

Jürgen Oechsler

Vertragliche
Schuld-
verhältnisse

2. Auflage



MOHR SIEBECK

Lehrbuch des Privatrechts
herausgegeben von Reinhard Bork



Vertragliche Schuldverhältnisse

von

Jürgen Oechsler

2., neubearbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Jürgen Oechsler, geboren 1963; seit 2003 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handelsrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

e-ISBN PDF 978-3-16-155469-8

ISBN 978-3-16-155468-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

1. Auflage 2013

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort zur zweiten Auflage

Seit der ersten Auflage hat der Gesetzgeber beinahe sämtliche Vertragstypen in unterschiedlicher Intensität neu geordnet. Die inhaltlichen Arbeiten am vorliegenden Werk wurden Ende März 2017 abgeschlossen; der Text nimmt dennoch die am 1. Januar 2018 in Kraft tretende und durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung bedingte neue Zählung der Vorschriften vorweg.

Die tiefgreifendste Änderung bewirkt zurzeit jedoch das aus dem europäischen Privatrecht stammende Konzept der Vollharmonisierung (Rn. 36a). Mit ihm verbinden sich neue methodische Herausforderungen bei der Anwendung des Zivilrechts und möglicherweise auch eine Neuorientierung im Hinblick auf die Lehre vom subjektiven Recht. Die zentrale Neuerung des vollharmonisierenden Europarechts beruht darauf, dass der Rechtsvereinheitlichung neben dem Verbraucherschutz gleicher Rang eingeräumt wird. Die Erreichung des Vereinheitlichungsziels erzwingt dabei abstrakt-generelle Tatbestände mit pauschal gefassten Schutzzwecken, die die Rechtsfortbildung im Einzelfall zugunsten einer uniformen Normanwendung zurückdrängen. Analogien und teleologische Reduktionen, die etwa die Konkretisierung des Haustürwiderrufsrechts nach § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB aF. noch in weiten Bereichen bestimmten, treten deshalb bei der Anwendung des neuen § 312b BGB deutlich zurück (vgl. die Rn. 560 ff. der Erst- und Zweitaufgabe). Die Grenzen der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB lassen sich dort nur schwer konkretisieren, wo der Eintritt einer Rechtsfolge von abstrakt-generellen Regelungszwecken abhängt, die sich weit von den Interessenkonflikten des Einzelfalls entfernen (Rn. 539). Der Verbraucher, auf dessen vorhandene oder fehlende Schutzwürdigkeit es deshalb im Einzelfall nicht immer so genau ankommt, wirkt in diesem Zusammenhang bisweilen wie ein mit Aktivlegitimation ausgestatteter Funktionär, der im Dienste der rechtlichen Integration des Binnenmarktes tätig wird: Die Durchsetzung, aber auch die Abweisung seiner Ansprüche leistet jeweils einen Kleinstbeitrag zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts um den Preis, dass Sieg oder Niederlage nicht immer zwingend aus der persönlichen oder sachlichen Interessenbetroffenheit im Einzelfall begründet werden können. Den Gesetzgeber hingegen verleitet die Sorge um die Wahrung der Rechtseinheitlichkeit dazu, auch wegen vergleichsweise geringfügiger Änderungen in der Sache ganze Normensysteme umzupflügen und durch neue, an den Richtlinien-texten orientierte Ordnungen zu ersetzen; der Entwurf der Bundesregierung zum neuen Reisevertragsrecht liefert dafür ein Beispiel. Eine Umbesinnung verbindet sich auch mit den Unvollkommenheiten der Richtlinien-texte selbst: Die Offenheit der dort vorgesehenen Tatbestände und die umfassende

Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe stehen den Vereinheitlichungszielen eigentlich entgegen. Sie führen in vielen Fällen unvermeidbar dazu, dass kleinste Rechtsanwendungsfragen zum Gegenstand von Vorlagen an den Europäischen Gerichtshof werden. Die Vorlagepflicht senkt wiederum die Bereitschaft, im Einzelfall über ein enges Wortlautverständnis hinauszugehen oder dieses nach teleologischen Gesichtspunkten einzuschränken. Wie immer man diese Entwicklung beurteilen mag, sie dürfte Gegenstand für eine anregende Grundlagentrörterung liefern, zu der das vorliegende Werk hoffentlich einen bescheidenen Beitrag leistet.

Ein herzlicher Dank gilt den Mitarbeitern an meinem Mainzer Lehrstuhl für die Bewältigung der umfangreichen Korrekturarbeiten. An erster Stelle steht dabei Frau Elitza Mihaylova, LL.M. (Yale), die diesen komplexen Prozess mit großem persönlichem Engagement geleitet und koordiniert hat. Ihr verdanke ich eine Vielzahl scharfsinniger Beobachtungen und origineller, teils tiefdringender Ergänzungsvorschläge. Auch den übrigen Mitarbeitern – Frau Christine Beneke DIAP (ENA), Frau Luisa Dörrhöfer, Frau Lisa-Marie Mellah und Herrn Lukas Prinz – bin ich für den scharfen Blick bei der Korrektur und für wertvolle inhaltliche Anregungen sehr verbunden.

Mainz, im Juni 2017

Inhaltsübersicht

	Seite	Rn.
Vorwort	V	
Inhaltsverzeichnis	XI	
Abkürzungs- und Schriftenverzeichnis	XXXI	
§ 1 Einleitung	1	1
§ 2 Der Kaufvertrag	47	53
A. Überblick	47	53
B. Käuferrechte	47	54
I. Der Lieferanspruch	47	54
II. Der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1	66	78
III. Die Rückgewähr des Kaufpreises	184	232
IV. Minderung des Kaufpreises (§§ 437 Nr. 2, 441)	241	322
V. Schadensersatz	243	329
VI. Aufwendungsersatz (§ 284)	287	392
VII. Übergreifende Fragen	299	414
C. Rechte des Verkäufers	349	484
I. Der Kaufpreisanspruch	349	484
II. Die Abnahmepflicht	360	501
III. Rückgriffsrechte des Verkäufers gegenüber dem Lieferanten beim Verbrauchsgüterkauf	361	502
D. Sonderformen des Kaufs	378	528
E. Der Tauschvertrag	381	535
F. Verbraucherschutz durch Widerruf im Kaufrecht und darüber hinaus	384	538
I. Widerrufsrechte	384	538
II. Der Widerruf von AGAV	399	560
G. Die Refinanzierung des Verkäufers durch das Factoring	414	584
§ 3 Der Darlehensvertrag und sonstige Finanzierungsgeschäfte	424	599
I. Überblick	424	599
II. Das Gelddarlehen	424	600
III. Der Verbraucherdarlehensvertrag	455	644

	Seite	Rn.
IV. Sonstige Finanzierungshilfen	496	693
V. Die Teilzahlungsgeschäfte	501	702
VI. Der Ratenlieferungsvertrag	503	706
VII. Das Sachdarlehen	505	708
§ 4 Leasinggeschäfte	508	711
I. Grundlagen	508	711
II. Vertragsabschluss und -inhalt	512	715
III. Rechte und Pflichten im Dreiecksverhältnis zwischen Leasingnehmer, Leasinggeber und Lieferant	518	722
§ 5 Unentgeltliche Verträge	540	754
I. Grundlagen	540	754
II. Die Schenkung	555	771
§ 6 Miete und Pacht	578	802
I. Grundlagen	578	802
II. Der Vertragsschluss	581	807
III. Die Mieterrechte	588	815
IV. Übergreifende Fragestellungen zu den Mieterrechten	647	893
V. Die Vermieterrechte	666	917
VI. Der Pachtvertrag	747	1015
§ 7 Dienst- und Behandlungsvertrag	750	1019
I. Grundlagen	750	1019
II. Der Rechtsanwaltsvertrag	766	1040
III. Der Behandlungsvertrag	784	1060
§ 8 Der Werkvertrag	805	1084
I. Grundlagen	805	1084
II. Der Vertragsschluss	808	1089
III. Ansprüche und Rechte des Bestellers	811	1091
IV. Anspruchsübergreifende Probleme	835	1126
V. Rechte des Unternehmers	846	1137
VI. Der Werklieferungsvertrag	876	1176
§ 9 Der Reisevertrag und die Fluggastrechteverordnung	882	1186
I. Grundlagen	882	1186
II. Die Rechte des Reisenden	895	1203

	Seite	Rn.
III. Die Insolvenzsicherung	915	1234
IV. Die Fluggastrechteverordnung	917	1235
§ 10 Maklerverträge, Ehevermittler und andere Fälle der Naturalobligation	928	1247
I. Der Maklervertrag	928	1247
II. Ehevermittlungsprovision und andere Natural- obligationen	949	1272
§ 11 Der Geschäftsbesorgungsvertrag	953	1276
I. Grundlagen	953	1276
II. Der Anlageberatungsvertrag	962	1287
III. Die Auskunftshaftung	982	1314
IV. Der Zahlungsverkehr	1002	1335
§ 12 Der Bürgschaftsvertrag	1027	1358
I. Einleitung	1027	1358
II. Die Voraussetzungen des Anspruchs gegen den Bürgen	1027	1359
III. Die Leistungspflichten des Bürgen (Bürgschaft auf erstes Anfordern)	1053	1389
IV. Die Einreden des Bürgen	1056	1392
V. Der Untergang der Bürgschaft, insbesondere § 767 . .	1066	1405
VI. Der Bürgenregress	1070	1407
§ 13 Sonstige Verträge	1077	1414
I. Schuldanerkenntnisse, Schuldversprechen und Vergleich	1077	1414
II. Auslobung und Gewinnzusage	1083	1423
III. Die Gastwirtschaftung	1088	1426
Paragrafenregister		1093
Stichwortverzeichnis		1100

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
Vorwort zur zweiten Auflage	V	
Inhaltsübersicht	VII	
Abkürzungs- und Schriftenverzeichnis	XXXI	

§ 1 Einleitung

1. Die dogmatischen Grundlagen der §§ 433 ff.	1	1
a) Die Lehre von der Vertragsnatur und das Prinzip von Treu und Glauben	1	1
b) Das sog. „Willensdogma“	7	6
c) Das Verschuldensprinzip	9	9
2. Anwendungsbereich und praktische Funktionen der im Gesetz normierten Vertragstypen	14	15
a) Die typologische Zuordnung	14	15
b) Die praktische Bedeutung der §§ 433 ff.	21	23
aa) Der Leitbildcharakter des dispositiven Rechts	21	24
bb) Vertragsergänzung	23	26
cc) Verbraucherschutz	27	31
3. Einflüsse, Reformen und Entwicklungen	34	37
a) Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts	34	37
b) Die Drittwirkung der Grundrechte im Vertragsrecht	38	44
c) Die Schuldrechtsreform	39	46
d) Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht	41	48

§ 2 Der Kaufvertrag

A. Überblick	47	53
B. Käuferrechte	47	54
I. Der Lieferanspruch	47	54
1. Überblick	47	54
2. Einigung über den Vertragsinhalt	50	57
a) Grundsatz	50	57
b) Vertragsgegenstand	53	62
c) Verkauf von Rechten	55	65
d) Grenz- und Streitfälle	57	68
3. Einwendungen gegen den Lieferanspruch	59	71
a) Überblick	59	71

	Seite	Rn.
b) Die Leistungsgefahr	61	73
aa) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1	61	73
bb) Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 Satz 1	63	75
II. Der Nacherfüllungsanspruch nach		
§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1	66	78
1. Überblick	66	78
2. Das Verhältnis zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1	67	80
a) Übergabe bei der Stückschuld	67	80
b) Annahmeverzug und Zurückweisungsrecht	72	85
c) Gattungsschuld und Käuferbilligung	75	89
d) Versendungskauf	78	93
3. Nacherfüllungsgrund	79	95
a) Sachmangel (§ 434)	79	95
aa) Überblick	79	95
bb) Die Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1)	80	96
(1) Eigenschaften, die der Beschaffenheits- vereinbarung zugänglich sind	80	96
(2) Vereinbarung über die Beschaffenheit	90	107
(3) Maßgeblicher Zeitpunkt der Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung	95	113
cc) Die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1)	95	114
dd) Die Normalbeschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2)	98	117
ee) Werbeaussagen des Herstellers (§ 434 Abs. 1 Satz 3)	102	124
ff) Montagemängel (§ 434 Abs. 2)	105	127
gg) Lieferung einer anderen Sache (§ 434 Abs. 3) und Sonderfälle des Mangels	108	132
(1) Die Extremabweichung und das Problem der Flucht in die Nacherfüllung	108	132
(2) Die Meliuslieferung und § 241a	110	137
(3) Die Individualabweichung	112	139
(4) Das Identitätsaliud	113	140
hh) Quantitätsabweichungen	115	142
b) Rechtsmängel und öffentliche Lasten	118	146
aa) Begriff des Rechtsmangels	118	146

	Seite	Rn.
bb) Probleme bei der Eigentumsverschaffung, ursprüngliche Unmöglichkeit und dingliche Lasten	118	147
cc) Öffentliche Lasten auf dem Eigentum und öffentlich-rechtliche Beschränkungen	122	152
dd) Persönliche Ansprüche Dritter	124	155
ee) Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüter .	125	156
ff) Forderungs- und Rechtskauf	126	158
c) Minimale Mängel	127	160
d) Beweislast, insbesondere § 476	127	161
4. Die Rechtsfolgen der Nacherfüllung	134	168
a) Wahlrecht und verhaltener Anspruch	134	168
b) Das Ius variandi bei der Nacherfüllung	135	169
c) Nachlieferung bei der Stückschuld	137	171
d) Der Inhalt des Nachlieferungsanspruchs	140	174
aa) Der sachliche Gegenstand (Ausbau, Abwendung durch Geldzahlung usw.)	140	175
bb) Der Leistungsort der Nacherfüllung	145	182
e) Einschränkung des Wahlrechts durch das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers aus § 439 Abs. 3	149	187
f) Anforderungen an die Ausübung des Nacherfüllungsverlangens bzw. die Nachfristsetzung	153	192
g) Das Nacherfüllungsverlangen als Mahnung . . .	156	196
h) Der mit der Nachfristsetzung eintretende Schwebezustand und Revision überleiteter Entscheidungen des Käufers	157	198
aa) Nacherfüllung nach Ablauf der Nachfrist . .	157	198
bb) Beendigung des Schwebezustandes durch den Verkäufer?	159	200
cc) „Rücktritt“ vom Nacherfüllungsverlangen, vom Rücktritt und vom Schadensersatz- verlangen	160	201
dd) Schutz bei übereilter Anfechtung	162	202
i) Kein Selbstvornahmerecht des Käufers	162	203
k) Unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen	168	212
l) Kein Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung	170	215
m) Beschädigung der Kaufsache durch die Nacherfüllungshandlung (Risikoverteilung bei der Nacherfüllung)	173	219

	Seite	Rn.
n) Verbesserung der Kaufsache durch die Nacherfüllung	175	223
o) Nutzungsersatz bei der Nachlieferung	176	224
p) Die Mängelreue (Zurückbehaltungsrecht aus § 320)	178	227
5. § 439 Abs. 2 als Anspruchsgrundlage	181	228
III. Die Rückgewähr des Kaufpreises	184	232
1. Überblick	184	232
2. Tatbestandsvoraussetzungen	184	233
a) Rücktrittsgrund	184	233
aa) Teilrücktritt und Inzahlungnahme	184	234
bb) Erheblichkeit der Pflichtverletzung	188	239
b) Fristsetzung zur Nacherfüllung (Nachfristsetzung)	193	245
aa) Grundsatz	193	245
bb) Die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung	194	246
(1) Endgültige und ernsthafte Erfüllungs- verweigerung (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 und § 440 Satz 1 erster Fall)	194	247
(2) Fehlschlagen des Nachbesserungs- versuchs (§ 440 Satz 1 zweiter Fall)	195	250
(3) Unzumutbarkeit (§ 440 Satz 1 dritter Fall)	197	252
(4) Relative Fixgeschäfte (§ 323 Abs. 2 Nr. 2)	199	254
(5) Besondere Gründe (§ 323 Abs. 2 Nr. 3)	199	255
(6) Unmöglichkeit der Nacherfüllung	203	263
c) Rücktrittserklärung nach § 323 Abs. 4	204	264
d) Einwendungen	204	266
3. Rechtsfolgen des Rücktritts	206	268
a) Allgemeines	206	268
b) Der Gleichlauf mit dem Bereicherungsrecht	206	269
c) Der Rückgewähranspruch (§ 346 Abs. 1)	212	277
d) Der Wertersatzanspruch (§ 346 Abs. 2)	214	280
aa) Überblick über das Verhältnis von Schadensersatz und Wertersatz	214	280
bb) Der Übergang von § 346 Abs. 1 auf Abs. 2	215	282
cc) Der Schutz des subjektiven Äquivalenz- verhältnisses nach § 346 Abs. 2 Satz 2	217	285
dd) Tatbestände (§ 346 Abs. 2 Satz 1, § 347 Abs. 1)	222	292

	Seite	Rn.
(1) Nutzungsersatz nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 347 Abs. 1	222	292
(2) Verbrauch, Belastung usw. nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	226	300
(3) Wertersatzhaftung nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3	227	301
ee) Ausschluss der Ersatzpflicht (§ 346 Abs. 3 Satz 1)	228	305
(1) Nr. 1	228	305
(2) Nr. 2	229	306
(3) Nr. 3	231	309
e) Schadensersatz (§ 346 Abs. 4)	236	315
f) Verwendungsersatz (§ 347 Abs. 2)	237	317
g) Sonstiges	240	321
IV. Minderung des Kaufpreises (§§ 437 Nr. 2, 441)	241	322
V. Schadensersatz	243	329
1. Das System des Schadensersatzes im Kaufrecht . . .	243	329
2. § 281	247	335
a) Schadensersatz statt der Leistung	247	335
aa) Das Abgrenzungsproblem	247	335
bb) Ausnahmen vom Nachfristsetzungs- erfordernis	255	344
b) Vertretenmüssen	256	346
aa) Überblick	256	346
bb) Verschulden und Erfüllungsgehilfenhaftung (§§ 276, 278)	256	347
cc) Garantien, insbesondere Beschaffenheits- garantien des Verkäufers	261	354
dd) Mitverschulden	264	359
3. Die Kombination des Schadensersatzanspruchs mit Rücktritt und Minderung (§ 325)	264	360
a) Möglichkeiten der Schadensberechnung	265	361
b) Die zulässige Berechnungsmethode vor Ausübung des Rücktrittsrechts	267	364
c) Die zulässige Berechnungsmethode nach Ausübung des Rücktrittsrechts	269	365
4. Schadensersatz neben der Leistung (Mangelfolgeschaden)	274	372
5. Verzögerungsschäden: Nutzungsausfallschaden, Betriebsausfallschaden	276	374
6. Schadensersatz bei ursprünglichen und unbehebaren Mängeln	282	382

	Seite	Rn.
7. Einfache Nichtleistung und Unmöglichkeit	285	386
8. Verletzung einer Nebenpflicht	285	388
VI. Aufwendungsersatz (§ 284)	287	392
1. Überblick	287	392
2. Tatbestand	289	395
a) Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung .	289	396
b) Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung	291	398
c) Billigkeitsmaßstab	294	403
d) Zweckverfehlung der Aufwendungen	296	407
e) Kein Ersatz bei von Pflichtverletzung unabhängiger Zweckverfehlung	296	408
f) Vorteilsausgleich und Gegenansprüche	297	411
g) Abdingbarkeit	298	413
VII. Übergreifende Fragen	299	414
1. Verbrauchsgüterkauf	299	414
2. Garantien	303	421
a) Überblick	303	421
b) Haltbarkeitsgarantie	305	423
c) Sonstige Garantiewirkungen	306	425
d) Herstellergarantie	307	426
3. Der Gewährleistungsausschluss	309	429
a) Durch Rechtsgeschäft	309	429
aa) Überblick	309	429
bb) § 475 Abs. 1	310	430
cc) § 309	313	434
dd) § 307, insbesondere Grundstückskäufe . . .	313	435
b) Gesetzlicher Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1	314	436
c) Vertragliche und gesetzliche Haftungs- beschränkung bei öffentlichen Versteigerungen (§ 445 und § 447 Abs. 1 Satz 2)	318	440
d) Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses bei arglistigem Verschweigen	319	443
e) Partielle Unwirksamkeit des Gewährleistungs- ausschlusses bei Abschluss einer Beschaffenheits- vereinbarung	325	450
f) Die Rechtsfolgen des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses in der Lieferkette und § 285 Abs. 1	327	452
4. Verjährung	329	457
a) Die Tatbestände	329	458

	Seite	Rn.
b) Kettenverjährung	331	461
c) Verjährungsbeginn	333	462
d) Vorsatz	333	463
e) Rechtsfolgen der Verjährung	334	464
5. Konkurrenzen	334	465
a) Culpa in contrahendo	334	465
b) Anfechtungstatbestände	344	478
c) Wegfall der Geschäftsgrundlage	346	480
C. Rechte des Verkäufers	349	484
I. Der Kaufpreisanspruch	349	484
1. Überblick	349	484
2. Preisgefahr	350	485
a) § 326 Abs. 1 Satz 1	350	485
b) § 446	351	487
c) § 447	351	489
aa) Überblick	351	489
bb) Betroffene Risiken	353	491
cc) Die Grundkonstellation der Drittschadens- liquidation	356	496
dd) § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB	358	498
II. Die Abnahmepflicht	360	501
III. Rückgriffsrechte des Verkäufers gegenüber dem Lieferanten beim Verbrauchsgüterkauf	361	502
1. Überblick	361	502
2. Die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung (§ 478 Abs. 1)	362	504
3. Der Aufwendungsersatzanspruch aus § 478 Abs. 2	370	513
4. Die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB	373	518
5. Haftungsausschluss im Verhältnis zwischen Lieferant und Verkäufer	376	522
6. Beweislastverteilung und Ablaufhemmung der Verjährung	376	523
7. Anwendung in der Lieferkette	377	525
D. Sonderformen des Kaufs	378	528
E. Der Tauschvertrag	381	535
F. Verbraucherschutz durch Widerruf im Kaufrecht und darüber hinaus	384	538
I. Widerrufsrechte	384	538
1. Überblick	384	538

	Seite	Rn.
2. Rechtsfolgen	389	543
a) Überblick	389	543
b) Die Rückgewährpflicht	389	544
c) Die Nutzungsersatzhaftung des Verbrauchers	391	547
d) Die Haftung für Wertverlust	393	548
e) Die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	396	555
f) Keine Haftung im Übrigen	398	558
II. Der Widerruf von AGAV	399	560
1. Überblick	399	560
2. Der Anwendungsbereich im Einzelnen	400	561
3. Konkurrenzen	406	571
III. Fernabsatzgeschäft, Online-Warenhandel und E-Commerce	407	572
IV. Teilzeitwohnrechte	412	579
G. Die Refinanzierung des Verkäufers durch das Factoring	414	584
1. Grundlagen	414	584
2. Abtretungsprobleme	416	588
3. Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt	420	593
a) Grundlagen	420	593
b) Die Rechtslage beim echten Factoring	421	595
c) Die unechte Factoring-Globalzession	422	597
4. Insolvenzfestigkeit	423	598
§ 3 Der Darlehensvertrag und sonstige Finanzierungsgeschäfte		
I. Überblick	424	599
II. Das Gelddarlehen	424	600
1. Überblick	424	600
2. Zustandekommen des Vertrages	425	601
a) Konsensualvertrag	425	601
b) Sittenwidrigkeit und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung	426	603
3. Die Leistungspflichten des Darlehensnehmers	433	614
a) Rückzahlungspflicht	433	614
b) Zinszahlungspflicht und Zinsanpassungs- klauseln	433	615
c) Kontrollfähige Nebenleistungspflichten	437	617

