

dass er § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht beachtet hat und seine AGB daher insgesamt nicht zur Anwendung kommen. Im Einzelfall kommen aber Korrekturen über § 242 BGB in Betracht.

Hierzu verlangt der Grundsatz des *venire contra factum proprium*, dass für den anderen Teil ein Vertrauensstatbestand geschaffen worden ist oder andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen.²⁴

Dazu bedarf es jeweils einer Beachtung der Umstände des konkreten Einzelfalls. Ein solcher Ausnahmefall mag vorliegen, wenn der Verwender – nach *Wolf* – mit der Geltung seiner AGB geworben hat oder wenn – mit *Koch/Stübing* – solche AGB vorliegen, die insgesamt nur die andere Vertragspartei begünstigen.²⁵

24 Palandt/Heinrichs (Fn. 3), § 242 Rn. 55.

25 S. dazu o. Fn. 20–22.

Gattungsschuld, Konkretisierung und Gefahrtragung beim Verbrauchsgüterkauf nach neuem Schuldrecht*

von Prof. Dr. Stephan Lorenz, München

I. Die Ausgangslage

Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass eine der ersten bekanntgewordenen Entscheidungen, in welchen sich der BGH mit Grundfragen des neuen Schuldrechts befasst,¹ dadurch veranlasst ist, dass das Berufungsgericht dieses unter Verkennung des intertemporalen Anwendungsbereichs des neuen Schuldrechts (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) „zu früh“ angewendet und (für den BGH nach § 543 Abs. 3 ZPO bindend) nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Revision zugelassen hat. Da aber das Berufungsgericht das neue Recht auch noch fehlerhaft angewendet hatte, weil es die Sachgefahr mit der Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) verwechselte, war die Entscheidung wegen ihrer doppelten Fehlerhaftigkeit im Ergebnis dennoch richtig, was nach § 561 ZPO zur Zurückweisung der Revision zu führen hatte. Der Sachverhalt ist einfach: Der Kläger behauptete, den im Versandhandel bestellten Camcorder nicht erhalten zu haben und verlangte neue Lieferung. Für die Revision war davon auszugehen, dass der Camcorder auf dem Transport abhanden gekommen war.

Die Entscheidung ist deshalb instruktiv, weil das LG im Zusammenhang mit den Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474 ff. BGB) grundlegende, durch die Schuldrechtsreform gerade nicht modifizierte Fragen des allgemeinen Schuldrechts mit neuen Verbraucherschützenden Regelungen vermengt hat. Das ist offenbar kein singuläres Phänomen.² Der BGH nutzte die Gelegenheit, diese Fragen in der gebotenen Kürze zutreffend klarzustellen.

II. Gattungsschuld, Konkretisierung und Übergang der Sachgefahr

Wenngleich in machen Bereichen des neuen Kaufrechts die Unterscheidung zwischen Stück- und Gat-

tungsschuld durch die Einführung eines Anspruchs auf sachmangelfreie Leistung (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) sowie seiner Modifikation in Form eines Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB) auch beim Stückkauf zumindest nicht mehr von derselben Relevanz ist, wie dies bisher der Fall war und das Kaufrecht daher *tatbestandlich* nicht mehr zwischen Stück- und Gattungsschuld differenziert, so sind doch die allgemeinen Regeln über die Gattungsschuld und ihre Konkretisierung (§ 243 BGB) sowie über den Leistungsort (§§ 269 f. BGB) bei der Schuldrechtsreform unverändert geblieben.

Das zwingt weiter zur Unterscheidung von Stück- und Gattungsschuld, denn natürlich konnte (und wollte) der Gesetzgeber nicht den *phänomenologischen* Unterschied zwischen Stück- und Gattungsschuld beseitigen. Dieser verlagert sich vielmehr von der kodifikatorischen Ebene auf die diejenige der Subsumtion.³ Weiterhin ist es so, dass die Gattungsschuld durch Konkretisierung zur Stückschuld „mutiert“, d.h. ab diesem Zeitpunkt nur noch der konkretisierte Gegenstand geschuldet ist.

* Zugleich Anm. zu BGH, Urt. v. 16.7.2003 – VIII ZR 302/02 (in diesem Heft, S. 438 f.); sämtliche zitierte Rechtsprechung und weitere umfangreiche Materialien sind auf den Web-Seiten des Verfassers unter www.stephan-lorenz.de zugänglich.

