

durchsetzen, obgleich die für das finanzielle Unvermögen geltenden Grundsätze in der Sache durchaus international anerkannt seien.

Die sprachliche Fassung des § 275 II KF kritisierte zuletzt auch *Koller*. (i) Hierunter ließe sich die wirtschaftliche Unmöglichkeit ohne weiteres fassen, auch immateriellen Aufwand könne man unter diese Norm subsumieren. Die entgegenstehende Intention der Kommission werde aus dem Wortlaut der Norm nicht klar. (ii) Der Verweis auf das Vertretenmüssen in § 275 II 2 KF sei unklar, möglicherweise sollte man § 276 KF ausdrücklich aufführen. (iii) Die Abgrenzung zwischen § 275 I und II KF hielt auch *Koller* für kaum durchführbar. (iv) Zuletzt

leuchte ihm nicht ein, warum dem Sphärengedanken nicht mehr Raum bei der Behandlung vor allem der anfänglichen Unmöglichkeit eingeräumt worden sei.

Canaris stimmte *Koller* insoweit zu, als bei der Regelung des anfänglichen Unvermögens der Sphärengedanken besser zur Geltung zu bringen sei. Die derzeitige Regelung sei nur – aber immerhin – die relativ beste; die Kommission habe kein Mandat zur Reform des Irrtumsrechts gehabt.

Privatdozent Dr. Katja Langenbacher, München

Professor Dr. Harm Peter Westermann, Universität Tübingen

Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs

I. Fragestellung

Die Formulierung des Themas, die der Vorstand der Zivilrechtslehrervereinigung gewählt hat, könnte dahin verstanden werden, daß es ein neues Kaufrecht geben wird, das den Verbrauchsgüterkauf einschließt. Das ist an sich richtig, verschiebt allerdings die Gewichte ein wenig, denn die Grundidee der Reform, deren generelle Durchführbarkeit und widerspruchsfreie Ausführung im einzelnen im Hinblick auf den DiskE Gegenstand von Bedenken und mehr oder weniger scharfer Kritik ist und gewesen ist¹, besteht darin, ein einheitliches Kauf- und Leistungsstörungenrecht zu schaffen, das die Grundansätze und Forderungen der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf aufnimmt und so ein den Kauf- und wohl auch den Werkvertrag² umfassendes Leistungsstörungenrecht bildet, das das mehr als 2000 Jahre alte ädilische Sachmängelrecht aufgibt und gewissermaßen den von der Richtlinie geprägten Verbrauchsgüterkauf zum Ausgangspunkt der Regeln über Kauf und Leistungsstörung nimmt. Dieser Grundgedanke ist nicht nur auf Widerstand gestoßen, sondern z. T. auch begrüßt worden, weil man sich davon die Überwindung zahlreicher Abgrenzungsschwierigkeiten und Wertungswidersprüche erhofft³. Die Verwirklichung der genannten Grundidee sollte aber auch dem Ziel dienen, zumindest das Kaufrecht nach moderneren und unserem derzeit geltenden Recht überlegenen Konzeptionen auszurichten, die vielleicht den Juristen in unseren Nachbarländern leichter zu vermitteln sind⁴. Die Richtlinie fordert allerdings eine so weitgehende Umgestaltung des deutschen Rechts nicht, insbesondere nicht die beklagte Beseitigung des gesamten Sachmängelrechts⁵, und sie würde auch die in verschiedenen anderen Mitgliedstaaten der Union gewählte Einbringung des Verbrauchsgüterkaufs in ein Sondergesetz (etwa ein Konsumentenschutzgesetz nach österreichischem der französischen Muster⁶) nicht entgegenstehen.

Die Möglichkeit oder auch die Vorzugswürdigkeit einer sonderrechtlichen Regelung gegenüber dem jetzt geplanten Einbau in ein sich angeglichenes Leistungsstörungen- und Kaufrecht des BGB ist nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen⁷. Dagegen muß und kann aus der Sicht der jetzt vorgeschlagenen Regelungen zur Mängelgewährleistung durchaus etwas zu der Frage gesagt werden, ob eine „isolierte“ Umsetzung der Richtlinie allein ins Kaufrecht des BGB oder in ein Sondergesetz genügt, oder ob hiermit nicht doch oder sogar fast zwangsläufig auf Problemstellungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts übergegriffen werden muß, welchen Weg der Entwurf vorsieht, und woran seit Veröffentlichung des DiskE im Zuge der Erstellung einer konsolidierten Fassung (im folgenden: KF) mit großer Intensität gearbeitet worden ist⁸. Damit ist Gegenstand der folgenden Betrachtungen das, was in der Diskussion um die Umsetzung der Richtlinie als „große“ oder „überobligatorische“ Lösung bezeichnet worden ist⁹.

Die hauptsächlichen Gefahren, denen bei der Erörterung jeder Teilfrage nachzugehen sein wird, führen zu einer Reihe von Testfragen an die geplanten Regelungen, die jeweils betreffen: einmal die Richtlinienkonformität einer Regelung, die – bedauerlicherweise – die natürlich immer zu prüfende Sachgerechtigkeit und Systemverträglichkeit nach Einschätzung des nationalen Gesetzgebers vom ersten Platz in diesem Prüfungsschema verdrängt, so daß sich nur die Frage stellen kann, ob eine nach der Richtlinie gebotene Regelung dann auf den Verbraucherkauf beschränkt oder wenigstens für den Nicht-Verbraucherkauf abdingbar gestaltet werden kann; zweitens bei von der Richtlinie offen gelassenen Fragen wie etwa den Voraussetzungen und dem Inhalt von Schadensersatzansprüchen die Sachgerechtigkeit und die bruchlose Einfügung einer Norm in das sonstige nationale

zungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungsrichtlinie in Frankreich, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn. 4), S. 145, 150; zum österreichischen Recht *Honsell* JZ 2001, 278, 283.

⁷ Dazu das vorstehende Referat von *W. H. Roth* JZ 2001, 575; aus der Diskussion nach Erlass der Richtlinie *Reich* NJW 1999, 2397, 2399; *Schmidt/Räntsch* ZEuP 1999, 294; *Medicus* ZIP 1996, 1925; *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853, 855; nach der Veröffentlichung des DiskE anders *Lieb* in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), S. 553, 536 ff.; *Ernst* ebenda S. 560 ff.; s. auch *P. Huber*, in: FS Henrich, 2000, S. 297 ff.

⁸ Siehe dazu die Schilderung der Arbeiten am DiskE, die zu einer „konsolidierten Fassung“ (im folgenden KF) geführt haben, bei *Geiger* JZ 2001, 473 f., in diesem Heft.

⁹ Dazu *Medicus* in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn. 4), S. 150; *Schmidt/Räntsch* ZEuP 1999, 294, 299; zur „kleinen Lösung“ mit ausformuliertem Gesetzesentwurf *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410 ff.; *dies.* ZIP 2000, 1812.

¹ Hier nur die Übersicht bei *Gsell* JZ 2001, 65.

² Dazu das nachfolgende Referat von *H. Roth* JZ 2001, 543.

³ Siehe etwa *Honsell* JZ 2001, 18 f.; ähnlich die Bemerkungen von *Zimmermann* (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung?*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 12.

⁴ Bezeichnend sind in dieser Beziehung die Bemerkungen von *Howells*, *Implementation of the EC-Consumer Sales Directive in the United Kingdom*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, 2000, S. 161, 179.

⁵ Dazu kürzlich krit. *Honsell* JZ 2001, 278, 280.

⁶ Zum französischen Code de consommation, dessen Erweiterung um das Recht des Verbrauchsgüterkaufs allerdings nicht gewisse Änderungen des Code Civil überflüssig zu machen scheint, *Rohlfing-Dijoux*, Umset-

Recht, wobei im Kaufrecht nicht nur auf das BGB, sondern auch auf das Handelsrecht zu achten ist; sodann mit starkem Gewicht die Übersichtlichkeit eines Normenkomplexes und seine Transparenz für die Rechtsanwender¹⁰, wie manche fordern: auch die Studenten, wobei mit zunehmender praktischer Bedeutung des deutschen Rechts auch für nicht-deutsche Juristen zu rechnen ist; im Falle der Durchsetzung einer „großen Lösung“ die genaue Abstimmung des Kaufrechts mit dem Leistungsstörungenrecht, nicht nur in den Voraussetzungen, sondern auch in den Rechtsfolgen; schließlich, wenn und soweit es die von einer anderen Sprachkultur geprägte, nach unserem Verständnis häufig geschwätzige Richtlinie erlaubt¹¹, eine der deutsche Tradition entsprechende sprachliche Präzision und Folgerichtigkeit im Ausdruck. Eine Generalfrage, die schon vielfach aufgeworfen worden ist¹², schwebt gewissermaßen über allem, die Besorgnis nämlich, wir könnten durch die Hereinnahme des Richtlinienrechts ins Kauf- und Leistungsstörungenrecht des BGB das Leitbild vom Kauf als einem privatautonomen Vertrag beseitigen oder aufweichen, was Rückwirkungen vor allem auf die Maßstäbe der AGB-Inhaltskontrolle, insbesondere über § 9 ABGB (oder seinen Nachfolger im BGB) haben könnte. Angesichts der zu erwartenden Versuche der Unternehmenspraxis, in dem verbleibenden Bereich nicht zwingend vorgeschriebener Regelungen die Rechtsverhältnisse durch AGB anders zu gestalten, als es für den Verbrauchsgüterkauf zwingend vorgeschrieben ist¹³, wird diese Inhaltskontrolle an Bedeutung eher noch zunehmen.

Das vorstehend skizzierte Programm wäre das einer Monographie, vielleicht noch eher eines systematischen Gesetzeskommentars. Im Rahmen der Diskussion um einen Gesetzesentwurf, die unter extremem Zeitdruck steht, ist eine Beschränkung auf zentral wichtige Punkte geboten, deren kritische Erörterung den verantwortlichen Politikern einen Eindruck von den Risiken eines – nach Maßgabe der vorstehend zusammengestellten Kriterien – Scheiterns der Reform vermitteln kann. In welchem Umfang solche Risiken angesichts des Zwangs zur Umsetzung der Richtlinie bis zum 31.12. 2001 hingenommen werden können, und ab welcher Gefahrenschwelle man sich doch entschließt, zunächst nur die Richtlinie, wie es heißt, 1:1 umzusetzen, also doch zu einer „kleinen Lösung“ zu greifen, steht in der Verantwortung der Politik.

II. Gewährleistungsrecht und Allgemeines Schuldrecht

1. Mangelfreiheit als Gegenstand der Erfüllungspflicht

Die Richtlinie, der Vorschlag der Schuldrechtskommission und der DiskE, durch § 433 Abs. 1 Satz 2 i.d.F. der KF insofern nicht verändert, gehen klar von dem Prinzip aus, daß den Verkäufer eine Erfüllungspflicht zur Lieferung einer von Sach- und Rechtsmängeln freien Sache trifft¹⁴. Man kann

dies mit Blick auf das geltende Recht auch so formulieren, daß das Leitbild künftig der Gattungskauf sein wird¹⁵, und daß der Streit zwischen der Gewährleistungs- und der Erfüllungstheorie hinfällig wird¹⁶; das – so wird angenommen – entspricht der Sichtweise der sonst in Europa tonangebenden Rechtsordnungen und wird auch in Art. 35 CISG aufgenommen¹⁷. Allerdings ließ der ursprüngliche DiskE noch eine Frage offen, da nicht ausdrücklich festgelegt war, was beim Verkauf einer noch zu beschaffenden oder dem Verkäufer, ohne daß er sich dessen bewußt war, nicht gehörenden Sache gelten soll. Dies ist jetzt in dem in Voraussetzungen und Rechtsfolgen umstrittenen § 311a dahin geregelt, daß es der Gültigkeit eines Vertrages nicht entgegensteht, wenn die Leistung für den Schuldner oder für jedermann schon bei Vertragsschluß unmöglich ist. § 311 a Abs. 2 stellt klar, daß der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen einzustehen hat, weil ihm gewöhnlich ein Vorwurf dafür gemacht werden kann, daß er die Leistungspflicht übernommen hat, vorausgesetzt, daß er sich von diesem Vorwurf nicht entlasten kann. Das letztere muß allerdings verbunden werden mit der aus § 276 Abs. 1 Satz 1 KF ersichtlichen Haftungsverstärkung für den Fall der (auch durch schlüssiges Verhalten möglichen) Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos¹⁸. In seiner neuen Fassung beseitigt der Entwurf also wirklich, was im Hinblick auf den DiskE noch kritisch als Befürchtung geäußert wurde¹⁹, die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliches Unvermögen, und konsequenterweise soll der manchmal in diese Richtung gedeutete § 279²⁰ gestrichen werden. Wollte man stattdessen die verschuldensunabhängige Garantie in den Vordergrund stellen, so wäre dies auch für die Mängelgewährleistung richtig, womit man teilweise bei der geltenden Rechtsmängelhaftung angelangt wäre. Dies braucht jetzt nicht weiter verfolgt zu werden. Es kann allerdings schon sein, daß der Unterschied zwischen Sach- und Rechtsmängeln bei der Verjährung wieder auftaucht, da es geschehen könnte, daß ein Käufer von einem die Kaufsache belastenden Recht eines Dritten erst 29 Jahre nach dem Kauf erfährt und dann gegen seinen Verkäufer nicht mehr vorgehen kann²¹. Dem könnte durch eine Ergänzung des vorgeschlagenen § 435 Rechnung getragen werden.

Insgesamt kann man also bei behebbaren Rechtsmängeln einen Erfüllungsanspruch, bei rechtsmängelbehafteter Lieferung einen Nacherfüllungsanspruch annehmen. Bei unbe-

¹⁰ Dies ist besonders nötig im Hinblick auf die vielfach (s. etwa *Lieb* in: *Ernst/Zimmermann* [Fn. 3], S. 553, 556) angemahnte Handhabbarkeit der Regelungen für die nach anderem System ausgebildeten Juristen.