	Seite	Rn.
4. Leistungsstörungen	440	621
a) Nichtabnahme des Darlehens	440	621
b) Zahlungsverzug des Darlehensnehmers	441	623
c) Nichtauszahlung des Darlehens	441	624
d) Isolierte Abtretung von Darlehensforderung und Grundschuld	441	625
e) Schutzpflichtverletzungen (Aufklärungs- pflichten, Bankgeheimnis)	442	628
5. Kündigung und Vorfälligkeitsentschädigung	445	633
6. Das Sparbuch	450	637
a) Rechtliche Einordnung	450	637
b) Verträge zugunsten Dritter	450	638
c) Wertpapiercharakter und Liberationsfunktion des Sparbuchs	453	642
III. Der Verbraucherdarlehensvertrag	455	644
1. Überblick	455	644
2. Der Anwendungsbereich der Verbraucherschutz- normen	457	646
3. Formerfordernisse, Beratungs- und Prüfpflichten sowie die Rechtsfolgen ihrer Verletzung	460	651
4. Der Einwendungsdurchgriff gemäß § 359 Satz 1 und außerhalb dieser Norm	464	653
5. Das Widerrufsrecht und der Widerrufsdurchgriff bei wirtschaftlicher Einheit	473	663
6. Die Nachbildung des Einwendungs- und Widerrufsdurchgriffs beim Immobiliendarlehen	481	671
a) Überblick	481	671
b) Überschreitung der Rolle eines Darlehens- gebers	483	675
c) Verantwortlichkeit für einen besonderen Gefährdungstatbestand	485	677
d) Schwerer Interessenkonflikt	486	678
e) Wissensvorsprung	487	680
aa) Institutionalisiertes Zusammenwirken	487	680
bb) Sonderfall sittenwidrig überteuerter Immobilien	490	682
cc) Beschränkung auf arglistiges Verhalten des Geschäftspartners	491	684
f) Verletzung der Widerrufsbelehrungspflicht; keine Wertermittlungspflicht	493	688
7. Rückforderungsdurchgriff?	494	690
8. Kündigung bei qualifiziertem Zahlungsverzug	496	692

	Seite	Rn.
IV. Sonstige Finanzierungshilfen	496	693
1. Überblick	496	693
2. Der entgeltliche Zahlungsaufschub	497	694
3. Die entsprechende Anwendung auf persönliche Sicherungsgeber (Schuldbeitritt, Vertragsüber- nahme, nicht aber Bürgschaft)	498	696
V. Die Teilzahlungsgeschäfte	501	702
VI. Der Ratenlieferungsvertrag	503	706
VII. Das Sachdarlehen	505	708

§ 4 Leasinggeschäfte

I. Grundlagen	508	711
1. Überblick	508	711
2. Das Vollamortisationsprinzip	508	712
II. Vertragsabschluss und -inhalt	512	715
1. Vertragsanbahnung und Vertragsschluss	512	715
2. Der Streit um die Rechtsnatur des Finanzierungs- leasings	513	717
3. Die Lieferung	514	718
4. Die Verteilung von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr	517	721
III. Rechte und Pflichten im Dreiecksverhältnis zwischen Leasingnehmer, Leasinggeber und Lieferant	518	722
1. Die Bedeutung der Abtretungskonstruktion	518	722
2. Kritik an der Abtretungskonstruktion und Inhalt der Nacherfüllung	520	726
3. Die arglistige Täuschung des Leasingnehmers durch den Lieferanten	521	728
4. Die Rüge nach § 377 Abs. 1 HGB	522	729
5. Die Anwendbarkeit des § 278 Satz 1 im Verhältnis von Leasinggeber und Lieferant	523	730
6. Keine Anwendbarkeit der §§ 474 ff.	524	732
7. Keine Anwendbarkeit des § 359	526	735
8. Der Rücktritt wegen eines Mangels der Leasingsache	528	736
9. Der Ersatz des Nutzungsausfallschadens beim Leasingnehmer	532	741
10. Die Anwendung des § 7 Abs. 1 StVG im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasing- nehmer	532	742

	Seite	Rn.
IV. Verbraucherschutz und Vertragsbeendigung	534	744
1. § 506 Abs. 2	534	744
2. Die ordentliche Vertragsbeendigung	536	747
3. Die außerordentliche Vertragsbeendigung	537	750
V. Sonstige Leasingformen	539	751

§ 5 Unentgeltliche Verträge

I. Grundlagen	540	754
1. Die Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und Auftrag	540	754
2. Der Einfluss der Unentgeltlichkeit auf den Haftungsmaßstab	544	758
a) Keine allgemeine Haftungsbeschränkung	544	758
b) Schutzpflichtverletzungen in unentgeltlichen Verträgen	546	761
c) Konkludenter Haftungsausschluss in unentgeltlichen Verträgen	549	763
3. Leihe und Verwahrung	552	768
II. Die Schenkung	555	771
1. Überblick	555	771
2. Unentgeltliche Bereicherung	555	772
a) Bereicherung	555	772
aa) Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung	555	773
bb) Unbenannte Zuwendungen	556	774
b) Unentgeltlichkeit	561	780
aa) Remuneratorische Schenkungen und Schenkungen mit Anreizwirkung	561	780
bb) Gemischte Schenkung	563	783
3. Formvorschriften	567	786
a) § 518	567	786
b) § 2301	567	787
4. Rückforderungsrechte des Schenkenden und des Trägers der Sozialhilfe	571	792
5. Das Widerrufsrecht wegen groben Undanks	572	795
6. Schenkkreise	574	798
7. Sonderformen der Schenkung	575	799

§ 6 Miete und Pacht

I. Grundlagen	578	802
II. Der Vertragsschluss	581	807
1. Die Form des § 550	581	807

	Seite	Rn.
2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Aufklärungspflichten	583	809
a) Aufklärungspflichtverletzung des Vermieters	583	809
b) Aufklärungspflichtverletzung des Mieters	586	813
III. Die Mieterrechte	588	815
1. Der Gebrauchsüberlassungsanspruch des Mieters	588	815
a) Inhalt	588	815
aa) Dauerschuldcharakter	588	815
bb) Instandhaltung und Instandsetzung (Kleinreparatur- und Beteiligungs- klauseln)	591	816
cc) Einfluss der Grundrechte	593	818
dd) Konkurrenzschutz	594	820
ee) Barrierefreiheit	596	824
b) Einbeziehung Dritter	597	825
aa) Rechte von Angehörigen und der in einem auf Dauer angelegten Haushalt mit dem Mieter Lebenden	597	825
bb) Untermiete	599	827
cc) Verhältnis der Mieter untereinander	603	831
2. Überblick über das mietvertragliche Gewährleistungsrecht	604	832
3. Die Minderung	605	833
a) Überblick	605	833
b) Ausschluss des Minderungsrechts wegen Verwirkung	606	838
c) Schutz vor Missbrauch des Minderungsrechts und vor Beschränkung bei der Geschäfts- raummiете	609	842
d) Der Mangel als Voraussetzung der Minderung	611	844
aa) Sachmängel	611	844
bb) Rechtsmängel	621	854
cc) Zugesicherte Eigenschaften	623	857
4. Das Zurückbehaltungsrecht	624	858
5. Der Mängelbeseitigungsanspruch	627	861
6. Der Schadensersatzanspruch nach § 536a Abs. 1	628	863
a) Überblick und Ersatz des Schadens neben der Leistung	628	863
b) Die Garantiehafung nach § 536a Abs. 1 erster Fall	628	864
aa) Überblick und Entstehungsgeschichte	628	864

	Seite	Rn.
bb) Tatbestand und Versuche der teleologischen Reduktion	630	866
cc) Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte und Drittschadensliquidation	632	869
dd) Anwendung des § 536a Abs. 1 erster Fall auf den unbehebbaaren Mangel vor Vollzug der Miete	635	873
c) § 536a Abs. 1 zweiter Fall	637	876
d) § 536a Abs. 1 dritter Fall	639	879
7. Aufwendungs- und Verwendungsersatz	640	880
a) Überblick	640	880
b) Kündigung, Aufwendungsersatz und Verwendungsersatz nach § 284	641	883
c) Verjährung nach § 548 Abs. 2	644	890
IV. Übergreifende Fragestellungen zu den Mieterrechten	647	893
1. Wechsel des Vermieters durch Verkauf der Mietsache (§ 566)	647	893
2. Vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts	652	897
3. Mieterschutz bei der Bildung von Wohnungseigentum (§§ 577 f.)	654	901
4. Konkurrenzen	658	903
5. Haftungsausschluss und Verjährung	662	909
a) Ausschluss der Haftung des Vermieters	662	909
b) Haftungsfreistellung des Mieters bei der Kfz-Vermietung	662	911
6. Gleichbehandlungsgesetz	664	914
V. Die Vermieterrechte	666	917
1. Der Anspruch auf die Miete	666	917
a) Überblick	666	917
b) Mietpreisbremse	667	917a
c) Mieterhöhung	668	918
d) Gegenleistungsgefahr bei persönlicher Verhinderung des Mieters und die Stellung von „Nachmietern“	671	921
e) Sicherung der Miete durch das Vermieterpfandrecht	673	923
f) Sicherung der Miete durch Kautions	678	928
aa) Rechtsnatur	678	928
bb) Kein Zurückbehaltungsrecht	680	929
cc) Das Prinzip der Vermögenstrennung und die Aussonderung in der Insolvenz	681	930

	Seite	Rn.
dd) Anlegerentschädigung bei Spareinlagen . . .	681	931
ee) Rechtsnachfolge beim Verkauf der Mietwohnung gem. § 566a	682	932
2. Der Anspruch auf Ersatz der Betriebs- und Heizkosten	682	933
a) Vereinbarung	683	934
b) Umlagefähigkeit	684	935
c) Pauschalen und Vorauszahlungen (§ 556 Abs. 2)	686	937
d) Abrechnung der Betriebskosten	689	940
e) Prälusion von Ansprüchen	690	944
f) Zwang zur Abrechnung bei der Geschäfts- raummieta	693	947
g) Wärmecontracting	694	948
3. Schönheitsreparaturen	694	949
a) Überblick	694	949
b) Der Begriff der Schönheitsreparatur	695	950
c) Inhaltliche Wirksamkeit aufgrund der Entgeltthese	699	954
d) Rückabwicklung bei nicht geschuldeter Schönheitsreparatur	700	955
e) Verjährung der Ansprüche wegen nicht geschuldeter Schönheitsreparatur	702	958
f) Kein berechtigtes Mieterhöhungsverlangen infolge Unwirksamkeit der vorformulierten Schönheitsreparaturpflicht	703	959
4. Ansprüche im Hinblick auf den Gebrauch der Sache durch den Mieter	704	960
a) Vertragsgemäßer und vertragswidriger Gebrauch	704	960
b) Das Kündigungsrecht bei vertragswidrigem Gebrauch nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 und § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	708	963
c) Die Verjährung nach § 548 Abs. 1	710	966
5. Besondere Duldungsansprüche gegen den Mieter	713	969
a) Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen . .	713	969
b) Die Umlage von Modernisierungskosten (§ 559 Abs. 1)	714	971
c) Störerhaftung des Mieters aus § 1004	715	974
d) Duldungspflichten der Mieter untereinander . . .	717	975a

	Seite	Rn.
6. Der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache;		
Räumungsanspruch	717	976
a) Überblick	717	976
b) Leistungsstörungen	718	977
c) Zwangskauf?	719	979
d) Durchsetzung des Räumungsanspruchs	720	980
7. Die ordentliche Kündigung durch den		
Vermieter	721	983
a) Kündigung wegen Mieterverhaltens		
(§ 573 Abs. 2 Nr. 1)	722	984
b) Die Eigenbedarfskündigung		
(§ 573 Abs. 2 Nr. 2)	724	986
aa) Eigenbedarf	724	986
bb) Formelle Begründung der Eigenbedarfs-		
kündigung	727	991
cc) Unzureichende Begründung des		
Eigenbedarfs	728	992
dd) Vortäuschung von Eigenbedarf	729	993
ee) Nachträglicher Wegfall des Eigenbedarfs	730	995
ff) Missbrauchsfälle	731	996a
c) Die Verwertungskündigung		
(§ 573 Abs. 2 Nr. 3)	733	997
d) Die erleichterte Kündigung nach		
§ 573a Abs. 1 Satz 1	735	1000
e) Das Verbot der Teilkündigung	736	1001
8. Die außerordentliche Kündigung nach		
§§ 543, 569	736	1002
a) Der Zahlungsverzug des Mieters		
(§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)	736	1002
b) Die Parallelanwendung der §§ 543 Abs. 2 Satz 1		
Nr. 3 und 573 Abs. 2 Nr. 1 beim Zahlungsverzug		
des Mieters	740	1005
c) Die Bedeutung von Geschäftsverbindungs-		
bräuchen beim Zahlungsverzug	743	1009
d) Ausübungsfrist für die außerordentliche		
Kündigung	744	1010
e) Die Form der außerordentlichen Kündigung	745	1011
f) Einschränkung des Rechts auf außerordentliche		
Kündigung?	745	1012
g) Rechtsverfolgungskosten bei der		
außerordentlichen Kündigung	747	1014
VI. Der Pachtvertrag	748	1015

	Seite	Rn.
§ 7 Dienst- und Behandlungsvertrag		
I. Grundlagen	750	1019
1. Überblick	750	1019
2. Die Dienstleistung	750	1020
3. Die Vergütung	751	1022
4. Leistungsstörungen	754	1024
5. Die Kündigung	756	1028
a) Die ordentliche Kündigung nach § 621 und die fristlose Kündigung nach § 627	756	1028
b) Die außerordentliche Kündigung nach § 626	763	1036
II. Der Rechtsanwaltsvertrag	766	1040
1. Überblick	766	1040
2. Beratungspflichten	771	1044
3. Haftung für Beratungsfehler der Sozietät	773	1045
4. Interessenkonflikt	775	1049
5. Rechtskenntnis	778	1053
6. Einschränkung der Haftung nach dem Schutzzweck der Norm	779	1055
7. Sekundärverjährung	782	1057
III. Der Behandlungsvertrag	784	1060
1. Überblick	784	1060
2. Vertragsschluss	786	1062
3. Die Arzthaftung	788	1065
a) Behandlungsfehler	789	1066
b) Voll beherrschbare Risiken	796	1073
c) Aufklärungsfehler und fehlende Einwilligung	798	1076
d) Vorrang der Nacherfüllung	804	1083
§ 8 Der Werkvertrag		
I. Grundlagen	805	1084
1. Die Erfolgsbezogenheit als charakteristisches Merkmal	805	1084
2. Abgrenzung zum Dienstvertrag	806	1086
II. Der Vertragsschluss	808	1089
III. Ansprüche und Rechte des Bestellers	811	1091
1. Überblick	811	1091
2. Der Herstellungsanspruch	811	1092
3. Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers	813	1095
a) Überblick	813	1095
b) Der Nacherfüllungsgrund	813	1096
aa) Sachmangel	813	1096

	Seite	Rn.
bb) Rechtsmangel	818	1102
cc) Beweislastverteilung	818	1103
c) Anspruchsinhalt und sonstige Rechtsfolgen . . .	819	1104
4. Das Selbstvornahmerecht des Bestellers	820	1106
5. Der Rücktritt	821	1110
6. Die Minderung	822	1111
7. Der Schadensersatzanspruch des Bestellers	823	1112
a) Das Problem des unbehebbaaren Mangels	823	1112
b) § 251 Abs. 2	823	1113
c) Die Anwendbarkeit des § 281 Abs. 1 Satz 1 und das Verhältnis zu § 823 Abs. 1	825	1114
d) Die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen und ihr Verhältnis zur Mängelhaftung	828	1116
8. Das Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln nach § 641 Abs. 3	830	1119
9. Die außerordentliche Kündigung nach § 648 und § 648a	832	1121
IV. Anspruchsübergreifende Probleme	835	1126
1. Verjährung	835	1126
2. Haftungsausschluss	837	1130
3. Überblick über den Bauvertrag und ähnliche Verträge	838	1132
V. Rechte des Unternehmers	846	1137
1. Anspruch auf Abnahme	846	1138
a) Bedeutung und Wesen der Abnahme	846	1138
b) Die Voraussetzungen der Abnahme	849	1142
c) Abnahmepflicht und Abnahmeobliegenheit . . .	851	1146
d) Pflicht zur Feststellung des Werkzustands bei Verweigerung der Abnahme	852	1146a
2. Der Vergütungsanspruch	853	1147
a) Grundlagen	853	1147
b) Fälligkeit	859	1153
c) Sicherung des Vergütungsanspruchs	860	1154
aa) Das Werkunternehmerpfandrecht	860	1155
bb) Die Bauhandwerkersicherungshypothek . . .	863	1160
cc) Bauhandwerkersicherung	866	1163
d) Gegenleistungs- bzw. Vergütungsgefahr	867	1164
3. Obliegenheiten und Pflichten des Bestellers zur Mitwirkung	873	1171
VI. Der Werklieferungsvertrag	876	1176
1. Normzweck	876	1176

	Seite	Rn.
2. Ansätze zu einer teleologischen Reduktion des Normanwendungsbereichs	887	1178
§ 9 Der Reisevertrag und die Fluggastrechteverordnung		
I. Grundlagen	882	1186
1. Zweck der Regelung	882	1186
2. Die beteiligten Personen und ihre Vertragsbeziehungen	884	1189
a) Reiseveranstalter und Reisender	884	1189
b) Reisebüro	887	1192
c) Leistungsträger	888	1193
3. Der sachliche Anwendungsbereich: Reiseveranstaltungs- und Reisevermittlungs- vertrag	889	1196
II. Die Rechte des Reisenden	895	1203
1. Überblick	895	1203
2. Gewährleistungsrechte	896	1204
a) Abhilfe	896	1204
aa) Überblick	896	1204
bb) Der Reisemangel als Abhilfegrund	896	1205
cc) Rechtsfolge	899	1209
b) Die Selbstabhilfe	900	1210
c) Die Minderung	902	1211
d) Die Kündigung wegen erheblich beeinträchtigenden Mangels	904	1214
e) Schadensersatz	906	1221
aa) Vermögensschäden	906	1221
bb) Entgangene Urlaubsfreude	909	1225
f) Gewährleistungsausschluss und Verjährung	911	1229
3. Besondere Lösungsrechte	911	1231
a) Rücktritt vor Reisebeginn	911	1231
b) Kündigung bzw. Rücktritt wegen höherer Gewalt	912	1232
III. Die Insolvenzversicherung	915	1234
IV. Die Fluggastrechteverordnung	917	1235
1. Überblick	917	1235
2. Verspätung (Art. 6 VO)	918	1237
3. Annullierung (Art. 5 VO)	921	1241
4. Nichtbeförderung (Art. 4 VO)	924	1243

§ 10 Maklerverträge, Ehevermittler und andere Fälle der Naturalobligation

I. Der Maklervertrag	928	1247
1. Grundlagen	928	1247
2. Der Provisionsanspruch des Maklers	929	1250
a) Zustandekommen des Maklervertrages	930	1251
b) Zustandekommen des Hauptvertrages	935	1254
c) Kausalität der Leistungen des Maklers	937	1258
d) Fehlende wirtschaftliche Verflechtung von Makler und Gegenseite des Hauptvertrages	939	1261
e) Verlust des Anspruchs nach § 654	942	1264
3. Die Maklerklausel (Courtageklausel)	944	1266
4. Maklerhaftung	947	1268
5. Besondere Formen des Maklervertrages	948	1269
II. Ehevermittlungsprovision und andere Natural- obligationen	949	1272
1. § 656 und die Partnerschaftsvermittlungsverträge	949	1272
2. Spiel und Wette	951	1275

§ 11 Der Geschäftsbesorgungsvertrag

I. Grundlagen	953	1276
1. Der Begriff der Geschäftsbesorgung	953	1276
2. Rechte und Pflichten	956	1280
II. Der Anlageberatungsvertrag	962	1287
1. Das Disclosure-Prinzip	962	1287
2. Die Lehre vom Anlageberatungsvertrag	964	1289
3. Stillschweigender Vertragsschluss und Haftung aus culpa in contrahendo bei Beratungsfehlern	967	1294
4. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens	971	1300
5. Die Prospekthaftung	973	1302
6. Grenzen des Anlegerschutzes durch Aufklärung und Information	977	1307
III. Die Auskunftshaftung	982	1314
1. § 675 Abs. 2 und grundsätzliche Überlegungen zur Auskunftshaftung	982	1314
2. Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte	985	1318
a) Grundkonstellation der Auskunftshaftung	985	1318
b) Dogmatische Begründung	987	1321
c) Konkurrierende Anspruchsgrundlagen	993	1325
d) Die gemeinsame Haftung von Gutachter und Verkäufer	996	1327

	Seite	Rn.
e) Die Vorhersehbarkeit der Einbeziehung des Dritten und die Abgrenzung zur Drittschadens- liquidation	998	1330
IV. Der Zahlungsverkehr	1002	1335
1. Einleitung	1002	1335
2. Bare und unbare Zahlung	1001	1336
3. Girovertrag und Überweisung	1007	1341
4. Das Lastschriftverfahren	1011	1343
5. Haftung beim Einsatz von Zahlungskarten	1015	1347

§ 12 Der Bürgschaftsvertrag

I. Einleitung	1027	1358
II. Die Voraussetzungen des Anspruchs gegen den Bürgen	1027	1359
1. Das Bestehen der zu sichernden Forderung	1027	1359
a) Die Zweckvereinbarung	1027	1359
b) Die Forderungsauswechselung	1036	1368
2. Die rechtsgeschäftliche Einigung über die Bürgschaft	1037	1370
a) Abgrenzung gegenüber Garantie und Schuldbeitritt	1037	1370
b) Nichtigkeit des Bürgschaftsversprechens wegen krasser finanzieller Überforderung (§ 138 Abs. 1)	1041	1374
3. Form der Bürgschaftserklärung	1048	1384
a) Grundsatz	1048	1384
b) Blankettbürgschaft	1051	1387
III. Die Leistungspflichten des Bürgen (Bürgschaft auf erstes Anfordern)	1053	1389
IV. Die Einreden des Bürgen	1056	1392
1. Eigene Einreden des Bürgen, insbesondere die Einrede der Vorausklage nach § 771	1056	1392
2. Einreden gegen den Bestand der Hauptschuld (§ 767 Abs. 1 Satz 1)	1057	1394
3. Einreden nach § 768 Abs. 1 Satz 1 (Vertragserfüllungs- und Gewährleistungs- bürgschaft)	1057	1395
4. Die Bedeutung des Einredeverzichts nach § 768 Abs. 2	1063	1400
5. Einreden nach § 770 Abs. 1 und 2	1064	1401
V. Der Untergang der Bürgschaft, insbesondere § 767 . .	1066	1405

	Seite	Rn.
VI. Der Bürgenregress	1070	1407
1. Gegenüber dem Hauptschuldner	1070	1407
2. Gegenüber Mitbürgen (§ 774 Abs. 2)	1072	1409
3. Gegenüber sonstigen Sicherungsgebern	1074	1412
§ 13 Sonstige Verträge		
I. Schuldanerkenntnisse, Schuldversprechen und Vergleich	1077	1414
1. Das abstrakte Schuldversprechen	1077	1414
2. Anerkenntnis und Vergleich	1080	1418
II. Auslobung und Gewinnzusage	1083	1423
III. Die Gastwirtschaftung	1088	1426
Paragrafenregister		1093
Stichwortverzeichnis		1100

