gewährleistungsrechts zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) und zur Vertragsaufhebung im Wege der culpa in contrahendo auf: Nach nahezu einhelliger Auffassung ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wegen ihrer abweichenden Schutzrichtung (Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit) durch das Gewährleistungsrecht nicht verdrängt, so dass es dem Käufer in einer solchen Fallgestaltung unbenommen bleibt, den Kaufvertrag anzufechten<sup>40</sup>. Dies war jedenfalls vor der Schuldrechtsreform anerkannt, und es besteht kein triftiger Grund, das Konkurrenzverhältnis im neuen Kaufrecht anders zu verstehen. Gleiches gilt für einen Vertragsaufhebungsanspruch aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, 241 II, 249 BGB), der im Falle der Arglist ebenfalls weder durch die Gewährleistungsvorschriften noch durch §§ 123, 124 BGB verdrängt wird (und der Regelverjährung unterliegt)<sup>41</sup>.

## 2. Der Nacherfüllungsanspruch

a) *Nacherfüllung beim Stückkauf.* Zu einer der in der Anfangszeit gerade auch aus dogmatischer Sicht heftig umstrittenen Fragen des Nacherfüllungsanspruchs liegt nun eben-

falls ein Urteil des *BGH* vor: Kann auch beim Stückkauf die Nacherfüllung gem. § 439 I BGB durch Lieferung einer anderen Sache erfolgen? Während die untergerichtliche Rechtsprechung hierfür bisher darauf abstellte, ob es sich um eine „vertretbare Sache“ i. S. von § 91 BGB handelte, stellte die Literatur überwiegend und zu Recht darauf ab, ob die Kaufsache nach dem gegebenenfalls hypothetischen Parteiwillen im Wege der Nacherfüllung durch eine andere Sache ersetzbar sein sollte. Dem hat sich nunmehr der *BGH* angeschlossen<sup>42</sup>. Damit lassen sich in der Tat sämtliche problematischen Fälle wie etwa der Verkauf von gebrauchten Sachen, Restpostenverkauf und dergleichen befriedigend lösen.

b) *„Vereitelung“ der Nacherfüllung.* Mehrfach bestätigt, aber auch differenziert hat der *BGH* seine in der Literatur weiterhin überwiegend kritisierte Ansicht zur Vereitelung der Nacherfüllung in den so genannten „Selbstvornahmefällen“. Nach dieser Rechtsprechung verhindert der Käufer, der in Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache den Mangel selbst beseitigt, ohne vorher dem Verkäufer eine notwendige Nacherfüllungsfrist gesetzt zu haben<sup>43</sup>, nicht nur das Entstehen eines Rücktritts- oder Minderungsrechts sowie eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. Er hat auch keinen Anspruch auf Ersatz bzw. Anrechnung der Nacherfüllungsaufwendungen, die der Verkäufer nach § 439 II BGB zu tragen gehabt hätte und sich durch die Selbstvornahme seitens des Käufers nunmehr erspart hat. Diese rigide Rechtsprechung führt offenbar auf der Ebene der Instanzgerichte in Versuchung, Gewährleistungsfälle vorschnell (und damit unter Verzicht auf Beweiserhebung über den Sachmangel) mit dem Hinweis auf eine vom Käufer verursachte Unmöglichkeit der Nacherfüllung zu „erledigen“. Aus diesem Grund hatte sich selbst das *BVerfG* im Rahmen einer erfolgreichen Willkürkontrolle in die Niederungen des Kaufrechts begeben und klarstellen müssen, dass der bloße Ankauf eines Ersatzteils durch den Käufer einer mangelhaften Sache noch nicht zur einer durch ihn verschuldeten Unbehebbarkeit des Mangels und damit zum Ausschluss seiner Gewährleistungsrechte führt<sup>44</sup>.

Der *BGH* hatte aber auch Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu differenzieren und dabei anerkannt, dass der Käufer nicht in jedem Fall, in welchem er durch Selbstvornahme oder in anderer Weise (etwa durch

34 Erstmals *BGH*, NJW 2004, 2299; bestätigt durch *BGH*, NJW 2005, 3490, und *BGH*, NJW 2006, 434.

35 S. aber auch die sehr differenzierte Stellungnahme von *Gsell*, JuS 2005, 967.

36 *BGH*, NJW 2005, 3490 (3492).

37 *BGHZ* 164, 196 (207 f.) = NJW 2006, 47.

38 *BGH*, NJW 2006, 1960.

39 S. etwa *S. Lorenz*, NJW 2006, 1925; *H. Roth*, JZ 2006, 1026, der freilich seinerseits Pflichtverletzung und Vertretenmüssen (in Form der Sorgfaltspflichtverletzung!) verwechselt. Dem *BGH* zustimmend aber etwa *Wertenbruch*, LMK 2006, 182969.

40 *Ganz h. M.*, vgl. nur *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 13), § 437 Rdnr. 54 m. w. Nachw.; anders aber *H. Roth*, JZ 2006, 1026 (1028); *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 437 Rdnr. 55, will hingegen die Erheblichkeitsgrenze des § 323 V S. 2 BGB auf § 123 BGB übertragen.