¹¹ Zur Kritik an der sprachlichen Fassung der Regelungen der Richtlinie zum Sachmangel zuletzt etwa *Honsell* JZ 2001, 18f. („Brüsseler Neudeutsch“).

¹² Siehe den Diskussionsbericht von *Jansen* zur Regensburger Tagung, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), S. 257, 260.

¹³ Dazu *Lieb* (Fn. 10), S. 556; *Dauner-Lieb* JZ 2001, 8, 13.

¹⁴ Zur Richtlinie insoweit *H.P. Westermann* in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn. 4), S. 54; *Flessner* ebenda S. 233, 237.

¹⁵ *Brüggeleier* JZ 2000, 530, 531.

¹⁶ Auch dazu *Brüggeleier* ebenda; *H.P. Westermann* in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 109, 111.

¹⁷ *Schnyder/Straub* ZEuP 1996, 8, 16; *Staudenmayer* NJW 1999, 2393 f.

¹⁸ Zur Behandlung des ursprünglichen Unvermögens nach geltendem Recht MünchKommBGB/*H.P. Westermann* §§ 440, 441 Rdnr. 3, 7, 8; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 440, 441 Rdnr. 21; *Erman/Grunewald*, BGB, 10. Aufl., § 440 Rdnr. 5; aus der Rechtsprechung *BGHZ* 8, 222, 231; 11, 16; *BGH* WM 1984, 936f.

¹⁹ *Zimmer* in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), S. 195; *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1812 (?), 1813; für Garantiehafung auch *Brüggeleier* JZ 2000, 530, S. 536; s. ferner den Diskussionsbericht in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), S. 258 zu den Regensburger Beiträgen von *Wagner, Jakobs und Koller*.

²⁰ Zum Entwurf der Schuldrechtskommission in diesem Zusammenhang *Schlechtriem* ZEuP 1993, 217, 229; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 22 III; der Integration der Rechtsgedanken des § 279 in § 276 zustimmend jedenfalls im „Ausgangspunkt“ *Dauner-Lieb*, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (Internet-Fassung vom März 2001) S. 28.

²¹ Zur Verjährungsfrist bei Herausgabeansprüchen s. § 198 KF; zum Problem *Zimmer* (Fn. 19), S. 196; *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410, 1412; *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 6.

hebbaren Mängeln, die auf Unmöglichkeit hinauslaufen, beim Stückkauf möglicherweise auf ursprüngliche Unmöglichkeit, besteht zwar keine als solche durchsetzbare Primärleistungspflicht, angesichts der Gültigkeit des Vertrages (§ 311a KF) aber u.U. ein Schadensersatzanspruch. Bei Sachmängeln greifen schließlich die im § 437 des Entwurfs jetzt nebeneinandergestellten, in ihren jeweiligen Voraussetzungen getrennt geregelten Käuferrechte ein. Aber auch bei Rechtsmängeln, wie sie aus Rechten folgen können, die ein Dritter gegen den Käufer geltend machen kann, einschließlich des in § 435 Satz 2 ausdrücklich erwähnten Falls, daß im Grundbuch ein nicht bestehendes Recht eingetragen ist, kann der Käufer nach § 437 des Entwurfs unter den Voraussetzungen der dort zitierten Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen Schuldrecht vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen. Insbesondere die als Voraussetzung für einen Rücktritt vorgesehene Nachfristsetzung macht bei behebbaren Rechtsmängeln auch Sinn.

Der Entwurf beläßt es für den Rechtskauf in § 451 bei der Verweisung auf die Regeln zum Sachkauf und streicht die verschuldensunabhängige Haftung gem. § 437 BGB, was wiederum Gegenstand lebhafter Kritik war. Wenn dabei die Besorgnis geäußert wurde, damit würde die verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers für den Bestand des Rechts entgegen der Sachgerechtigkeit beseitigt²², was möglicherweise ein Ausweichen auf die culpa in contrahendo zur Folge haben könnte²³, so ist dem wieder die durch §§ 311 a, 276 vorgesehene Lösung entgegenzuhalten, was praktisch bedeutet, daß die Verkäuferhaftung bei schuldhafter Übernahme der Verschaffungspflicht oder Garantie besteht. Für die Bonität eines verkauften Rechts wird nach dem herrschenden Verständnis des § 437 BGB nicht ohne besondere Zusage gehaftet²⁴; das würde auch nach neuem Recht so sein, da etwa die Einbringlichkeit einer Forderung oder die Realisierbarkeit eines sonstigen Rechts, wenn es denn existiert, wohl nicht zur gewöhnlichen Beschaffenheit gezählt werden können, so daß es einer Beschaffenheitsvereinbarung bedürfte, um die Gewährleistung auszulösen. Auch hier, wie im Bereich der Haftung für anfängliches Unvermögen, kommt es also künftig entscheidend auf die Auslegung von Parteivereinbarungen an; hierin einen Verlust an Rechtssicherheit zu sehen²⁵, mag zutreffen, doch würde dem ein Gewinn an Individualgerechtigkeit gegenüberstehen, wie er allgemein in der Verabschiedung des Gedankens an eine verschuldensunabhängige und auch nicht vertraglich übernommene Garantiehaftung liegt.

Ein anderes Problem, auf das hier nur am Rande hingewiesen werden kann, ist die künftige Behandlung des Unternehmenskaufs. Bekanntlich ist die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. BGB auch für den Fall, daß Kaufgegenstand „das Unternehmen“ ist und nicht Anteile an einer das Unternehmen betreibenden Gesellschaft, umstritten²⁶, was auch mit dem Fehlerbegriff zusammenhängt. Die Begründung des DiskE will auf eine Anwendbarkeit des Sachmängelrechts hinaus²⁷, was angesichts der Alternative, ausschließlich mit der Rechtsfigur der culpa in contrahendo arbeiten zu können²⁸, sicher zu begrüßen ist, weil dadurch auch der Weg zu dem – beim Unternehmenskauf allerdings kaum inter-

essengerechten – Rücktritt, aber auch zur Minderung eröffnet wird. Daneben könnte die auch bisher bereits anerkannte Möglichkeit einer Rechtsmängelhaftung²⁹ durchaus Bestand haben. Eine gesetzliche Regelung, die allerdings angesichts der gewöhnlich sehr ausführlichen Vertragswerke nicht dringlich erscheint, ist naturgemäß jetzt nicht aktuell.

2. Der Begriff des Sachmangels

Die neue Fassung des § 434 betont stärker als die ursprüngliche den Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung vor der Maßgeblichkeit der gewöhnlichen Verwendung. Dies war in der bisherigen Diskussion angeregt worden³⁰ und kommt jetzt darin zum Ausdruck, daß ein Sachmangel, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, dann vorliegt, wenn die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht eignet, sonst, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und nicht die Beschaffenheit aufweist, die üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Man mag zweifeln, ob es neben dem Hinweis auf die Üblichkeit noch der Erwähnung dessen bedarf, was der Käufer erwarten kann³¹, da es sich um objektive und nicht aus einer Beschaffenheitsvereinbarung hervorgehende Erwartungen handeln wird; aber die schon nach bisherigem Recht bei einer objektiven Fehlerbestimmung maßgebenden Kriterien scheinen doch zutreffend ausgedrückt.

a) Von einigen noch kurz zu erörternden Einzelpunkten abgesehen, ist die Formulierung des § 434 nach wie vor sparsamer als die der Richtlinie mit ihren zahlreichen als Vermutungstatbeständen formulierten *Kriterien der Vertragsgemäßigkeit* des Verbrauchsguts. Das Bedenken, die Maßgeblichkeit einer „Vereinbarung“ über die Beschaffenheit der Kaufsache könne zum Nachteil des Verbrauchers hinter der nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie maßgeblichen „Beschreibung“ durch den Verkäufer zurückbleiben, ist durchaus ernst zu nehmen, da es der Richtlinie um die Relevanz einseitiger Wissenserklärungen ging³². Doch ist auf der anderen Seite anzunehmen, daß eine Beschreibung der Sache, aus der sich die Vermutung der Vertragsgemäßigkeit ergeben soll, also ein Element der Vertragsgerechtigkeit, hierzu in einem auf Privatautonomie beruhenden System nicht gut werden kann ohne eine Aufnahme in die Parteivereinbarung³³. Ein gewisses Restrisiko bleibt also. Im übrigen hat der Entwurf auch den Vorschlag³⁴ nicht aufgegriffen, an dieser Stelle die Richtlinie abzuschreiben, was dem Duktus deutscher Gesetzgebung nicht entsprochen hätte und auch die ironische, aber berechtigte Frage³⁵ erspart, ob wirklich ein Verbrauchsgut Leistungen aufweisen kann. Somit kann aber die Frage nach der Richtlinienkonformität hier auch noch in anderem Zusammenhang auftauchen, und zwar bei der Suche nach dem Verbleib der in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie genannten Vermutungstatbestände für die Vertragsgemäßigkeit einer

29 Näher MünchKommBGB/H.P. Westermann § 434 Rdnr. 7, § 437 Rdnr. 18.

30 H.P. Westermann (Fn. 16), S. 109, 116 f.; s. auch Gsell JZ 2001, 65, 66.

31 Dauner-Lieb (Fn. 20), S. 77; zum Sinn dieser aus der Richtlinie kommenden Bestimmung P. Huber (Fn. 7), S. 297, 299.

32 Amtenbrink/Schneider VuR 1996, 267, 262; zust. P. Huber (Fn. 7), S. 300.

33 Zum Problem *Schlechtriem* in: Ernst/Zimmermann (Fn. 3), S. 314; zur Formulierung der Richtlinie kritisch auch Ernst/Gsell ZIP 2000, 1414. Nach P. Huber (Fn. 7), S. 301 kommt eine einseitige Wissenserklärung des Verkäufers in der Praxis nur in Betracht, wenn im konkreten Fall der Nachweis der Einigung über das Vorliegen der beschriebenen Eigenschaften nicht gelingt.

34 Reich NJW 1999, 2397, 2403; dagegen schon H.P. Westermann (Fn. 14), S. 256.

35 Honsell JZ 2001, 279.

22 Zimmer (Fn. 19), S. 194; s. auch den Diskussionsbericht (Fn. 3), S. 258.

23 Krebs DB Beil. Nr. 14/2000, S. 15.

24 BGH NJW 1963, 1971; MünchKommBGB/H. P. Westermann § 437 Rdnr. 2.

25 Zimmer (Fn. 19), S. 194.

26 Für Anwendung der §§ 459 ff. Buchwaldt NJW 1994, 154; Willemsen AcP 182, 515; Noll WM 1985, 3412; Lieb in: FS für Gernhuber, 1993, S. 259 ff.; MünchKommBGB/H.P. Westermann § 459 Rdnr. 47; a.M. J. Baur BB 1979, 381; Soergel/Huber § 459 Rdnr. 265.

27 Begründung des DiskE S. 530.

28 So die Rechtsprechung, BGH NJW 1970, 653; BGH WM 1990, 1344; ferner G. Müller ZIP 1993, 1045; Stengel/Scholder NJW 1994, 158 ff.

gelieferten Sache. Diese Fassung beruht aber ihrerseits auf Umständen, die in § 434 KF entweder im Rahmen der Beschaffenheitsvereinbarung oder bei der näheren Bezeichnung objektiver Kriterien für die Vertragsmäßigkeit genannt sind und – für das deutsche Gesetzesrecht eher ungewöhnlich – ebenfalls so formuliert sind, daß nicht der Fehler, sondern die Freiheit von Sachmängeln definiert ist. Die „Vermutungslösung“ der Richtlinie wirft die Frage auf, was gelten soll, wenn die Ware vertragswidrig ist, was wohl anzunehmen ist, wenn die Vermutung widerlegt ist. Diese Folge kommt in § 434 KF aber deutlicher zum Ausdruck, wonach Vertragswidrigkeit anzunehmen ist, wenn die Fehlerfreiheit nicht gegeben ist. Diese Folgenbestimmung sollte auch aus der Sicht der Richtlinie ausreichen³⁶.