Abkürzungs- und Schriftenverzeichnis

aA.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE.	am Ende
aF.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGAV	außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag (§ 312b); früher Haustürgeschäft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedin- gungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AgrarR	Agrarrecht
AnfG	Anfechtungsgesetz
ALR	Allgemeines Landrecht
Anh.	Anhang
AnwBl.	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (ab 1954: Nachschlagewerk des Bundesar- beitsgerichts)
arg. e	argumentum e (Argument aus)
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (plural)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Baurecht
Bankrechts-Handbuch	Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage 2011
Bamberger/Roth	Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, Kommentar, Band 1, 3. Auflage 2012
<i>Baur/Stürner</i>	<i>Baur/Stürner</i> , Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2007
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BeckOGK	beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Stand März 2017)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar BGB (Stand März 2017)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung

BetrKVO	Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten (Betriebskostenverordnung)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
bspw.	beispielsweise
Bsp.	Beispiel
BStBl.	Bundessteuerblatt
BR-Drucks.	Drucksache des Bundesrats
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
<i>Canaris</i> , Bankvertragsrecht	<i>Canaris</i> , Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Co.	Company
CR	Computer und Recht
D.	Digesten
DAR	Deutsches Autorenrecht/Deutsche Außenwirtschafts-Rundschau
Dauner-Lieb/Heidel/ Lepa/Ring	Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, 2002
Dauner-Lieb/ Konzen/Schmidt	Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
DG	Darlehensgeber
dh.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DN	Darlehensnehmer
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsche Steuer-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EAEG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
Eckpfeiler (Ed.)	Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 5. Aufl. 2014/2015 Editor, Herausgeber

EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
<i>Ehmann/Sutschet</i>	<i>Ehmann/Sutschet</i> , Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, 2002
Einl.	Einleitung
Erman	H.P. Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 14. Aufl. 2014
Ernst/Zimmermann	Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001
<i>Esser/Schmidt</i>	<i>Esser/Schmidt</i> , Schuldrecht I: Allgemeiner Teil; Teilband 1, 8. Aufl. 1995
<i>Esser/Weyers</i>	<i>Esser/Weyers</i> , Schuldrecht II: Besonderer Teil; Teilband 2, 8. Aufl. 1998
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
eV.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
<i>Fikentscher/Heinemann</i>	<i>Fikentscher/Heinemann</i> , Schuldrecht, 10. Aufl. 2006
FLF	Finanzierung – Leasing – Factoring
FlugastrechteVO	Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Flugastrechteverordnung)
<i>Flume</i> , AT –	<i>Flume</i> , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band,
Das Rechtsgeschäft	Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GE	Das Grundeigentum
GEK-Entwurf	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011 (aufgehoben)
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH iGr.	GmbH in Gründung
GmbH-Rdsch	Rundschau für GmbH
GrünhutsZ	Grünhuts Zeitschrift
<i>Grunewald</i>	<i>Grunewald</i> , Handbuch des Schuldrechts – Kaufrecht, 2006
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
<i>Gursky</i>	<i>Gursky</i> , Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2002
GuT	Gewerbemiete und Teileigentum
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ha	Hektar
Haas/Medicus/ Rolland/Schäfer/ Wendtland	Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002
HausTWG	Haustürwiderrufsgesetz
HeizkostenVO	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Heizkostenverordnung)
Henssler/Graf von Westphalen	Henssler/F. Graf von Westphalen (Hrsg.), Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003
HGB	Handelsgesetzbuch
hM.	herrschende Meinung
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure)
Hoeren/Martinek	Hoeren/Martinek (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, 2002
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
<i>U. Huber</i> , Leistungsstörungen II	<i>U. Huber</i> , Leistungsstörungen, Band II, 1999, in: Gernhuber (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts, Band 9/2
<i>Huber/Bach</i>	<i>Huber/Bach</i> , Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht 1, 5. Aufl. 2016
Huber/Faust	Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung Einführung in das neue Recht, 2002.
idR.	in der Regel
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
iH.	in Höhe
iHv.	in Höhe von
II. BV	Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung)
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iS.	im Sinne
iSd.	im Sinne des
iVm.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jauernig	Jauernig (Hrsg.), BGB, Kommentar 16. Auflage 2015
JR	Juristische Rundschau
Jura	Jura – Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
JurisPK	Juris Praktikerkommentar
JurisPR	Juris PraxisReport
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
<i>Kaiser</i> , Rückabwicklung	<i>Kaiser</i> , Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechtleistung nach BGB, 2000
Kap.	Kapitel
Karlsruher Forum 2002	E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003
Kfz	Kraftfahrzeug(e)
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
km/h	Kilometer pro Stunde
KOM	Kommissionsdokument
<i>Koppensteiner/Kramer</i>	<i>Koppensteiner/Kramer</i> , Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (ab 50.1989: Zeitschrift für Insolvenzrecht)
KunstUrhG	Kunsturhebergesetz
KWVG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
<i>Larenz I</i>	<i>Larenz</i> , Lehrbuch des Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987
<i>Larenz II/1</i>	<i>Larenz</i> , Lehrbuch des Schuldrechts Band II/1: Besonderer Teil/1. Halbband, 13. Aufl. 1986
<i>Larenz</i> , Methodenlehre	<i>Larenz</i> , Methodenlehre, 6. Aufl. 1991
<i>Larenz/Canaris II/2</i>	<i>Larenz/Canaris</i> , Lehrbuch des Schuldrechts II/2: Besonderer Teil/2. Halbband, 13. Aufl. 1994
lat.	lateinisch
LebenspartnerschaftsG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
lit.	Litera (Buchstabe)
LM/LMK	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs von <i>Lindenmaier</i> und <i>Möhring</i> (ab 2005 online)
<i>Lorenz/Riehm</i>	<i>Lorenz/Riehm</i> , Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002
lt.	laut
LwZR	Aktenzeichen: Senat für Landwirtschaftssachen des BGH
MaBV	Verordnung über die Pflichten den Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Anlageberater, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträgerverordnung)
mAnm.	mit Anmerkung
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)
maW.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
<i>Medicus/Lorenz</i>	<i>Medicus/Lorenz</i> , Schuldrecht II: Besonderer Teil, 15. Aufl. 2010
<i>Medicus/Petersen AT</i>	<i>Medicus/Petersen</i> , Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016
<i>Medicus/Petersen BR</i>	<i>Medicus/Petersen</i> , Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015
MedR	Medizinrecht
mglw.	möglicherweise
Mietrechtsreformgesetz – Bilanz	Börstinghaus/Artz ua. (Hrsg.), 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz – Eine Bilanz, 1. Aufl. 2011

Mio.	Million(en)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MM.	Mindermeinung
Mot.	Motive (zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB, jeweils aktuelle Auflage (Stand: März 2017)
MünchKomm HGB	Münchener Kommentar zum HGB, jeweils aktuelle Auflage (Stand: März 2017)
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-BGB	Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), Nomos Kommentar, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/1: §§ 241–610, 3. Aufl. 2016
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
<i>Oetker/Maultzsch</i>	<i>Oetker/Maultzsch</i> , Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Palandt	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017
PAngV	Preisangabenverordnung
PauschalRRiL 2015	Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates
<i>Petersen</i>	<i>Petersen</i> , Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 8. Aufl. 2017
PHI	Haftpflicht international – Recht & Versicherung
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz)
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechte der Prostituierten (Prostitutionsgesetz)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet v. Ernst Rabel (bis 1961: ZAIP)
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz)
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rn.	Randnummer(n)
RechKredVO	4. Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (BGBl. 1998 I S. 3658)
Reform des deutschen Schuldrechts	Eckert/Delbrück (Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, 2003
RegE	Regierungsentwurf

RegE-Reiserecht	Entwurf eines dritten Gesetzes zur Reform reiserechtlicher Vorschriften; BR-Drucks. 652/16.
RegE VRRL-G	Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 19.12.2012 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsmittlung
RegE ZDR 2	Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 8.2.2017 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie
<i>Reinicke/Tiedtke</i>	<i>Reinicke/Tiedtke</i> , Kaufrecht, 8. Aufl. 2009
<i>Reuter/Martinek</i>	<i>Reuter/Martinek</i> , Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband 2016
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RuS	Recht und Schaden
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)
S.	Seite(n)
SavZ	Savigny-Zeitschrift
Schmidt-Futterer	Blank (Hrsg.), Schmidt-Futterer, Mietrecht, 1. Aufl. 2016
Schulze/Schulte-Nölke	Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vom 23.7.2004
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
Soergel	Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, jeweils aktuelle Auflage
sog.	sogenannte(r)
Staudinger	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, jeweils aktuelle Auflage (Stand: März 2017)
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz
teilw.	teilweise
Tit.	Titel
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer(n)
ua.	und andere; unter anderem
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)

Ulmer/Brandner/ Hensen	Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016
unstr.	unstreitig
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
uU.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb
v., vs.	versus, gegen
va.	vor allem
VerbrGüterKRiL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerbRRiL	Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
vglb.	vergleichbar
vglw.	vergleichsweise
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
<i>von Tuhr</i> , AT	<i>von Tuhr</i> , Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Nachdruck 1957
Vor.	Vorwort zu
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz)
WarnR	Warneyer (Hrsg.), Rechtsprechung des Reichsgerichts – Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WG	Wechselgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiStrG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WM-FG	WM-Festgabe
wN	weitere Nachweise
WoBindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbindungsgesetz)

WoVermittG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Wohnungsvermittlungsgesetz)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist (Wertpapierprospektgesetz)
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Zahlungsdienste- richtlinie 1	Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG
Zahlungsdienste- richtlinie 2	Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt usw.
zB.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS/JITE	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT.	zum Teil
ZVergRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
Zweite Berechnungs- verordnung (II. BV)	Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung)

§ 1 Einleitung

1. Die dogmatischen Grundlagen der §§ 433 ff.

a) Die Lehre von der Vertragsnatur und das Prinzip von Treu und Glauben

Nach einem bekannten Wort *Ernst Rabels* „gilt nachdenklichen Juristen das eigentliche ‚Wesen der Gewährleistungspflicht‘ als ein Problem.“¹ Die mit dieser Einschätzung verbundene Kritik wiegt schwer, hat *Rabel* doch wie kein zweiter deutscher Zivilrechtler internationale Wirkung entfaltet und gilt als Wegbereiter der weltweiten Kaufrechtsharmonisierung in der CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht). Die von *Rabel* angesprochenen Fragen sind so grundlegend und offensichtlich, dass man sich fast scheut, sie auszusprechen: Warum haftet ein Verkäufer für Mängel der Kaufsache *aus Vertrag*, wenn die Ansprüche des Käufers doch offensichtlich auf einer Gesetzesnorm (§ 437) gründen? Warum kann der Verkäufer seine zum Vertragsschluss führende Willenserklärung nicht nach § 119 Abs. 1 anfechten, wenn er im Nachhinein erfährt, dass ihm an diese anknüpfend Schutzpflichten zugunsten des Käufers auferlegt wurden, wegen deren Verletzung er nun auf Schadensersatz haftet? Warum soll auf einen Finanzierungsleasingvertrag eine Norm aus dem Mietrecht (bspw. die strenge Haftung des § 546a Abs. 1) Anwendung finden, obwohl die Parteien dies nie gewollt und sich auch nicht vorgestellt haben? Auch in der Rechtswissenschaft gibt es das, was die Philosophie gelegentlich als **ontologische Differenz** bezeichnet: Ständig verwendete Begriffe und Regeln für die Gegenstände der Alltagswelt sind nicht selten wissenschaftlich am schwersten zu fassen. Und wie dort gilt: „Das Niveau einer Wissenschaft bestimmt sich daraus, wie weit sie einer Krisis ihrer Grundbegriffe *fähig* ist.“² In der Rechtswissenschaft fehlt es nicht an Versuchen, die gerade gestellten Fragen zu beantworten. Die Antworten wiederum erlauben jeweils einen Einblick in Grundlagen und Perspektiven des deutschen und europäischen Vertragsrechts.

Die im internationalen Vergleich wirkungsmächtigste Weichenstellung dieser Art trifft wohl **das anglo-amerikanische Recht**. Sie entwickelt sich zunächst aus ganz bescheidenen Anfängen im 14. Jahrhundert und ist heute Vorbild für die im Rechtsvergleich als wegweisend geltenden Kodifikationen des Leistungsstörungenrechts in den Artt. 45 ff. CISG und den Artt. 21 ff. aus Buch 7 des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches.³ Sie fand ihren Widerhall nicht

¹ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2, 1958, S. 104.

² *Heidegger*, Sein und Zeit, 16. Aufl. 1986, § 3, S. 9.

³ *Nieper/Westerdijk*, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Series of Legislation in Translation 7, 1995.

nur in Part I, Artt. 8.101 ff. der *Principles of European Contract Law* der sog. Lando-Kommission aus dem Jahre 1998 (dazu Rn. 52), sondern auch in Art. 106 des Entwurfs einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, der mittlerweile schon wieder aufgegeben wurde (Rn. 48f.).⁴ Dies hat weniger mit der wirtschaftlichen Vormachtstellung der Vereinigten Staaten von Amerika als mit den systematischen Vorzügen dieser Weichenstellung zu tun. Zu Beginn des 14. Jahrhunderts befindet sich das englische wie überhaupt das germanisch geprägte Vertragsrecht⁵ auf einem überaus altertümlichen, mit dem römischen Recht nicht vergleichbaren Stand: Vertragsansprüche oder -klagen im modernen Sinne sind unbekannt; es existieren nur einzelne Klagearten, zu deren formalen Voraussetzungen der Vertragsschluss gehört. So kennt das englische Recht zunächst eine auf Erfüllung des Vertrages gerichtete Klage, die voraussetzt, dass der Kläger mit dem Beklagten eine Vereinbarung getroffen und seine eigene Leistung bereits erbracht hat (Action of Debt); Schadenersatzansprüche wegen Leistungsstörung hingegen sind vor den Gerichten nicht durchsetzbar.⁶ Da ereignet sich im Jahre 1348 folgender Fall:⁷

(Bukton v. Tounesende (Townsend) (1348)) Ein Fuhrmann soll für den Eigentümer eine Stute über den Fluss Humber bringen. Weil er die Fähre überlädt, sinkt diese und das Tier ertrinkt; am anderen Ufer kommt nur ein Kadaver an.

Die Ausreden des Fuhrmanns auf die Ersatzforderungen des Eigentümers sind in der knappen Gerichtsnotiz nicht überliefert; doch kann man sie sich lebhaft vorstellen: Transportiert hat er das Pferd ja; dass es bei Ankunft am anderen Ufer leben sollte, war aber zwischen den Parteien nicht ausdrücklich vereinbart. Jedoch lässt das englische Gericht den Fährmann nicht mit dergleichen davonkommen, sondern hält ihn daran fest, dass er es auf sich genommen hatte, die empfangene Stute sicher und gesund über den Fluss zu transportieren oder im Original „[Il] avoit **empris** a carier sa jument pris en son bateau outr’ l’eau de Humber safe & sain“ [Hervorhebung durch den Verf.]. Das „empris“ – unternommen, lateinisch: *assumpsit* – eröffnet alsbald eine neue Klageart, die man aus heutiger Sicht dem Deliktsrecht zuordnen würde: die **Action of Assumpsit**.⁸

⁴ KOM(2011) 635.

⁵ Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 24ff.

⁶ *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 17ff., 22.

⁷ Übersetzung etwa bei *Baker/Milsom*, Sources of English Legal History: Private Law to 1750, 1986, S. 358f.; vgl. auch den Materialband Selden Society (Hrsg.), The Humber Ferry Case (1348), 1985; dazu *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 24; aus neuerer Sicht: *Kirsten*, Verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, 2009, S. 148f.; *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch – Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, 2008, S. 18; *Zimmermann*, in: FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 1435, 1443f.

⁸ *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 24ff.

Zugrunde liegt eine für das mittelalterliche Recht typische Kurzformel: „assumpsit“ bedeutet, der Fuhrmann hat den Transport des Pferdes „unternommen“ und hat deshalb für dessen Wohlbehalt einzustehen.⁹ Der Gegenstand dieser Einstandspflicht entwickelt sich in der Tradition des englischen Fallrechts allerdings erst über Jahrhunderte durch Verschmelzung mit anderen Klagearten und durch Präzisierung im Hinblick auf immer neue Konstellationen. Doch bereits am Anfang steht die bis auf den heutigen Tag charakteristische Orientierung des englischen Rechts an der Rechtsfolge Schadensersatz. Anders als etwa im deutschen Recht stehen nicht die einzelnen *Tatbestände* der Leistungsstörung im Mittelpunkt (Unmöglichkeit, Verzug, Schlechtleistung, Mangelfolgeschaden), sondern die den Verkäufer treffenden Rechtsfolgen. Von diesen aus werden die Tatbestände der Leistungsstörung vergleichsweise pragmatisch unter einen Einheitstatbestand gefasst: die Vertragsverletzung (**Breach of Contract**). Dies führt von Anfang an zu einer großen systematischen Einheitlichkeit des Leistungsstörungsrechts; Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Mängelhaftung und Unmöglichkeit, die den Leser durch weite Bereiche dieses Buches begleiten werden, stellen sich im englischen Recht daher in diesem Umfang nicht. Dazu trägt aber auch die Generalisierung des zugrunde liegenden Rechtsgedankens im *Slade's Case aus dem Jahre 1602* bei.¹⁰ Dort findet sich die Vorstellung „Every contract executory imports in itself an assumpsit“. Jedes vertragliche Leistungsversprechen führt danach zu impliziten Einstandspflichten (**Implied Assumpsit**). Die Kontinentaljuristen haben daran lange Zeit bemängelt, dass rechtsgeschäftliche Garantieverprechen zu Lasten des Schuldners einfach **fingiert** würden. Den tragenden Rechtsgedanken sieht das englische Recht aber ganz anders: „The gist of the action is the deceit in breaking a promise on the faith of which the plaintiff had been induced to part with his money or other promise.“¹¹ In unser heutiges Systemverständnis übertragen lautet der **zugrunde liegende Rechtsgedanke** so: **Die Willenserklärung des Schuldners (das Leistungsversprechen) ist ein Vertrauenstatbestand, auf den sich schutzwürdige Erwartungen des Gläubigers gründen.** Wird das schutzwürdige Gläubigervertrauen enttäuscht, muss der Schuldner genau die Handlung vornehmen, die eine Erfüllung des Versprechens schließlich doch noch ermöglicht; ansonsten schuldet er Ersatz. Der Vorteil dieses Ansatzes liegt in der einfachen Erklärung des Zusammenhangs zwischen der zum Vertragschluss führenden Willenserklärung des Verkäufers und der Haftung des Verkäufers bei Störungen. Die **Einstandspflicht des Schuldners wirkt wie eine Versicherung:** Im Ausgangspunkt ist der Schuldner zu der versprochenen Leis-

⁹ *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 24f.; vgl. auch *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 220ff.

¹⁰ 4 Coke's Report 92b; vgl. aus deutscher Sicht etwa *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch – Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, 2008, S. 43 ff.

¹¹ So *Ames*, zitiert nach *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 28f.

tung verpflichtet. Seine Einstandspflicht passt sich dabei dem Auftreten oder Ausbleiben von Leistungshindernissen jeweils an. Verläuft der Leistungsaustausch zwischen den Parteien reibungslos, bleibt die Einstandspflicht un bemerkt; treten indes Störungen auf, muss der Schuldner genau das beseitigen, was der Erfüllung seines Versprechens im Wege steht, weil der Gläubiger darauf schutzwürdig vertrauen darf. So lässt sich etwa leicht der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs nach den §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 erklären. Scheitert der Verkäufer aber mit seinen Bemühungen, muss er den Gläubiger wenigstens wirtschaftlich so stellen, als habe er sein Wort gehalten (vgl. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 Satz 1: Schadensersatz), oder diesen auf sein Verlangen aus dem Vertrag entlassen (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1: Rücktritt). Die Leistungsstörungssysteme, die der Theorie vom Breach of Contract folgen, gelten deshalb nicht ohne Grund als systematisch besonders klar und widerspruchsfrei.

- 3 Diese systematischen Zusammenhänge sind aber nicht nur dem englischen Recht vertraut; sie finden sich – heute leider etwas versteckt und daher oft übersehen – **auch im deutschen Recht**. Dies zeigt sich zunächst an ganz alltäglichen Beobachtungen im bürgerlichen Recht: Stellt sich bspw. die Frage, ob dem Verkäufer bei der Organisation seines Ladenlokals eine bestimmte Schutzpflicht zugunsten des Käufers auferlegt wird, ist häufig dasjenige Maßstab, was ein objektiver Beobachter in der Situation des Käufers vom Verkäufer *erwarten darf*: Dazu zählt etwa die Sicherheit des Hin- und Rückwegs (insbesondere vor umfallenden Teppichrollen und am Boden liegenden Gemüseblättern), kaum aber der Schutz vor Naturkatastrophen oder den Straftaten Dritter (zB. Raubüberfall). Solche Pflichten finden ihren Grund im Prinzip von **Treu und Glauben** (§ 242). Und dies hat historisch seine Berechtigung: Bei der Redaktion des Corpus Juris haben sich **die byzantinischen Juristen** (die sog. **Kompilatoren**) ebenfalls die Frage gestellt, wie der Vertrag Pflichten hervorbringen kann, die die Parteien gar nicht ausdrücklich gewollt haben und – wohl mangels Rechtskenntnissen – nicht einmal wollen *konnten*.¹² An einer Stelle schieben sie wohl auch dem klassischen römischen Juristen *Ulpian* den Begriff der **natura contractus** unter (Passage aus D.2.14.7.5).¹³ Nach dieser spätantiken Vorstellung können Rechte und Pflichten aus der **Natur des Vertrages** heraus entstehen. Das zugrunde liegende Konzept knüpft an **die aristotelische Lehre von der Begriffsdefinition** an.¹⁴ Nach *Aristoteles* beruht nämlich die Definition auf einer „Rede, die das Wesen zeigt.“¹⁵ Danach sind beim Definieren die für einen Begriff *wesentlichen* Merkmale (essentialia) von den sog. *naturalia* zu unterschei-

¹² *Rotondi*, *Bulletino dell' Istituta di diritto Romano* 24 (1911) 5ff.; *Coing SavZ* 69 (1952) 24, 32; *ders.*, in: *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Bd. I, 1982, S. 61, 74.

¹³ *Rotondi*, *Bulletino dell' Istituta di diritto Romano* 24 (1911) 5ff., 107ff.

¹⁴ So *Coing SavZ* 69 (1952) 24, 32; *ders.*, in: *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Bd. I, 1982, S. 61, 74. Solche Manipulationen werden als Interpolationen bezeichnet.

¹⁵ *Aristoteles*, *Topik* (hrsg. und übersetzt von Paul Gohlke), Paderborn 1953, I 5, 102a.

den. Die *naturalia* sind Eigenschaften, die zwar nicht den Kern der Sache ausmachen, aber dennoch regelmäßig zu ihr gehören und sich insbesondere immer dann einstellen, wenn auch die *essentialia* vorhanden sind. Eine dritte Kategorie bilden schließlich die zufälligerweise am Beobachtungsgegenstand analysierten Eigenschaften (*accidentalia*):¹⁶ Wenn zu den *essentialia* des Menschen der aufrechte Gang, die Fähigkeit zu sprechen usw. gehören, zählt zu den *naturalia* die Fähigkeit zu atmen, zu den *accidentalia* aber bspw. die Vorliebe für die eine oder andere Weinsorte.