1 S. bereits BGH, NJW 2003, 1932 m. Anm. Lorenz LMK 2003, 137 f.; zu Verjährungsfragen s. BGH, Urt. v. 15.5.2003 – I ZR 277/00 (Feststellungsinteresse III).

2 S. dazu die ganz ähnliche Verwirrung bei LG Bad Kreuznach, VuR 2003, 80 sowie die klärende Anm. hierzu von Mankowski, EWiR 2003, 351 f.

3 Relevant ist er insbesondere im Zusammenhang bei der Frage der verschuldensunabhängigen Haftung durch Übernahme des Beschaffungsrisikos (§ 276 Abs. 1 BGB), s. Lorenz, NJW 2002, 2497, 2502, und der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Nacherfüllung. Insbesondere die Frage des *modus* der Nacherfüllung beim Stückkauf ist weiterhin bedeutsam und in Randbereichen sehr str., vgl. hierzu LG Ellwangen, NJW 2003, 517; OLG Braunschweig, ZGS 2003, 156 und dazu zuletzt ausführlich *Canaris*, JZ 2003, 831 ff. m.w.N.

Geht dieser unter, verliert der Sachgläubiger nach § 275 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Leistung, er trägt also die sog. *Sachgefahr*. Daran hat weder § 439 BGB etwas geändert⁴ noch ist die in § 447 BGB geregelte und im Verbrauchsgüterkaufrecht durch § 474 Abs. 2 BGB modifizierte Frage des Gefahrübergangs beim Versandungsverkauf insoweit in irgendeiner Weise einschlägig. Denn dort geht es erst um die anschließende, hier gar nicht relevante Frage, ob die von § 275 Abs. 1 BGB angeordnete Befreiung des Verkäufers von der Leistungspflicht infolge des Untergangs der Kaufsache Einfluss auf die Zahlungsverpflichtung des Käufers hat. Kurz: Es geht um die Frage der Gegenleistungsgefahr, die sich hier angesichts des Streitgegenstands (der Käufer verlangte Neulieferung der auf dem Transport abhanden gekommenen Kaufsache) gar nicht stellte. Den Ausführungen des BGH zum Vorliegen einer Schickschuld im Bereich des Versandhandels sowie zu deren Konkretisierung durch Absendung ist nichts hinzuzufügen.

III. Die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) und ihre Modifikation im Verbrauchsgüterkaufrecht

1. Die Grundregel

Wird dem Schuldner (hier dem Käufer) in einem gegenseitigen Vertrag die Leistung aufgrund eines Umstandes unmöglich, den der Gläubiger (hier der Käufer) nicht zu vertreten hat, so verliert er in der Logik des *funktionellen Synallagmas* nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Er trägt damit grds. bis zur Erfüllung die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr). § 447 BGB modifiziert dies (nach wie vor) im Falle eines Versandungsverkaufs zu Lasten des Käufers.

2. Neuregelung im Verbrauchsgüterkaufrecht

Neu ist allein, dass nach § 474 Abs. 2 BGB die Regelung des § 447 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs nicht gilt und es damit bei der in § 326 Abs. 1 BGB geregelten Gefahrtragung bleibt. Abweichend von § 447 BGB trägt damit im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher der Unternehmer als Verkäufer das Transportrisiko und damit die Gegenleistungsgefahr (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB), die erst mit tatsächlicher Übergabe bzw. Annahmeverzug auf den Verbraucher übergeht (§ 446 BGB). Wird die Sache auf dem Transport zerstört, ohne dass der Käufer dies zu vertreten hat, erlischt damit der Zahlungsanspruch des Verkäufers. Wird sie beschädigt, liegt ein die Rechte aus § 437 BGB begründender Sachmangel i.S.v. § 434 BGB vor, weil dort für das Vorliegen eines Sachmangels auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abzustellen ist. Rechtspolitischer Hintergrund ist, dass nach Ansicht des Gesetzgebers der Unternehmer/Verkäufer eher in der Lage ist, das Transportrisiko (ggf. auch durch dessen Versicherung) zu beherrschen.