Der Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung erlaubt auch eine klare Entscheidung der in einem hauptsächlich für didaktische Zwecke ausgearbeiteten, darum zur Demonstration auch der Leistungsfähigkeit der jetzt vorgeschlagenen Formeln geeigneten Beispielfall. In dem sogenannten Meerschweinchen-Fall ging es um die delikate Frage, ob ein als Weibchen verkauftes Tier, das sich im Zuge seiner aktiven Eingriffe in die Geburtenkontrolle im Meerschweinchenkäfig als Bock herausgestellt hatte, ein fehlerhaftes weibliches Exemplar ist³⁷, was man auch auf der Grundlage des § 434 KF bejahen kann. Um aber das neue System weiter an diesem Fall zu verdeutlichen, mag folgender ergänzender Hinweis sinnvoll erscheinen: Damals tauchte auch die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen die Käuferin Ersatz für die Schäden verlangen konnte, die durch das Fehlschlagen der Familienplanung in Gestalt der Fütterungs- und Reinigungskosten für die von der Kaufsache gezeugten Nachwuchs-Meerschweinchen anfielen. Das setzte eine Zusage über das Geschlecht des gekauften Meerschweins voraus, die im neuen § 434 nicht mehr auftaucht, oder eine positive Vertragsverletzung in Gestalt einer Schlechterfüllung, die wir jetzt in § 281 Abs. 1 des Entwurfs als „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung wiederfinden. Aber auch die Zusage ist nicht ganz verschwunden; vielmehr ist es denkbar, daß der in § 281 Abs. 1 durch Verweisung auf § 280 Abs. 1 des Entwurfs für maßgeblich erklärte Haftungsmaßstab des Vertretenmüssens wiederum im Rahmen der Neuformulierung des § 276 bei vertraglicher Übernahme einer Garantie verschärft wird, worunter man eine Zusage im bisherigen Sinne durchaus subsumieren kann. Die Gefahr, wegen des Wegfalls der Zusage als eigenständiger Anspruchsgrundlage könne die Praxis dazu neigen, mit einem schlüssigen Garantievertrag i.S. der künftigen §§ 242, 475 zu helfen³⁸, ist somit nicht mehr groß.

b) Mehr Probleme dürfte die in § 434 Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs niedergelegte Ausdehnung der Erfüllungspflicht des Verkäufers auf die Folgerungen aus *öffentlichen Äußerungen* des Herstellers oder seines Erfüllungsgehilfen aufwerfen, die voll auf der Richtlinie beruht³⁹. Diese Regelung könnte ein Tor aufstoßen, das wir nicht ohne sorgfältige Prüfung öffnen sollten, indem wir nämlich die Annahme legitimieren, der Verkäufer/Händler hafte zumindest beim Verkauf neu entwickelter Produkte für Falschangaben des Herstellers (oder auch des im Importeurs) nach § 278 BGB⁴⁰. Dies kann jedenfalls allgemein keinesfalls akzeptiert werden, weil die jedermann bekannten Gegebenheiten einer arbeitsteiligen Wirtschaft dem Käufer – nicht nur einem Endverbraucher – gegenüber keine Bedeutung mehr entfalten können.

ten. So weit geht nach unseren Vorstellungen die Verkäuferhaftung für die aus einer Herstellerwerbung abzuleitenden Erwartungen bezüglich der Eigenschaften der Sache nicht. Aber immerhin haftet der Verkäufer auch für die Schlüsse aus Fachausdrücken in der Herstellerwerbung, die er selber gar nicht einschätzen konnte, oder – schlimmer noch – für die Eindrücke, die der Jubel oder die Begeisterung professioneller Models für eine Ware bezüglich ihrer Qualität begründen könnten. Die Ausrede, die Äußerung nicht gekannt zu haben und auch nicht kennen zu müssen, wird dem Letztverkäufer angesichts der Verbreitung etwa von Werbung über die Medien nicht oft helfen⁴¹, so daß es meistens darauf ankommen wird, ob die Äußerung so war, daß sie, wie es der Entwurf ausdrückt, „die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte“. Jedenfalls kommt es danach nicht mehr darauf an, ob – was bei einer auf die Werbung gemünzten Rückfrage des Käufers angenommen werden könnte – die Antwort des Verkäufers als Bestandteil einer Beschaffenheitsvereinbarung angesehen werden kann, und man muß auch sehen, daß die Herstellerwerbung künftig den Verantwortungsbereich der Letztverkäufer in einer Weise erweitern wird, die das Problem des Rückgriffs aktualisiert und verschärft – darauf ist zurückzukommen.

c) Neu und insbesondere im Hinblick auf die genaue Qualifikation der Pflichtverletzung unsicher⁴² ist die dem Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie entstammende, im deutschen Entwurf in § 434 Abs. 2 enthaltene sogenannte *IKEA-Klausel*, die, wie es die Richtlinie sagt, einen Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsguts einer Vertragswidrigkeit gleichstellt. Die erste Fassung im DiskE war auf Kritik gestoßen, da sie nur an Sachen dachte, die zum Zusammenbau durch den Käufer bestimmt sind, und nicht an den offenbar viel häufigeren Fall fehlerhafter Gebrauchsanweisungen und Montageanleitungen⁴³, während die fehlende Eignung der gelieferten Teile zum Zusammenbau – gleichgültig durch wen – jedenfalls einen gewöhnlichen Sachmangel darstellen dürfte. Der Entwurf hat auf diese Kritik reagiert und beginnt nunmehr mit der Feststellung, daß ein Sachmangel auch dann gegeben ist, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer unsachgemäß durchgeführt worden ist; das klingt auf den ersten Blick wie eine Selbstverständlichkeit, bewahrt aber vor der Prüfung, ob hier nicht vielleicht werkvertragliche Elemente eines gemischten Vertrages bemüht werden müßten oder ob nur eine Nebenpflichtverletzung vorliegt, was aber angesichts der Schadensersatzregelung in den neu vorgeschlagenen §§ 281, 282 die Praxis wohl auf sich beruhen lassen könnte. Der Entwurf fährt dann fort, daß ein Sachmangel auch dann gegeben ist, wenn bei einer zur Montage bestimmten Sache die Montageanleitung⁴⁴ fehlerhaft ist. Wenn man hier die herkömmlichen Vorstellungen über den Fehlerbegriff zur Geltung bringt, würde man dieses Ergebnis wohl auch gefunden haben, wobei im übrigen das heikle Problem an Gewicht verloren hat, ob Schäden, die sich aus der Anwendung der untauglichen An-

³⁶ Ebenso Gsell JZ 2001, 66; *Schlechtriem* (Fn. 33); zur Anwendung der Vermutungslösung der Richtlinie krit. *P. Huber* (Fn. 31), S. 302f.

³⁷ Dazu und zum folgenden näher *H.P. Westermann/Baltes* JuS 1983, 691 ff.

³⁸ So die Befürchtung von *Zimmer* (Fn. 19), S. 189.

³⁹ S. zum Folgenden bereits *meine* Bemerkungen (Fn. 14), S. 255; ferner *Krebs* (Fn. 23), S. 17.

⁴⁰ *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I, Teilband 2, 8. Aufl. 1999; § 27 I 2; *H. Jakobs* Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht 1985, S. 154 ff.; *Brüg-gemeier* JZ 2000, 530, 536. In der Tat ist die Formulierung der Richtlinie, auf die diese Bestimmung des Entwurfs zurückgeht, ein Relikt der ursprünglich vorgesehenen, dann aber fallengelassenen weitgehenden Einbeziehung des Herstellers in die Gewährleistungshaftung, s. *P. Huber* (Fn. 7), S. 299f.

⁴¹ Gegen diese Entlastungsmöglichkeit überhaupt *Wagner*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), Diskussionsbericht S. 259.

⁴² Kritisch *Dauner-Lieb* JZ 2001, 13; *Honsell* JZ 2001, 280.

⁴³ *Krebs* (Fn. 23), S. 171; *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 127; *Honsell* JZ 2001, 280. Im Referat hatte ich hier das mir naheliegende Beispiel von einem Großvater gebildet, der bei IKEA ein Kinderbett in einer Plastiktüte gekauft hat, das er zu Hause zusammenbauen will, wenn der von seiner Tochter zum Einhüten abgelieferte Enkel angekommen ist.

⁴⁴ Am Rande ist darauf hinzuweisen, daß das von *Honsell* JZ 2001, 280 mit Recht gerügte Wort „Zusammenbauanleitung“ jetzt durch das mit einem gebräuchlichen Fremdwort operierende, darum in der bisherigen Gesetzessprache verpönte Wort „Montageanleitung“ ersetzt ist.

leitung ergeben, nur bei Zusicherung der Tauglichkeit der Anweisung ersatzfähig sind.

Im Interesse einer Zusammenfassung ist an den alten Schulfall von den Eltern zu erinnern, die für ihren 8jährigen Sohn zu Weihnachten einen Chemiebaukasten gekauft hatten, der nach Aussage des Verkäufers für einen Knaben dieses Alters geeignet war, mit dem aber der Junge, da er mit der in japanisch abgefaßten Gebrauchsanweisung nichts anfangen konnte, durch das Anwärmen des gefüllten Reagenzglases über einer brennenden Weihnachtsbaumkerze einen Zimmerbrand verursacht hatte: War die Aussage über die Eignung als Geschenk für einen 8jährigen eine Zusicherung, beging der Verkäufer durch den Verkauf oder im Zuge der Beratung der Eltern eine schuldhaftige Pflichtverletzung, die als positive Vertragsverletzung oder eher als culpa in contrahendo zum Schadensersatz verpflichtete? War dem Verkäufer, einem Kaufhaus mit einigen tausend Artikeln im Sortiment, die Untauglichkeit der vom Hersteller stammenden Gebrauchsanweisung zuzurechnen?

Man ersieht hieraus, daß bei einer besseren Feinabstimmung von Sachmängelgewährleistung und Pflichtverletzung, wenn sie denn gelingt, ein Fortschritt erreicht sein kann, wobei man sich allerdings weiter fragen muß, ob dies auch auf der Rechtsfolgenseite gesichert ist⁴⁵: Wie hat man sich etwa bei einer fehlerhaften Montageanleitung die Nachbesserung vorzustellen, muß der Verkäufer dem oben⁴⁶ erwähnten professoralen Großvater, der mit der alles andere als idiotensicheren Anleitung nicht zurechtgekommen ist, einen eigenen Monteur in Haus schicken, genügt ein Dolmetscher für japanisch? Wie schließlich, wenn der Großvater, des Wartens müde, für das Enkelkind kurzfristig aus einem Möbelhaus für eine Woche ein Kinderbett gemietet hat und den Geldbetrag ersetzt haben möchte, etwa als Verzugsschaden oder eingerechnet in den Schadensersatz statt der Leistung, wie ihn § 281 des jetzigen Entwurfs bei einer nicht wie geschuldet erbrachten Leistung oder § 282 bei einer Nebenpflichtverletzung gewährt? Diese Frage müßte sich lösen lassen, und auch ein letztes, fast perfektionistisches Detail wird keine Schwierigkeiten bereiten, die Einschränkung nämlich, daß Käuferansprüche nicht bestehen, wenn der besagte Großvater klüger war als der Verfasser der Montageanleitung und das Kinderbett fehlerfrei montiert hat. Die Beweislast für diese Ausnahme liegt freilich beim Verkäufer⁴⁷, der zu einem entsprechenden Beweis nur imstande sein wird, wenn er im Zuge der geforderten Nachbesserung zum Käufer gegangen ist oder sonst die Sache hat ansehen können.

Man sieht: Sollte der Gesetzgeber, wie angeblich ein Bundestagsabgeordneter bei der Diskussion der vollkommen mißglückten Neufassung der Verzugsvorschriften gesagt hat, die Professoren des Zivilrechts zwingen wollen, von ihren eingefahrenen Fragestellungen abzugehen, so dürfte ihm dies teilweise, aber doch auch nur teilweise gelingen.

3. Wegfall der Unterscheidung von Fehler und aliud

Nicht nur Universitätslehrer und Studenten, sondern wesentlich auch Praktiker werden es gutheißen, wenn es glücken sollte, die leidige Unterscheidung von Fehler und aliud und – systematisch darunter – von Art- und Individualabweichung überflüssig zu machen oder sie wenigstens zu entschärfen. § 434 Abs. 3 KF versucht dies mit einer Gleichstellung der Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge mit einem Sachmangel, wobei die im DiskE noch enthaltene Ausnahme des Falles, daß die gelieferte aliud-Sache oder die zu geringe Menge „als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt“, gestrichen wurde⁴⁸.

⁴⁵ Zum folgenden *Dauner-Lieb* JZ 2001, 13 Fn. 42; *H. P. Westermann* (Fn. 16), S. 119f.

⁴⁶ S. Fn. 43.

⁴⁷ Hinweis von *Dauner-Lieb* in dem in Fn. 20 erwähnten Papier auf S. 78.

Die frühere Fassung ging natürlich auf § 378 HGB zurück, also auf die Gleichstellung nur eines genehmigungsfähigen aliud mit einer Schlechtlieferung, während jetzt auch die nicht genehmigungsfähige Falschlieferung unter die Sachmängelgewährleistung fällt. Damit ging der Entwurf auf eine bei der Regensburger Tagung geäußerte Kritik ein, die vorhergesagt hatte, die Abgrenzung zwischen genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud werde nicht leichter fallen als diejenige zwischen Sachmangel und aliud⁴⁹. Angesichts der Angleichung der Rechtsfolgen von Mangel und Nichterfüllung ist es vielleicht auch hinzunehmen, daß beim Gattungskauf die Lieferung einer zu geringen Menge teilweise Nichterfüllung ist⁵⁰, so daß der Primäranspruch weiterbesteht, aber unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 Satz 3 im ganzen in den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung übergeführt werden kann. Nach wie vor kann eine Mankolieferung in toto nach Sachmängelrecht behandelt werden. Bezweifelt worden ist, ob die Beweislastumkehr gem. § 474 KF für diese Fälle gilt⁵¹, doch scheint mir dies durchaus diskutabel zu sein.

Der Entwurf versagt es sich, an dieser Stelle auch die handelsrechtlichen Probleme zu lösen, die sich bei der Frage ergeben, ob der Verkäufer mit einer aliud-Lieferung erfüllt hat oder seine Lieferung als nicht geschuldet zurückverlangen kann, wenn er feststellt, daß er sie anderweit besser einsetzen kann⁵². Da jetzt Nichterfüllung anzunehmen ist, wird man um dieses Ergebnis nicht herumkommen, so daß ferner der Käufer, wenn er die Sache behalten will, sich entschließen müßte, einen etwa höheren Preis zu bezahlen.