Die byzantinischen Kompilatoren haben nun **die aristotelische Begriffslehre auf den Austauschvertrag angewendet** und damit bis auf den heutigen Tag die Weichen für dessen Verständnis gestellt. Ihr gedankliches Erbe wirkt bis in Details der aktuellen Rechtsprechung des EuGH hinein (Rn. 617): Die aristotelischen *essentialia* setzten sie mit den Hauptleistungspflichten der Parteien gleich (***essentialia negotii***); sie machen das Wesen eines Vertrages aus und erlauben seine typologische Einordnung. Dies gehört heute zum selbstverständlichen juristischen Handwerk und wird später noch im Detail vermittelt werden: Ist ein Vertrag auf die Übereignung einer Sache gegen ein Entgelt der Gegenseite gerichtet, handelt es sich um einen Kauf (§ 433 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2); fehlt die Entgeltpflicht der Gegenseite, liegt eine Schenkung vor (§ 516 Abs. 1), und tritt an die Stelle des Entgeltes eine weitere Sachleistung, geht man von einem Tauschvertrag aus (§ 480). Die besondere Leistung dieser Übertragung liegt aber in der Erkenntnis, dass, wenn die Hauptleistungspflichten festliegen, weitere Pflichten (***naturalia negotii***) hinzutreten, ohne dass es einer ausdrücklichen Einigung der Parteien bedarf. Diese Pflichten umfassen typischerweise **das gesamte Leistungsstörungenrecht**, ohne dass es auf den Willen des Schuldners ankommt. Vergleicht man diese Erkenntnis mit der des englischen Rechts, sind die Parallelen offenbar:¹⁷ Die im Leistungsstörungsfall bestehenden Pflichten beruhen darauf, dass der Gläubiger auf die Einhaltung des Hauptleistungsversprechens des Schuldners (*essentialium*) in schutzwürdiger Weise vertraut. Wenn der Schuldner (Verkäufer) die Übereignung einer Sache verspricht, darf der Gläubiger (Käufer) darauf vertrauen, dass der tatsächliche Vorgang der Übereignung so vollzogen wird, dass er dabei nicht (etwa durch umherliegende Gemüseblätter) zu Schaden kommt. Einer ausdrücklichen Vereinbarung in diesem Punkt bedarf es nicht: Wenn der Fuhrmann verspricht, das Pferd zu transportieren, darf der Eigentümer erwarten, dass es diesen Transport überleben wird, um im Ausgangsbeispiel des englischen Rechts zu bleiben. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, haftet der Fuhrmann. Der Rechtsgedanke der ***natura contractus*** durchzieht die gesamte Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts.¹⁸ Über das Ge-

¹⁶ *Coing SavZ* 69 (1952) 24, 32.

¹⁷ *Coing*, in: *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Bd. I, 1982, S. 61 ff., 72.

¹⁸ *Rotondi*, *Bulletino dell' Istituta di diritto Romano* 24 (1911) 5; *Coing SavZ* 69 (1952) 24, 32; *ders.*, in: *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Bd. I, 1982, S. 61, 74.

meine Recht (*ius commune*) gelangt er über die Vorarbeiten der bedeutenden französischen Juristen *Domat* und *Pothier* schließlich in Art. 1135 Code Civil: „Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites des l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.“¹⁹ Und diese Norm wurde zum **Vorbild für § 242**: Im Teilentwurf zum Obligationenrecht von *Küblers* fand sich eine Erstfassung folgenden Inhalts: „Ein Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich als Inhalt seiner Verbindlichkeit aus den besonderen Vertragsbestimmungen und aus der Natur des Vertrages, dem Gesetz oder Herkommen gemäß ergibt.“²⁰ Der Begriff Natur des Vertrages verschwand nachträglich, weil die Norm im Laufe der Beratungen mit einer anderen zusammengefasst und allen Schuldverhältnissen – nicht nur den *Verträgen* – vorangestellt wurde.²¹ Heute begegnet die Natur des Vertrages vor allem in § 307 Abs. 2 Nr. 2 bei der Inhaltskontrolle von AGB (dazu noch unten Rn. 25). Beinahe wäre sie auch durch die Schuldrechtsreform in § 276 Abs. 1 eingegangen.²² Stattdessen findet sich dort jetzt die Formulierung, dass sich eine Haftung „aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses“ ergeben kann. § 242 und den §§ 433ff. scheint also ein sehr schlichter Rechtsgedanke zugrunde zu liegen: Gegenstand des Vertrages ist nicht nur das, was sich die Parteien ausdrücklich versprechen, sondern auch das, was sie voneinander schutzwürdiger Weise erwarten dürfen, wenn sie jeweils auf die Leistungsversprechen der Gegenseite vertrauen. Die zum Vertragsschluss führende **Willenserklärung hat danach eine Doppelfunktion**: Sie legt den Gegenstand der Hauptleistungspflichten und auch – soweit ausdrücklich vorgesehen – der Neben(leistungs)plichten fest. Gleichzeitig ist sie aber auch Tatbestand für schutzwürdiges Vertrauen der jeweiligen Vertragsgegenseite.

- 5 Diese für das englische und französische Recht selbstverständlichen Zusammenhänge sind allerdings heute **im deutschen Recht keineswegs Allgemein-gut**. Im Gegenteil, die Tradition der Auslegung des § 242 ist sogar weitgehend unbekannt: Dafür tragen das **Willensdogma** und das **Verschuldensprinzip** im deutschen Recht Verantwortung. Allein, in der Praxis gehen die Rechtsanwender beinahe täglich, selbstverständlich und ohne großen Erörterungsbedarf davon aus, dass Haftungsverantwortungen, Leistungspflichten oder Risikotragungspflichten nach dem verteilt werden müssen, was die Parteien auf der Grundlage ihrer Leistungsversprechen voneinander nach Treu und Glauben

¹⁹ Eigene Übersetzung: „Die Verträge verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen ausdrücklich vereinbart ist, sondern auch zu allen Rechtsfolgen, die die Gerechtigkeit, das Gewohnheitsrecht oder das Gesetz der Schuld nach ihrer Natur beilegen.“ auch Vgl. *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel, Gosselin, Paris 1713, Liv. I, Tit. II, sect. X, Tz. 5; *Pothier*, Oeuvres, Nouvelle Édition, 1818 Beaucé Paris, Bd. 3, Traité des obligations, Tz. 5ff., 7.

²⁰ Vgl. dazu von *Kübler* selbst in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil (Hrsg. Schubert), 1980, S. 379.

²¹ Staudinger/*Looschelders*/Olzen § 242 Rn. 33; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 286ff.

²² RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 6.

(§ 242) erwarten dürfen. Es erscheint dennoch wissenswert, dass sie sich damit auf der Grundlage einer einheitlichen europäischen dogmatischen Tradition bewegen, die auch für die Weiterbildung eines europaeinheitlichen Vertragsrechts maßgeblich werden dürfte (vgl. unten Rn. 48ff.).

b) Das sog. „Willensdogma“

In der traditionellen deutschen Rechtswissenschaft ist ein anderes Vorverständnis vom Vertrag prägend. Danach können vertragliche Verpflichtungen *nur* auf dem Willen der Parteien beruhen. Soweit Pflichten aus Vertrauensschutzüberlegungen heraus begründet werden, müssen sie nach diesem Systemdenken außervertraglicher Natur sein. Diese Lehre wird oft auf das System des römischen Rechts *von Savignys* zurückgeführt, „wo der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht“ wird.²³ Sie drückt dort einen letztlich in der Tradition der Aufklärungsphilosophie *Kants* stehenden Rechtsgedanken aus: Das selbstbestimmte Individuum soll nur durch seinen freien Willen verpflichtet werden oder durch das Gesetz. Diese scharfe Trennung hat einige für das deutsche Recht sehr charakteristische Konsequenzen: Normen wie § 437 (Mängelhaftung des Verkäufers) werden nicht als Konkretisierung der schützenswerten Erwartungen des Käufers im Hinblick auf die vom Verkäufer abgegebene Willenserklärung begründet, sondern auf den **hypothetischen Willen der Parteien** zurückgeführt; denn wenn als Vertragsrecht nur Normen in Betracht kommen, die auf dem Willen der Parteien beruhen, müssen auch die den Vertragsinhalt regelnden Gesetzesnormen auf den Parteiwillen zurückgeführt werden. *Windscheid* spricht insoweit vom „eigentlichen Willen“ der Parteien. Danach regelt **das dispositive Vertragsrecht** nur das, „was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten“.²⁴ Dies entspricht heute einem verbreiteten Verständnis,²⁵ das allerdings auch einige Folgeprobleme nach sich zieht: Es fällt schwer, den hypothetischen Willen der Parteien inhaltlich zu konkretisieren.²⁶ Denn es handelt sich nicht um einen wirklichen Parteiwillen, sondern um das, was der Rechtsanwender rückblickend betrachtet zugunsten der Parteien für richtig hält. Dies hat aber mit einer Willensentscheidung der Parteien im Sinne *von Savignys* nichts zu tun. Das bedeutende Lehrbuch *von Tuhfs* zieht daraus zu Anfang des 20. Jahrhunderts eine radikale Konsequenz: Es lässt die Frage offen, ob das Regelungsprogramm der *naturalia negotii* überhaupt vertraglicher oder außerver-

6

²³ Vgl. *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, 1973, Bd. 3, S. 258.

²⁴ *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, § 85 Fn. 1.

²⁵ *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 44; zur Kritik: vgl. *Stammler* AcP 69 (1886) 1, 19ff., 28; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 291.

²⁶ Grundlegend zu diesem Zusammenhang *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 487ff.

traglicher Natur ist,²⁷ und bahnt damit den Weg für das moderne Verständnis von dessen außervertraglicher Natur.²⁸

- 7 Auf ähnlichen Vorüberlegungen beruht auch die von *Canaris* entwickelte **Lehre vom gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis**.²⁹ Ihr Ausgangspunkt liegt in zwei zentralen Überlegungen: Vertragspflichten können nur auf dem Willen der Parteien beruhen, und Scheinbegründungen aus dem hypothetischen Willen müssen möglichst vermieden werden. Daraus resultiert eine zentrale Folgerung: Da die „vertraglichen“ Schutzpflichten sinnvollerweise nur aus dem Vertrauensschutz der Parteien begründet werden können, müssen sie auf einer außervertraglichen Rechtsgrundlage beruhen, **einem ungeschriebenen Gesetz**. Deshalb entsteht bereits mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ein gesetzliches Schutz(pflicht)verhältnis, das mit Vertragsschluss nicht etwa untergeht, sondern neben dem Vertrag bestehen bleibt und nicht notwendig mit der Erfüllung endet, sondern nachvertragliche Wirkungen zeitigen kann, soweit der Vertrauensschutz dies gebietet. Die Implikationen dieser Lehre sind vielfältig und werden in der weiteren Darstellung an vielen Stellen begegnen (vgl. vor allem Rn. 629 ff., 1322 ff., 1424).

- 8 Doch ist der Vertrauensschutz auch außerhalb von § 242 für die Rechtsgelehrtslehre prägend: etwa im Rahmen des § 119 Abs. 1. In dieser Norm wird gerade vorausgesetzt, dass die *Verständnismöglichkeit* des Erklärungsempfängers und nicht der Wille des Erklärenden für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts maßgeblich ist; denn der Erklärende müsste sich nicht von seiner Willenserklärung durch Anfechtung lösen, wenn es für deren Inhalt nur auf seinen Willen und gerade nicht auf den Verständnis- und Erwartungshorizont des Erklärungsempfängers ankäme.³⁰ Durch die Verlagerung der Schutzpflichten auf eine außervertragliche Rechtsgrundlage tritt aber eine **Aufspaltung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Pflichten** ein, deren Ergebnisse man durchaus kontrovers diskutieren kann. Dies soll hier nur an einem Beispiel demonstriert werden, wird aber im Rahmen der Erörterung der einzelnen Vertragstypen noch häufiger von Bedeutung sein. Nach Auffassung von *Canaris* soll etwa das **Bankgeheimnis** im Verhältnis eines Kreditinstituts zu seinem Kunden einer gesetzlichen Schutzpflicht entspringen.³¹ Den Parteien steht es allerdings regelmäßig frei, Einzelheiten hinsichtlich der Geheimhaltungspflicht zu vereinbaren.

27 Von *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Erste Hälfte, Nachdruck 1957, S. 194.

28 Vgl. nur *Flume*, AT – Das Rechtsgeschäft, S. 80.

29 *Canaris* JZ 1965, 475; *ders.*, in: 2. FS Larenz, 1983, S. 27, 102 ff.; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 538; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 251 ff.

30 Zur umstrittenen Auslegung des § 119 Abs. 1 grundlegend: *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1939, S. 43 ff.; einerseits: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 412 ff., 422; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 69 f.; andererseits: *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 256 f. und 210 f.

31 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 42 f.

Verletzt die Bank eine solche Abrede, stellt sich die Frage, worauf gerade diese Verpflichtung beruht: Auf dem gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis oder auf der Parteivereinbarung.³² Die § 242 zugrunde liegende Lehre von den *naturalia negotii* erlaubt demgegenüber ein einheitliches Verständnis der Vertragspflichten: Diese können auf dem Willen der Parteien *und* deren gegenseitigem Vertrauen beruhen. Einheitlich handelt es sich dabei um Vertragspflichten.

c) Das Verschuldensprinzip

Das zweite Prinzip, das einem vertragsrechtlich begründeten Vertrauensschutz vermeintlich entgegensteht, ist das Verschuldensprinzip. Auch seine Tradition im vertraglichen Leistungsstörungsrecht ist sehr alt und lässt sich kaum einheitlich zurückverfolgen. Ein möglicher Ursprung liegt in der *Summa Theologica*, einem Zentralwerk der **mittelalterlichen Scholastik**. Darin systematisiert der Kirchengelehrte *Thomas von Aquin* die bekannten Kaufrechtsfälle des römischen Rechts in ungewöhnlicher Weise neu. Ein Kapitel lautet dabei „de fraudulentia quae committitur in emptionibus et venditionibus“,³³ vom Betrug der bei Kauf und Verkauf begangen wird. Darunter fasst er neben dem Betrug iSd. heutigen § 263 StGB auch alle Fälle der Schlechtlieferung einer Sache, denn auch hier scheint der Käufer vom Verkäufer regelmäßig fahrlässig „betrogen“, erhält er doch weniger als es der Höhe des von ihm gezahlten Kaufpreises entspricht.³⁴ Die Leistungspflichtverletzung beim Kauf gerät damit in einen engen Zusammenhang mit dem Vorwurf sündhaften/schuldhaften Verhaltens. Diesen Zusammenhang greift der Naturrechtler *Hugo Grotius* in seinem Hauptwerk auf und ersetzt dort die theologischen Implikationen durch ethische Gebote, die sich übrigens auch aus der Vertragsnatur ergeben sollen. So entsteht die **naturrechtliche Lehre von der Aequalitas**, der Vertragsgerechtigkeit, die sich die Parteien untereinander schulden.³⁵ Sie stellt einen Zusammenhang zwischen der Leistungsstörung und dem Vorwurf unrechten Verhaltens her, dessen Tradition sich bis in die **Rechtsphilosophie Hegels** fortsetzt.³⁶ Hegels Überlegungen entspricht wiederum die Vorstellung, dass der Mensch seine Persönlichkeit nicht ganz an einen anderen entäußern kann, wohl aber einzelne seiner Hervorbringungen:

„Von meinen besonderen, körperlichen und geistigen Geschicklichkeiten und Möglichkeiten der Tätigkeit kann ich einzelne Produktionen und einen in der Zeit beschränkten Gebrauch von einem anderen veräußern, weil sie nach dieser Beschränkung ein äußerliches Verhältnis zu meiner Totalität und Allgemeinheit erhalten.“³⁷

³² Hopt, in: Bankrechts-Handbuch, § 1 Rn. 49.

³³ *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica*, hrsg. von der Albertus Magnus-Akademie, Bd. 18, 1953, liber 2 pars 2; *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 72.

³⁴ Ebenda quaestio 2.

³⁵ *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, Ausgabe Lugdunum Batavorum, Brill 1939, liber 2, caput 12, § 11.

³⁶ Dazu *Landau*, in: *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* (Hrsg. Riedel), Bd. 2, 1975, S. 176, 187f.

³⁷ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 67 Satz 1.

Unmittelbar an diese Unterscheidung knüpft die **Lehre von Savignys von der Obligation** an (dazu auch Rn. 755).³⁸ Der Gegenstand der Obligation

„besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben seyn würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die aus ihrer Freiheit ausscheidend und unserem Willen unterworfen, gedacht werden müssen.“³⁹

Ist damit die **Handlung in den Mittelpunkt des Schuldverhältnisses** gerückt, erklärt sich die zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung gerade als schuldhaft rechtswidrige Handlung. Markant hat *von Jhering* diesen Zusammenhang auf den Punkt gebracht:⁴⁰

„Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld. Ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft [...] Nicht das äußere Thun verpflichtet, sondern die *Handlung* d.h. die Causalität der That im menschlichen Willen, und auch nicht die Handlung schlechthin, sondern nur, wenn sie sich den Willen zum Vorwurf anrechnen lässt.“⁴¹

Allerdings ging *von Jhering* noch nicht vom modernen Schuldbegriff aus, bei dem ein objektiver Tatbestand (Verstoß gegen die im Verkehr gebotene Sorgfalt gem. § 276 Abs. 2) von einem subjektiven (individueller Vorwurf charakterlichen Fehlverhaltens) unterschieden wird. *Von Jhering* bezog sich allein auf den äußeren Tatbestand, das **objektive Verschulden**.⁴²

- 10 Dies war auch unvermeidbar, denn ein **reines Verschuldensprinzip führte im Rahmen des Leistungsstörungenrechts zu schwer zu rechtfertigenden Ergebnissen**. Wenn der unternehmerisch organisierte Verkäufer dem Käufer die geschuldete Sache nicht beschaffen kann, darf er sich ja nicht damit herausreden, lauter gehandelt zu haben, aber persönlich überfordert gewesen zu sein. Die Behauptung etwa, sich subjektiv alle Mühe gegeben zu haben, aber wegen eigener Geschäftsunerfahrenheit bei der Erfüllung gescheitert zu sein, nützt dem Käufer nichts, da er im Verkehr bei einem unternehmerisch organisierten Verkäufer auf die durchschnittlichen Fähigkeiten eines Händlers bei der Warenbeschaffung vertraut. Deshalb wird das Verhalten des Schuldners grundsätzlich nicht an der eigenüblichen Sorgfalt (§ 277) gemessen, sondern an der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** (§ 276 Abs. 2): Das Verschulden gründet also gar nicht auf persönlicher Vorwerfbarkeit gegenüber dem Schuldner, sondern bezieht sich allein

³⁸ Zu diesem Zusammenhang bereits *Sutschet*, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 25.

³⁹ *Von Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, 1851, S. 4; nahe kommt dem der von *Rehberg* entwickelte Gedanke eines Rechtfertigungsprinzips, nach dem jede gesetzliche Freiheitsbeschränkung der Rechtfertigung angesichts der von den Parteien verfolgten Ziele bedarf: *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 259ff.

⁴⁰ Auch dazu grundlegend *Sutschet*, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 26ff.

⁴¹ *Von Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, erster Teil des Zitats bis „[...]“ auf S. 40, zweiter Teil auf S. 41.

⁴² *Sutschet*, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 27ff.

darauf, dass der Verkäufer – aus welchen Gründen auch immer – nicht so erfahren ist wie seine Konkurrenten. Dieser Verschuldensbegriff ist aber nur ein **Äquivalent für den Einstandsgedanken des anglo-amerikanischen Rechts**. Tatsächlich besteht der Unterschied allein in der Benennung des Problems. Denn dem in der Praxis vor allem bedeutsamen Fahrlässigkeitsvorwurf nach § 276 Abs. 2 unterliegt ein *objektiver Maßstab*,⁴³ mit dem dieselben Garantiezwecke⁴⁴ verfolgt werden wie mit dem anglo-amerikanischen Einstandsprinzip. Diesen Zusammenhang erläutert etwa *Franz Exner* im Jahr 1910 so:

„Die Bedürfnisse des Verkehrs erfordern es, dass jedermann ohne Schaden für sich selbst bei jedem dritten erwachsenen Menschen gewisse Durchschnittsqualitäten voraussetzen darf. Darum ist jeder im Verkehr Stehende verpflichtet, die daselbst erforderliche Sorgfalt anzuwenden [...] Die Nichtbeachtung dieser Pflicht geht auf seine Gefahr. Wer auf ein durchschnittliches Wissen und Können beim anderen vertraut, darf keinen Nachteil erleiden, wenn seine Erwartungen nicht erfüllt werden.“⁴⁵

Die Grundelemente des Einstandsgedankens sind daher auch im Verschuldensprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches verwirklicht.⁴⁶ Diesen Zusammenhang bringt *Larenz* so auf den Punkt: „So kann man vielleicht sagen, dass das heutige deutsche Recht vom Verschuldensgrundsatz ausgeht, ihn aber in verschiedener Hinsicht zugunsten einer im Schuldverhältnis sinngemäß gelegenen Garantie beschränkt, während das englische Recht umgekehrt vom Gedanken der Garantiepflicht ausgeht, diese aber zugunsten des Schuldners aus dem Inhalt des Versprechens wesentlich abmildert.“⁴⁷ Im Rahmen des § 276 geht es – jedenfalls soweit vertragliche Verantwortung betroffen ist – also **nicht** um einen „**pönalen Atavismus**“,⁴⁸ nicht um Sühne für Schuld wie im Gedankenmodell der Scholastik, sondern zentral um den Schutz des jeweiligen Gläubigervertrauens in Durchschnittsfähigkeiten.

Jedoch findet sich im Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts aus dem Jahre 1992 die Auffassung, das anglo-amerikanische System der aus Vertrauensschutz begründeten Einstandspflichten unterscheide sich fundamental vom deutschen Verschuldensprinzip.⁴⁹ Dieser Einschätzung

11

⁴³ *Larenz* I, S. 278; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, passim; *Kramer* AcP 171 (1971) 422; *Hübner*, in: FS Kaser, 1976, S. 715ff.; *Müller-Erzbach* AcP 106 (1910) 309, 342; *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896, S. 68f.

⁴⁴ Zum Garantiezweck vor allem *Larenz* I, S. 278.

⁴⁵ *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 107. Vgl. *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896, S. 68f.

⁴⁶ Dazu *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, passim; vgl. teilweise skeptisch: *Kirsten*, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, 2009, passim.

⁴⁷ *Larenz* I, S. 278.

⁴⁸ Vgl. die entsprechende Kritik *Kramers* AcP 171 (1971) 422, 428.