41 *S. OLG Köln*, NJW 2005, 1666, sowie (zum früheren Recht) *BGH*, NJW 1999, 1404 m. w. Nachw.; aus der Lit. s. *Lorenz/Riehm*, Lehrb. z. neuen SchuldR, 2002, Rdnr. 575; *Häublein*, NJW 2003, 388; *Grigolet/Herresthal*, JZ 2003, 118; *S. Lorenz*, NJW 2006, 1925 (1927); *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. (2007), § 437 Rdnr. 181; noch weitergehend *Canaris*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, S. 5 (90 f.); a. A. *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462 (463); *H. Roth*, JZ 2006, 1026.

42 *BGH*, NJW 2006, 2839, m. ausf. Nachw. zur Rspr. und Lit.

43 Ist eine Nacherfüllungsfrist bereits fruchtlos verstrichen oder ist die Fristsetzung nach §§ 281 II, 323 II oder § 440 BGB entbehrlich, stellt sich das Problem nicht. Es ist also stets vorrangig zu prüfen, ob eine Fristsetzung erfolgt ist bzw. entbehrlich war, beispielhaft etwa in *BGH*, NJW 2006, 1195.

44 *BVerfG*, BeckRS 2006, 26166.

Weiterveräußerung oder Zerstörung der Kaufsache) die Nacherfüllung verhindert, seine Gewährleistungsrechte verliert. Dies setzt vielmehr voraus, dass er die dadurch verursachte Unmöglichkeit der Nacherfüllung i. S. von § 323 VI BGB zu verantworten hat, das heißt eine ihm zurechenbare Obliegenheitsverletzung vorliegt<sup>45</sup>. Für die Selbstvornahmefälle bedeutet dies: Der Käufer muss dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung geben, wenn er damit rechnen muss, dass ein Defekt der Kaufsache einen Sachmangel i. S. von § 434 BGB darstellt. Das gilt insbesondere dann, wenn der Sachmangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang auftritt und dem Käufer die Vermutungswirkung des § 476 BGB zugute kommt<sup>46</sup>. Muss er dies nicht, bleiben ihm trotz Selbstvornahme das Rücktritts- und Minderungsrecht erhalten<sup>47</sup>.

c) *Erfüllungsort und Reichweite der Nacherfüllung*. Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung ist nach überwiegender Ansicht nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der Ort, an welchem sich die Kaufsache vertragsgemäß befindet<sup>48</sup>. Das bedeutet aber, wie das *OLG Köln*<sup>49</sup> gegenüber einer vielfach kritisierten früheren Entscheidung des *OLG Karlsruhe*<sup>50</sup> klargestellt hat, dass der Verkäufer im Wege der Nachlieferung allenfalls zum Ausbau der mittlerweile vom Käufer eingebauten Kaufsache<sup>51</sup>, nicht aber zum Wiedereinbau der nachgelieferten mangelfreien Sache verpflichtet ist<sup>52</sup>. Letzteres kann nur Gegenstand eines vom Vertretenmüssen abhängigen Anspruchs auf Ersatz des Mangelfolgeschadens aus § 280 I BGB bzw. eines Aufwendungsersatzanspruchs nach § 284 BGB sein.

d) *Nacherfüllung und Verjährung*. Weiterhin ungeklärt ist die Frage, ob im Falle der Nacherfüllung die in § 438 BGB geregelte Verjährung der Mängelrechte des Käufers erneut beginnt. Sofern in der Nacherfüllung zugleich ein (konkludentes) Anerkenntnis i. S. von § 212 I Nr. 1 BGB liegt, was keineswegs zwingend der Fall ist (man denke etwa an bloße Kulanzmaßnahmen), beginnt die Verjährung bereits aus diesem Grund neu. Anderenfalls kommt zunächst eine Hemmung nach § 203 BGB in Betracht, wenn der auf Nacherfüllung in Anspruch genommene Verkäufer das Nacherfüllungsbegehren nicht rundweg ablehnt<sup>53</sup>. Liefert der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung jedoch eine neue Sache, so wird man auch unabhängig von der Frage eines Anerkenntnisses von einem Neubeginn der Verjährung nach § 438 BGB auszugehen haben, weil nur so gewährleistet ist, dass dem Käufer die vom Gesetzgeber für angemessen erachtete Frist zur Entdeckung von Mängeln zur Verfügung steht<sup>54</sup>. Dies hat – wenngleich nur tendenziell und vorsichtig – auch der *BGH* zum Ausdruck gebracht<sup>55</sup>. Im Falle der Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung ist von einem Neubeginn der Verjährung nur in Bezug auf Ansprüche auszugehen, die durch den Mangel begründet werden, der Gegenstand der Nacherfüllung war<sup>56</sup>. Jedenfalls hat der *BGH* in einer AGB-Klausel, die (im kaufmännischen Verkehr) undifferenziert vorsieht, dass für im Wege der Nachlieferung durch den Lieferanten neu gelieferte oder nachgebesserte Teile die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt, keineswegs eine deklaratorische und damit nach § 307 III 1 BGB kontrollfreie Klausel, sondern eine nach § 307 I BGB unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gesehen.

e) *Das Fristsetzungserfordernis und seine Richtlinienkonformität*. In der Rechtsprechung weiterhin ungeklärt ist die in der Literatur weitgehend unstreitige Feststellung, dass das Fristsetzungserfordernis des § 323 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs richtlinienwidrig ist, da Art. 3 V der VerbrGKRL für Rücktritt und Minderung zwar ein Nacherfüllungsverlangen und die Nichtvornahme der Nacherfüllung binnen angemessener Frist, nicht aber eine Fristsetzung durch den Verbraucher verlangt. § 323 II Nr. 3 BGB lässt hier aber ausreichend Spielraum für eine – allerdings mit der