4. Wegfall der Zusicherungshaftung?

Die im DiskE (anscheinend) erfolgte Abschaffung des Unterschieds zwischen Sachmangel – auch in der Spielart der Nichterfüllung einer Beschaffensvereinbarung – und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft hat heftige Kritik erfahren. Dabei leuchtet nicht recht ein, daß diese Spielart der Verkäuferhaftung im geltenden Gesetz eine Leitbildfunktion einnehmen soll⁵³, wengleich es natürlich zutrifft, daß § 463 BGB einer der wichtigsten und zentralen Fälle der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung ist. Indessen sollte der Eindruck, daß es damit nur noch auf Verschulden des Verkäufers ankomme⁵⁴, heute, nach der Erweiterung des Haftungsmaßstabs in § 276 auf eine schlüssige Garantieübernahme, nicht uneingeschränkt mehr bestehen können, und auch im übrigen verhält es sich mit der Zusicherung so, wie nach *Windscheids*⁵⁵ bekanntem Wort mit der von ihm gefundenen „Voraussetzung“: „Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein“, will sagen: wenn sie auch als eigenständige Anspruchsgrundlage weggefallen ist, heißt dies nicht, daß sie unerheblich geworden wäre. So ist in der neuen Fassung des § 443 klargestellt, daß sich der Verkäufer auf eine die Gewährleistung ausschließende Vereinbarung nicht berufen kann, wenn er die Mangelfreiheit zugesichert hat, was, da es schon für den Individualvertrag gilt, offenbar unter den Klauselverböten des AGB-Rechts nicht mehr für erforderlich gehalten wird, so daß eine Nachfolge-

⁴⁸ Gegen die ursprüngliche Fassung des DiskE war eingewendet worden, daß die Lieferung kraß abweichender Güter und Mindermengen nach der Richtlinie nicht vom Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts ausgenommen werden dürfe, *Gsell* JZ 2001, 67.

⁴⁹ *Zimmer* (Fn. 19), S. 198 im Anschluß an *Huber*.

⁵⁰ *Honsell* JZ 2001, 280

⁵¹ *Schlechtriem* (Fn. 33), S. 214.

⁵² Die Frage hat *Dauner-Lieb* (Fn. 20), S. 79 aufgeworfen.

⁵³ So *Wagner* in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), Diskussionsbericht, S. 258.

⁵⁴ *Koller* in derselben Diskussion.

⁵⁵ AcP 78, 197; bestätigt bei *H. P. Westermann*, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967, S. 46.

regelung des § 11 Nr. 11 AGBG sich in dem jetzt vorgeschlagenen § 209 BGB nicht findet und die Regelung des § 443 für Verbraucherkäufe zwingend ist (§ 473). Sowohl in § 443 KF als auch in der insoweit gleichlautenden Vorschrift des § 441, die Kenntnis des Käufers von einem Mangel für unerheblich erklärt, wenn der Verkäufer „die Mangelfreiheit zugesichert hat“, ist die Zusicherung allerdings nur in der bisher eher ungewöhnlichen (jedenfalls in § 459 BGB so nicht gebrauchten) negativen Wendung als Zusicherung von Mangelfreiheit und nicht als Zusicherung des Bestehens einer bestimmten Eigenschaft enthalten⁵⁶, doch läßt sich der Rechtsgedanke einer verschärften Verkäuferhaftung bei Zusicherung ohne Schaden für die Deutlichkeit der Regelung auch umgekehrt, also positiv, formulieren.

So richtig es ist, daß die Richtlinie, die sich überhaupt nicht mit Schadensersatzansprüchen befaßt, zur Abschaffung der Haftung für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht zwingt⁵⁷, kann doch auf der anderen Seite gesagt werden, daß es, wenn man eine Neuordnung des Kaufrechts anstrebt, eine gewisse Verwunderung auslösen würde, wenn die Probleme der unterschiedlichen Voraussetzungen, unter denen die verschuldensunabhängige Zusicherungshaftung und die culpa-Haftung eingreifen, weiterhin bestehen bleiben würden⁵⁸. Daß dies dann auch für die Rechtsfolgen gelten muß, wurde schon angesprochen.

Die Verschärfung der Verkäuferhaftung bei Zusicherung hat ein gewisses Gegenstück bei Kenntnis des Käufers vom Mangel – dies ist unproblematisch. Protestiert wurde aber gegen die Regelung in § 441 Abs. 1 Satz 2 DiskE, wonach auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers der Anspruch ausgeschlossen war, ohne daß die in § 460 Satz 2 des geltenden Rechts vorgesehene Einschränkung dieses Rechtsverlusts für einen arglistig getauschten Käufer oder einen Käufer, der sich auf eine Zusicherung der Mangelfreiheit verlassen hat, aufgegriffen wurde⁵⁹; dies ist in der Neufassung des § 441 nachgeholt worden, wobei erneut, wie schon gesagt, auch die Zusicherung wieder zum Fenster hereinkommt. Wie zum geltenden § 460 scheint mir keine Besorgnis einer zu weitgehenden Prüfungspflicht des Käufers begründet zu sein, die sich mit der Formulierung des Entwurfs nicht vereinbaren ließe.

5. Kauf gebrauchter Sachen

Die Ausdehnung der Verkäuferhaftung auf den Verkauf gebrauchter Sachen wurde angesichts der dies fordernden Richtlinie zunächst als Stolperstein empfunden⁶⁰. Die Diskussion nach Veröffentlichung des DiskE war im Vergleich dazu ziemlich nüchtern, was an sich nicht verwundern kann, wenn man davon ausgeht, daß das neue Recht grundsätzlich für alle Verkaufsfälle gelten muß und Gewährleistungsansprüche schon immer auch bei gebrauchten Sachen erhoben werden können.

a) Praktisch wichtig sind hauptsächlich drei Teilaspekte: Zum einen ist bei gebrauchten Sachen, die Gegenstand eines Stückkaufs sind, eine *Nacherfüllung* i.S. des § 438 des Entwurfs nur vorstellbar, wenn der Verkäufer – was beim Ge-

brauchtwagenhandel vorkommt, ohne selbstverständlich zu sein – eine eigene Werkstatt hat⁶¹. Also wird hier die Frage nach den Gründen für eine Verweigerung der Nacherfüllung (§ 438 Abs. 3 KF) unter Berücksichtigung der Besonderheiten der verkauften Ware gestellt werden müssen. Das gilt aber, wie schon im geltenden Recht⁶², auch im Hinblick auf die Anwendung des Sachmangelbegriffs, sowohl hinsichtlich der Auslegung von Beschaffenheitsvereinbarungen als auch bezüglich dessen, was im Sinne des § 434 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs als „gewöhnliche Verwendung“ und Üblichkeit „bei Sachen der gleichen Art“ verstanden werden muß.

b) Das Schwergewicht der kritischen Überlegungen zur Ausdehnung des Käuferschutzes beim Kauf gebrauchter Verbrauchsgüter liegt aber bei der Qualifikation der neuen Regelung als *zwingendes Recht*, wie sie jetzt für Käufe eines Verbrauchers i.S. des § 13 BGB bei einem Unternehmer i.S. des § 14 BGB durch die Neufassung des § 473 KF in Befolgung der Richtlinie klargestellt ist. Diese Regelung löst die etwas umständlich formulierte Bestimmung des § 305c DiskE ab, die als zwingend nur die „Vorschriften über Verbrauchsgüterverträge“ bezeichnete, wodurch sich die Frage ergab, ob hiermit nur die verhältnismäßig wenigen und praktisch nicht so bedeutenden Bestimmungen der § 473 ff., im wesentlichen also diejenige des § 474 DiskE über die Beweislastumkehr, bezogen waren⁶³. Demgegenüber ist jetzt fast alles für Verbraucherverträge zwingend, mit der einzigen Ausnahme, daß in Individualverträgen etwas möglich sein soll, was der Entwurf als „Ausschluß oder Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz“ benennt, was also wohl dahin verstanden werden kann, daß die Käuferrechte auf Nachbesserung bzw. Nachlieferung und Rücktritt beschränkt werden können. Ob man dann, wie im AGB-Recht geläufig, bei Fehlschlagen der Nachbesserung nicht doch auch zum Schadensersatz übergehen kann, bleibt abzuwarten. Jedenfalls sind dann in diesem Rahmen – wenn auch nur in ihm – Vereinbarungen möglich, die mit Rücksicht auf den Gebrauchszustand der Sache die möglichen Schadensersatzansprüche des Käufers beschränken.

Zu erwähnen ist noch, daß es Sonderregeln für den Grundstückskauf nicht gibt, abgesehen davon, daß § 473 für den Verbraucherkauf die Abdingung der Regelung des § 436 über die Verkäuferhaftung für öffentliche Lasten eines verkauften Grundstücks gestattet. An diesen Geschäftstyp wird man aber sicher einmal unter Gesichtspunkten wie des Gewährleistungsausschlusses, der Zahlungssicherung und überhaupt der Baufinanzierung heranmüssen, ohne daß es dazu einer Richtlinie bedürfte, die uns der Himmel ersparen möge.

6. Zwingender Charakter und Leitbildfunktion des Verbrauchsgüterkaufs

Ein anderes hiermit zusammenhängendes Problem hat schon jetzt grundlegende Bedeutung. Die oben⁶⁴ schon erwähnte Verschiebung der Regeln des „allgemeinen“ Kaufrechts auf das aus der Richtlinie übernommene Verbrauchsgüterkaufrecht könnte dahin verstanden werden, daß alles Kaufrecht, wo es nicht eigens als nur für andere als Verbraucherkäufe geltend gekennzeichnet wird, künftig zumindest als nicht durch AGB abdingbar qualifiziert wird. Dies darf nicht das Ergebnis der Reform des Verbrauchsgüterkaufs sein. Mag man es auch für richtig halten, die Richtlinie weitgehend ins Kaufrecht des BGB umzusetzen und auch die Ausstrahlungen auf das Leistungsstörungenrecht zu übernehmen, so än-

⁵⁶ Dauner-Lieb (Fn. 20), S. 86, 87.

⁵⁷ Ernst/Gsell ZIP 2000, 1418 f.

⁵⁸ So schon H.P. Westermann (Fn. 14), S. 258.

⁵⁹ Näher dazu Krebs (Fn. 23), S. 18. Allerdings ist das Verschweigen des Mangels nicht ausdrücklich als arglistig gekennzeichnet (Dauner-Lieb [Fn. 20], S. 86), doch darf dieses Element im „Verschweigen“ wohl mitgedacht werden.

⁶⁰ Nachweise bei H.P. Westermann (Fn. 14), S. 264; s. ferner Tonner BB 1999, 1768, 1773; Medicus ZIP 1996, 1925, 1929.

⁶¹ Brüggemeier JZ 2000, 532.

⁶² Näher zum objektiven Fehlerbegriff bei gebrauchten Sachen MünchKommBGB/H.P. Westermann § 459 Rdnr. 40.

⁶³ Diskussion bei Gsell JZ 2001, 17 f.; H.P. Westermann (Fn. 16), S. 12.

⁶⁴ Im Text bei Fn. 12, 13.

dert dies doch nichts daran, daß der Kauf unter Unternehmen oder nur unter „Privaten“ große Bedeutung behalten wird und einer freien Vereinbarung zugänglich bleiben muß, die nicht unbedingte nur in einem Individualvertrag geschehen muß. Deshalb wäre eine Ergänzung des § 473 KF etwa des Inhalts zu begrüßen, daß eine Abdingung der dort genannten Vorschriften allein nicht ausreicht, um eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i.S. des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG oder eine Gefährdung des Vertragszwecks im Sinne der Nr. 2 derselben Vorschrift anzunehmen. Zumindest müßte die Begründung einen entsprechenden Hinweis enthalten.

Der zwingende Charakter der in § 473 KF genannten Normen weist noch eine andere Perspektive auf. § 443 KE ist, wie es Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie zu entsprechen scheint, in § 473 KF als zwingend erklärt, so daß auch ein Haftungsausschluß durch Individualvereinbarung nicht möglich ist. Wohl aber macht § 434 klar – und das ist mit der Richtlinie vereinbar –, daß die Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit der Sache der Parteivereinbarung unterliegt, was gerade beim Kauf gebrauchter Güter praktisch werden könnte (Beispiel: Gebrauchtwagenkauf)⁶⁵. Zwischen der Bestimmung dessen, was vertragsmäßig sein soll, und dem Ausschluß der Haftung für Vertragswidrigkeit wird häufig nur eine fließende Grenze verlaufen. Es kann auch sein, daß der Käufer gegen einen Preisnachlaß Qualitätsrisiken hinnehmen will, ohne daß daraus schon geschlossen werden könnte, daß er i.S. des § 441 KF Mängel kennt oder fahrlässig nicht kennt. Mindestens muß in solchen Fällen die Verschuldensvermutung in § 280 Abs. 1 Satz 1 KF widerlegbar sein, wenn man nicht überhaupt der Privatautonomie auch für den Kauf gebrauchter Güter in § 473 KF größeren Raum gewähren will, wobei das aus dem AGB-Recht bekannte Erfordernis einer hinlänglich klaren, „transparenten“ Regelung auch auf den Individualvertrag zu übertragen wäre.

7. Weitere Modalitäten

Maßgebender Zeitpunkt für die Gewährleistung ist der Gefahrübergang, womit § 444 des Entwurfs die Übergabe der verkauften Sache meint. Das Verständnis davon, welche Gefahr übergeht, soll bleiben wie im geltenden Recht, so daß die Gefahr des zufälligen Untergangs gemeint ist. Unverändert und im Einklang mit § 300 Abs. 2, der fortbestehen soll, ist der Gefahrübergang auf den im Annahmeverzug befindlichen Käufer. Im allgemeinen Leistungsstörungenrecht haben sich keine Besonderheiten für den hier im Vordergrund stehenden Fall des Auseinanderfallens von Übergabe der Kaufsache und Erfüllung durch Übereignung ergeben. Dieser Aspekt bietet also keine Überraschungen, eher schon die Streichung des § 447 BGB, die angesichts des Art. 67 CISG jedenfalls für Handelskäufe nicht überzeugt. Die dem offensichtlich zugrundeliegende Vorstellung, für Verbraucherkäufe passe ein Gefahrübergang beim Versandkauf nicht, ist wohl richtig sie gilt aber nicht für den Nicht-Verbraucherkauf, so daß die Streichung beseitigt werden sollte⁶⁶, auch wegen der sonst nicht ganz undenkbaren Konsequenz, daß eine dahingehende Vereinbarung an der Leitbildfunktion des § 473 scheitern könnte. Für Käufe unter Unternehmen wie unter Privaten sollte eine entsprechende Regelung möglich sein, gerade wenn man meint, mit der Schuldrechtsmodernisierung auf das Zusammenwachsen der Märkte in Europa reagieren zu müssen.