⁴⁹ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bundesanzeiger 1992, S. 122.

sind auch die Autoren des konsolidierten Regierungsentwurfs zum **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** gefolgt. Danach führe das Garantieprinzip oder der Einstandsgedanke zu Ergebnissen, „die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinesfalls zu überzeugen vermögen“.⁵⁰ Diese Einschätzung findet sich gerade in der Begründung des Regierungs- bzw. Abgeordnetenentwurfs an zahlreichen Stellen wieder und soll dort begründen, warum der Schuldner bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit nur bei „Verschulden“ (richtig: Vertretenmüssen) hafte.⁵¹ In eigentümlichem Kontrast dazu steht der Umstand, dass der Reformgesetzgeber gerade den **Maßstab des Vertretenmüssens** in § 276 Abs. 1 iSd. Garantiegedankens verschärft hat: Dort ist der Schuldner nunmehr nicht nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit verantwortlich (Verschulden), sondern haftet auch verschuldensunabhängig, wenn eine strengere Haftung bestimmt oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere durch Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Damit werden Garantieelemente sogar zum allgemeinen Haftungsmaßstab erhoben. Es macht aber nur einen terminologischen Unterschied, ob man einem Verkäufer – um im Beispiel zu bleiben – die Geschäftsunerfahrenheit zum Verschuldensvorwurf gereichen lässt oder gleich davon ausgeht, dass er für die Geschäftserfahrenheit iSd. § 276 Abs. 1 einzustehen habe.

12 Wissenswert erscheint vor allem, dass **die anglo-amerikanischen**, auf Einstandspflichten beruhenden **Leistungsstörungenrechte keine gegenüber dem deutschen Recht strengere Haftung** begründen, wie dies in den Gesetzesberatungen zur Schuldrechtsreform anklang. Die Einstandspflicht oder Garantie ist nämlich dort regelmäßig durch das Prinzip der **Foreseeability** begrenzt: Der Schuldner haftet nur für solche Leistungshindernisse, die ein objektiver Beobachter bei Vertragsschluss in seiner Position voraussehen konnte. Der Reformgesetzgeber hat diesen Haftungsmaßstab auch im Rahmen des § 311a Abs. 2 übernommen, woran sich ein weiteres Mal zeigt, dass der objektive Verschuldensbegriff des § 276 Abs. 1 und 2 auf einer Einstandspflicht des Schuldners gründet.

13 Der **kritische Leser** fragt natürlich, warum hier über Verschuldens- und Garantieprinzip überhaupt gestritten wird, wenn die Ergebnisse doch weitgehend in dieselbe Richtung laufen. Die Antwort lautet, dass dieser Streit aus denselben Gründen geführt wird, aus denen es **juristische Dogmatik** überhaupt gibt. Die Dogmatik lässt sich vielleicht etwas bildlich als das Gedächtnis des Juristen beschreiben.⁵² Sie erlaubt ihm, tausend gerichtliche Einzelentscheidungen zu vergessen, wenn deren tragender Rechtsgrund vollständig und widerspruchsfrei auf eine Formel gebracht wird. Der im Zivilrecht gebrauchte „Verschuldensbegriff“ leidet aber an einem inneren Widerspruch: So sehr im Rahmen des § 276

⁵⁰ *Canaris* JZ 2001, 499, 506; ähnlich *H. Roth* JZ 2001, 543, 548.

⁵¹ *RegE* BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

⁵² Vgl. dazu *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983; *Herberger*, Dogmatik, 1981; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 23 ff.

Abs. 1 auch der Garantiedanke obwalten mag, so setzt Verschulden doch stets den Vorwurf rechtswidrigen Handelns voraus. Denn der Verschuldensvorwurf muss ja stets auf ein Verhalten des Schuldners bezogen werden. **Eine am Verschuldensprinzip orientierte Rechtsordnung rückt daher stets die verschiedenen Typen der zur Leistungsstörung führenden Handlung in den Mittelpunkt der systematischen Unterscheidung:** Nichtleistung, Verzögerung der Leistung, Schlechtleistung, Unmöglichkeit der Leistung, Schädigung sonstiger Rechtsgüter des Gläubigers durch die Leistung. Ein so konzipiertes System handelt sich zwingend stets alle möglichen Abgrenzungsschwierigkeiten ein (Bsp.: Abgrenzung Unmöglichkeit/nicht behebbarer Mangel, Abgrenzung Mangel-/Mangelfolgeschaden usw.) und führt zu einem komplizierten System von Verweisungen (vgl. nur den Wortlaut des § 437 Nr. 3). Dass im BGB diese konfliktträchtige Systementscheidung getroffen wurde, wird historisch durch einen Zufall erklärt: Durch den frühen Tod des für das Schuldrecht verantwortlichen Redaktors *von Kübler* setzte sich nämlich **der Einfluss Friedrich Mommsens** durch, der ein umfangreiches Werk über die verschiedenen Formen der **Unmöglichkeit** verfasst hatte.⁵³ Indem die Unmöglichkeit in den systematischen Mittelpunkt des Leistungsstörungsrechts rückte, wurde dort **das Problem des Übergangs von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr und von Schuld und Haftung** zum Dreh- und Angelpunkt der Überlegungen. Der Preis für diese Systementscheidung war indes hoch: An die Stelle eines einheitlichen Gewährleistungsrechts rückte ein kompliziertes System der Leistungsstörungen. Entsprechend wurde das Leistungsstörungsrecht des BGB im Rechtsvergleich stets als einer seiner schwächsten Teilbereiche angesehen.⁵⁴ So bestand auch das ursprüngliche Ziel der Schuldrechtsreform darin, diese Schwäche durch Anlehnung an das Vorbild der anglo-amerikanisch geprägten Leistungsstörungsrechte (CISG usw.) zu überwinden.⁵⁵ Diese Absicht wurde jedoch in der Hast des Beratungsverfahrens und in der Not, bis zum Jahresende 2001 ein Gesetz verabschieden zu können (unten Rn. 46), nicht ganz umgesetzt, sondern teilweise wieder zugunsten einer traditionellen Sichtweise aufgegeben, die an Unmöglichkeit, Verzug usw. anknüpfte und nur das Schadensersatzrecht in § 280 Abs. 1 Satz 1 im Begriff der Pflichtverletzung vereinheitlichte. Unmittelbar nach Inkrafttreten der Reform wurde daher Kritik am komplizierten Verweisungssystem des Gesetzes laut.⁵⁶ Der **Vorteil des anglo-amerikanischen Leistungsstörungsrechts** liegt hingegen darin, dass es nicht die Tatbestände der Leistungsstörung in den Mittelpunkt des dogmatischen Interesses rückt, sondern deren Rechtsfolge (Rn. 2). Daraus entstehen systematisch geschlossene

⁵³ *Friedrich Mommsen*, Die Unmöglichkeit in ihrem Einfluss auf obligatorische Schuldverhältnisse, 1853.

⁵⁴ Dazu *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 486ff. und *Zimmermann*, The Law of Obligations, Cape Town 1990, S. 809f.

⁵⁵ *U. Huber*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bd. 1, 1981, S. 647, 699.

⁵⁶ Vgl. etwa *Dauner-Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 2 Rn. 2, 23 am Ende.

Normtatbestände wie **Art. 45 Abs. 1 CISG**, die das anglo-amerikanische Modell für die Fortentwicklung des Vertragsrechts so unwiderstehlich machen:

(1) Erfüllt der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen nicht, so kann der Käufer

(a) die in den Artikeln 46 bis 52 vorgesehenen Rechte ausüben;

(b) Schadensersatz nach Artikel 74 bis 77 verlangen [...]

- 14 Auf der Grundlage des gerade Ausgeführten lässt sich nun bereits ein Teil der **oben aufgeworfenen Fragen** (Rn. 1) **beantworten**:

(1) Aus Vertrag haftet der Käufer, weil in § 437 normiert ist, bis zu welchem Grad das Vertrauen des Käufers in das Leistungsversprechen des Verkäufers schutzwürdig ist. Vertragliche Rechtsfolgen können nämlich nicht nur aus dem ausdrücklichen Inhalt der Willenserklärungen der Parteien entstehen, sondern auch dadurch, dass der Versprechensempfänger auf dessen Erfüllung nach Treu und Glauben vertraut.

(2) Schutzpflichten können nach §§ 119ff. nicht angefochten werden, weil sie nicht auf einer Erklärung des Verpflichtungswillens beruhen, sondern auf dem Vertrauen des Erklärungsempfängers, das auf der Willenserklärung einer Vertragspartei gründet. Die §§ 119ff. regeln aber nur Mängel in der Willensbildung, die zu einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung führen; die Rechtsfolgen geschützten Vertrauens können sie dagegen nicht beseitigen.⁵⁷

Warum eine Norm des Mietrechts auf das Finanzierungsleasing Anwendung finden soll, ist damit allerdings nicht beantwortet. Dies ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

2. Anwendungsbereich und praktische Funktionen der im Gesetz normierten Vertragstypen

a) Die typologische Zuordnung

- 15 Die Methode der typologischen Zuordnung beruht auf folgendem Begriffsverständnis:⁵⁸ Das in der Praxis übliche Finanzierungsleasing, das im Wirtschaftsleben regelmäßig durch die AGB der Leasinggeber (häufig Banken) ausgestaltet wird, gilt als sog. Häufigkeitstypus, die in den §§ 535ff. geregelte Miete dagegen als Normstrukturtypus. Beiden Gebilden liegt zunächst das dogmatische Institut des **Typus** zugrunde. Diesen wiederum kennzeichnet seine Verschiedenheit vom juristischen Begriff: Beruht ein Normtatbestand auf einem Begriff, ist er nur anwendbar, wenn sämtliche Voraussetzungen in einem Lebenssachverhalt vorliegen (vgl. die Tatbestandsmerkmale der Strafnormen, etwa §§ 242, 263 StGB). Dem Typus liegt hingegen die Vorstellung zugrunde, dass der An-

⁵⁷ Dazu *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 259ff.; zum Rechtsfolgenirrtum *Medicus/Petersen* AT Rn. 750.

⁵⁸ Dazu *Larenz*, Methodenlehre, S. 461ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 547f.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 298ff.

wendungsbereich eines Rechtssatzes nicht durch einen abschließenden Katalog von Tatbestandsmerkmalen erfasst werden kann, sondern nur durch ein Werturteil.⁵⁹ Es soll darauf ankommen, dass die den Typus **prägenden Merkmale** in solchem Umfang oder zumindest teilweise in einer solchen Dichte vorliegen, dass bei **wertender Gesamtbetrachtung** eine Zuordnung zum Typus möglich wird. So werden die §§ 433 ff. als vom Gesetzgeber geschaffene Typen (**Normstrukturtypen**) verstanden, weil es andernfalls nicht möglich wäre, mit ihrer Hilfe die vielfältigen vertragsrechtlich relevanten Lebenssachverhalte zu erfassen. Denn mit der ständigen Fortentwicklung der Märkte verändern sich auch die Modelle des vertraglichen Interessenausgleichs zwischen den Parteien, so dass deren Vereinbarungen längst nicht immer dem entsprechen, was etwa § 433 als Voraussetzung eines Kaufvertrages aufführt:

Beispiel

A kauft von B eine Sache unter der Bedingung, diese Sache dem B noch einmal zu einem bereits festgesetzten Preis in zwei Jahren andienen zu können. Als er auf einen Mangel der Sache aufmerksam wird, verlangt er von B Nacherfüllung.

Die prägenden Merkmale eines Vertragstypus erschließen sich regelmäßig aus den von den Parteien vereinbarten Hauptleistungspflichten. Insoweit spiegelt die Typenlehre das historische Verständnis von den *essentialia negotii* wider (Rn. 3f.). Beim Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 kommt es deshalb auf die Pflicht des Verkäufers an, die Rechtsinhaberschaft am Kaufgegenstand zu verschaffen, und die Pflicht des Käufers, dafür ein Entgelt zu entrichten:

Nacherfüllung kann A von B nach den §§ 437 Nr. 1, 439 verlangen, wenn zwischen beiden Parteien ein Kaufvertrag vorliegt. Prägende Merkmale eines Kaufvertrages sind die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers und die Entgeltzahlungspflicht des Käufers. Diese finden sich auch in der Vereinbarung von A und B. Dass beide darüber hinaus ein Wiederverkaufsrecht des A vereinbart haben (Rn. 529), stellt eine Zufälligkeit im Einzelfall dar (*accidentalium negotii*, Rn. 3), hindert aber die typologische Zuordnung ihrer Vereinbarung zu § 433 bei wertender Gesamtbetrachtung nicht. Der Anspruch besteht danach.

Im praktischen Fall geht es meist um die Frage, ob eine bestimmte Rechtsnorm, die einem der gesetzlich geregelten Normstrukturtypen angehört, auf die Vereinbarung der Parteien angewendet werden kann oder nicht. Dabei gilt unabhängig von der Typenlehre vor allem der **Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG): Gleiche Fälle müssen gleich, ungleiche hingegen ungleich behandelt werden. Er bildet auch die Grundlage der **Analogie** im Zivilrecht.⁶⁰ Danach muss eine Norm nämlich auf alle diejenigen Fälle Anwendung finden, auf die sie ihrer Zwecksetzung nach passt, während alle Sachverhalte aus ihrem Anwendungsbereich auszunehmen sind, auf die der Zweck gerade nicht passt. Die typologi-

16

⁵⁹ Thomas Becker, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, 1986, S. 92, 94; Larenz, Methodenlehre, S. 304, 466; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 179; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 101.

⁶⁰ Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 375.

sche Zuordnung hat im Grunde nichts anderes zum Ziel. Allerdings liegen die Fälle nicht immer so einfach.

- 17 So kreist eine Reihe von Theorien um die Einordnung der sog. **atypischen Verträge**. Es handelt sich dabei um Formen des vertraglichen Leistungsaustauschs wie das Finanzierungsleasing, das Franchising oder den Kreditkartenvertrag, die im BGB ursprünglich nicht vorgesehen waren. Im Rahmen des **Finanzierungsleasing** nach dem sog. Vollamortisationsmodell (Rn. 712 ff.) verpflichtet sich der Leasinggeber etwa, eine vom Leasingnehmer zuvor bei einem Dritten ausgesuchte Sache käuflich zu erwerben, um sie sodann dem Leasingnehmer während ihrer wirtschaftlichen Lebensdauer zum Gebrauch zu überlassen. Der Leasingnehmer schuldet im Gegenzug die Zahlung von (Monats-)Raten. Beim Finanzierungsleasing handelt es sich – wie bereits ausgeführt (Rn. 15) – um einen **Häufigkeitstypus**, der nicht im Gesetz geregelt ist, sondern sich vor allem in der Wirtschaftspraxis durchgesetzt hat. Die hier gestellte Ausgangsfrage (Rn. 1), ob Mietrecht auf den Finanzierungsleasingvertrag anwendbar ist, verdeutlicht dabei einen systematischen Zusammenhang: Das Finanzierungsleasing als Häufigkeitstypus stellt einen Lebenssachverhalt dar, auf den das Mietrecht als Normstrukturtypus angewendet werden soll, ebenso wie auf einen Straßenverkehrsunfall der § 7 StVG angewendet wird. Diese Ausgangsfrage ist aber in gefährlicher Weise unscharf gestellt. Denn eigentlich erscheint die typologische Zuordnung als ein dogmatisches Hilfsmittel, um im Einzelfall eine *bestimmte Norm* aus dem System des Normstrukturtypus auf die Parteivereinbarung anzuwenden. Dafür wird jedoch ein **immenser Aufwand** betrieben: die Parteivereinbarung wird in einem ersten Schritt *insgesamt* dem Normstrukturtypus zugeordnet, nur damit in einem davon zu unterscheidenden zweiten logischen Schritt eine dem Normstrukturtypus angehörende Regelung auf die Parteivereinbarung angewendet werden kann. Dabei stellt sich eine einfache Frage: Warum wird diese Norm, um die es ja eigentlich geht, nicht einfach **analog** auf die Parteivereinbarung angewendet?

- 18 Mit dieser Frage verbindet sich ein **Grundlagenproblem der Typenlehre**. Es kann am Beispiel des Finanzierungsleasings verdeutlicht werden: Die Pflicht des Leasinggebers, an der vom Leasingnehmer ausgesuchten Sache Eigentum zu erwerben, bedeutet wirtschaftlich gesehen, dass der Leasinggeber die Anschaffung finanzieren muss, um sie später dem Leasingnehmer auch überlassen zu können. Diese Finanzierungspflicht verweist den Leasingvertrag zunächst eher ins Darlehensrecht (§§ 488 ff., 506 Abs. 2). Hat der Leasinggeber die Sache aber erworben, muss er sie dem Leasingnehmer gegen ein monatlich zu entrichtendes Entgelt dauerhaft überlassen. Diese Pflicht erinnert wiederum an die Miete nach §§ 535 ff. Fraglich ist also, was gelten soll: Miet- oder Darlehensrecht oder auch beides. Die Antwort lautet: Alles wird hier vertreten.⁶¹ Nach der sog. **Ab-**

61 Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, 1991, S. 19 ff. und Larenz/Canaris II/2 § 63 I 3 a.

sorptionstheorie⁶² ist auf einen atypischen Häufigkeitstypus das Recht des dominanten Normstrukturtypus anzuwenden. Besteht die wirtschaftlich bedeutendste Pflicht des Finanzierungsleasings in der Gebrauchsüberlassung, so muss Mietrecht zur Anwendung kommen. Dies ist der Weg der Rechtsprechung; sie wendet daher auf das Finanzierungsleasing „im Zweifel“ Mietrecht an.⁶³

Das zentrale **methodische Problem der Absorptionstheorie** liegt darin, dass sie die zugrunde liegende Schwerpunktsetzung bei einem Normstrukturtypus meist nicht begründen kann. Wegen der Anschaulichkeit sei kurz auf folgendes Beispiel aufmerksam gemacht (vgl. auch Rn. 770):

19

(OLG Oldenburg 4.1.2011 – 12 U 91/10 = ZGS 2011, 383) G hat sein Pferd bei Stallwirt S aufgestellt. Weil der Hinterlauf des Tieres sich in der nicht ausreichend befestigten Umwandung der Stallbox verfängt, erleidet dieses erhebliche Verletzungen, für deren Behandlung G eine fünfstellige Summe aufbringen muss. Das technische Problem lag bereits vor Abschluss des Vertrages zwischen S und G vor, doch trifft S der Vorwurf des Vertretenmüssens nicht, da er die Stallumwandlung fertig montiert vom Hersteller H bezogen hat und das Sicherheitsdefizit von außen nicht zu erkennen war.

In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Stallwirt ohne Vertretenmüssen aus einem Mietvertrag nach § 536a Abs. 1 erster Fall haftet oder ob es auf ein Vertretenmüssen ankommt, weil ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag nach § 688 vorliegt und sich der Anspruch nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 richtet. Das Gericht erkennt zunächst, dass der Vertrag über die Einstellung eines Pferdes Elemente des Miet-, Kauf-, Dienst- und Verwahrungsvertrages beinhaltet (S. 384). Doch werde der Eigenart des Vertrages grundsätzlich nur „die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der **Schwerpunkt des Vertrags** liegt“ (S. 383). Als diesen sieht es das **Verwahrungselement** an, weil der Stallwirt nicht nur eine Box zur Verfügung stelle, sondern auch für das Pferd sorgen müsse (S. 384). Entsprechend weist das OLG die Klage mangels Vertretenmüssens des Stallwirtes ab. Die nicht näher begründete Schwerpunktsetzung iSd. Absorptionstheorie tritt an die Stelle einer konkreten Erörterung der Frage, welche Haftungsnorm auf den Fall besser passt: § 536a Abs. 1 erster Fall oder §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2. Stattdessen erscheint es so, als sei diese Frage bereits auf einer „höheren Ebene“, nämlich der Typenzuordnung des Einstellungsvertrages zur Verwahrung, entschieden und vorliegend gehe es nur noch um die konsequente Umsetzung dieser Weichenstellung. Stellt man die Frage nach der sachlich näherliegenden Anspruchsgrundlage hingegen konkret, bleiben erhebliche Zweifel: Denn die Box wird ja eher wie bei der Miete vom Eigentümer des Pferdes unmittelbar zur Aufbewahrung seines Tieres benutzt und ähnelt nicht etwa dem für die Verwahrung typischen Schließfach, in dem der Stallwirt das Pferd aufhebt und bei Be-

⁶² Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, 1902 und Bd. 2, 1908, S. 176ff., 686ff.

⁶³ Erstmals BGH NJW 1977, 195, 196; vgl. auch die Bestätigung in BGHZ 68, 118, 123 = NJW 1977, 848, 849.

darf an den Eigentümer herausgibt. Dass der Vertrag über die Aufstallung in anderen Belangen, etwa im Hinblick auf die besonders hervorgehobenen und vom Stallwirt geschuldeten Pflegeleistungen auch an die Verwahrung erinnert, besagt nichts über die Rechte und Pflichten der Parteien im Hinblick auf die Gebrauchsüberlassung an den Räumlichkeiten. Nicht nur in diesem Fall erscheint die **Schwerpunktsetzung** auch **nicht rational begründet**: Denn die Mischung der Typen und das Fehlen eines Schwerpunktes machen ja gerade das Wesen solcher Vertragstypen aus; einen nach rationalen Kriterien bestimmbaren Schwerpunkt weisen sie meist nicht auf. Schwerer wiegt indes, dass die Schwerpunktsetzung – wie bereits ausgeführt – von der entscheidenden Sachfrage ablenkt, welche Anspruchsgrundlage ihrem Schutzzweck nach eher auf den Fall passt: § 536a Abs. 1 erster Fall oder §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2. Dieser Eindruck lässt sich auf **folgende Kritikpunkte** bringen:

(1) Es entspricht gerade der Natur eines typengemischten Vertrages, dass eine zweifelsfreie Schwerpunktbildung hin zu einem einzigen Normstrukturtypus nicht eindeutig möglich ist. Deshalb bildet die Schwerpunktsetzung kein rationales Kriterium für die Bestimmung einer im Einzelfall anwendbaren Norm.

(2) Auch wenn ein solcher Schwerpunkt bestimmt werden kann, sagt dieser im Einzelfall nichts darüber aus, ob eine Rechtsfolge sich aus den Normen ableitet, die dem schwerpunktmäßig berufenen Normstrukturtypus angehören, oder ob bei dieser nicht eher dem atypischen Element des Vertrages Rechnung getragen werden muss. Eindeutigkeit kann die Absorptionstheorie auch in diesem Punkt nicht leisten.

(3) Überzeugender erscheint es daher, die Rechtsfolge im Einzelfall mit den Mitteln der Analogie zu begründen.

20 Diese Kritik greift die **Kombinationstheorie**⁶⁴ auf. Nach ihr können Normen aus unterschiedlichen Normstrukturtypen kombiniert auf einen Häufigkeitstypus angewendet werden. Das Finanzierungsleasing erscheint danach – um auf das Ausgangsbeispiel zurückzukommen – als eine Kombination aus Miet- und Darlehensrecht.⁶⁵ Eine problembezogenere Variante dieses Ansatzes stellt die **Theorie der analogen Anwendung des Vertragsrechts** von *Otto Schreiber* dar:⁶⁶ Soweit ein Häufigkeitstypus sich nicht eindeutig einem der bekannten Normstrukturtypen zuordnen lässt, soll hinsichtlich jeder einzelnen Rechtsfrage im Wege der Analogie geprüft werden, ob und welche Gesetznorm Anwendung finden kann. Dies führt den theoretischen Streit auf den eigentlichen Problemkern zurück: Eine Norm aus dem Bereich der §§ 535ff. kann nur auf solche Sachverhalte angewendet werden, auf die sie ihrer Zwecksetzung nach passt:

⁶⁴ *Hoeniger*, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, 1906; *ders.*, Gemischte Verträge in ihren Grundformen, 1910.

⁶⁵ So etwa *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, 1991, S. 88ff.

⁶⁶ *Otto Schreiber*, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JheringJb 60 (1912) 106ff.