Verbrauchergüterkauf-Richtlinie persönlich auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher und sachlich auf Rücktritt und Minderung begrenzte – richtlinienkonforme Auslegung<sup>57</sup>.

f) *Das Verweigerungsrecht des Verkäufers (§ 439 III BGB) und sein Einfluss auf das Rücktrittsrecht*. Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet der Leistungsverweigerungsrechte aus § 275 II, III BGB<sup>58</sup> verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Vergleichsmaßstab ist dabei – wie im Falle von § 275 II BGB – nicht der Gewinn des Verkäufers, sondern der Nutzen der Nacherfüllungsmaßnahme für den Käufer<sup>59</sup>. Das *OLG Celle* hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob der Verkäufer diese Einrede auch dann noch erheben kann, wenn die Nacherfüllungsfrist bereits verstrichen und damit ein Rücktrittsrecht des Käufers bzw. ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bereits entstanden ist und dies verneint<sup>60</sup>. Dieser Erwägung vorgelagert ist freilich die Frage, ob Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch überhaupt entstehen können, wenn der Nacherfüllungsanspruch einredebehaftet ist. Im allgemeinen Leistungsstörungenrecht ist nämlich weithin anerkannt, dass – mit Ausnahme der Einrede aus § 273 I BGB – bereits das Bestehen der Einrede nicht nur den Eintritt des Verzugs i. S. von § 286 BGB, sondern auch das Entstehen von Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch statt der Leistung hindern, weil §§ 286, 281 I, 323 I BGB über ihren

45 *BGH*, NJW 2006, 1195, s. dazu eingehend *S. Lorenz*, NJW 2006, 1175.

46 *BGH*, NJW 2006, 1195.

47 *S. Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1178 f.).

48 *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 13), § 439 Rdnr. 3 a; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006); *S. Lorenz*, NJW 2005, 1889 (1895); *Westermann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 10), § 439 Rdnr. 7; *Thürmann*, NJW 2006, 3457 (3458); aus der Rspr. s. *AG Menden*, NJW 2004, 2171; *OLG München*, NJW 2006, 449 (450); zur Gegenansicht s. etwa *Skamel*, ZGS 2006, 227 m. w. Nachw.

49 *OLG Köln*, NJW-RR 2006, 677.

50 *OLG Karlsruhe*, ZGS 2004, 432, m. Anm. *S. Lorenz*, ZGS 2004, 408.

51 Dies setzt die nicht unproblematische, aber auf die frühere Rspr. des *BGH* zum Rücktrittsrecht stützbar Annahme voraus, dass mit dem Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der mangelhaften Sache (§§ 439 IV, 346 I BGB) ein Anspruch des Käufers auf Rücknahme korrespondiert (*BGHZ* 87, 104 = NJW 1983, 1479); krit. hierzu jüngst *Thürmann*, NJW 2006, 3457 (3460 f.).

52 Ebenso *AnwK-Büdenbender*, 2005, § 439 Rdnr. 27; *Haedicke*, ZGS 2006, 55 (59 f.); *Thürmann*, NJW 2006, 3457; wie *OLG Karlsruhe*, ZGS 2004, 432, hingegen *Terrabe*, VersR 2004, 680 (682), sowie *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 41), § 439 Rdnr. 18, mit dem nicht weiter begründeten Argument, der Verkäufer schulde im Wege der Nacherfüllung Herstellung desjenigen Zustands, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Nacherfüllung befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre.

53 *OLG Koblenz*, ZGS 2006, 117 (118).

54 So auch *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 41), § 438 Rdnr. 59 m. w. Nachw.; *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 13), § 438 Rdnr. 16 a; a. A. *Auktor/Mönch*, NJW 2005, 1686 (1687) (Neubeginn nur, soweit ein Anerkenntnis vorliegt).

55 *BGHZ* 164, 196 (206) = NJW 2006, 47, wonach bei Lieferung einer Ersatzsache der Neubeginn der Verjährung „die Regel“ sei.

56 Sehr str., vorsichtig in diese Richtung *BGH* (*BGHZ* 164, 196 [206] = NJW 2006, 47), wonach die Nachbesserung, „sofern sie überhaupt einen Neubeginn der Verjährung zu bewirken vermag“, regelmäßig nur insoweit Einfluss auf die Verjährung hat, als es sich um denselben Mangel oder um die Folgen einer mangelhaften Nachbesserung handelt.

57 S. dazu nur *S. Lorenz*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 10), Vorb. § 474 Rdnr. 20; *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (28 ff.), jew. m. w. Nachw.

58 Zum Verweigerungsrecht der Nacherfüllung nach § 275 II BGB s. *BGH*, NJW 2005, 2852.

59 Zu § 275 II BGB s. die klare und zutreffende Aussage in *BAG*, NZA 2005, 118: „Bezugspunkt für die Feststellung eines groben Missverhältnisses ist ausschließlich das Gläubigerinteresse und nicht das wirtschaftliche oder sonstige Interesse des Schuldners daran, für die Erfüllung der Leistungsschuld keinen „unerschwinglichen“ Aufwand betreiben zu müssen.“

60 *OLG Celle*, ZGS 2006, 429.