⁶⁵ Zum folgenden P. Huber (Fn. 7), S. 297, 309 f.; Gsell JZ 2001, 65, 76.

⁶⁶ Kritisch auch Krebs (Fn. 23), S. 18.

8. Die Rechtsfolgen eines Mangels nach Kauf- und Leistungsstörungenrecht

Im Mittelpunkt mancher Kritiken, aber auch Informationsfragen zum künftigen Recht stehen die Rechtsfolgen eines Sachmangels. Dabei braucht nicht mehr betont zu werden, daß die starke Aufwertung des Nachlieferungs- bzw. Nachbesserungsanspruchs, der ja in § 438 nur als einer von drei Behelfen des Käufers genannt ist, nicht nur durch die Richtlinie gefordert wird, sondern der dogmatischen Umstellung auf den – die Sach- und Rechtsmangelfreiheit erfassenden – Erfüllungsanspruch des Käufers entspricht. Die Lieferung einer mangelhaften Sache ist Nichterfüllung, in der Terminologie des DiskE auch: Pflichtverletzung, wobei die im letzteren Ausdruck anklingende Vorstellung, es müsse ein schuldhaftes Verhalten zugrundeliegen, leicht verwirrend wirken kann. Im Gewährleistungsrecht ist demgemäß Rücktritt und Minderung von einem Verschulden des Verkäufers nicht abhängig⁶⁷.

a) Die Richtlinie stellt in Art. 3 Abs. 3 den Anspruch des Käufers auf unentgeltliche *Nachbesserung* des Verbrauchsguts oder unentgeltliche *Ersatzlieferung* in den Vordergrund, indem sie formuliert, diese Rechte könne der Verbraucher „zunächst“ geltend machen. § 437 des KE stellt Nacherfüllungsanspruch, Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch des Käufers nebeneinander, während das Richtlinienrecht so verstanden wurde, daß eine Rangfolge der Käuferrechte bestehe⁶⁸, woraus dann u.U. ein Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung gefolgert werden könnte. Das trifft aber schon für die Richtlinie nicht zu, die klar von einem Wahlrecht des Käufers ausgeht, was bei uns zwar als sachwidrig, aber verbindlich angeordnet verstanden wird⁶⁹, und demgemäß so in § 438 Abs. 1 niedergelegt ist. Trotzdem sollte noch einmal überlegt werden, ob man für Nicht-Verbraucherkäufe (wie auch für den Werkvertrag) die Entscheidung über die Art der Nacherfüllung dem sachnäheren Unternehmer überlassen sollte. Im übrigen hat das in § 438 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehene Recht des Verkäufers, eine unmögliche oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten mögliche Art der Nacherfüllung abzulehnen, Bedenken hinsichtlich der „Richtlinienkonformität“ ausgelöst⁷⁰, obwohl man Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie in diesem Sinne verstehen kann. Ein anderes Problem folgt aus dem Umstand, daß der Käufer nach § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 KF nicht ohne Fristsetzung zurücktreten kann, wenn nicht der Verkäufer die Erfüllung – also Nachbesserung oder Nachlieferung – ernsthaft und endgültig verweigert oder unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ein sofortiger Rücktritt gerechtfertigt ist. Gleich steht nach § 439 der Fall, daß beide Arten der Nacherfüllung dem Käufer unzumutbar oder fehlgeschlagen sind. Die im Regelfall nötige Nachfristsetzung sieht die Richtlinie allerdings nicht als Voraussetzung eines Rücktritts vor, nennt aber als Erfordernis des Rücktritts, daß der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat, wobei die Fristsetzung eigentlich nur vom Käufer stammen kann. Angesichts der sprachlichen Fassung des § 438 Abs. 3

⁶⁷ Nach Gsell JZ 2001, 65, 67 liegt eine Verschärfung der Verkäuferhaftung darin, daß er bei Verschulden ohne Zusicherung auf das positive Interesse hafte, wohingegen bei der Rechtsmängelhaftung die bisherige Garantiehaftung zur Verschuldenshaftung abgemildert werde; das trifft die Rechtslage nach der KF nicht mehr ganz.

⁶⁸ Schmidt-Räntsch ZIP 1998, 849, 851; Ebmann/Rust JZ 1999, 853, 858.

⁶⁹ Gsell JZ 2001, 67; Zimmer (Fn. 19), S. 199; Schlechtriem (Fn. 33), S. 218.

⁷⁰ Schlechtriem aaO.; Bedenken hinsichtlich des Fehlens einer Bestimmung über die Folgen des Fehlschlagens der Nachbesserung bei Gsell JZ 2001, 65, 69, die aber durch § 439 KF jetzt beseitigt sein dürften.

KF kann man zweifeln, ob sich der Verkäufer auf die Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung oder einer bestimmten Art der Nacherfüllung berufen haben muß⁷¹, man kann den Text aber auch im Sinne der Richtlinie so verstehen, daß Möglichkeit und Verhältnismäßigkeit der Nacherfüllung als Voraussetzungen der vom Käufer zu wählenden Art der Nacherfüllung verstanden werden.

Insgesamt ist es aber richtig, daß der Käufer – und nicht nur der Verbraucher – gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand durch die Streichung des Rechts auf sofortige Wandlung oder Minderung schlechter gestellt wird, was in der Diskussion kritisch gesehen worden ist⁷², weil dem Käufer u.U. mehrere Besuche bei dem ihm mißliebigen Verkäufer zugemutet werden, daß aber andererseits der Verkäufer ihn nicht durch ein Recht zur zweiten Andienung auf die Erfüllung warten lassen darf. Eine weitere Konsequenz dieses Systems besteht darin, daß der Rücktritt wegen der Nicht- oder Schlechterfüllung der Hauptleistungspflicht neben der sofortigen und nicht von einer Nachfristsetzung abhängigen Forderung von Schadensersatz wegen einer Verletzung sonstiger Pflichten stehen kann. Hat darüber hinaus die Nebenpflichtverletzung zur Folge, daß der Käufer auch an der Hauptleistung kein Interesse mehr hat, so kann die Nachfristsetzung nach § 323 Abs. 1 Nr. 3 KE entbehrlich sein.

b) Das ist das Grundmuster, das aber durch *weitere Einzelheiten* und Fragezeichen ergänzt werden muß. Zunächst überträgt die Verweisung auf § 323 in § 437 des Entwurfs auf den Rücktritt im Rahmen der Sachmängelgewährleistung auch die merkwürdige Bestimmung, daß der Schuldner, hier also der Verkäufer, sich einen solchen Rücktritt nicht gefallen lassen muß, mit dem er trotz der Fristsetzung nicht rechnen mußte. In § 323 des Entwurfs soll diese Bestimmung an die Stelle der angeblich für die Praxis schwer zu handhabenden Ablehnungsandrohung gem. § 326 des geltenden Rechts treten, weil dem Käufer nicht zugemutet werden soll, sich zugleich mit der Fristsetzung auf eine bestimmte Rechtsfolge der Fristversäumnis festzulegen. Praktisch wird man dennoch dem Käufer bzw. seinem Anwalt wohl mindestens empfehlen müssen, neben der Fristsetzung doch die verschiedenen denkbaren Folgen der Fristversäumnis – also Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung – namhaft zu machen. Als Lösung kommt daher auch noch in Betracht, das in § 281 Abs. 3 KF geregelte Wahlrecht des Gläubigers (also auch des Käufers) zwischen Leistung und Schadensersatz statt der Leistung etwa dahin zu modifizieren, daß der Gläubiger den Anspruch auf die Leistung verliert, wenn er Schadensersatz verlangt hat, wobei weiter zu überlegen wäre, ob man ihm die Möglichkeit gibt, bei erfolgloser Zwangsvollstreckung wegen des Schadensersatzanspruchs noch auf den Erfüllungsanspruch zurückzukommen.

Ein weiterer, in der Diskussion aufgekommener Problempunkt hängt mit der hier aus Raumgründen im übrigen nicht weiter zu besprechenden, aber auch nicht unproblematischen Rückabwicklung nach einem Rücktritt zusammen. Man könnte nämlich meinen, die u.U. aus §§ 346, 347 KF folgende Pflicht des Käufers zum Nutzungs- oder Wertersatz nach Gebrauch der gekauften, nun zurückzugebenden Sache verstoße gegen Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, der den Verkäufer bei Sachmängeln zur unentgeltlichen Nacherfüllung verpflichtet. Dies trifft im Ergebnis aber nicht zu, da der 15. Erwägungsgrund der Richtlinie den Mitgliedstaaten eine solche Regelung offen läßt.

⁷¹ Dazu eingehend *Gsell* JZ 2001, 65, 69.

⁷² *Dauner-Lieb* JZ 2001, 13; befürwortend dagegen *Zimmer* (Fn. 19), S. 200; *Krebs* (Fn. 23), S. 19.

c) Natürlich hängt die Beurteilung des Systems, das die Richtlinie im wesentlichen so vorgibt, nicht zuletzt davon ab, wie § 438 Abs. 3 des Entwurfs angewendet werden wird, was also als eine nur mit unverhältnismäßigen Kosten mögliche *Nacherfüllung*, die der Verkäufer verweigern kann, verstanden werden wird. Der Entwurf gibt einige Hinweise, indem es auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, auf die Bedeutung des Mangels und darauf ankommen soll, ob auf die jeweils andere Art der Nacherfüllung – also Nachbesserung statt Nachlieferung und umgekehrt – ohne Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann. Das problematische Wahlrecht des Käufers zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung ist hierdurch etwas abgeschwächt, auf der anderen Seite kann sich der Verkäufer nicht ohne weiteres weigern, nachzuerfüllen, wenn er nicht einen fristlosen Rücktritt nach § 323 Abs. 2 riskieren will.

Dennoch bleibt natürlich ein gewisses Unbehagen aus der Einsicht, daß sich der Gesetzgeber des BGB und vor allem des HGB etwas dabei gedacht hat, die Nachbesserung nicht als vorrangiges Käuferrecht vorzusehen⁷³. Das Wahlrecht des Käufers setzt sich insbesondere im Handelsverkehr über die Tatsache hinweg, daß die Entscheidung zwischen Nachbesserung und Nachlieferung regelmäßig der Verkäufer besser wird treffen können; auf der anderen Seite muß darauf geachtet werden, daß die Stärken und Schwächen von Käufer- und Verkäuferposition im Verhältnis zwischen Letztverkäufer und Verbraucher nicht wesentlich anders verteilt sein dürfen als zwischen dem Letztverkäufer und seinen Vormännern; hierauf ist bei der noch folgenden Betrachtung der Rückgriffsmöglichkeit noch einmal einzugehen.

Es gibt noch weitere delikate Folgeprobleme, bei denen das Verdikt der unzulänglichen Umsetzung der Richtlinie oder der fehlenden Sachgerechtigkeit droht⁷⁴. Angenommen, der Verkäufer hat nachgebessert, aber nur nach Ablauf einer vom Käufer gesetzten oder sonst objektiv angemessenen Frist, oder die Nachbesserung war mit „erheblichen Unannehmlichkeiten“ verbunden: Zum Teil wird man hier mit einem Anspruch auf Ersatz des Verzugs Schadens helfen können⁷⁵. Ob man aber Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie dahin verstehen kann, daß Rücktritt oder Minderung auch noch gefordert werden können, wenn dem Käufer bei der Nachbesserung erhebliche Unannehmlichkeiten zugemutet wurden⁷⁶, muß wohl doch bezweifelt werden⁷⁷. Sollte die Richtlinie so verstanden werden, daß sie ein solches Rücktrittsrecht fordert, so kann man vielleicht mit einiger Aussicht auf Erfolg auf den neugefaßten § 282 verweisen, nach dem die Verletzung einer wesentlichen Nebenpflicht u.U. dazu berechtigen kann, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen; ein Rückstand von Unwohlsein bleibt aber auch hier.

d) Das leitet zum *Schadensersatzanspruch* über. Auch für das Kaufrecht ist jetzt klar, daß Schadensersatz nur verlangt werden kann, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 Satz 1. Die Erweiterung der Haftung durch Garantieübernahme, wie sie § 276 jetzt ausdrücklich vorsieht, gilt auch hier, so daß im Einzelfall Verschulden ent-

⁷³ *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853, 558; *H.P. Westermann* (Fn. 14), S. 267; jetzt auch *Honsell* JZ 2001, 280.

⁷⁴ Zum folgenden *Schlechtriem* (Fn. 33), S. 219; *Gsell* JZ 2001, 70.

⁷⁵ Zu erinnern ist an den oben (Fn. 43) erwähnten Großvater, der die korrekte Montage des gekauften Kinderbetts erst einige Tage nach Überstellung des einzuhütenden Enkelkinds durchgesetzt hat und für die Zwischenzeit ein Ersatzbett gemietet hat.

⁷⁶ Im Beispiel: Der hinzugezogene Monteur hat etwa 3 Stunden gebraucht und während dieser Zeit das Kinderzimmer mit Zigarettenrauch verpestet.

⁷⁷ Anders im Ergebnis wohl *Gsell* JZ 2001, 70 unter Hinweis auf die Richtlinie.

behrlich sein kann. Aber wie im Recht der Leistungsstörungen kann der Gläubiger/Käufer grundsätzlich nicht ohne Fristsetzung – und zwar eine qualifizierte – zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung kommen, siehe § 280 Abs. 3 KF. Das bedeutet, daß es weiterhin einen Unterschied zwischen Schadensersatz statt der Leistung und demjenigen wegen Schlechterfüllung oder Nebenpflichtverletzung gibt. Der ganze Bereich der vorvertraglichen Informationspflichten bleibt also auch im Kaufrecht relevant, wobei darauf hinzuweisen ist, daß die in § 311 des Entwurfs vorgesehene Kodifizierung des Anspruchs aus culpa in contrahendo die vielfältigen hierunter möglicherweise fallenden Pflichten nicht namhaft zu machen versucht und daher nicht als Einengung beargwöhnt werden kann. § 282 meint neben dieser allgemein formulierten Anspruchsgrundlage nur den Sonderfall, daß die Verletzung einer Nebenpflicht die eigentliche Erfüllungsleistung nicht als mangelhaft erscheinen läßt, dem Gläubiger aber trotzdem die Leistung durch den Schuldner nicht zuzumuten ist.