I.Ü. entspreche es zumindest im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs einer „Verkehrsauffassung, dass die Ware im Falle ihrer Versendung auf Gefahr des Verkäufers reist“.⁵ Große praktische Bedeutung hat diese Neuregelung freilich nicht, weil insbesondere im Bereich des Versandhandels, aber auch sonst im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher bisher ohnehin rechtlich oder faktisch eine von § 447 BGB abweichende Gefahrtragung praktiziert wurde.⁶ Jedenfalls entfällt im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs jetzt auch die durch § 447 BGB bewirkte (und zum Großteil durch § 421 HGB gesetzlich bewältigte) Problematik der Drittschadensliquidation, weil bei Beschädigung/Zerstörung der Kaufsache auf dem Transport keine „obligatorische Schadensverlagerung“ mehr eintreten kann. Ein Bedürfnis für die im Rahmen einer teleologischen Reduktion vorgeschlagene Anwendung von § 447 Abs. 2 BGB *zugunsten* des Verbrauchers⁷ ist damit nicht ersichtlich.

3. Einfluss auf die Regelungen über den Leistungsort?

I.Ü. ändert die Nichtanwendung von § 447 BGB – wie der BGH zu Recht betont – natürlich nichts an den Voraussetzungen und sonstigen Rechtsfolgen einer Schickschuld. Insbesondere bedeutet die Regelung nicht, dass im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher nunmehr stets von einer Bringschuld auszugehen wäre.⁸ Der Erfüllungsort bestimmt sich vielmehr auch im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs nach §§ 269 f. BGB, es liegt also im Versandhandel – wie auch bei der Rücksendung durch den Verbraucher nach Ausübung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts (§ 357 Abs. 2 Satz 2 BGB) – gem. § 269 Abs. 1, 3 BGB im Zweifel eine (qualifizierte) Schickschuld vor.

Bei einer Gattungs-(schick-)schuld tritt auch im Anwendungsbereich der §§ 474 ff. BGB mit der Absendung Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB ein mit der Folge einer Leistungsbefreiung des Verkäufers bei Verlust der Ware.

4 Für den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 BGB kommt es im Falle einer Gattungsschuld zu der in der vorherigen Fn. angesprochenen Problematik nicht: Ist das ausgesonderte Stück mangelhaft, kommt es nach § 243 Abs. 2 BGB nicht zur Konkretisierung, da das Stück dann nicht mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB) ist. Ist hingegen die ganze Gattung mangelhaft, kommt Nacherfüllung durch Neulieferung aus einer anderen Gattung nicht in Betracht, weil diese nicht geschuldet ist. Eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers kommt dann aber aus dem Gesichtspunkt der Garantieübernahme (§ 276 Abs. 1 BGB) i.d.R. nicht in Betracht, da der Gattungsschuldner zwar i.d.R. ein Beschaffungsrisiko übernimmt, nicht aber eine Qualitätsgarantie ausspricht, s. dazu Lorenz, NJW 2002, 2497, 2502.

5 Begr. des RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 243 f.

6 Begr. des RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 244.

7 So aber Jauernig/Berger, BGB, 10. Aufl. 2003, § 474 Rn. 9.

8 So aber Graf von Westphalen, in: Henssler/Westphalen (Hrsg.), Praxis der Schuldrechtsreform, § 474 BGB Rn. 11; Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1386 sowie LG Bad Kreuznach, VuR 2003, 80 m. abl. Anm. Mankowski, EWiR 2003, 351 f.; wie hier Wertenbruch, JuS 2003, 625, 632.

4. Spielraum für die Privatautonomie?

§ 474 Abs. 2 BGB hat in Bezug auf den Anwendungsausschluss von § 447 BGB keinen europarechtlichen Hintergrund. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überlässt den Zeitpunkt des Gefahrübergangs vielmehr dem nationalen Gesetzgeber.⁹ Die Regelung wird nach zutreffender Ansicht auch nicht vom Verbot abweichender Vereinbarungen nach § 475 Abs. 1 BGB erfasst. Eine vertragliche Abweichung von § 474 Abs. 2 BGB dergestalt, dass entgegen der dort vorgesehenen Nichtanwendbarkeit des § 447 BGB eine von § 446 BGB abweichende Gefahrtragung vereinbart, also eine § 447 BGB entsprechende Regelung vertraglich vereinbart wird, ist ebenfalls grds. möglich.¹⁰ Dies ergibt sich richtigerweise daraus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers¹¹ der von § 475 Abs. 1 BGB angeordnete ausschließliche Charakter nur solche Normen betreffen sollte, „deren Inhalt durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestimmt ist“.¹²