Wortlaut hinaus nicht nur einen fälligen, sondern einen *durchsetzbaren* Anspruch voraussetzen<sup>61</sup>. Ob dies auch für die Einrede aus § 439 III BGB gilt, ist in hohem Maße fraglich. Im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher dürfte eine solche Lösung überdies nicht richtlinienkonform sein, weil die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, wie dargelegt, keine Fristsetzung, sondern lediglich den fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist voraussetzt und der Verbraucher im Regelfall anders als der Unternehmer nicht beurteilen kann, ob die von ihm gewählte Art der Nacherfüllung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Vor diesem Hintergrund wird man jedenfalls im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher in Bezug auf das Rücktritts- und Minderungsrecht<sup>62</sup> eine Obliegenheit des Verkäufers anzunehmen haben, die Unverhältnismäßigkeitseinrede vor Ablauf der Nacherfüllungsfrist zu erheben. Aber auch darüber hinaus, das heißt auch in Bezug auf Schadensersatzansprüche sowie außerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie bietet sich dieselbe Überlegung an, die im Zusammenhang mit der Einrede nach § 273 BGB dazu führt, deren bloßes Bestehen nicht ausreichen zu lassen: Im Fall des § 273 BGB ist das bloße Bestehen der Einrede nicht als verzugshindernd anerkannt, weil das Gesetz dem Gläubiger in diesem Fall auf die Erhebung der Einrede hin eine rechtliche Reaktionsmöglichkeit (Abwendung durch Sicherheitsleistung gem. § 273 III BGB) einräumt. Ähnlich kann die Situation des Käufers sein, wenn der Verkäufer die Einrede nach § 439 III BGB erhebt: Würde bereits das Bestehen der Einrede ausreichen, wird dem Käufer die Möglichkeit genommen, sogleich die jeweils andere Art der Nacherfüllung geltend zu machen und insoweit wiederum die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts bzw. eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung schaffen. Aus diesem Grund kann das bloße Bestehen der Einrede aus § 439 III BGB das Entstehen eines Rücktrittsrechts nicht hindern, wenn der Käufer in einem solchen Fall auf die andere Art der Nacherfüllung zurückgreifen kann. Hat der Verkäufer hingegen ein „Totalverweigerungsrecht“, das heißt kann er jede (geschuldete) Art der Nacherfüllung nach § 275 II, III oder § 439 III BGB verweigern, ergibt sich eine solche Reaktionsmöglichkeit nicht. Die Einredeerhebung kann hier ein Rücktritts- oder Minderungsrecht ohnehin nicht verhindern, da dieses dann ohne das Erfordernis einer Fristsetzung besteht (§ 440 S. 1 BGB). Für den Schadensersatz statt der Leistung kommt es dann wiederum ausschließlich darauf an, ob der Verkäufer den einredebegründenden Umstand zu vertreten hat<sup>63</sup>. Grenzen kann hier allein die prozessuale Präklusion setzen.

g) *Nacherfüllung und Nutzungersatz*. Dem *EuGH* vorgelegt hat der *BGH* vor kurzem die kontrovers diskutierte Frage, ob der Käufer, dem im Wege der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache geliefert wurde, nach § 439 IV BGB nicht nur die zunächst gelieferte mangelhafte Sache zurückgeben muss, sondern auch zum Nutzungersatz in Form der Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) verpflichtet ist<sup>64</sup>. Dass sich dies nicht nur aus Wortlaut und Systematik des Gesetzes ergibt, sondern auch dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers entspricht, ist unstrittig. Zutreffend bezweifelt wird aber die Richtlinienkonformität dieses Ergebnisses in Bezug auf die entsprechenden Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Hält man die Verpflichtung zum Nutzungersatz zumindest in der vom deutschen Gesetzgeber vorgesehenen Form mit der wohl herrschenden Meinung, zu der auch der *BGH* tendiert, für richtlinienwidrig, stellt sich die methodisch spannende Frage der Grenzen des im Europarecht wurzelnden Gebots richtlinienkonformer Auslegung. Da dieses nach der Rechtsprechung des *EuGH* nicht zur Auslegung

*contra legem* zwingt, wenn die innerstaatliche Kompetenzverteilung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt dies nicht zulässt<sup>65</sup>, sind die nationalen Gerichte lediglich verpflichtet, „unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles (zu) tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“<sup>66</sup>. Hierzu sah sich der *BGH* angesichts der in jeder Hinsicht eindeutigen Lösung der *lex lata* zu Recht nicht in der Lage<sup>67</sup>. Damit hätte sich mangels Entscheidungserheblichkeit aber auch eine Vorlage der Frage der Richtlinienkonformität an den *EuGH* erübrigt<sup>68</sup>. Erachtet der *EuGH* die Nutzungersatzregelung des deutschen Rechts im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher für richtlinienwidrig, was allgemein prognostiziert wird<sup>69</sup>, sind Verbraucher, die nach der Gesetzeslage zum Nutzungersatz verpflichtet sind, auf Schadensersatzansprüche gegen den Staat beschränkt. Die Voraussetzungen eines solchen Staatshaftungsanspruchs wegen legislativen Unrechts nach der „Francovich“-Rechtsprechung des *EuGH*<sup>70</sup> dürften vorliegen.