Was den Inhalt des Schadensersatzanspruchs anbelangt, so kommt der Entwurf mit einigen unspektakulären Formulierungen aus. § 280 unterscheidet zwischen dem durch die Pflichtverletzung entstehenden Schaden, dem Verzugsschaden und dem Schadensersatz statt der Leistung. Diese Ansprüche schließen sich nicht untereinander aus, so daß, wie bereits gesagt, unter den jeweiligen Voraussetzungen das Integritätsinteresse und Folgeschäden kumulativ geltend gemacht werden können. Dies wurde bei der Diskussion der Richtlinie als kleine Sensation angekündigt⁷⁸, es ist aber wohl unvermeidbare Konsequenz aus dem Grundansatz⁷⁹. Raumgründe verbieten es, hier noch näher die Anwendbarkeit der Regeln über den „großen“ Schadensersatzanspruch zu diskutieren, wonach der Käufer, wenn die Voraussetzungen für Rücktritt wie auch für Schadensersatz vorliegen, vom Vertrag zurücktreten und seinen entgangenen Gewinn verlangen kann, auch wenn er in der von ihm gesetzten Nachfrist noch keinen Deckungskauf abgeschlossen hat⁸⁰. Auf § 325 des Entwurfs, nach dem die Berechtigung zum Schadensersatz durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen wird, ist am Rande hinzuweisen.

e) Auch die *Minderung* kann erst nach erfolglosem Ablauf einer vom Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung in Betracht gezogen werden, wenn auch hier – legt man nur den Wortlaut des § 323 Abs. 1 letzter Halbsatz zugrunde – die Fristsetzung nicht unbedingt so formuliert gewesen sein muß, daß der Verkäufer mit einem Minderungsverlangen rechnen mußte. Wie sich aus § 440 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs ergibt, reicht für die Minderung – also anders als für den Rücktritt – eine unerhebliche Pflichtverletzung nicht aus, damit bleibt also der Entwurf hinter dem geltenden Recht nicht zurück. Das Problem der Minderung liegt in ihrer Berechnung. § 439 Abs. 3 stellt sich wohl vor, daß der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt werden muß, um den der Mangel den Wert der Sache, gemessen am Kaufpreis, mindert, wobei nach der Höhe des vereinbarten Kaufpreises in relativer Betrachtung der Minderungsbetrag berechnet werden soll⁸¹. Schon zu § 472 BGB sollte es auf das subjektive Äquivalenzverhältnis zwischen dem vorgestellten Wert der mangelfreien Sache und dem Kaufpreis ankommen⁸², wobei die Praxis sich mit einer Vermutung von Gleichheit des Kauf-

preises und Verkehrswert der Sache behilft. Das genügt für den Regelfall; die bisherige Formulierung des § 472 BGB paßt aber auch für den Fall, daß eine der Parteien bei einem außergewöhnlichen Verhältnis von Marktwert der Kaufsache und konsentiertem Preis auch im Rahmen der Minderung den sonst erzielten Vorteil wenigstens pro rata behalten möchte⁸³. Demgegenüber ist der neuere Vorschlag, einfach die Differenz zwischen Ist- und Soll-Wert zu ermitteln⁸⁴, bis zu einem gewissen Grade eine Vergrößerung.

f) Vereinfachungen gegenüber dem geltenden Recht sind bei einer derart komplizierten Materie von einem Reformentwurf nicht unbedingt zu erwarten. Vielleicht kann dies aber wenigstens für einen weiteren Punkt angenommen werden, nämlich für die Beseitigung eines *ius variandi* des Käufers bzw. Gläubigers. Da Rücktritt und Minderung als Gestaltungsrechte konzipiert sind, die gewöhnlich beide erst nach Ablauf einer vom Käufer zu setzenden Nachfrist ausgeübt werden können, ist mit der Erklärung des Käufers – vorausgesetzt, ihre Voraussetzungen waren gegeben – das Rechtsverhältnis umgestaltet, die durch §§ 465, 467 BGB hervorgerufenen Probleme der Vertrags- und Herstellungstheorie können nicht mehr auftreten⁸⁵. Auf der anderen Seite ist es der erklärte Gedanke hinter § 323 Abs. 1 des Entwurfs, daß sich der Gläubiger nach einer Leistungsstörung nicht schon mit der Nachfristsetzung auf eines der Folgerechte soll festlegen müssen. Er kann also jedenfalls mit seiner Umgestaltung des Rechtsverhältnisses bis zum Fristablauf warten, bei Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung kann er sich sofort erklären. Entdeckt er freilich nach seinem Minderungsverlangen weitere Mängel, so kann es ihm kaum verwehrt sein, jetzt doch zurückzutreten, während er umgekehrt nach einem Rücktritt, gegen den sich der Verkäufer wehrt, nicht mehr zur Minderung übergehen kann, ohne das Einverständnis des Verkäufers herbeizuführen. Zum Wahlrecht des Käufers zwischen Nacherfüllung und Schadensersatz statt der Leistung s. schon unter b).

8. Weitere Umsetzungsschritte

Jeder Praktiker, und natürlich auch die Verfasser der Richtlinie, ist sich darüber klar, daß die Bewertung vieler der vorstehenden Regelungen von der Beweislastverteilung abhängt, zu der also im einzelnen Stellung genommen werden müßte. Die Richtlinie hatte in diesem Punkt ein Türchen offengelassen in Gestalt der in Art. 5 Abs. 2 den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeit, eine Rügeobliegenheit für den Käufer vorzusehen. Davon nimmt die KF nun Abstand, was angesichts der bedeutenden Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht selbstverständlich ist; darauf ist im Zusammenhang mit der Stellungnahme zu der Notwendigkeit einzelner Teile der jetzt vorgesehenen „großen Lösung“ noch einmal zurückzukommen.

III. Zur Umsetzung der Richtlinie

Nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion ist wohl davon auszugehen, daß ein im wesentlichen auf eine Darstellung der *lex ferenda* beschränktes Referat allenfalls einen Teil der Leserschaft überzeugen kann, einigen als zu progressiv

78 S. Brüggemeier JZ 2000, 537.

79 Ebenso Schlechtriem (Fn. 33), S. 221 f.; s. auch schon H.P. Westermann (Fn. 14), S. 267 f.

80 So auch Brüggemeier ebenda.

81 Begründung zu § 439 DiskE.

82 MünchKommBGB/H.P. Westermann § 472 Rdnr. 5.

83 Bedenken gegen die Realitätsnähe der auf subjektive Äquivalenz zielenden Rechenmethoden bei Honsell JZ 2001, 281; krit. auch Ernst/Gsell ZIP 2000, 1418; Krebs (Fn. 23), S. 19.

84 Honsell ebenda; s. auch die Überlegungen von Zimmer (Fn. 19), S. 200 f.

85 Hierzu und zum folgenden H.P. Westermann (Fn. 16), S. 21.

oder zumindest unkritisch-nachgiebig vorkommen wird, von anderen dagegen gern zugunsten weitergehender Programme beiseitegeschoben würde. Nach wie vor ist die Grundsatzfrage nicht entschieden, was wir überhaupt in Bezug auf das Schuldrecht des BGB tun müssen, was wir zeitlich aufschieben können und was wir vielleicht auch ganz unterlassen sollten. Damit ist nicht die Frage nach einer Integration der neuen Normen ins BGB oder der Erlaß eines Sondergesetzes gemeint, denn die Probleme der Anpassung des Neuen ans Bisherige und der Abstimmung der Teilkomplexe würden dadurch nur unwesentlich verschoben. Es geht vielmehr um die durch die vorstehenden Erläuterungen des Für und Wider einzelner Vorschriften entstandenen Eindrücke von der Zweckmäßigkeit und Machbarkeit der jetzt angestrebten „großen Lösung“, also einer Reform des Kaufrechts mit dem Recht der Leistungsstörungen. Von hier aus kann dann möglicherweise auch die soeben erwähnte Frage nach der tief ins Verhältnis von „bürgerlichem“ Kauf und Handelskauf einschneidenden Rügeobliegenheit des Käufers beleuchtet werden. Schließlich bedarf es noch einiger Bemerkungen zu offenen Rechtsfragen.

1. Zur Stimmigkeit des Konzepts

Aller Anfang ist leicht: Natürlich müssen wir für einen wichtigen, im Alltag wohl den wichtigsten Teil der Kaufverträge von der Gewährleistungs- auf die Erfüllungstheorie als Grundkonzeption des Sach- und Rechtsmängelrechts übergehen. Bedenkt man, in welchem Ansehen die erstere doch ein wenig künstliche Lösung von jeher steht, sollte dies nicht allzu schwer fallen, und die Unterschiede zwischen Sach- und Rechtsmängeln, an denen viele festhalten wollen, sind nicht unbedingt erhaltungswürdig, wenn man sich im wesentlichen darüber streitet, in welchem Umfang eine Garantiehafung des Verkäufers angebracht ist. Dies muß allerdings entschieden werden, und hier liegt sicher ein Punkt, an dem die Rechtsmängelhaftung mit der Regelung des anfänglichen Unvermögens abgestimmt werden muß und der jetzige § 306 BGB im Wege ist. Auch sind die Verbindungen zwischen §§ 440, 325 BGB einschließlich gewisser Gegenschlüsse aus dem Verhältnis dieser im Kaufrecht und im allgemeinen Leistungsstörungenrecht stehenden Normen aus der Diskussion um die Pflicht zur rechtsmangelfreien Lieferung hinlänglich bekannt⁸⁶.

Um bei den Anspruchsgrundlagen zu bleiben, so ist andererseits auch klar, daß die diesbezügliche Funktion der Zusicherung nicht abgeschafft werden müßte, so wenig die Richtlinie dazu zwingt, den schon vor ihrer Entstehung aufgekommene Gedanken der Zusammenfassung der verschiedenen Formen der Leistungsstörung in einem einheitlichen Rechtsinstitut der Pflichtverletzung durchzusetzen. Daher sprechen auch keine europarechtlichen Bedenken dagegen, diese Einheitlichkeit, die den Bericht der „Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts“ und weitgehend auch den DiskE beherrscht hat, jetzt wieder aufzulösen. Man hätte dann, ohne Hindernisse aus der Richtlinie fürchten zu müssen, im übrigen ein einigermaßen geschlossenes Gewährleistungsrecht des Verbraucherkaufs installieren können, ohne in dem Umfang, wie es jetzt vielleicht geschieht, die Rechtsfolgen aus einer mangelhaften Lieferung ins allgemeine Leistungsstörungenrecht zu verlegen. Daß dies nicht der einzige Lösungsweg ist, haben, wie ich meine, die Untersuchungen zur Umsetzbarkeit der Richtlinie ins nationale deutsche Recht, die auf der Tagung in Halle vorgetragen wurden⁸⁷, ge-

zeigt. Auch scheint mir plausibel, daß man die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche verlängern könnte, ohne gleich das ganze Verjährungsrecht zu reformieren, wobei allerdings eine Abstimmung im Verhältnis zur Verjährung der Ansprüche aus Schlechterfüllung und Nebenpflichtverletzung unerlässlich erscheint.

Hier setzt aber die eigentliche und schwierige Frage ein: Wäre es hinnehmbar, neben einem wie bisher vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht zumindest zu einem großen Teil dogmatisch abgekoppelten Gewährleistungsrecht des Verbraucherkaufs eine theoretisch durchaus andere Konzeption für den Kauf unter Unternehmern, von „Privaten“ untereinander und von „Privaten“ an Unternehmer durchzuhalten? Man braucht nur an die Verhältnisse beim Gebrauchtwagenhandel zu denken, um dies zu bezweifeln, zumal ja auch noch das Regelwerk zum Handelskauf hinzukommt. Kann es überzeugen, wenn der angeblich so schutzwürdige Endverbraucher von seinem Primäranspruch i.d.R. nicht ohne Nachfristsetzung und Ausreizen seines Nacherfüllungsrechts zum Rücktritt übergehen kann, während der Letztverkäufer seinem Vormann gegenüber sofort handeln kann, vorausgesetzt, er ist seiner Untersuchungs- und Rügepflicht gem. § 377 HGB nachgekommen oder ist davon befreit? Bedarf es nicht einer Annäherung der Konzeptionen, um zu verhindern, daß der Verbraucher Mangel- und Mangelfolgeschäden im wesentlichen unter den gleichen Voraussetzungen geltend machen kann, während der Verkäufer seinen Vormann nur unter den differenzierten Kautelen des geltenden Rechts in Anspruch nehmen kann?

Wenn sich der deutsche Gesetzgeber für einen Versuch entscheidet, hier eine andere Richtung einzuschlagen, ist dies verständlich und nachvollziehbar. Der naheliegende und gewiß ernst zu nehmende Einwand, daß er sich damit eine Zentnerlast auf die Schultern lädt und dem gesamten Rechtsstab Opfer und Anstrengungen zumutet⁸⁸, darf nicht zu einem Vergleich mit dem geltenden und über 100 Jahre oder mehr entwickelten und durchdachten System herangezogen werden, sondern muß auf die Anstrengungen blicken, deren es ohne gesetzgeberische Wegweisung bedürfen würde, so verschiedene Systeme wie den Verbrauchsgüterkauf und den „gewöhnlichen“ Kauf aneinander anzugleichen, ohne sich den Vorwurf zuzuziehen, durch die Art der Anwendung bisher etablierter Rechtsinstitute die Schutzvorkehrungen des richtlinienretreu geschaffenen Verbraucherrechts zu umgehen – erste Überlegungen dieser Art gibt es bereits⁸⁹.