Beispiel

Leasinggeber LG hat Leasingnehmer LN im Wege des Finanzierungsleasing eine Maschine für fünf Jahre verleast. Beide Parteien gehen davon aus, dass nach dieser Zeit die Maschine wirtschaftlich wertlos geworden ist und die Leasingraten des LN die Anschaffungs- und Finanzierungskosten des LG abgedeckt haben werden (sog. Vollamortisationsprinzip). Bei Ablauf des Vertrages wird das Unternehmen des LN indes bestreikt, so dass er die Maschine erst zwei Monate später an LG zurückgeben kann. LG verlangt wegen Nutzungsausfalls den Betrag von zwei vollen Leasingraten. Zu Recht?

Der BGH geht davon aus, dass auf das Finanzierungsleasing in erster Linie Mietrecht anwendbar ist. Im Mietrecht aber schuldet der Mieter, ohne dass es auf ein Vertretenmüssen ankommt, eine pauschalierte Entschädigung iHd. monatlichen Miete nach § 546a Abs. 1 für jeden Monat, in dem er die Sache über den vertraglich vereinbarten Zeitpunkt hinaus gebraucht. Diese Norm wendet der BGH daher im Zweifel an (Rn. 747).⁶⁷ Dennoch passt sie ihrer Zwecksetzung nach eigentlich nicht auf das Finanzierungsleasing mit Vollamortisation. § 546a Abs. 1 nämlich die gesetzgeberische Vorstellung zugrunde, dass ein Vermieter die Mietsache während der Überschreitung der Mietzeit mindestens zu gleichen Bedingungen an einen anderen Mieter hätte vermieten können und dass der Mieter während der Überschreitungszeit mindestens iHd. Miete einen wirtschaftlichen Vorteil hatte. Die wirtschaftliche Lebenszeit der Leasingsache ist aber abgelaufen; deshalb greifen die § 546a Abs. 1 zugrunde liegenden Rechtsgedanken nicht: Vorliegend hätte LG die Maschine wohl gar nicht oder doch nur zu erheblich ungünstigeren Bedingungen weiterverleasen können; auch entsprechen die Vorteile des Leasingnehmers aus der weiteren Verwendung der wirtschaftlich überlebten Maschine nicht dem in den Leasingraten festgesetzten Wert. Deshalb können von LN allein bereinigte Leasingraten geschuldet sein (Rn. 747).

Das Beispiel zeigt eine der zentralen **Gefahren der Absorptionstheorie, aber auch der typologischen Zuordnung** als solcher.⁶⁸ Denn beide legen oft folgenden höchst problematischen „juristischen Dreisatz“ nahe: Der Häufigkeitstyp X ist dem Normstrukturtyp Y zugeordnet, deshalb muss auf X das Recht von Y *im Zweifel* Anwendung finden. Ein Anklang davon findet sich in § 307 Abs. 2 Nr. 1: Nach dieser Norm ist eine unangemessene Benachteiligung eines Vertragspartners „**im Zweifel**“ anzunehmen, wenn der andere in seinen AGB von einer gesetzlichen Regelung abweicht. Manche Autoren fassen diese Norm deshalb gar als **Rechtsanwendungsregel** auf:⁶⁹ Danach soll der AGB-Verwender die Last rechtlicher Zweifel tragen, wenn er in seinen AGB vom dispositiven Recht abweicht. Ruft man sich allerdings in Erinnerung, dass Normen nur dort (analoge) Anwendung finden können, wo sie (ihrem Zweck nach) einschlägig

⁶⁷ BGHZ 107, 123, 128 = NJW 1989, 1730; BGH NJW 1991, 221, 222; BGHZ 71, 196, 205 = NJW 1978, 1432, 1434.

⁶⁸ Dazu ausführlicher *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 303 ff.

⁶⁹ Etwa noch *M. Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, *AGB-Gesetz*, 4. Aufl. 1999, § 9 Rn. 58; dagegen *Thomas Becker*, *Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz*, 1986, S. 37 ff.

sind, kann eine solche „Zweifelsregelung“ nicht gelten. Rechtliche Zweifel über den Zweck einer Norm und ihre Analogiefähigkeit hat gerade der Rechtsanwender zu zerstreuen („da mihi facta, dabo tibi ius!“).⁷⁰ Im Übrigen bringt die Zuordnung einer atypischen Parteivereinbarung zu einem Normstrukturtypus wie bereits erwähnt (Rn. 19) nie die Gewissheit, dass die dem Normstrukturtypus zuzuordnenden Regelungen gerade auch im Einzelfall passen. Denn hier besteht stets die Möglichkeit, dass sich gerade das Atypische des neuen Häufigkeitstyps auswirkt. Gemessen daran erscheint die typologische Zuordnung daher häufig als ein **logischer Umweg**: Denn auch wenn Häufigkeitstypus X dem Normstrukturtypus Y zugeordnet werden kann, muss man dennoch in jedem Einzelfall prüfen, ob eine bestimmte Norm von Y im Einzelfall auf X passt. Dieser letzte Prüfschritt entspricht aber dem der Analogie und spricht für die Theorie *Otto Schreibers*, nach der es von vornherein überhaupt nur **um die analoge Anwendung des Vertragsrechts im Einzelfall** geht. In der Praxis bedeutet dies, dass ein neuartiger Häufigkeitstypus als **Vertrag sui generis** eingeordnet wird. Auf ihn finden diejenigen Normen aus dem Gesamtbereich der §§ 433 ff. Anwendung, die im Einzelfall jeweils am ehesten auf ihn passen. Findet sich keine analogiefähige Norm, muss aus dem Prinzip des § 242 heraus (Rn. 3f.) ein neuer Rechtssatz entwickelt werden. Ein aktuelles Beispiel ist etwa die typologische Zuordnung des **Kreditkartenvertrages** durch die Rechtsprechung⁷¹. Weitere Gründe für diesen Weg liegen auf der Hand: Die §§ 433 ff. gehen im Wesentlichen auf die actiones des römischen Rechts zurück.⁷² In ihnen können gar nicht alle Probleme der modernen Vertragstypen gelöst sein, und es widerspräche dem in § 311 Abs. 1 angelegten **Prinzip der Typenfreiheit**, dh. der Freiheit der Parteien, neue Formen des Austauschvertrages kraft Vereinbarung zu schaffen, wenn man alles Neue in die „alten Schläuche“ zwingen wollte. Dies bedeutet nicht, dass die typologische Zuordnung als Methode obsolet wäre; in diesem Lehrbuch wird sie vielfältig angewendet werden. Beachtenswert sind nur ihre methodischen Grenzen: Wie es die Bezeichnung bereits nahelegt, kann die typologische Zuordnung bei atypischen Verträgen nur eingeschränkt zur Anwendung kommen.

22 Mit entsprechender Vorsicht sind deshalb auch die im Schrifttum referierten **Kategorien der Typentheorie** zur Kenntnis zu nehmen.⁷³ Bei der typologischen Zuordnung werden unterschieden:

(1) Die **typengemischten Verträge**. Zu ihnen zählen:

(a) **Typenkombinationsverträge**. Dabei handelt es sich um Häufigkeitstypen, bei denen wenigstens auf eine Hauptleistungspflicht Rechtsvorschriften

⁷⁰ Eigene Übersetzung: „Gib mir die Fakten, dann gebe ich Dir das Recht!“.

⁷¹ BGHZ 114, 238, 241 = WM 1991, 1110 = ZIP 1991, 792; BGHZ 137, 27, 30 = WM 1997, 2244.

⁷² Dazu etwa *Paricio*, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek, Vertragstypen in Europa, 2011, S. 11, 12ff.

⁷³ Vgl. etwa *Larenz/Canaris* II/2 § 63 I 1 b; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, 1991, S. 20f.

Anwendung finden, die zu verschiedenen Normstrukturtypen zählen. Als Beispiel wird der Kinovertrag genannt, bei dem der Sitzplatz vermietet wird (Miete), zugleich aber die Vorführung als Erfolg geschuldet wird (Werkvertrag).⁷⁴

(b) **Typenverschmelzungsverträge.** Hier überkreuzt sich der Anwendungsbereich zweier Normstrukturtypen anders als bei den Typenkombinationsverträgen untrennbar. Als Paradebeispiel gilt die gemischte Schenkung: Eine Sache wird zum halben Preis verkauft (Rn. 785).

(c) **Verträge mit anderstypischer Gegenleistung.** Als Beispiel wird der Hausmeistervertrag genannt, bei dem der Hausmeister eine Dienstleistung nach §§ 611 ff. schuldet, der Eigentümer aber die Überlassung einer Hausmeisterwohnung.⁷⁵

(2) Die **atypischen Verträge.** Sie sind keinem Normstrukturtypus zuzuordnen. Auf sie finden die §§ 433 ff. im Wege der Analogie dort Anwendung, wo es der Zweck der Einzelnormen gebietet.

Die Übersicht zeigt die Vielgestaltigkeit der Kombinationsmöglichkeiten, die der Privatautonomie der Parteien nach § 311 Abs. 1 entspringen kann. Die Einordnung eines Häufigkeitstypus als Typenkombinationsvertrag besagt daher nicht immer etwas darüber, ob eine bestimmte Norm des Vertragsrechts im Einzelfall auf eine mit diesem Häufigkeitstypus verbundene Rechtsfrage passt.

b) Die praktische Bedeutung der §§ 433 ff

Bis auf Ausnahmefälle (vgl. §§ 476 Abs. 1 und 2, 478 Abs. 2 sowie die Normen 23 über die Wohnraummiete) sind die Vertragsrechtsnormen des BGB **dispositiv**. Sie können also von den Vertragsparteien kraft vertraglicher Vereinbarung abbedungen werden. Ihre praktische Bedeutung liegt daher in drei Bereichen: Die §§ 433 ff. geben den Maßstab der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 vor (unten Rn. 24f.); sie dienen ferner der Ergänzung von Vertragslücken (unten Rn. 26ff.) und gestalten – sofern sie ausnahmsweise nicht zur Disposition der Parteien stehen – den Verbraucherstatus aus (unten Rn. 31 ff.).

aa) Der Leitbildcharakter des dispositiven Rechts

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 ist von einer unangemessenen Benachteiligung durch 24 den Verwender von AGB im Zweifel auszugehen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Der AGB-Verwender kann zwar das dispositive Vertragsrecht abbedingen; seine Klausel wird in diesem Fall jedoch am Gerechtigkeitsgedanken der gerade abbedungenen Norm auf ihre Angemessenheit hin überprüft. Die Norm geht auf die in der Rechtsprechung herausgebildete **Lehre vom Leitbildcharakter des dispositiven Rechts** zurück.⁷⁶ Diese

⁷⁴ Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, 1991, S. 20.

⁷⁵ Ähnlich Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, 1991, S. 20.

⁷⁶ Zur Terminologie vgl. va. Weick NJW 1978, 11, 12.

gründet ihrerseits auf einer zentralen Arbeit *Ludwig Raisers* aus dem Jahre 1935.⁷⁷ *Raiser* ließ sich dabei von der Überlegung leiten, dass der Gesetzgeber in den §§ 433ff. Modelle für einen gerechten vertraglichen Leistungsaustausch geschaffen hat. Abweichungen in vorformulierten Verträgen müssen sich deshalb am Gerechtigkeitsgehalt dieser Normen messen lassen, weil dem Stellen von AGB keine Vertragsverhandlung der Parteien auf Augenhöhe vorangegangen ist, sondern eine Seite ihre wirtschaftliche Überlegenheit dazu benutzt, der anderen „ihre Bedingungen“ zu **stellen** (§ 305 Abs. 1 Satz 1). Diese Lehre bestimmt die gedankliche Struktur des **§ 307 Abs. 2 Nr. 1**: Wird in einem ersten Schritt die Abweichung einer vorformulierten Klausel von einer dispositiven Vertragsrechtsnorm festgestellt, muss auf einer zweiten Stufe deren Schutzzweck ermittelt werden. Anschließend kommt es dann darauf an, ob die Klausel diesem Zweck auf andere Weise Rechnung trägt, ob er entbehrlich ist oder ob seine Wirkungen in anderer Weise erreicht werden. Bei sorgfältiger Anwendung führt diese Methode zu einem gelungenen **Kompromiss zwischen dem Schutz der Vertragsfreiheit der Parteien einerseits (§ 311 Abs. 1) und dem Schutz der wirtschaftlich unterlegenen Vertragsgegenseite andererseits**: Denn das Recht bleibt offen für Veränderungen, behält sich aber vor, diese anhand eines Kanons von Gerechtigkeitsprinzipien zu überprüfen. Demgegenüber läutet die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** (VerbrGüterKRiL; Rn. 46) einen Rückschritt ein: Sie zwingt den Gesetzgeber dazu, das Kaufrecht teilweise unabdingbar auszugestalten (vgl. jetzt §§ 476 Abs. 1, 2 und 478 Abs. 2). Dadurch wird der Schutzaspekt einseitig in den Vordergrund gestellt, eine Fortentwicklung des Leistungsstörungenrechts durch die Wirtschaftspraxis aber praktisch verhindert.

- 25 Die Möglichkeiten der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 enden allerdings dort, wo **neue Rechtsfragen** entstehen, die in das bekannte dispositive Vertragsrecht nicht eingearbeitet sind. Hier ist die Versuchung groß, iSd. Absorptionstheorie (Rn. 18) die Parteivereinbarung „im Wesentlichen“ einem Normstrukturtypus zuzuordnen, um dann dessen Normen „im Zweifel“ anzuwenden. Für die Normen des dispositiven Rechts kann aber nichts anderes gelten als für andere Rechtssätze: Sie unterliegen dem Gleichheitsgrundsatz (Rn. 16). Ebenso wie gleiche Fälle gleich und ungleiche ungleich behandelt werden müssen, können auch sie nur auf Fälle Anwendung finden, auf die sie ihrem Schutzzweck nach passen. Wo dies nicht mehr der Fall ist, findet die Inhaltskontrolle nach **§ 307 Abs. 2 Nr. 2** statt: Fraglich ist dann, ob durch eine AGB-Klausel wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der **Natur des Vertrages** ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.⁷⁸ Die Norm knüpft an die heute umstrittene Rechtsprechung zu

⁷⁷ *L. Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nachdruck 1961.

⁷⁸ *Renner* AcP 213 (2013) 677, 684; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 319ff.

den sog. **Kardinalpflichten** an.⁷⁹ Dieser liegt vereinfacht ausgedrückt folgender Rechtsgedanke zugrunde: Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung verspricht, darf er diese in seinen AGB nicht so ausgestalten, dass sie nur auf dem Papier steht, praktisch aber ihren wirtschaftlichen Wert verliert. Dahinter steht die bereits vorgestellte **Lehre von der Vertragsnatur**, wie sie in § 242 zum Ausdruck kommt (Rn. 3f.): Durch ihre Willenserklärungen legen sich die Vertragsparteien in mehr als einer Hinsicht fest. Sie versprechen nicht nur das ausdrücklich Erklärte, sondern erwecken bei der jeweiligen Gegenseite schutzwürdiges Vertrauen dahingehend, dass die versprochene Leistung so erfüllt wird, wie ein objektiver Beobachter in der Position des Versprechensempfängers dies erwarten darf. Diesem Vertrauen kann aber nicht durch AGB-Regelungen die Grundlage entzogen werden. Schwerlich lässt sich behaupten, dass alle Probleme der Anwendung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 durch diese Theorie „gelöst“ würden; im Gegenteil: Ob das Gläubigervertrauen schutzwürdig ist oder nicht, muss sich gerade im Einzelfall erweisen. Wie die Lehre vom Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts gibt der Rechtsgedanke der *natura contractus* **nur eine Methode zur widerspruchsfreien Konkretisierung der Inhaltskontrolle** vor. Die logische Struktur des § 307 Abs. 2 Nr. 2 unterscheidet sich dabei von der des § 307 Abs. 2 Nr. 1: Den Ausgangspunkt bildet die Auslegung der Willenserklärung des Schuldners nach §§ 133, 157. An sie schließt sich die Frage an, welche Gefahren sich durch die Erfüllung des Versprechens ergeben und welches Verhalten der Gläubiger nach Treu und Glauben (§ 242) vom Schuldner im Hinblick auf die Erfüllung des Versprechens erwarten darf. Aus den berechtigten Gläubigererwartungen resultieren vertragliche Treue-, Informations- und Schutzpflichten, an denen eine vorformulierte Klausel gemessen werden muss.

bb) Vertragsergänzung

Die Normen des dispositiven Vertragsrechts dienen auch der Ergänzung von Lücken in der Vereinbarung der Parteien. Dort, wo die Parteien an die Regelung einer Rechtsfrage nicht gedacht haben, sollen die §§ 433ff. diese Lücke schließen. Nach **hM.** erscheint dies gerechtfertigt, weil das dispositive Vertragsrecht dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht: Die Normen treffen angeblich genau die Regelungen, die die Parteien selbst vereinbart hätten, wären sie sich nur des Regelungsbedarfs bewusst geworden.⁸⁰ Darauf wurde bereits kritisch eingegangen (Rn. 6). Nach hier vertretener Auffassung **konkretisieren die Normen das schutzwürdige Vertrauen des Gläubigers in das Leistungsversprechen des Schuldners:**⁸¹ Sie legen fest, welches Verhalten ein objektiver

26

⁷⁹ BGH NJW 1956, 1065; darauf BR-Drucks. 360/75, S. 23; darauf BGH NJW 1985, 914, 916; kritisch etwa Staudinger/Coester § 307 Rn. 275.

⁸⁰ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, § 85 Fn. 1; Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 44; kritisch Stammler AcP 69 (1886) 1, 19ff., 28.

⁸¹ Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 291.

Beobachter in der Person des Gläubigers berechtigterweise von seinem Schuldner erwarten darf.

- 27 Dort, wo Lücken in der Vereinbarung der Parteien nicht durch die Anwendung des dispositiven Vertragsrechts geschlossen werden können, hat die hM. die **Lehre von der ergänzenden Vertragsauslegung** entwickelt.

(BGH 18.12.1954 – II ZR 76/54 = BGHZ 16, 71 = NJW 1955, 337) H war in Hamburg, B aber in einer kleinen Stadt in Baden-Württemberg als Allgemeinmediziner tätig. Beide vereinbarten einen Tausch ihrer Praxen. Kurze Zeit nachdem H seine Tätigkeit in der baden-württembergischen Kleinstadt in den Praxisräumen des B aufgenommen hat, kündigt B seine Rückkehr in diese Stadt an. H verlangt Unterlassung.

Der Unterlassungsanspruch könnte sich aufgrund von Treu und Glauben (§ 242) aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Tauschvertrag (§ 480) ergeben.

Was an Fallgestaltungen wie der vorliegenden unbedingt einleuchtet, ist das Ergebnis: Unterläge der ursprünglich baden-württembergische Arzt keinem Wettbewerbsverbot, hätte der ursprünglich hamburgische Arzt praktisch keine Gegenleistung für den Tausch seiner eigenen Praxis erlangt: Denn der Wert der Praxis eines Allgemeinmediziners dürfte im Wesentlichen in ihrem guten Ruf und der persönlichen Bindung der Patienten gegenüber dem bisherigen Inhaber bestehen. An beidem will der Nachfolger partizipieren, wenn er die Praxis erwirbt. Kehrt der Vorgänger jedoch an den alten Wirkungsort zurück, geht dieser Vorteil verloren, weil die Patienten im Zweifel zum Veräußerer zurückkehren werden. Fraglich ist nur, wie ein **Wettbewerbsverbot** in diesen Fällen begründet werden kann. Dazu nimmt der BGH ausführlich Stellung. Wegen der Bedeutung der Überlegungen folgt die Passage hier im Original:

„Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Die Auslegung hat hiernach zwar unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte von den erkennbaren Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluß auszugehen. Dem Richter wird durch § 157 BGB jedoch die Aufgabe gestellt, den gesamten Vertragsinhalt **nach objektivem Maßstab** zu ermitteln. Dieser Aufgabe kann er nur genügen, wenn er den Vertragsinhalt auch in solchen Punkten feststellt, zu denen eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt, gleichviel, ob sie bewußt auf eine ins Einzelne gehende Regelung verzichtet haben, ob die Lücke in den Vereinbarungen von Anfang an bestanden hat oder ob sie sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat [...] Es ist daher im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** gegebenenfalls auch dasjenige zu ermitteln und zu berücksichtigen, **was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Anbetracht des gesamten Vertragszwecks erklärt haben würden, wenn sie den offengebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt hätten und hierbei zugleich die Gebote von Treu und Glauben und der Verkehrssitte beachtet hätten**. Voraussetzung ist hierbei, daß es sich um eine ausfüllungsbedürftige, d.h. für die Sicherung des Vertragszwecks wesentliche Lücke innerhalb des tatsächlich gegebenen Rahmens des Vertrages handelt [...]“ (S. 337; Hervorhebungen durch den Verf.).

Auf dieser Grundlage und der bereits erörterten wirtschaftlichen Interessenlage der Parteien bejaht das Gericht vorliegend ein Wettbewerbsverbot im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (S. 337f.). Diese kennt also **zwei Vorausset-**

zungen: Im Vertrag muss eine Regelungslücke festzustellen sein. Diese wird durch das geschlossen, was die Parteien in Anbetracht des Vertragszwecks erklärt haben würden, wenn sie in der offengebliebenen Frage eine Regelung getroffen hätten.⁸² Die Vorstellung, die Vertragsergänzung ließe sich aus einem solchen **hypothetischen Parteiwillen** begründen, hat scharfe **Kritik** herausgefordert.⁸³ Vor allem *Gernhuber* hat kritisiert, dass die Begründung eines Rechtsatzes aus dem hypothetischen Parteiwillen nicht sicher danach unterscheide, ob die Vertragsergänzung aufgrund des von den Parteien Vereinbarten oder aufgrund einer davon verschiedenen außervertraglichen Rechtsgrundlage erfolge.⁸⁴ Diese Kritik leuchtet zunächst ein: Denn der *hypothetische* Wille der Parteien ist nicht ihr *wirklicher* Wille iSd. § 133, sondern beruht auf einem von außen an die Parteien und ihren Vertrag herangetragenen Maßstab und wird damit zur Begründung einer außervertraglichen Norm. Die Begründung von Normen beruht aber im Wesentlichen auf dem ihnen zugrunde liegenden sachlichen und persönlichen Schutzzweck (Rn. 1056). Deshalb ist zu befürchten, dass ein Gericht darauf nicht weiter eingeht, wenn es die Vertragsergänzung wie das Ergebnis einer Parteivereinbarung behandelt. Denn der Inhalt einer Parteivereinbarung bedarf keiner weiteren Begründung aus einem persönlichen und sachlichen Schutzzweck; seine Rechtfertigung liegt allein in der Vertragsfreiheit der Parteien (§ 311 Abs. 1).⁸⁵ Transparenter erscheint daher eine zweite, in der Rechtsprechung des BGH immer schon vorhandene **objektive Art der Vertragsergänzung**. Bei ihr geht es „nicht um die Ermittlung hypothetischer subjektiver Vorstellungen der Parteien, sondern um eine **vernünftige Interessenabwägung auf rein objektiver Grundlage** [...]“.⁸⁶

Von ähnlichen Voraussetzungen geht *Larenz* aus. Seiner Auffassung nach muss die Vertragsergänzung aus dem **Sinnzusammenhang des Vertrages** heraus betrieben werden:

28

„Es fragt sich [...], ob die Lücke dadurch geschlossen werden kann, daß man die im Vertrag getroffene Regelung auf der Grundlage der von beiden Parteien angenommenen Bewertungsmaßstäbe, unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der gesamten Interessenlage, folgerichtig weiterdenkt, die unvollständige Regelung aus ihren eigenen Voraussetzungen und ihrem Sinnzusammenhang heraus ergänzt.“⁸⁷

Aber auch danach erscheinen die Voraussetzungen der Vertragsergänzung keineswegs zweifelsfrei. Denn es stellt sich die Frage, was genau mit dem **Vertragszweck** gemeint ist, von dessen Bestimmung die Lückenfüllung abhängen

⁸² Vgl. auch BGHZ 7, 231, 235; 9, 273, 278.