h) *Unterlassene Nacherfüllung als Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung*. Es ist unbestritten, dass der Verkäufer unabhängig davon, ob er den Sachmangel selbst zu vertreten hat, *jedenfalls* dann auf Schadensersatz statt der Leistung haftet, wenn er das Unterlassen der Nacherfüllung zu vertreten hat. Eine Entlastung allein in Bezug auf die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist damit im Rahmen von § 280 I 2 BGB nicht ausreichend. Umstritten, wenngleich praktisch wohl von untergeordneter Bedeutung ist hingegen der umgekehrte Fall, in welchem der Verkäufer die Lieferung einer mangelhaften Sache, nicht aber das Unterlassen der Nacherfüllung zu vertreten hat. Die herrschende Auffassung in der Literatur tendiert dazu, auch in diesem Fall eine Haftung auf Schadensersatz statt der

61 S. dazu nur *Ernst*, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 281 Rdnr. 19, § 323 Rdnr. 47.

62 Schadensersatzansprüche werden von der Richtlinie nicht erfasst.

63 S. dazu S. Lorenz, in: E. Lorenz (o. Fußn. 1), S. 120.

64 *BGH*, NJW 2006, 3200 m. Anm. S. Lorenz.

65 S. dazu zuletzt die klare Aussage in *EuGH*, NJW 2006, 2465 (2467 Rdnr. 110). Die zeitlich davor liegende Entscheidung in Sachen Mangold (*EuGH*, NJW 2005, 3695) kann daher schon aus diesem Grund entgegen der Ansicht des BAG (NZA 2006, 1162) nicht so verstanden werden, „dass ein während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie erlassenes nationales Gesetz unanwendbar ist, wenn sein Inhalt im Widerspruch zu dem nach Art. 249 III EG verbindlichen Richtlinienziel steht und eine Möglichkeit zur gemeinschaftskonformen Auslegung nicht besteht“, da der *EuGH* in der Rechtssache Mangold letztlich nicht vom Vorrang einer Richtlinie, sondern von einem Vorrang des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ausging, der als Gemeinschaftsgrundrecht bereits ohne entsprechende Richtlinienumsetzung auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung findet, s. dazu speziell in Bezug auf die vorliegende Problematik P. Schmidt, ZGS 2006, 408 m. w. Nachw. Generell zur Kritik an der vom *EuGH* in Anspruch genommenen Normverwerfungskompetenz primärrechtswidrigen nationalen Rechts *Hailbronner*, NZA 2006, 811.

66 *EuGH*, NJW 2006, 2465 (2467 Rdnr. 111).

67 Anders die Vorinstanz *OLG Nürnberg*, NJW 2005, 3000; dazu *Fest*, NJW 2005, 2959; *Muthorst*, ZGS 2006, 90, sowie die Erstinstanz *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 2005, 2558; dazu *Wagner/Michal*, ZGS 2005, 368.

68 So auch S. Lorenz, NJW 2006, 3202; P. Schmidt, ZGS 2006, 408; a. A. Witt, NJW 2006, 3322 (3325), der die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung (und damit auch die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage) mit dem Konformitätswillen des Gesetzgebers begründen will, s. hiergegen unter anderem S. Lorenz, in: E. Lorenz (o. Fußn. 1), S. 106 f. m. w. Nachw.

69 S. neben den in Fußn. 65 Genannten die umfangreichen Nachw. in *BGH*, NJW 2006, 3200 bei Rdnr. 11. Bereits im Vorfeld der Reform hatte W. H. Roth, JZ 2001, 475 (489), auf die Richtlinienwidrigkeit hingewiesen. Richtlinienkonformität bejahend hingegen *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 41), § 439 Rdnr. 32; *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 439 Rdnr. 17; *Fest*, NJW 2005, 2959 (2961).

70 S. *EuGH*, NJW 1992, 165, sowie zuletzt *EuGH*, NJW 2006, 2465 (2468 Rdnr. 112).

Leistung zu bejahen. Der Verkäufer haftet damit, wenn er *entweder* die Lieferung der mangelhaften Sache *oder* das Unterlassen erfolgreicher Nacherfüllung zu vertreten hat<sup>71</sup>. Die Gegenansicht, welche grundsätzlich allein auf das Unterbleiben der Nacherfüllung abstellt<sup>72</sup>, kann sich auf eine entsprechende Aussage des *OLG Celle* berufen, die freilich im Kontext nicht eindeutig ist und deshalb keinesfalls überbewertet werden sollte<sup>73</sup>.

#### IV. Spezifische Fragen des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474 ff. BGB)

##### 1. Anwendbarkeit und Umgehungsverbot

a) *Unternehmerbegriff und Gewinnerzielungsabsicht; Scheinunternehmer, dual-use und Existenzgründerfälle.* Persönlich finden die §§ 474 ff. BGB nur Anwendung im Verhältnis zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer. Für den Unternehmerbegriff des § 14 BGB hat der *BGH* mittlerweile auf das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht verzichtet und im Hinblick auf einen autonom-europäischen Verbraucherbegriff auch denjenigen als Unternehmer qualifiziert, der zwar nachhaltig selbstständig oder gewerblich tätig ist, damit aber lediglich die Verluste aus einer aus Liebhaberei betriebenen Tätigkeit mindern will<sup>74</sup>. Bereits vor geraumer Zeit entschieden hat der *BGH*, dass ein Verbraucher, der dem Verkäufer vorspiegelt, Unternehmer zu sein, sich nach § 242 BGB nicht auf seine Verbrauchereigenschaft berufen kann<sup>75</sup>. Auch dies ist mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Sieht man aber einmal von diesen Fällen ab, so muss es aus Gründen des Verbraucherschutzes bei dem Grundsatz bleiben, dass Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft objektiv, das heißt ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit für den jeweils anderen Teil zu bestimmen sind. Korrekturen durch die Grundsätze der Rechtsscheinhafung, des Rechtsmissbrauchsverbots und der Irrtumslehre sind dabei natürlich nicht ausgeschlossen<sup>76</sup>.