Natürlich trägt man durch die Gleichschaltung von Wandlung und Rücktrittsrecht wegen Leistungsstörung manche Unsicherheiten, die die Auslegung der Richtlinie etwa im Verhältnis der verschiedenen Käuferrechte zueinander verursacht, in das Allgemeine Schuldrecht hinein, wodurch die Breitenwirkung eines gesetzestechnischen Fehlers zunimmt. Aber bei den Folgen eines Rücktritts, namentlich bei Störungen im Rückgewährschuldverhältnis, ist das schon heute so, und wenn es geheißen hat, die Regelung der Sachmängelhaftung sei sicherlich die schwächste Stelle des Leistungsstörungenrechts überhaupt⁹⁰, so gilt dies auch für Auswirkungen des Leistungsstörungenrechts auf das Kaufrecht wie etwa den nach allgemeiner Ansicht völlig verunglückten

⁸⁷ H.P. Westermann und Flessner (Fn. 16); mit besonderem Gewicht auch Ernst/Gsell (Fn. 9).

⁸⁸ Lieb in: Ernst/Zimmermann (Fn. 3), S. 553 ff.; s. auch Flume ZIP 1994, 1497 ff.

⁸⁹ Etwa von Reich NJW 1999, 2397 f.

⁹⁰ Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten, hrsg. v. Bundesjustizministerium, Bd. I, 1981, S. 647, 763, 771; übernommen von Zimmer (Fn. 21), S. 191.

⁸⁶ Dazu hier nur MünchKommBGB/H.P. Westermann § 440 Rdnr. 5 ff.

§ 327 des geltenden BGB⁹¹. Daß unter diesen Umständen die Gebiete des Kaufrechts und des Leistungsstörungsrechts näher aneinanderrücken, ist eine schwer aufzuhaltende Entwicklung.

2. Weitere Reformschritte

Leider muß man sich sogar fragen, ob die jetzt vorgeschlagene Umsetzung der Richtlinie weitere Reformüberlegungen anstoßen muß. So wird etwa das Verhältnis von Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums und Gewährleistungsansprüchen des Käufers neu überdacht werden müssen, wenn die Frist für die Geltendmachung der ädilizischen Ansprüche nicht mehr so kraß von den Anfechtungsfristen abweicht. Beispiele für diese Notwendigkeit lassen sich im Bereich des Unternehmenskaufs finden. Aber auch bei manchen Fällen der Leistungsstörung wie etwa der Haftung für ursprüngliches Unvermögen, um das der Schuldner hätte wissen müssen, stellt sich bei einem Blick auf die internationalen Regelwerke die Frage nach der Abstimmung zwischen dem Anspruch auf das Vertrauensinteresse, das der Schuldner nach § 122 BGB bei erfolgreicher Irrtumsanfechtung seiner Erklärung schulden würde⁹², und dem nach verbreiteter Ansicht bei anfänglichem Unvermögen ihm drohenden Ersatz des Nichterfüllungsschadens. Schließlich ist in der Richtlinie (Art. 5 Abs. 2) aufgrund eines heftig angegriffenen politischen Kompromisses⁹³ in Gestalt der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine Rügeobliegenheit des Käufers einzuführen, ein zum BGB-Kaufrecht nicht passendes, uns nur aus dem Handelsrecht bekanntes Element hinzugekommen, das § 441 Abs. 1 Satz 2 DiskE aufgenommen hatte, das in der Neufassung aber gestrichen ist. Man nimmt also – bei der längeren Verjährungsfrist nicht ohne gewisse Bedenken – die Möglichkeit in Kauf, daß der Käufer bis kurz vor der Verjährung wartet, bis er sich beim Verkäufer wegen der Mängel meldet, und man beseitigt auf der anderen Seite die Unsicherheit, daß der Verkäufer, um sich der Gewährleistung zu entziehen, behauptet, der Käufer habe mit der Anzeige zu lange gewartet, nachdem er den Mangel nicht mehr habe übersehen können⁹⁴. Zuzugeben ist auf der anderen Seite, daß die „Rügeobliegenheit“ nicht auf eine für den Verbraucherkauf sicher nicht passende Untersuchungspflicht des Käufers hinausgelaufen wäre; die rechtspolitische Frage ist also nicht völlig zwingend gelöst. Es bleibt demnach insgesamt zwar dabei, daß der Käufer zu beweisen hat, daß die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war, wovon aber § 474 KE für den Verbraucherkauf mit einer Vermutung zugunsten des Käufers abweicht, wenn sich innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang der Sachmangel zeigt. Daß ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis vielfach schon jetzt durch Garantien erreicht wird, ist allgemein bekannt; eine wichtige Rolle spielt dieser Punkt daher vor allem noch beim Rückgriff des Letztverkäufers.

IV. Offene Rechtsprobleme

1. Rückgriff des Letztverkäufers

So wie die Änderung einer das Rechtssystem prägenden Kodifikation wie des BGB Einwirkungen auf andere Rechtsgebiete haben kann, besonders auf das Handelsrecht, kann es um so eher sein, daß ein solcher Vorgang Lücken in der eigentlichen Kodifikation aufreißt. Eine, auf die überall aufmerksam gemacht wurde, so daß die Warnungen nicht im einzelnen aufgezählt werden müssen⁹⁵, ist die Gefahr einer sogenannten „Regressfalle“ für den Letztverkäufer, ein Problem, das sich schon angesichts der kurzen Verjährung der Gewährleistungsansprüche und der Rügeobliegenheit gem. § 377 HGB im geltenden Recht stellt. Der DiskE wollte in seiner ursprünglichen Form hier ansetzen und sah vor, in § 378 HGB die Rügeobliegenheit zu streichen, was natürlich als Eingriff in die eingeführten Verhaltensregeln des Handelsverkehrs sehr weit ginge, dennoch aber nur eine Teillösung darstellt, die man ursprünglich für ausreichend hielt, weil man die verbesserten Möglichkeiten des Letztverkäufers, zu Schadensersatzansprüchen zu kommen, für ausreichend erachtete⁹⁶. Die Richtlinie ordnet in Art. 4 an, daß der Letztverkäufer den oder die Haftenden innerhalb der Vertragskette soll in Regreß nehmen können, überläßt aber das Vorgehen im einzelnen und damit die Anspruchsgrundlagen dem innerstaatlichen Recht⁹⁷. Inzwischen hat aber der deutsche Gesetzgeber den Ball doch aufgenommen und schlägt die bisher nicht diskutierte Regelung des § 476 vor, die recht vielschichtig ausgefallen ist und wohl auch ausfallen mußte. Sie betrifft verschiedene Konstellationen.

In Abs. 1 geht es um den Unternehmer (wohl im Sinne des § 14 BGB), der als Folge einer Nacherfüllung oder eines Rücktritts seines Abnehmers, eines Verbrauchers, die verkaufte neu hergestellte Sache zurücknehmen oder eine Kaufpreisminderung hinnehmen mußte. Er braucht, wenn er seinen Vormann wegen des Mangels in Anspruch nehmen will, diesen nicht mehr zur Nacherfüllung aufzufordern und eine entsprechende Frist zu setzen; es liegt nicht fern, zu behaupten, daß unsere Rechtsprechung, unterstützt durch die Wissenschaft, dies auch herausgefunden hätte. Schwieriger ist die Frage, ob dasselbe nicht für den Letztverkäufer zu gelten hat, der vom Verbraucher auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden ist; das setzt dann allerdings auch Verschulden auf Seiten seines Vormanns in der Lieferkette voraus. Wichtig ist auch die ergänzende Bestimmung, daß die Beweislastumkehr zugunsten des Käufers (§ 474 KF) in diesem nicht vom Verbraucherschutz geprägten Bereich entsprechende Anwendung findet. Erwähnenswert, wenn auch sicher nicht sensationell, ist der Umstand, daß die Regelung nur für den Letztverkäufer neu hergestellter Sachen gilt; der Gebrauchtwagenhändler, der den von einem Zahnarzt übernommenen gebrauchten Zweitwagen an einen Hochschullehrer mit zwei Töchtern als Drittwagen weiterverkauft, hat also diese Erleichterung nicht. Der Unternehmer kann von seinem Lieferanten nach Abs. 2 auch Ersatz der Nebenkosten der Nachbesserung (§ 438 Abs. 2) verlangen, muß allerdings dafür dartun, daß der hierfür ursächliche Mangel schon bei Gefahrübergang auf ihn vorlag.

Bis hierher ist die Regelung eine folgerichtige Durchführung der Konsequenzen des verstärkten Verbrauchers-

⁹¹ Zu den beträchtlichen Verständnisschwierigkeiten *Huber* JZ 1987, 649; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdnr. 286.

⁹² Daß es sich der Sache nach hier um einen Irrtumsfall handelt, tut *Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 3), S. 64 f. mit guten Gründen dar.

⁹³ *Staudenmayer* NJW 1999, 2393; *Reich* NJW 1999, 2397, 2401; s. auch schon *Medicus* ZIP 1996, 1925.

⁹⁴ Zur Diskussion des § 441 i.d.F. des DiskE *Zimmer* (Fn. 19), S. 15; *H.P. Westermann* (Fn. 16), S. 16; eingehend *Gsell* European Review of Private Law 1991, 151, 163.

⁹⁵ *Gsell* JZ 2001, 73; *H.P. Westermann* (Fn. 14), S. 276 ff.; *Brüggemeier* JZ 2000, 533 ff.

⁹⁶ Siehe die Angaben bei *Schlechtriem* (Fn. 33), S. 212.

⁹⁷ Zu den Verständnisschwierigkeiten dieser Regelung *Schlechtriem* (Fn. 33), S. 211.

schutzes in der Lieferantenkette. Das wird fortgesetzt in Abs. 3, der die genannten Bestimmungen auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der „Lieferantenkette“ für entsprechend anwendbar erklärt, wenn die Schuldner – hier also die Verkäufer – Unternehmer sind. Geht also der von dem Zahnarzt im soeben genannten Fall in Zahlung gegebene Ferrari durch mehrere Hände, bevor er zu dem ebenfalls schon erwähnten Hochschullehrer gelangt, müssen die Rechtsbeziehungen in der Kette nach den allgemeinen Regeln abgewickelt werden – was übrigens wiederum dafür spricht, Verbraucherkauf und Kauf mit Beteiligung von Unternehmern nicht allzu weit auseinanderklaffen zu lassen. Dieses Regelwerk ist nach Abs. 4 zwingend, mit der bisher so nicht bekannten Einschränkung, daß abweichende Vereinbarungen wirksam sind, wenn sie dem Rückgriffs-gläubiger einen gleichwertigen Ausgleich einräumen; man wird gespannt sein dürfen, was die Praxis aus dieser Einschränkung machen wird.

Am bemerkenswertesten erscheint § 476 Abs. 2 Satz 2, der der Tatsache Rechnung tragen soll, daß nach dem hier erörterten § 434 Abs. 1 Satz 2 der Letztverkäufer verschuldensunabhängig und ohne Einbau in eine eigene Beschaffensvereinbarung für Eindrücke aus der Herstellerwerbung haften soll⁹⁸. Das begründet ein Bedürfnis nach einer Herstellerhaftung, wenn nicht direkt gegenüber dem Verbraucher, so doch gegenüber dem mit ihm vertraglich nicht direkt verbundenen Letztverkäufer. Andere Rechtsordnungen, die insoweit eine kennen, tun sich hier leichter⁹⁹, die Deutschen müssen u.U. den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bemühen, was nicht immer leicht sein wird. Deshalb ist es eine bemerkenswerte Neuerung, wenn § 476 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß der Letztverkäufer Ersatz für seine im Zusammenhang mit Nacherfüllung und Rücknahme gemachten Aufwendungen wahlweise von seinem Vormann und vom Hersteller verlangen kann, wenn auch diesmal ohne die Erleichterungen des § 474 und mit der weiteren Einschränkung, daß dieser Anspruch nicht greift, wenn der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel „im Verhältnis des Herstellers zu seinem Käufer“ keinen Mangel darstellt. Wenn ich es richtig verstehe, kommt es damit nach wie vor für die Effektivität der Rückgriffsmöglichkeiten auf die Vereinbarungen im Verhältnis zwischen dem Hersteller und seinem Nachmann an. Das ist also keine „action directe“ im ursprünglichen Sinn, wobei darauf hinzuweisen ist, daß man in die letztere Regelung auch den reinen Importeur von im Ausland hergestellten Waren einbeziehen sollte. Hier liegt allerdings auch ein Problem des Durchgriffs auf den Hersteller. Die Schadensersatzhaftung kann ihn nur bei eigenem Verschulden treffen, nicht bei einem Vertretenmüssen eines Nachmanns in der Kette. Und die bei Nicht-Verbraucherkäufen wichtige autonome Gestaltbarkeit durch Vereinbarungen mit den Vertragspartnern würde für den Hersteller gegenüber einem entfernten, mit ihm nicht vertraglich verbundenen Glied der Lieferantenkette nicht bestehen. Deswegen ist hierüber das letzte Wort wohl noch nicht gesprochen.