⁸³ *Oertmann* AcP 140 (1935) 129, 147; vgl. auch *ders.*, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, S. 153.

⁸⁴ *Gernhuber*, in: FS Nikisch, 1958, S. 249, 261f.

⁸⁵ *Jürgen Schmidt* AcP 178 (1978) 98, 103; vgl. auch *Brecher*, in: FS Nikisch, 1958, S. 227, 239; *Finkenauer* AcP 213 (2013) 619ff.

⁸⁶ BGHZ 7, 231, 235; Hervorhebungen durch den Verf.

⁸⁷ *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 538; ihm folgend *Staudinger/Dilcher*, 12. Aufl. 1980, §§ 133, 157 Rn. 42.

soll. In Betracht kommen sicher nicht einseitig bei Vertragsschluss verfolgte *Motive* iSd. § 119 Abs. 2, weil diese nur in den Grenzen dieser Norm beachtlich und im Übrigen bei beiden Vertragsseiten häufig auch entgegengesetzt sind.⁸⁸ Aber auch die Annahme eines von den Parteimotiven unabhängigen, eigenständigen Vertragszwecks lässt entscheidende Fragen offen. Unklar ist schon, wer über dessen Inhalt zu befinden hat. Der entscheidende Einwand gegen beide Theorien bezieht sich indes auf die von ihnen vorausgesetzte **Regelungslücke**.⁸⁹ Es stellt nämlich einen unlösbaren Widerspruch dar, dass der Vertrag einerseits lückenhaft sein soll, andererseits aber die Grundlage für die Lückenschließung bilden kann.⁹⁰

29 Unausgesprochen liegt indes allen Auffassungen und Argumenten die Überlegung zugrunde, dass vertragliche Pflichten nur aus dem Willen der Vertragsparteien begründet werden können (Rn. 6). Dieser Widerspruch lässt sich ein weiteres Mal auf der Grundlage der **Lehre von der Vertragsnatur** (Rn. 3f.) aufheben: Denn immer wenn ein Schuldner eine Leistung verspricht, legt er sich gegenüber dem Gläubiger nicht nur im Hinblick auf das ausdrücklich Erklärte fest. Sondern er erweckt beim Gläubiger auch schutzwürdige Erwartungen im Hinblick darauf, wie diese Schuld erfüllt werden wird. Gebunden ist der Schuldner wohlgemerkt **nicht durch jede, möglicherweise unvernünftige Erwartung des Gläubigers**, sondern nur durch **das, was ein objektiver Beobachter in seiner Position nach Treu und Glauben (§ 242) erwarten darf**. Auf den Fall angewendet bedeutet dies: Wer eine Praxis tauscht, erzeugt beim Tauschpartner berechtigterweise die Erwartung, dass dieser die neuerworbene Praxis während einer Karenzzeit ungestört betreiben kann. Gerade deshalb unterliegen die Tauschpartner einem entsprechenden Wettbewerbsverbot aus § 242.

30 Ein **Einwand** bleibt: Immer wenn der Wille der Vertragsparteien als alleiniger Verpflichtungsgrund bemüht wird, erfolgt dies aus dem Grundverständnis heraus, dass in das vertragliche Regelwerk nicht die **Gerechtigkeitsvorstellungen vertragsfremder Dritter** (zB. des Richters) einfließen dürfen. Wo dies der Fall sei, könne nicht mehr in berechtigter Weise von vertraglichen Vereinbarungen gesprochen werden.⁹¹ Doch **Willenserklärungen sind gerade keine autonomen Gebilde**. Bereits der österreichische Rechtsgelehrte *Schmidt-Rimpler* hat darauf aufmerksam gemacht, dass der im Vertragsschluss verwirklichte Wille des Erklärenden von vornherein durch das Verständnis der Gegenseite fremdbestimmt ist.⁹² Auf ähnlichen Überlegungen beruht *Larenz*' Theorie der **Wil-**

⁸⁸ *Medicus*, in: FS Flume, 1978, S. 629, 641.

⁸⁹ BGHZ 16, 71, 76; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 538; vgl. auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983.

⁹⁰ *Henckel* AcP 159 (1960) 106, 115 und 117; *Gernhuber* JZ 1962, 553, 555; *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 13. Vgl. auch *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, S. 118.

⁹¹ *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 390ff. und 453; *Schopp* MDR 1958, 291f.

⁹² *Schmidt-Rimpler*, in: FS Raiser, 1974, S. 3, 20.

lenserklärung als Geltungserklärung:⁹³ Rechtlich gründet die Willenserklärung ebenso stark auf dem Verpflichtungswillen des Erklärenden wie auf ihrer Einwirkung auf die Vorstellung und das Verhalten des Erklärungsempfängers. Dies zeigt sich an § 119 Abs. 1: Zu dem in dieser Norm vorausgesetzten Auseinanderfallen von Geltendem und Gewolltem kann es nur kommen, weil den Verständnismöglichkeiten des Empfängers größere Bedeutung beigemessen wird als dem Verpflichtungswillen des Erklärenden. Im Vertrag kann keine Partei ihren Willen ausschließlich und autonom verwirklichen; sie realisiert ihn immer nur gemeinsam mit der anderen, wodurch zwangsläufig heteronome Elemente in den Inhalt ihres Versprechens eindringen. Bei der Auslegung des Willens kommen dann über § 157 (objektiver Empfängerhorizont) unvermeidlich auch vertragsfremde, objektive Kriterien zum Tragen: Denn nicht die subjektiven, womöglich unvernünftigen und überzogenen Vorstellungen des Gläubigers sind maßgeblich für die Auslegung der Willenserklärung, sondern der Verständnishorizont *eines objektiven Beobachters* in der Person des Gläubigers.

cc) Verbraucherschutz und Vollharmonisierung

§ 476 Abs. 1 und 2 verbietet es den Vertragsparteien, in ihrer vertraglichen Einigung von bestimmten Normen aus dem Bereich der §§ 433 bis 443 sowie der §§ 474 bis 479 abzuweichen. Der Grund liegt im Schutz des Verbrauchers: Dieser soll seine Rechte nicht dadurch verlieren, dass der wirtschaftlich überlegene, unternehmerisch organisierte Verkäufer ihm bei den Vertragsverhandlungen den durch diese Normen bewirkten Schutz wieder abtrotzt. Die zugrunde liegende Idee berührt zunächst ein Grundproblem jeder Zivilrechtsordnung. Dieses wurde von dem englischen Rechtsanthropologen *Henry Sumner Maine* mit der These auf den Punkt gebracht, dass sich in fortschrittlichen Gesellschaften ein Wandel vom „**Status zum Kontrakt**“ vollziehe.⁹⁴ Die These selbst findet heute keinen Anklang mehr;⁹⁵ dass aber Status und Kontrakt die zentralen Strukturelemente einer jeden Privatrechtsordnung darstellen, erscheint in der wissenschaftlichen Diskussion heute fast als ein Gemeinplatz. Dabei bezeichnet der Begriff „Kontrakt“ den Bereich in einer Zivilrechtsordnung, der durch freie Vereinbarungen der Verkehrsteilnehmer über die zu verteilenden Wirtschaftsgüter bestimmt ist. Selbst Planwirtschaften kommen und kamen nicht ohne einen Rest von Vertragsfreiheit zwischen den Individuen aus; wie sonst sollten die knappen Güter auch anders bis zum einzelnen Haushalt verteilt werden? Eine Privatrechtsordnung muss daher zu ihrer eigenen Funktionsfähigkeit den Individuen Freiräume für das Aushandeln von Verträgen lassen. Dem steht die Forderung nach **Statusschutz** gegenüber, nach zwingend ausgestalteten Rechtsverhältnissen, die zum Schutz des Betroffenen nicht durch Vereinbarungen oder Verzicht verändert werden können. Hier aber setzen auch die **Forderungen des**

31

⁹³ Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 45.

⁹⁴ *Henry Sumner Maine*, *Ancient Law*, London, 4. Aufl. 1870, S. 168 ff.

⁹⁵ Dazu *Wesel*, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985, S. 12 ff.

Verbraucherschutzes ein: Im modernen Wirtschaftsleben trifft der private Konsument auf eine hochorganisierte Industrie mit ihren mächtigen Vertriebsorganisationen. Mit diesen kann der Verbraucher praktisch nicht über den Inhalt von Verträgen verhandeln, weil er ihnen gegenüber keine Verhandlungsmacht in die Waagschale zu werfen vermag. Der Verlust der Verhandlungsmacht bedeutet aber zugleich den Verlust einer Selbstschutzmöglichkeit vor Übervorteilung. Die Theorie vom Verbraucherschutz zieht daraus die Konsequenz, dass der private Konsument mit unverzichtbaren Schutzrechten auszustatten ist.

- 32 Das Konzept des Verbraucherschutzes selbst beruht in seinen Ursprüngen auf einer **Denkfigur der Politik** und zunächst nicht der Rechtswissenschaft. Nach landläufiger Vorstellung wurde die Idee in einer Rede von Präsident *Kennedy* aus dem Jahre 1962 entwickelt.⁹⁶ Vom politischen Denken hat die Lehre vom Verbraucherschutz eine **personalisierte und rollengebundene Problemsicht** übernommen.⁹⁷ Charakteristisch für die politische Diskussion ist ja zunächst, dass Sachfragen regelmäßig an der Person desjenigen festgemacht werden, der sich zu ihnen äußert oder der von ihnen betroffen ist. Dies schafft eine leichte Möglichkeit der Identifikation mit Sachfragen, weil zugleich Aufmerksamkeit für die von diesen betroffene Einzelperson oder Personengruppe geweckt wird. Mit der **Personalisierung von Problemen** aus der Verbraucherperspektive wurde das Zivilrecht daher überhaupt erst zu einem politischen Thema, weil sich auf diese Weise eine große Interessengruppe mit Sachfragen identifizieren kann: Kein Laie interessiert sich, um ein Beispiel herauszugreifen, in der tagespolitischen Auseinandersetzung dafür, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs nach § 359 erweitert bzw. präzisiert; viele politische Beobachter aber sind hellwach, wenn die Verbraucherrechte bei Finanzierungsgeschäften gestärkt werden. Die Kehrseite der personalisierten Betrachtungsweise aber liegt – wie gleich noch näher ausgeführt werden soll – in der Gefahr einer Vereinseitigung der Interessenanalyse.
- 33 Die praktische Bedeutung des Verbraucherschutzes im europäischen Vertragsrecht erklärt sich aus diesen Gründen, aber auch aus der Tatsache, dass die vormalige **Europäische Gemeinschaft** lange Zeit Kompetenzen für die zivilrechtliche Rechtsfortbildung vor allem im Bereich des Verbraucherschutzes hatte (Art. 100a EGV aF; Art. 95 Abs. 3 EGV aF; Art. 114 Abs. 3 AEUV). Für die Europäische Kommission stellen wettbewerbsverzerrende nationale Schutzstandards und die Gewährleistung eines Mindestmaßes an Verbraucherschutz häufig die zentralen Rechtfertigungen für Rechtsvereinheitlichungsvorhaben dar. Dies erklärt die Dichte der Verbraucherschutzrichtlinien. Bereits Ende der sechziger Jahre setzte auf Gemeinschaftsebene eine Verbraucher-

⁹⁶ Die Rede vom 15.3.1962 ist abgedruckt bei *von Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, S. 281 ff.; dazu: *Gärtner* JZ 1992, 73 mwN.; *Th. Pfeiffer* NJW 2012, 2609.

⁹⁷ *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 20f., 46, 51 ff. und 62 ff.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 160 ff.

schutzinitiative ein. In den römischen Verträgen (vom 25.3.1957)⁹⁸ waren Belange des Konsumentenschutzes ursprünglich nur ganz marginal berücksichtigt, weil unter dem Eindruck der Nachkriegswirtschaft Probleme der Güterversorgung auf der Anbieterseite der Märkte im Vordergrund des Interesses standen.⁹⁹ Mit dem einsetzenden Angebotsüberfluss auf den Märkten vollzog sich aber ein struktureller Übergang von Anbieter- zu **Käufermärkten**, dh. Märkten mit einer Tendenz zum Überhang des Angebots gegenüber der Nachfrage. Unter diesen Bedingungen sollte der Kampf der Anbieter um die Nachfrager nicht zu deren Lasten ausgetragen werden. Im Anschluss an die Pariser Gipfelkonferenz vom Oktober 1972 und die vorangegangene Debatte im Europäischen Parlament vom 20. September 1972 erließ der Rat der Europäischen Gemeinschaften am 14. April 1975 sein **Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher**,¹⁰⁰ in dem die zentralen Regelungsanliegen für die nächsten Jahrzehnte festgeschrieben wurden. Viele sind ihm gefolgt und mündeten in dem im vorliegenden Werk noch ausführlich zu referierenden Verbraucherschutz.

Das dem Verbraucherschutz zugrunde liegende Prinzip der **Personalisierung und Rollenbindung** erzeugt indes einige problematische Implikationen: Denn erstmals erscheinen Angehörige einer bestimmten sozialen Schicht *als solche* schützenswert.¹⁰¹ Das BGB geht aber grundsätzlich von der **Gleichheit aller Bürger** aus:¹⁰² Diese erwerben mit der Geburt ihre Rechtsfähigkeit und mit der vollen Geschäftsfähigkeit das Recht, sich in den gesetzlichen Grenzen zu verpflichten. Spätestens mit der Einfügung des § 13 hat sich jedoch auch im System des BGB ein Wandel vollzogen. Dieser kommt darin zum Ausdruck, dass sachliche Konflikte des vertraglichen Leistungsaustausches auf die Ebene eines personengebundenen Schutzes transferiert werden. Zugrunde liegt eine fundamentale Kritik am Prinzip der bürgerlichen Gleichheit, die *Anatole France* auf die bekannte Formel gebracht hat, das Gesetz entfalte majestätische Gleichheit darin, den Armen und Reichen gleichermaßen das Schlafen unter Brücken zu verbieten.¹⁰³ Die bürgerliche Gleichheit begünstigt nach dieser Vorstellung stets

34

⁹⁸ BGBl. II 1957, S. 753.

⁹⁹ Vgl. vor allem die grundlegende Abhandlung von *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl. 1996, Rn. 33f.; *ders.* in: Reich/Micklitz (Hrsg.), Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, S. 14ff.

¹⁰⁰ ABl. EG Nr. C 92 vom 25.4.1975, S. 1.

¹⁰¹ *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht, 1976, S. 10; *Reich* ZRP 1974, 187, 190 sowie *von Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, S. 1. Anders allerdings etwa *Simitis*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976, S. 78ff., 83ff.; aufschlussreich *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 20f., 46, 51ff. und 62ff.

¹⁰² Vgl. nun die neue Wege einschlagende Studie von *Grünberger*, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, S. 71ff. und etwa S. 791ff.

¹⁰³ *Anatole France*, *Le Lys Rouge*, zitiert nach *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 21.

den durchsetzungsfähigeren und ökonomisch mächtigeren Beteiligten zu Lasten des Schwächeren. Dies erklärt, warum ein Verbraucher als solcher anders behandelt werden soll als andere Rechtsteilnehmer. Die Kehrseite dieser Herangehensweise liegt allerdings in der **Pauschalität des Statusschutzes, die sich von den zugrunde liegenden sachlichen Schutzzwecken oft sehr weit löst**: Während die BGB-Gesellschaft privater Kaninchenzüchter nach § 14 Abs. 2 aus dem Verbraucherschutz herausfällt, ist der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft Verbraucher, weil er mangels Selbständigkeit keiner gewerblichen Tätigkeit nach § 14 Abs. 1 nachgeht und auch sonst nicht selbständig iSd. § 14 Abs. 1 vorgeht (Rn. 415).

- 35 Die empirisch arbeitende **Kritik** wendet ferner ein, der Verbraucherschutz stelle nicht das Recht der sozial Benachteiligten dar, sondern das der Wohlstandsbürger, die bei der Verfolgung ihrer Konsuminteressen geschützt würden.¹⁰⁴ Stärker noch wiegt allerdings der Einwand, dass das klassische bürgerliche Recht aus gutem Grund keine „geborenen“ Schwachen kennt.¹⁰⁵ Denn jedem Privatrechtssubjekt wird durch § 311 Abs. 1 die Möglichkeit eröffnet, seine soziale Rolle durch Vereinbarung mit anderen selbst zu gestalten. Der Verbraucherschutz, wie er etwa in § 476 Abs. 1 Satz 1 ausgestaltet ist, nimmt dem Einzelnen aber gerade diese Freiheit. Denn der Verbraucher hat nicht die Möglichkeit, auf den ihm verliehenen Schutz zu verzichten, wenn er will. Dies wirkt wie eine **Beschränkung der „wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit“**.¹⁰⁶ Einmal in die Gruppe der Schwachen eingeordnet, ist der Verbraucher in seinem rechtsgeschäftlichen Handeln danach nicht mehr frei (vgl. Rn. 652b, 1374). Der zwingende Charakter des Verbraucherschutzrechts lässt so **unfreiwillige Umlage- und Versicherungssysteme unter den Verbrauchern entstehen**. Muss der Verkäufer nämlich einem Verbraucher die in § 476 Abs. 1 Satz 1 genannten Rechte gewähren, entstehen dadurch Kosten, die auf die Käuferseite umgelegt werden. Ein Verbraucher, der auf diese Rechte keinen Wert legt und eher an einem niedrigeren Kaufpreis interessiert ist, kann seine Vorstellungen wegen der zwingenden Wirkung des § 476 Abs. 1 Satz 1 aber nicht umsetzen. Mit dem ihm abverlangten höheren Kaufpreis finanziert er daher die Gewährleistungsrechte der anderen. Positiv formuliert wirkt die **Gesamtheit der Verbraucher wie eine Versichertengemeinschaft**, bei der alle in Form eines höhe-

¹⁰⁴ Gärtner JZ 1992, 73, 76f.

¹⁰⁵ Reuter AcP 189 (1989) 199, 208. Vgl. insbesondere auch Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Köln 1983, S. 20 und 51; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 307f.; Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 148; Lieb AcP 183 (1983) 327, 355ff.; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979, S. 412ff.; Sedlmeier, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, 2012, S. 195; H.P. Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bd. 3, 1983, S. 1, 71.

¹⁰⁶ H.P. Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bd. 3, 1983, S. 1, 69ff.; Preis/Rolls DB 1994, 261, 262; interessant dazu Joerges, in: Franchising and the Law – Das Recht des Franchising (Hrsg. Joerges), 1991, S. 11, 34ff.

ren Kaufpreises Prämien erbringen und damit die Leistungsstörungenrechte einiger weniger aus ihrer Reihe absichern.

Ein letzter Einwand richtet sich gegen die dem Verbraucherschutz mitunter eigene problematische **Verflachung der Problemanalyse aufgrund einer personalisierten und rollengebundenen Betrachtungsweise**. Denn ganz allgemein entstehen zivilrechtliche Rechtssätze dadurch, dass die Grenzen von Rechten und Befugnissen *zwischen* den Privatrechtssubjekten gezogen bzw. auch erkämpft werden. Dies erzwingt es, die Interessen beider Seiten ins Auge zu fassen und miteinander in Einklang zu bringen. Mit leidenschaftlichem Gestus beschreibt *von Jhering* diesen Prozess so:

36

„Hier stehen sich zwei Parteien gegenüber, von denen jede die Heiligkeit des Rechts in ihrem Panier führt, die eine die des historischen Rechts, des Rechts der Vergangenheit, die andere die des ewig werdenden und sich verjüngenden Rechts, des ewigen Urrechts der Menschheit auf das Werden – ein Conflictsfall der Rechtsidee mit sich selber, der in Bezug auf die Subjecte, die ihre ganze Kraft und ihr ganzes Sein für ihre Ueberzeugung eingesetzt haben und schließlich dem Gottesurtheil der Geschichte unterliegen, etwas wahrhaft Tragisches hat. Alle großen Errungenschaften, welche die Geschichte des Rechts zu registrieren hat: die Aufhebung der Sklaverei, der Leibeigenschaft, die Freiheit des Grundeigentums, der Gewerbe, die Glaubensfreiheit u.s.w., haben auf diesem Wege des heftigsten, oft Jahrhunderte lang fortgesetzten Kampfes, gewonnen werden müssen [...]“.¹⁰⁷

Nicht nur im Hinblick auf den Sprachstil ernüchternd wirken im Vergleich die Ausführungen des **EuGH** zu der Frage, ob ein Käufer, der Fliesen in einem Baumarkt erworben und zu Hause verbaut hat, vom Verkäufer bei Mangelhaftigkeit nicht nur neue Fliesen, sondern auch den Ausbau der alten verlangen kann. Das Gericht konkretisiert dabei Art. 3 Abs. 2 VerbrGüterKRiL, der dem Verbraucher ein Recht auf kostenlose Abhilfe einräumt, ganz aus der personalisierten Perspektive des Verbraucherschutzes:

„Würde Art. 3 der Richtlinie dahin ausgelegt, dass er den Verkäufer nicht verpflichtet, den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts oder die entsprechenden Kosten zu übernehmen, hätte dies somit zur Folge, dass der Verbraucher, um die ihm durch den genannten Artikel verliehenen Rechte ausüben zu können, diese zusätzlichen Kosten tragen müsste, die sich aus der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts durch den Verkäufer ergeben.“¹⁰⁸

Man möchte dieser Art der Argumentation mit dem Generalanwalt *Mazák* zum selben Verfahren entgegenhalten:

„So einfach liegt es indessen nicht. Wie jedes entwickelte Rechtssystem, das die Rechte und Pflichten des Käufers und des Verkäufers bei mangelhafter Erfüllung regelt, kann auch das System der Abhilfemöglichkeiten nach der Richtlinie nicht einfach entweder den Verbraucher oder den Verkäufer begünstigen, sondern muss stattdessen einen angemessenen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen herbeiführen.“¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Von Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872, S. 15.

¹⁰⁸ EuGH 16.6.2011 – C-65/09 = NJW 2011, 2269, Tz. 48 – Gebr. Weber.

¹⁰⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* vom 18.5.2010 – C-87/09 = ZGS 2010, 361, 362, Tz. 30.