Europarechtlich geprägt ist der Verbraucherbegriff auch in den so genannten „dual use“-Fällen, das heißt beim Abschluss eines Kaufvertrags sowohl zu unternehmerischen als auch zu privaten Zwecken. Nach der neuesten Rechtsprechung des *EuGH* zum gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff liegt in solchen Fällen nicht bereits bei Überwiegen des privaten Zwecks<sup>77</sup>, sondern erst dann ein Verbrauchergeschäft vor, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäfts eine nur ganz untergeordnete Rolle spielt. Das wird man, wenngleich das deutsche Recht hier wegen des Mindeststandardprinzips der Richtlinie großzügiger sein könnte, auf den Verbraucherbegriff des § 13 BGB übertragen können. Gleiches gilt für die Existenzgründergeschäfte, die erst der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit dienen. Sie sind nach herrschender Meinung in der Literatur, der sich nunmehr auch der *BGH* angeschlossen hat, im Umkehrschluss zu § 507 BGB *keine* Verbrauchergeschäfte<sup>78</sup>.

b) *Versteigerungen.* Vom Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts ausgenommen ist gem. § 474 I 2 BGB der Verkauf gebrauchter Sachen in öffentlicher Versteigerung. Der *BGH* hat hierzu klargestellt, dass sich der Begriff der „öffentlichen Versteigerung“ mit demjenigen in § 383 III BGB deckt, das heißt nur dann erfüllt ist, wenn die Versteigerung (auch freiwillig) durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer i. S. von § 34 b V GewO öffentlich erfolgt, was etwa bei Privatauktionen im Kunsthandel von Bedeutung ist<sup>79</sup>.

c) *Agenturgeschäfte.* Das weitgehende Verbot einer vertraglichen Beschränkung der Gewährleistungsrechte im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher durch § 475 BGB hat insbesondere im Gebrauchtwagenhandel zu einer Renaissance

der vor Einführung der Differenzbesteuerung aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen praktizierten Agenturgeschäfte geführt<sup>80</sup>: Autohändler, die den Altwagen eines Kunden beim Kauf eines Neuwagens „in Zahlung nehmen“, gehen wieder dazu über, diesen im Namen des Kunden weiterzukaufen. Ein Weiterverkauf an einen Verbraucher ist dann nämlich kein Verbrauchsgüterkauf, so dass ein Gewährleistungsausschluss frei von den engen Grenzen des § 475 BGB möglich ist. Agenturgeschäfte stellen, wie der *BGH* zutreffend festgestellt hat, nicht bereits per se einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 475 I 2 BGB dar, sondern sind grundsätzlich zulässig. Das Umgehungsverbot gerät allerdings dann ins Blickfeld, 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 trägt<sup>81</sup>. Ist dies der Fall, scheint der *BGH* in den Rechtsfolgen zur Fiktion eines Vertrags zwischen dem Gebrauchtwagenhändler und dem Käufer zu tendieren<sup>82</sup>.

d) *Leasingverträge.* Auch in der so genannten „leasingtypischen Abtretungskonstruktion“, bei welcher dem Leasingnehmer unter Ausschluss seiner mietvertraglichen Gewährleistungsansprüche die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers gegen den Verkäufer abgetreten werden, hat der *BGH* erfreulicherweise *kein* Umgehungsgeschäft gesehen<sup>83</sup>. Der Leasinggeber ist also keineswegs verpflichtet, dem Leasingnehmer/Verbraucher die gleichen Rechte wie im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs zu verschaffen<sup>84</sup>. Dies ist auch mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vereinbar<sup>85</sup>. Damit kann insbesondere der Verkäufer gegenüber dem Leasinggeber Haftungsbegrenzungen außerhalb der engen Grenzen des § 475 BGB vereinbaren. Davon zu unterscheiden sind die mittelbaren leasingrechtlichen Folgen eines zulässigen Gewährleistungsausschlusses zwischen Leasinggeber als Käufer und

71 S. etwa U. Huber, in: Festschr. f. Schlechtriem, 2003, S. 521, 528; Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 13), § 437 Rdnr. 37; Faust, in: Bamberger/Roth (o. Fußn. 41), § 437 Rdnr. 109; Westermann, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 437 Rdnr. 26 m. w. Nachw.

72 S. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2501); NJW 2005, 1889 (1892); ausf. ders., in: Festschr. f. U. Huber (o. Fußn. 3), S. 323 ff.; ebenso auch Unberath, in: Bamberger/Roth, (o. Fußn. 41), § 281 Rdnr. 12.