Zum Schwur kommen kann es auch in diesem Zusammenhang bei den Fragen der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Hier ist auf die vorgesehene Modifikation des § 378 HGB hinzuweisen. Nur im Ansatz geregelt sind die weiteren Fragen des Verhältnisses zwischen den einzelnen Gliedern der Kette, wobei der Entwurf davon ausgeht, daß der Rückgriff gewissermaßen aufsteigend vom Letztver-

käufer bis zum Hersteller stattfindet, und der jeweils in Anspruch Genommene die Möglichkeit hat, zu beweisen, daß die bei Lieferung an den Verbraucher mangelhafte Sache vorher durch Einwirkungen unter der Verantwortung eines der Zwischenhändler, etwa durch sorglose Lagerung, den Mangel erhalten hat. Verwirklicht man den vom KE vorgesehenen direkten Durchgriff des Letztverkäufers gegen den Hersteller, so ergibt sich als weiteres Regelungsthema der rücklaufende Regreß vom Hersteller gegen das für einen späteren Mangel verantwortliche Glied der Kette. Dies ist m.E. einer der Punkte, mit denen sich die Zivilrechtslehrervereinigung noch zu befassen haben wird, möglicherweise eines Tages stark erweitert um die in der Literatur vorgeschlagene gesetzliche Ausfallgarantie in Gestalt einer Freistellungsverpflichtung des Herstellers gegenüber seinem Lieferanten¹⁰⁰. Es ist allerdings zu vermuten, daß eine solche Regelung Reaktionen auslösen würde, verglichen mit denen die jetzt stattfindende Diskussion um die Verjährung nur ein mildes Säuseln ist.

2. Zusammentreffen von Verbraucher- und Nicht-Verbraucherkauf

Ein weiteres, mit dem Regreß verwandtes Problem, das bei Auseinanderklaffen der Konzeptionen der verbraucherrechtlichen und der allgemein kaufrechtlichen Konzeption der Gewährleistung auftauchen könnte, ist auch bereits beschrieben worden¹⁰¹, hat aber den Gesetzgeber noch nicht reagieren lassen. Es geht wieder um das Aufeinandertreffen von Verbraucher- und Nichtverbrauchergeschäften, wie es vorkommen kann, wenn ein Gebrauchtwagenhändler von einem privaten Neuwagenkäufer – der also insoweit Verbraucher ist – dessen gebrauchtes Fahrzeug in Zahlung nimmt, was kein Verbrauchergeschäft ist und diese Qualität erst erlangt, wenn der Gebrauchtwagen an einen Abnehmer, der nicht Unternehmer ist, weiterverkauft wird. Der Händler, der dem Neuwagenkäufer gegenüber nach den neuen Regeln haftet, hat bei Mängeln des in Zahlung gegebenen Wagens nicht die starke Stellung des Verbrauchers, er kann also, wenn er einem am Markt durchsetzungsfähigen Käufer gegenübertritt – etwa einem Unternehmen, das mit ihm alle seinen Fuhrpark betreffenden Geschäfte macht –, nicht verhindern, daß durch Individualvertrag seine Käuferrechte noch beschnitten werden. Er kann diese Schlechterstellung aber auch nicht an den Abkäufer seines Gebrauchtwagens gewissermaßen weitergeben. Die soeben erörterte Vorschrift des § 476 KF hilft ihm gegenüber dem Neuwagenkäufer, der ein gebrauchtes Fahrzeug in Zahlung gegeben hat, nicht, weil die dort vorgesehene Haftung in der Kette nicht für gebrauchte Waren gilt.

Man mag überlegen, ob die Inzahlungnahme eines gebrauchten Wagens Kauf ist. Wir wissen, daß die h.M. die Befugnis des Neuwagenkäufers zur Inzahlunggabe als Ersetzungsbefugnis deutet, den gebrauchten Wagen an Erfüllung statt zu übereignen¹⁰²; aber das macht aus dem unternehmerischen Erwerber keinen Käufer eines Verbrauchsguts. Wenn aus den bekannten umsatzsteuerlichen Gründen neben dem Neuwagenkauf ein Kommissionsvertrag über den Gebrauchtwagen geschlossen worden ist, was es gegeben hat¹⁰³, so entsteht möglicherweise zwischen dem sein gebrauchtes

⁹⁸ Brügge meier JZ 2000, 529, 533.

⁹⁹ Auch dazu Brügge meier aaO.

¹⁰⁰ Brügge meier JZ 2000, 529, 533.

¹⁰¹ H.P. Westermann (Fn. 14), S. 264 f.; Reinking DAR 2001, 8, 9 f.

¹⁰² BGHZ 89, 126, 128 = JZ 1984, 376 m. Anm. Schulzin; Erman/H.P. Westermann, BGB, § 10. Aufl., 364 Rdnr. 4.

¹⁰³ OLG Hamm NJW 1976, 53 mit Anm. Medicus; BGH NJW 1982, 1699.

Fahrzeug abgebenden Neuwagenkäufer und dem Erwerber des Gebrauchtwagens ein Kaufvertrag, der je nach Qualität der Parteien die Segnungen des Verbraucherschutzes genießt. Dieser Weg, der für den Neuwagenkäufer ohnehin die Gefahr begründet, daß bei Unverkäuflichkeit des Altwagens die Kommission gekündigt wird¹⁰⁴, wird dann dem soeben erwähnten marktstarken privaten Neuwagenkäufer nicht passen, und er kann, woran ihn seine Stellung als Verbraucher des Neuwagens keineswegs hindert, durch Individualvertrag seine Rechte stärken. Daneben fragt sich noch, ob der Gebrauchtwagenkäufer, der bei einem vom Händler nur vermittelten Vertrag mit dem bezeichneten privaten Verkäufer wiederum nicht die Stellung eines Verbrauchers bekommt, und der somit der Vertragsgestaltung durch den Verkäufer ausgesetzt ist, sich nicht auf den Standpunkt stellen kann, sein eigentlicher Vertragspartner sei der Händler, so daß das neue Recht voll zum Zuge komme. Einen Hinweis in dieser Richtung gibt die neu gefaßte Vorschrift des § 473 Satz 3 KF, nach der die Unabdingbarkeit der Regeln über den Verbrauchsgüterkauf auch gilt, wenn diese Vorschriften „durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden“.

Nun fehlt dem Geschäft des Gebrauchtwagenhändlers vor dem deutschen Zivilrecht der Charme der Schutzbedürftigkeit, auch wenn sich der Unternehmer, der am liebsten nur Neuwagen verkaufen möchte, nur *nolens volens* mit in Zahlung gegebenen Gebrauchtwagen befassen muß. Dennoch dürfte das Beispiel ein Argument dafür sein, daß wir, wenn man nicht Umgehungsgeschäfte provozieren will, uns hüten sollten, die Konzeptionen von Verbraucher- und Nicht-Verbraucherkauf zu weit auseinanderlaufen zu lassen.

104 Erman/H.P. Westermann (Fn. 102).

V. Fazit

Das kann schon fast als Schlußwort dienen, da man die jetzt präsentierten Arbeiten am DiskE wohl so verstehen darf, daß es darum ging, die uns teils aufgezwungenen, teils selber auferlegten Reformansätze „auszugären“, um zu verhindern, daß an die Stelle des „Kulturguts BGB“ etwas Unausgegorenes gesetzt wird. Dabei darf nicht vergessen werden, daß im ganzen von der Reform erfaßten Bereich darauf geachtet werden muß, daß es im Allgemeinen Schuldrecht wenigstens zu einem guten Teil um Schuldnerschutz geht, der dem im Kaufrecht im Zuge des Verbraucherschutzes angestrebten Gläubigerschutz in der Stärke der Rechtspositionen wenigstens in etwa entsprechen sollte. Dies mag als weiteres Argument für eine innere Abstimmung zwischen Kauf- und Leistungsstörungenrecht genannt werden, obwohl es (natürlich) nicht die Befürchtungen vertreiben kann, in der Eile der zur Verfügung stehenden Zeit schwere Fehler in der Feinabstimmung zu übersehen oder sogar hineinzubringen, wobei es nur ein schwacher Trost ist, daß auch im BGB trotz der langen Vorbereitungszeit Fehler enthalten sind. Der manchenorts zu hörende Anspruch, mit einem reformierten BGB in der Diskussion um ein europäisches Schuldvertragsrecht wieder Boden unter die Füße zu bekommen, sollte daneben als Motiv nicht zu hoch gehandelt werden; dazu scheinen die Probleme mit der voll ausgearbeiteten, gesetzestechnisch hochgezüchteten Kodifikation, wie sie das BGB ist und nach wie vor sein wird, noch zu verwickelt, das Bestehende und das Erreichte auch zu wichtig zu sein, um einer kurzatmigen Modernisierung zu weichen. Das aber dürfte im gegenwärtigen Stand der Durcharbeitung dem Reformentwurf auch nicht mehr vorgeworfen werden können.

Diskussionsbericht zum Vortrag von Harm Peter Westermann

Die von *Karsten Schmidt* unter strengen Zeitvorgaben – die Beiträge wurden einem mit einer Sanduhr gemessenen Drei-Minuten-Takt unterworfen – moderierte Diskussion betraf sehr unterschiedliche Aspekte des Reformprojekts auch jenseits des Kaufrechts selbst. So rückten mehrfach die allgemeinen Rücktrittsfolgen, die sich als Konsequenz eines Sachmangels ergeben können, ins Zentrum der Kritik.

Eugen Bucher bezeichnete es als problematisch, daß der Entwurf (gemeint ist im folgenden stets die konsolidierte Fassung [KF]) vom Grundmodell des Stückkaufes abgewichen sei. Der Kauf rücke so in eine bislang nicht gekannte Nähe zum Werkvertrag, weil ein Ergebnis geschuldet werde. Es gebe aber beim Stückkauf keine Verkäuferpflicht zur mangelfreien Leistung, so daß die Leistung einer mangelhaften Sache auch nicht als Pflichtverletzung begriffen werden könne. Das System der Pflichtverletzung passe also nicht zum Stückkauf. – Darüber hinaus biete die Reform aber eine Gelegenheit, die Garantiehaftung des Verkäufers auf das Eviktionsprinzip zurückzuführen und zu beschränken.

Wolfgang Ernst machte zugleich auch im Namen von *Peter Schlechtriem* auf einige nach wie vor bestehende Mängel des Entwurfs aufmerksam. Schon rein sprachlich habe er noch keine Gesetzgebungsreife erreicht, wie etwa das Wörtchen „sonst“ am Ende von § 434 I Nr. 1 KF beweise. Auch sei zweifelhaft, ob das geplante Kaufrecht ein geeignetes Modell für den Handelskauf sei. So sei es beispielsweise unpraktisch, auch im Handelskauf die Nacherfüllung als primären Rechtsbehelf im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache zu fordern. Der Verbrauchsgüterkauf beeinflusse nach § 9 AGBG auch dann die Auslegung von AGB, wenn gar kein Verbrauchergeschäft vorliege. Auch enthalte der Entwurf schwerwiegende Wertungswidersprüche. § 476 II 2 KF bringe eine *action directe* für den letztverkaufenden Unternehmer. Warum solle diese nicht auch dem Verbraucher zustehen? Wolle dieser Rückgriff auf den Hersteller nehmen, so müsse er die Sache zunächst weiterverkaufen. Im übrigen würden manche klärungsbedürftige Fragen offenbleiben. Was etwa sei die erforderliche Sorgfaltspflicht des Verkäufers? Wie könne der Verkäufer den ihm von § 280 KF auferlegten Beweis führen? Kurz, es bleibe bei der Umsetzung des Gesamtprojekts ein erhebliches Restrisiko.

Dem stimmte der Sache nach *Heinrich Honsell* zu, der ähnlich wie *Ernst* davor warnte, die Begriffe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als zentrale Begriffe ins BGB einzuführen, weil das im Handelsrecht zur Verwirrung führen werde. Man könne und solle daher die Richtlinie möglichst sparsam umsetzen. Die Einführung der sog. IKEA-Klausel, die gänzlich fragmentarisch bleibe, sei beispielsweise im Hinblick auf den geplanten § 280 KF entbehrlich. Bei der Bestimmung über die Berechnung des Minderwertes in § 440 III KF solle man die Worte „gemessen am Kaufpreis“ streichen, weil sonst die relative Methode zur Hintertür wieder hereinkomme. Nach § 350 BGB sei der Rücktritt trotz zufälligen Untergangs der Sache möglich. Dies beruhe auf einer unzulässigen Verallgemeinerung der römisch-gemeinrechtlichen Regel *mortuus redhibetur*, die besagte, dass man auch einen toten Sklaven noch zurückgeben kann, wenn er beim Käufer an einer Krankheit gestorben ist, die er schon bei Übergabe hatte. Sachgerecht treffe den Verkäufer nur das Risiko des mangelbedingten Untergangs. § 346 Abs. 3 Nr. 3 KF erweitere die falsche Verallgemeinerung des § 350 BGB auf jeden zufälligen Untergang noch um den Fall, dass der Untergang auf Fahrlässigkeit (Verletzung eigenüblicher Sorgfalt) des Rücktrittsgegners beruhe.

Ulrich Huber schloss sich dem an und meinte, die beabsichtigte zentrale Bedeutung des Rücktritts sei bislang nicht genug diskutiert worden. Bedenklich sei es zum Beispiel, wenn der Entwurf den Rücktritt, die Wandlung, zulasse, obgleich der Käufer den Untergang fahrlässig verursacht habe. Man denke, so *Huber*, nur an den Käufer eines mangelhaften Autos, das von ihm selbst bei einer riskanten Autofahrt fahrlässig zerstört worden sei. Daß das Rechtsinstitut des Rücktritts im Entwurf noch nicht gelungen sei, zeige auch das Verhältnis von vertraglichem und gesetzlichem Rücktritt. Im letzteren Fall schade der Verlust der Sache dem Rücktrittsberechtigten nicht unbedingt. Anders sei es im ersten Fall des vertraglichen Rücktrittsrechts. Dort sei aber ein Vertragsbruch die Voraussetzung. Der vertraglich zum Rücktritt Berechtigte stehe schlechter als derjenige, der sich auf einen gesetzlichen Rücktrittsgrund berufen könne, ohne daß dafür in der Sache eine Legitimation erkennbar sei.

Vergleichsweise positiv beurteilte *Stefan Grundmann* den Ent-