Zu diesen Normen aber gehört die in § 474 Abs. 2 BGB angeordnete Abweichung von § 447 BGB nicht. Mit der Formulierung des § 475 Abs. 1 BGB, wonach von den „Vorschriften dieses Untertitels“ nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann, sind damit nur die nachfolgenden Vorschriften, nicht aber die vorhergehende Vorschrift des § 474 Abs. 2 BGB gemeint. Für den Bereich des organisierten Versandhandels ist diese Option der vertraglichen „Rückkehr“ zu § 447

BGB freilich praktisch irrelevant: Eine Vereinbarung einer § 447 BGB entsprechenden Gefahrtragsregel in AGB würde zweifellos nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB an der Leitbildfunktion des § 474 Abs. 2 BGB scheitern.¹³ Damit ist die Regelung trotz grds. Dispositivität für den Bereich des organisierten Versandhandels schon angesichts von § 310 Abs. 3 BGB *faktisch* nicht abdingbar.

IV. Ausblick

Die Verwirrungen und Verirrungen des Berufungsgerichts, die dem BGH Gelegenheit gegeben haben, die Dinge kurz und knapp in das rechte (alte) Licht zu rücken, lassen erkennen, dass die Praxis durch das neue Schuldrecht offenbar weiterhin stark verunsichert ist und sich auf dessen eben häufig nur vermeintlich neuem Gelände noch ein wenig unsicher bewegt. Die vorliegende Problematik zeigt aber, dass die wesentlichen Grundstrukturen, mögen sie sich auch in ihrer Bedeutung teilweise gewandelt haben, gleich geblieben sind.

9 S. Begründungserwägung der Richtlinie Nr. 14.

10 So im Ergebnis übereinstimmend auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. XXXIV sowie *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2003, § 475 BGB Rn. 5; a.A. etwa *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, S. 183.

11 Begr. des RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 244.

12 *Canaris* (Fn. 10), S. XXXIV.

13 *Canaris* (Fn. 10), S. XXXIV; *Bamberger/Roth/Faust* (Fn. 10), § 475 BGB Rn. 5.

ZGS-Arbeitshilfen

Der Verjährungsverzicht heute

von Dr. Panajotta Lakkis, St. Wendel

Der Verjährungsverzicht ist eines der in der Praxis häufig eingesetzten Instrumente – gleichwohl wurde seine Zulässigkeit bislang selten eingehend geprüft. Das war nach altem Recht auch besser so, denn hätte man eine rechtliche Einordnung vorgenommen, wäre man unweigerlich in Erklärungs- und Abgrenzungsnöte geraten im Hinblick auf § 225 a.F.,¹ der Verjährungser schwerungen grds. verbot. Ungeachtet dessen wurde ein Verjährungsverzicht mit dem Segen der Rechtsprechung für alle möglichen – passenden und unpassenden – Konstellationen eingesetzt, um das Erschwerungsverbot zu umgehen. Seit jedoch nach neuem Verjährungsrecht Verjährungsvereinbarungen grds. zulässig sind und § 202 lediglich die Zulässigkeitsschranken bestimmt, ist die frühere Zwickmühle beseitigt. Im Folgenden wird die neue Rechtslage nach Fragen geordnet vorgestellt, um dem eiligen Leser den direkten Zugriff auf die ihn interessierenden Punkte zu ermöglichen.

I. Wann ist ein Verjährungsverzicht angezeigt?

Ein Verjährungsverzicht ist heute nur noch dann sinnvoll, wenn sich der Schuldner absolut sicher ist, (innerhalb eines bestimmten Zeitraums) leisten zu wollen, falls ihn der Gläubiger hierzu auffordert. Mit anderen Worten, wenn der Schuldner guten Willen demonstrieren will. Nicht nur *nicht geeignet*, sondern völlig falsch eingesetzt ist der Verjährungsverzicht,

wenn keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden sollen, so z.B. wenn noch verhandelt werden soll oder ein Mus-

1 §§ ohne weitere Angabe sind solche des BGB.

2 Wie dies *Staudinger/Peters*, §§ 164–240, 13. Aufl. 2001, § 222 Rn. 20 zum bisherigen Recht vorschlug. Die korrekte Vereinbarung ist auf jeden Fall dem Rekurs auf den Grundsatz treuwidrigen Verhaltens vorzuziehen, wenn der Gläubiger vor Erlass des Musterprozessurteils seinen Anspruch geltend macht.