73 OLG Celle, ZGS 2006, 429 (431), wonach es „im Rahmen des § 281 BGB für die Frage des Schadensersatzes nicht darauf an(kommt), ob der Verkäufer den Mangel der Kaufsache zu vertreten hat, sondern ob er die fehlende Ersatzlieferung binnen der gesetzten Frist zu vertreten hat“. Ausdrücklich offengelassen wurde die Frage in BGH, NJW 2005, 2852 (2853).

74 BGH, NJW 2006, 2250; für das Verbraucherkreditrecht s. BGHZ 155, 240 = NJW 2003, 2742. Ob auch für den Kaufmannsbegriff (§ 1 HGB) an dem Erfordernis einer Gewinnerzielungsabsicht festzuhalten ist, hat der BGH weiter offengelassen.

75 BGH, NJW 2005, 1045, mit zust. Anm. Wertenbruch, LMK 2005, 49; umfangr. und differenzierend zu dieser Problematik nunmehr Herresthal, JZ 2006, 695, der zusätzlich das Bewusstsein verlangt, dass die Gegenseite das Geschäft ohne die Täuschung nicht oder zumindest zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte.

76 Dazu eingehend zuletzt Herresthal, JZ 2006, 695.

77 So aber etwa Pfeiffer, NJW 1999, 169 (173); Staudinger/Matusche-Beckmann (o. Fußn. 8), § 474 Rdnr. 5; Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 13), § 474 Rdnr. 4.

78 BGHZ 162, 253 (257 f.) = NJW 2005, 1273; speziell zum Verbrauchsgüterkaufrecht s. die Nachw. bei S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 474 Rdnr. 24.

79 BGH, NJW 2006, 613, und dazu S. Lorenz, EWiR 2006, 67.

80 Speziell zur Gewährleistung im Kfz-Handel s. zuletzt S. Lorenz, DAR 2006, 611.

81 BGH, NJW 2005, 1039.

82 BGH, NJW 2005, 1039 (allerdings nur obiter); ebenso Faust, in: Bamberger/Roth (o. Fußn. 41), § 474 BGB Rdnr. 7; a. A. etwa S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 475 Rdnr. 36.

83 BGH, NJW 2006, 1066.

84 A. A. v. Westphalen, ZIP 2006, 1653.

85 Zweifelnd Stoffels, LMK 2006, 170499.

dem Verkäufer für das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer: Hat der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer die mietrechtliche Gewährleistung gegen Abtretung der dann nicht existenten Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, so ist dieser Ausschluss nach § 307 I 1 BGB unwirksam<sup>86</sup>. Diese sorgsame Trennung der Rechtsverhältnisse beim Leasingvertrag kann nur begrüßt werden. Jede andere Lösung hätte die ohnehin schon bedenkliche Beschränkung der Privatautonomie in § 475 BGB mittelbar in das Verhältnis zwischen Unternehmern weitertransportiert.

## 2. Verbleibender Spielraum für Haftungsbeschränkungen

§ 475 BGB lässt im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur geringen Spielraum für Beschränkungen der Gewährleistung. Die vom Vertretenmüssen unabhängigen Rechtsbehelfe des Käufers (Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung) können nach § 475 II BGB nur bei gebrauchten Sachen zeitlich auf eine Verjährungsfrist von einem Jahr beschränkt werden.

a) *Verjährungsverkürzung bei gebrauchten Sachen.* Der Begriff der „gebrauchten Sache“ ist dabei nach zutreffender Ansicht des BGH *objektiv* zu bestimmen, das heißt der Disposition der Parteien entzogen. Ein tatsächlich ungebrauchter Gegenstand (etwa ein Pkw mit einer so genannten „Tageszulassung“) kann nicht „als gebraucht“ verkauft werden<sup>87</sup>. Der BGH hat sich in diesem Zusammenhang auch zu der ungeklärten Frage geäußert, wann Tiere (über § 90 a BGB) als „gebrauchte Sachen“ i. S. von § 475 II BGB zu qualifizieren sind. Er hat dabei offengelassen, ob und wann ein Tier unabhängig von der Frage, welchem Zweck es dienen soll und ob es dafür schon verwendet worden ist, allein durch Ablauf einer gewissen Zeitspanne nach der Geburt zur „gebrauchten“ Sache wird. Jedenfalls „junge“ Haustiere seien als „neu“ anzusehen<sup>88</sup>.

b) *Beschränkung von Schadensersatzansprüchen in AGB.* Schadensersatzansprüche sind hingegen auch im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher in den allgemeinen Grenzen abdingbar (§ 475 III BGB). Solche allgemeinen Grenzen sind insbesondere die AGB-Klauselverbote der §§ 307, 309 BGB. Hier hatte sich jüngst der BGH mit einer in der Literatur bereits früh entdeckten Problematik auseinanderzusetzen<sup>89</sup>: Nach § 309 Nr. 7 a BGB darf in AGB die Haftung für Schäden an Leben, Körper oder Gesundheit nicht beschränkt werden, Gleiches gilt nach § 309 Nr. 7 b für die Haftung bei grobem Verschulden. Eine hiernach unzulässige Haftungsbegrenzung stellt, wie der BGH nunmehr bestätigt hat, auch die vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist dar. Nimmt eine solche Verjährungsklausel nicht ausdrücklich die in § 309 Nrn. 7 a, b BGB genannten Fälle aus, ist sie wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion zur Gänze, das heißt auch in Bezug auf eine an sich mögliche zeitliche Begrenzung von Nacherfüllung, Rücktritt oder Minderung unwirksam<sup>90</sup>. Das gilt natürlich allgemein für jede andere Art der Haftungsbegrenzung auch außerhalb des Verhältnisses Unternehmer/Verbraucher. Für die Kautelarpraxis ist also weiterhin dringend zu empfehlen, die in § 309 Nrn. 7 a, b BGB genannten Ansprüche der geschilderten Art in AGB ausdrücklich und transparent von jeder Art Haftungsbegrenzungsklauseln auszunehmen<sup>91</sup>.

## 3. Unternehmerregress

Von den äußerst komplizierten Regelungen des Lieferantenregresses in §§ 478, 479 BGB gibt es weiterhin<sup>92</sup> leider noch

keine Rechtsprechung zu berichten. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es insbesondere hilfreich, wenn in der Rechtsprechung bald geklärt werden könnte, was als ein „gleichwertiger Ausgleich“ i. S. von § 478 III BGB angesehen werden kann. Der BGH hat aber erkannt, dass die in wirtschaftlicher Hinsicht zwingenden Regressregelungen eine erhebliche Belastung für den Lieferanten darstellen. Eine vertragliche Erweiterung des Regresses durch AGB auch für den Fall, dass der Regressgläubiger nicht an einen Verbraucher, sondern an einen Unternehmer weiterveräußert hat, hat er deshalb nach § 307 I BGB für unwirksam erachtet. Es bestehe „kein legitimes Interesse“ daran, die Regelung, welche nur die „spezifisch verbraucherschutzrechtlichen Nachteile des Einzelhandels“ kompensieren wolle, in dieser Weise auszudehnen<sup>93</sup>.

## V. Resümee

Dieser Bericht, der schon aus Raumgründen nicht umfassend sein konnte, hat gezeigt, dass Rechtsprechung und Rechtswissenschaft das neue Schuldrecht in einem äußerst fruchtbaren Dialog erstaunlich schnell und erstaunlich tief durchdrungen haben. Fünf Jahre nach In-Kraft-Treten der Reform dürften alle grundsätzlichen strukturellen Fragen geklärt sein, so dass ein Zustand besonderer Rechtsunsicherheit nicht zu konstatieren ist. Dazu hat sicherlich auch und gerade die im Vorfeld der Reform heftig kritisierte Abstraktionshöhe des Gesetzes geführt, die keineswegs einen „Irrgarten von Regelungen“<sup>94</sup> darstellt. Der zutreffend festgestellte Bedeutungszuwachs von Grundlagenfragen<sup>95</sup> hat eben gerade den Vorteil, dass eine einmal geklärte Grundlagenfrage zugleich die Detailfrage abseits unkontrollierbarer Kasuistik voraussehbar bestimmt und damit Rechtssicherheit schafft. Freilich stoßen ausschließlich dogmatisch-systematische Sichtweisen des nationalen Rechts auch an ihre Grenzen, was sich insbesondere beim Problem der Richtlinienkonformität einiger Regelungen zeigt. Nicht nur in Bezug auf das Europarecht, sondern ganz generell ist damit trotz aller Vorteile eines hohen Abstraktionsgrades vor einer wertungsblinden „Überdogmatisierung“ und Überbetonung systematischer Argumente zu warnen: Die Dogmatik hat dem Gesetz zu dienen und nicht umgekehrt<sup>96</sup>. Aber wer das Gesetz und seine Systematik zunächst zum Ausgangspunkt der Überlegungen nimmt, ist noch lange kein „Begriffsjurist“, wenn er zu dem Ergebnis kommt, dass das so erreichte Rechtsanwendungsergebnis nicht nur rein konstruktiv-technisch „aufgeht“, sondern auch rechtsethisch überzeugt. Die diesbezügliche „Trefferquote“ des neuen Rechts ist, wie die ersten fünf Jahre an Erfahrung mit ihm beweisen, erstaunlich hoch. ■

86 BGH, NJW 2006, 1066 (1067 f.).

87 S. dazu bereits S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 474 Rdnr. 14, § 475 Rdnr. 20.

88 BGH, Urt. v. 15. 11. 2006 – VIII ZR 3/06 (z. Zt. des Manuskriptabschlusses nur als Pressemeldung des BGH Nr. 161/2006): Sechs Monate altes Fohlen.

89 Erstmals Leenen, JZ 2001, 552 (558).

90 BGH, Urt. v. 15. 11. 2006 – VIII ZR 3/06.

91 Für einen Formulierungsvorschlag s. S. Lorenz, in: MünchKomm (o. Fußn. 10), § 475 Rdnr. 16.

92 S. dazu sowie zur rechtspolitischen Kritik hieran bereits S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1895 f.).

93 BGHZ 164, 196 (215) = NJW 2006, 47.

94 So aber der Vorwurf von Lando, RabelsZ 67 (2003), 231 (244).

95 Dauner-Lieb/Dötsch, Schuldrecht aktuell – Entwicklungstendenzen und Problemschwerpunkte zwei Jahre nach der Schuldrechtsreform, 2003, S. 8.

96 S. dazu gerade im Zusammenhang mit dem reformierten Kaufrecht nur Canaris, JZ 2003, 831 (835).