- 36a Einen Paradigmenwechsel im Verbraucherschutzrecht bewirkt nun das Prinzip der **Vollharmonisierung**. Richtlinien, die diesem Grundsatz folgen (vgl. Art. 4 VerbRRiL 2011/83/EU; Art. 22 Abs. 1 Verbraucher kreditrichtlinie 2008/48/EG; Art. 4 Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302), regeln nicht nur einen Mindestschutz für Verbraucher, sondern grenzen diesen Schutz zugleich auf ein zulässiges Höchstmaß ein. Diese „Deckelung“ kann nicht mehr mit dem Schutz von Konsumenteninteressen begründet werden, weil ihre Rechtsfolge gerade auf dessen Begrenzung zielt.¹¹⁰ Stattdessen erklärt sich die Vollharmonisierung als Rechtsprinzip aus einem **Marktordnungsgedanken**: Nach *Adam Smith* lenkt eine „unsichtbare Hand“ (**invisible hand**) das egoistische Streben des Einzelnen nach Profit auf dem Markt hin zum Wohl aller. Daraus ist die Vorstellung entstanden, dass das Recht einen Ordnungsrahmen für den Markt herzustellen hat, innerhalb dessen sich die Wettbewerbsfreiheit hin zu Wohlfahrtseffekten entfalten kann.¹¹¹ Die mindestharmonisierenden Richtlinien führten jedoch aus Sicht der Europäischen Kommission nicht zu einer ausreichenden Vereinheitlichung des Verbraucherschutzrechts, weil auf ihrer Grundlage der Konsumentenschutz unterschiedlich im nationalen Recht umgesetzt wurde. Darin erkennt die Kommission ein wesentliches Hemmnis für das Wachstum des europäischen Binnenmarktes und will dem durch Einführung gleichzeitiger Höchst- und Mindestschranken des Verbraucherschutzes entgegenwirken. Es geht also darum, **den Markt durch ein Einheitsrecht in wachstumsfördernder Weise zu ordnen**.¹¹² Ob dieser Effekt mit Mitteln der Vollharmonisierung zu erreichen ist, darf bezweifelt werden (Rn. 49ff.); aber darauf kommt es an dieser Stelle nicht an. Denn erkennbar **verfolgt das vollharmonisierte Verbraucherschutzrecht einen Doppelzweck**: Neben den Schutz von Konsumenteninteressen tritt gleichwertig das Interesse an der Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens, verbunden mit der Verhinderung nationaler Sonderwege. Im Einzelfall geraten daher der Schutz der individuellen Interessen und der abstrakte Marktordnungsgedanke in ein Spannungsverhältnis. Dessen Aufhebung bewirken **typisierende Tatbestände des Verbraucherschutzes**, denen **abstrakt-generelle Schutzzwecke** unterlegt sind: In ihnen werden die Grenzen des Konsumentenschutzes großzügig weit gezogen; dadurch erscheinen die zu-

¹¹⁰ Anders noch kurioserweise Erwägungsgrund 9 Satz 1 Verbraucher kreditrichtlinie 2008/48/EG.

¹¹¹ Die Metapher von der „invisible hand“ begegnet erstmals bei *Adam Smith*, *The Theory of Moral Sentiments*, 1759, Chapter IV 1; zur Einführung in das Marktordnungsdenken: *Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts*, 1978, S. 9ff.; zu den rechtsphilosophischen Grundlagen bei *Adam Smith* instruktiv *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2012, S. 65ff.

¹¹² Erwägungsgründe 5ff. VerbRRiL 2011/83/EU; Erwägungsgrund 6 Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302; dazu etwa *Grigoleit* AcP 210 (2010) 354, 408ff.; *Reich* ZEuP 2010, 7ff.; vgl. zur geschichtlichen Entwicklung von der Binnenmarkt-Fibel *Jacques Delors* (KOM(85) 310 endg.), die die Mindestharmonisierung gegenüber älteren Vollharmonisierungstendenzen durchsetzte, bis hin zur Wiederbesinnung der Kommission auf das Vollharmonisierungsprinzip im Jahre 2002 (KOM(2002) 208): *Mittwoch*, *Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht*, 2013, S. 46ff., 50.

grunde liegenden Schutzzwecke aber so weit gefasst, dass eine Korrektur des Normanwendungsbereichs im Einzelfall nicht in Betracht kommt, wenn sich ein erhöhter oder ein verminderter Schutzbedarf des Verbrauchers zeigen sollte: Die Verbraucherwiderrufsrechte sind – um ein erstes Beispiel zu nennen – auch auf einen Rechtsanwalt anwendbar, wenn dessen Handeln äußerlich die Tatbestandsvoraussetzungen eines Widerrufsrechts erfüllt, gleichgültig, ob er aufgrund seiner Rechtskenntnisse schutzwürdig ist oder nicht (Rn. 415). Spielte es für die Anwendung des alten Haustürwiderrufsrechts noch eine Rolle, ob der Verbraucher tatsächlich vom Unternehmer überrumpelt wurde oder nicht, kommt es für den neu gefassten § 312b Abs. 1 darauf nicht mehr an. Dieser vollharmonisierte Tatbestand erlaubt keine teleologische Reduktion mehr, wenn der Verbraucher etwa in den eigenen Räumen von Bekannten und Verwandten geworben wird, die ihn – wegen der gegenseitigen Vertrautheit – gar nicht wie ein fremder Verkäufer an der Haustür überrumpeln können (Rn. 566). Im vollharmonisierten Recht ist es praktisch unmöglich geworden, einen Tatbestand des **Missbrauchs von Verbraucherwiderrufsrechten** zu formulieren: Denn diese knüpfen nicht mehr an einen individuellen Schutzbedarf im Einzelfall an, so dass der Einzelne diese Rechte durch ein schutzunwürdiges Verhalten auch nicht einbüßen kann (Rn. 539 und auch Rn. 538). Das vollharmonisierte Verbraucherschutzrecht verdrängt also **Analogie und teleologische Reduktion** und mit ihnen den **Gleichbehandlungsgrundsatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) bei seiner Anwendung auf den Einzelfall: Weil gleiche Sachverhalte vor dem Normzweck gleich behandelt werden müssen, erzwingt die Analogie eine Normanwendung über den Normwortlaut hinaus; weil ungleiche Fälle aber nicht gleich behandelt werden dürfen, nimmt die teleologische Reduktion – gegenläufig dazu – den Normanwendungsbereich in Fällen zurück, auf die der Wortlaut der Norm, nicht aber der Zweck passt.¹¹³ Beide Male handelt es sich um **Institute der richterlichen Rechtsfortbildung im Einzelfall**, die den Einheitscharakter des neuen Verbraucherschutzrechts tendenziell infrage stellen. Vollharmonisierende Richtlinien enthalten deshalb zT. eigene Bestimmungen und Überlegungen dazu, in welchen Fällen ihre analoge Anwendbarkeit in Betracht kommt (vgl. Erwägungsgrund 21 der Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302). Im vollharmonisierten Recht drängen daher Abstraktion, Pauschalisierung und Typisierung die Einzelfallgerechtigkeit bei der Normanwendung zurück. Es geht nicht mehr (allein) um Rechte und Interessen des Verbrauchers „X“, sondern (auch) um den Erhalt eines einheitlichen Marktordnungsrahmens, der durch eine Sonderbehandlung von „X“ nicht gefährdet werden darf. Das Vertragsrecht ändert dadurch seinen Rechtscharakter und bewegt sich fort von einem Recht, das sich „von unten nach oben“, also durch die Systematisierung von Einzelansprüchen hin zu allgemeineren Instituten, entwickelt (Rn. 13), und nimmt Züge eines Rechts „von oben nach unten“ an, in dem allgemeine Len-

¹¹³ Larenz, Methodenlehre S. 381 und S. 392.

kungs- und Ordnungsideen (vgl. das Wettbewerbsrecht (UWG) und Kapitalmarktrecht) mit Hilfe individueller Ansprüche umgesetzt werden.

3. Einflüsse, Reformen und Entwicklungen.

a) Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts

37 Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts betrachtet den Vertrag unter funktionalen Aspekten.¹¹⁴ Im Anschluss an die Überlegungen des Soziologen *Talcott Parsons* lassen sich Gesellschaftssysteme dahingehend analysieren, welche Aufgaben (Funktionen) einzelne Einrichtungen (Institute) in ihnen wahrnehmen.¹¹⁵ Wendet man diese Überlegung auf das Vertragsrecht an, muss die Frage gestellt werden, inwieweit dieses zur Steigerung oder Schwächung der ökonomischen Effizienz beiträgt.¹¹⁶ Die ursprüngliche und für die Entwicklung zentrale Analyseleistung liegt wohl im Beitrag des Wirtschaftswissenschaftlers *Ronald H. Coase*.¹¹⁷ In seiner Abhandlung „Über das Problem sozialer Kosten“ wendet sich *Coase* gegen die Annahme, Staatsinterventionen gewährleisteten stets die günstigste Verteilung der knappen Güter einer Volkswirtschaft. An einem nachbarrechtlichen Beispiel macht *Coase* sein **zentrales Argument** deutlich: Wenn die Rinder eines Viehzüchters die Getreidefelder des benachbarten Bauern niedertrampeln, wird zwischen Bauer und Viehzüchter eine Entscheidung über die künftig vorherrschende Nutzungsart – Viehzucht oder Getreideanbau – auf dem Verhandlungswege zustandekommen. Unterstellt, dass die Aufnahme und Durchführung entsprechender Vertragsverhandlungen keine **Transaktionskosten**¹¹⁸ aufwerfen, wird sich nach *Coase* immer die profitablere Nutzungsart durchsetzen. Wirft daher die Viehzucht Gewinne in einer Höhe ab, dass es sich für den Züchter lohnt, den Bauern zu entschädigen, wird letzterer weniger Getreide verkaufen und sich für den zerstörten Bestand mit Schadensersatz begnügen. Wirft der Getreideanbau größeren Profit ab, wird aus analogen Überlegungen heraus die Viehzucht eingeschränkt werden. Auf diese Weise wird sich die profitablere Nutzungsart durchsetzen, gleichgültig, ob das Recht dem Bauern eine Entschädigung zuspricht oder nicht.

38 Zum nobelpreisgekrönten *Coase-Theorem* und damit zur praktischen Handlungsanleitung gerät diese analytische Einsicht jedoch erstmals in der Preistheorie des amerikanischen Ökonomen und Vaters der sog. Chicago School *George Stigler*.¹¹⁹ *Stigler* dehnt zunächst die mikroökonomische Dimension des

¹¹⁴ Fezer JZ 1986, 817, 822.

¹¹⁵ *Parsons*, The Social System, Glencoe Illionis 1951, passim, vgl. beispielhaft S. 21f.

¹¹⁶ Vgl. nur *Posner*, Economic Analysis of Law, 8. Aufl. 2011, passim.

¹¹⁷ *Coase* 3 (1960) Journal of Law and Economics 1. Zur Bedeutung vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, Boston und Toronto, 3. Aufl. 1986, S. 19f.; *Schanze*, in: Ökonomische Analyse des Rechts (Hrsg. Assmann/Kirchner/Schanze), 2. Aufl. 1993, S. 1, 3ff.

¹¹⁸ Vgl. zum Begriff nur *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, S. 106ff.

¹¹⁹ *Coase*, The Firm, the Market and the Law, Chicago 1988, S. 157; dazu *Assmann/Kirchner/Schanze*, in: Ökonomische Analyse des Rechts (Hrsg. dies.), 2. Aufl. 1993, S. XII f.

Coase-Beispiels durch den Satz aus: „[...] under perfect competition private and social costs will be equal.“¹²⁰ Heute wird dieser Gedanke als Coase-Theorem so zusammengefasst, dass bei Abwesenheit von Transaktionskosten sich stets die effizienteste Ressourcenverteilung im Verhandlungswege durchsetzt, unabhängig davon, wie die Eigentumsrechte an den Ressourcen verteilt sind.¹²¹ Aus diesem Lehrsatz leitet sich indes nicht – wie man zunächst annehmen könnte – die Einsicht von der Bedeutungslosigkeit genuin rechtlicher Verteilungsmaßstäbe ab. Denn die rechtlichen Verteilungskriterien von Nutzungs- und Ausschließungsrechten iSd. § 903 Satz 1 (**Property Rights**) sind ja nur bei vollständiger *Abwesenheit von Transaktionskosten* wirkungsneutral. Weil diese tatsächliche Voraussetzung aber praktisch nie erfüllt ist, kommt es auf die **rechtliche Zuordnung von Nutzungs- und Ausschließungsmöglichkeiten** sehr wohl an. Angesichts bestehender Transaktionskosten kann eine bestimmte rechtliche Verteilung nämlich ökonomisch ineffiziente Zustände erhalten und auf Dauer zementieren.¹²² Auf Coases Beispielsfall angewendet bedeutet dies, dass sich mglw. der weniger profitable Getreideanbau als Nutzung gegenüber der Viehzucht durchsetzt, nur weil das Recht dem Bauern die wirtschaftliche Nutzung am Getreidefeld zuweist, eine Änderung dieser Verteilung aber zu kostspielig wäre.

Diese Einsicht nun ist Anlass, die Transaktionskostenanalyse von Coase hin zu einem allgemeinen **ökonomischen Ordnungsgedanken** auszuweiten: Insbesondere die sog. Theorie der **Property Rights** erhebt die Forderung, das Recht müsse eine möglichst effiziente Verteilung der Ausschluss- und Nutzungsrechte ermöglichen, um die durch Transaktionskosten bestehenden Marktunvollkommenheiten auszugleichen.¹²³ Diesbezüglich wird auch dem Vertragsrecht eine besondere Aufgabe als „Schmiermittel der Wirtschaft“¹²⁴ zuerkannt – eine Ausgangsüberlegung, die zu kritischer Auseinandersetzung mit den Verteilungsmaßstäben des Vertragsrechts im Einzelnen und vor dem ökonomischen Effizienzkorrektiv Anlass gibt.¹²⁵

39

¹²⁰ Stigler, *The Theory of Price*, New York, 3. Aufl. 1966, S. 113.

¹²¹ Fezer JZ 1986, 815, 820; H.-G. Kern JuS 1992, 13, 15; Schanze, in: *Ökonomische Analyse des Rechts* (Hrsg. Assmann/Kirchner/Schanze), 2. Aufl. 1993, S. 1, 3; Köhler ZHR 144 (1980) 589, 592.

¹²² Zum “refinement” am Coase-Theorem Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto, 3. Aufl. 1986, S. 44, Fn. 2.

¹²³ Vgl. vor allem Furubotn/Pejovich, *The Economics of Property Rights*, Cambridge Mass. 1974, Introduction, S. 1 ff.; vgl. in diesem Werk auch den Beitrag von Demsetz, S. 31 ff. Zur Rezeption Köhler ZHR 144 (1980) 589, 590. Kritisch allerdings Fezer JZ 1986, 817, 820; ders. JZ 1988, 223. Demgegenüber wiederum scharf Ott/Schäfer JZ 1988, 213 und Kirchgässner JZ 1991, 104.

¹²⁴ Vgl. dazu Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, S. 250; nicht mehr ab der 5. Aufl. 2012.

¹²⁵ Vgl. allgemein etwa Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto, 3. Aufl. 1986, S. 79 ff.; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 423 ff.; Köhler ZHR 144 (1980) 589, 596; H.-G. Kern JuS 1992, 13, 15; Kirchgässner JZ 1991, 104, 109 f.

- 40 Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt schließlich einer der bedeutendsten Vertreter der sog. **Institutionenökonomie**, *Oliver E. Williamson*, indem er einen anderen Aspekt des Coase-Theorems in den Vordergrund rückt.¹²⁶ Danach sind sämtliche ökonomischen Organisationsstrukturen – vom inneren Aufbau des Unternehmens bis zum Austauschvertrag auf dem Markt – im Grunde äquivalente Steuerungsformen (Governance Structures), die jeweils nur auf unterschiedliche Kostensituationen in den einzelnen ökonomischen Kontexten reagieren.¹²⁷ *Williamson* folgert nun, dass sich das anzuwendende Vertragsrecht den im Einzelfall obwaltenden vorrechtlichen Organisations- und Steuerungsmechanismen anpassen müsse. Der in den Vereinigten Staaten begründeten **Lehre vom Relational Contract** folgend¹²⁸ will er das bekannte Vertragsrecht (Classical Contract Law) vor allem in dem von Marktmechanismen gesteuerten Wirtschaftsbereich (Market Governance) anwenden, wo weitgehend standardisierte Vertragsbeziehungen in häufig und gleichartig wiederholten Abläufen vorkommen und Investitionen in verschwindend geringem Maße an die Austauschbeziehung gebunden sind (Beispiel: die Massengeschäfte in einem Warenhaus). Der Abstraktheit der dort stattfindenden Austauschprozesse entsprechen seiner Ansicht nach gerade die **Abstraktionen des klassischen Vertragsrechts**. Wo hingegen eine solche Standardisierung fehle und hohe Investitionen eng an individuell ausgestaltete Austauschbeziehungen gebunden seien, will *Williamson* ein „weicherer“, an Schlichtung und Konsensbildung orientiertes Relational Contract Law zur Anwendung bringen. Denn in diesen Lebensbereichen versage der Marktmechanismus und werde durch einen bilateralen, von den Parteien selbst getragenen Steuerungsmechanismus (Bilateral Governance) ersetzt. Nur das Relational Contract Law werde der Interessenlage eines solchen Self-Enforcing Agreements¹²⁹ gerecht. Dieser Ansatz wurde in Deutschland vor allem durch die **Lehre vom komplexen Langzeitvertrag** aufgegriffen, die für das deutsche Dauerschuldverhältnis neue Perspektiven entwickeln will.¹³⁰
- 41 Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts nimmt im **Recht der Vereinigten Staaten** heute teilweise die Stellung einer klassischen Vertragsrechtsdogmatik ein.¹³¹ Wenn in einem Rechtssystem nämlich Gerichtsurteile Gesetzeskraft

¹²⁶ *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism, New York/London 1985, S. 68ff. Vgl. zu den folgenden Überlegungen auch: *Williamson* 127 (1979) University of Pennsylvania Law Review 953; *ders.* ZgS/JITE 140 (1984) 195; *ders.* 22 (1979) Journal of Law and Economics 233; *ders.* 73 (1983) American Economic Review 579.

¹²⁷ *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism, New York/London 1985, S. 68.

¹²⁸ *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism, New York/London 1985, S. 73ff.

¹²⁹ Vgl. dazu auch *Klein/Leffler* 89 (1981) Journal of Political Economy 615; *Telser* 53 (1981) Journal of Business 27.

¹³⁰ Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, 1987; *Joerges*, Relational Contracts Law in an Comparative Perspective, Wisconsin Law Review 1985, 581; *ders.* AG 1991, 325; vgl. schließlich das Sammelwerk *Joerges* (Hrsg.), Franchising and the Law, 1991 und darin die Beiträge von *Schanze* (S. 67ff.) und *Teubner* (S. 105ff.); kritisch *Oechsler* RabelsZ 60 (1996) 93ff.

¹³¹ *Oechsler* RabelsZ 60 (1996) 93ff. verweisen.

entfalten, sind der Rechtswissenschaft bei der Systematisierung regelmäßig die Hände gebunden: Versuche bekannter Rechtswissenschaftler wie *Oliver Wendell Holmes*,¹³² das oft disparate Common Law of Contract nach teilweise kontinentaleuropäischen Vorstellungen zu systematisieren, waren jedenfalls historisch betrachtet nicht erfolgreich. In diese Lücke drangen die Überlegungen der ökonomischen Analyse. Die brillanten Beobachtungen der Institutionenökonomie, wie sie hier am Beispiel *Oliver E. Williamsons* vorgestellt wurden (Rn. 40), erlauben systematisierende Erkenntnisse, die den auf das Mittelalter zurückreichenden Ketten oft recht eigenwilliger Judikate nicht immer eigen sind. Die Vormachtstellung der Vereinigten Staaten, die sich nicht nur auf wirtschaftliche Bereiche beschränkt, hat wiederum dazu beigetragen, dass diese Ideen **auch in den kontinentaleuropäischen Rechten** für nachhaltige Faszination sorgen.¹³³ Sie unterwerfen auch das deutsche Vertragsrecht einem Anpassungsvorgang, was im Einzelfall bemerkbar wird, wenn eine Vertragspartei als „Cheapest Cost Avoider“ oder „Best Insurer“ verpflichtet wird.

Bei diesem Anpassungsvorgang **steht die ökonomische Analyse aber vor einem grundlegenden Legitimationsproblem:** Eindrucksvoll belegt sie, dass man das Vertragsrecht nach ökonomischen Kriterien analysieren *kann*. Keine Antwort hat sie jedoch auf die Frage, ob das Vertragsrecht ökonomischen Kriterien genügen *muss*. Diese Schwäche teilt sie mit sämtlichen funktionalen Analysen des Rechts.¹³⁴ Denn diese bewerten das Recht stets an einem **vorrechtlichen Maßstab**. Bei der ökonomischen Analyse liegt dieser in der Kosteneffizienz des Rechts. Vielleicht erlebt der Leser dieser Zeilen aber auch einmal eine **ökologische Analyse des Rechts**, die die Funktionsfähigkeit des Vertragsrechts anhand seiner Umweltverträglichkeit, insbesondere des CO₂-Ausstoßes bemessen wird: Dem Fernabsatzvertrag dürfte dabei aufgrund seiner fehlenden Papiergebundenheit die Krone zufallen! Das Beispiel zeigt, dass es an einer Rechtfertigung fehlt, aus der ökonomischen *Analyse* des Rechts eine **ökonomische Synthese von Rechtssätzen** herzuleiten. Dass man das Vertragsrecht auf Kosteneffizienz hin durchleuchten *kann*, ist nämlich noch kein Argument dafür, dass es auch kosteneffizient sein *muss*.¹³⁵ Dem Zweifler seien nur die Entscheidungsgründe des **BVerfG** zum Kündigungsrecht des Vermieters in Erinnerung gerufen:

„Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums läßt sich kein Anspruch auf Einräumung gerade der Nutzungsmöglichkeiten herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil versprechen [...]. So wenig der Eigentümer als

¹³² Vgl. in deutscher Sprache *Oliver Wendell Holmes*, Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas, 2006.

¹³³ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, ; vgl. auch die distanziertere Darstellung bei *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 122ff.

¹³⁴ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 130ff.

¹³⁵ Ähnlich *Fezer* JZ 1986, 817, 823; zur grundlegenden Kritik an der ökonomischen Effizienz als gesellschaftlichem Leitbild: *Noam Chomsky*, Profit over People, 1999; *Michel Foucault*, Naisance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, 1978–79, 2004.

Vermieter einen Anspruch hat, aus der Mietwohnung die höchstmögliche Rendite zu erzielen [...], so wenig hat er bei jedweden wirtschaftlichem Nachteil einen Anspruch auf Räumung [...].¹³⁶

Neuere Ansätze vermeiden daher die Rechtfertigung des Vertragsrechts aus seiner Tauglichkeit für soziale, politische oder ökonomische Zwecke und stellen stattdessen die vertragliche Einigung der Parteien in den Mittelpunkt der Überlegungen. Jeder Eingriff in deren Zustandekommen, jede Ergänzung oder Korrektur ihrer Ergebnisse bedarf danach einer **Rechtfertigung** angesichts der von den Parteien verfolgten Interessen und Ziele im Einzelfall.¹³⁷

- 43 Ein weiterer Kritikpunkt, der kaum den theoretischen Begründern angelastet werden kann, liegt in der **Verflachung der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse** in der konkreten Rechtsanwendung. Auch in diesem Lehrbuch wird der Leser nicht selten dem Argument begegnen, eine Vertragspartei sei zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet bzw. sie trage ein bestimmtes Risiko, weil sie den „**Cheapest Cost Avoider**“ abgebe, also Transaktionskosten am günstigsten vermeiden könne, oder hafte als „**Best Insurer**“, weil sie ein Risiko am besten versichern könne.¹³⁸ Gerade im letzten „Argument“ liegt – was praktisch nie bemerkt wird – schon eine Verletzung des **versicherungsrechtlichen Trennungsprinzips** (Rn. 767).¹³⁹ Vor allem aber werden Argumente dieser Art praktisch nie durch konkrete Kostenanalysen oder stochastische Relationen belegt. Sie sind meist nur von der vagen Gewissheit getragen, dass ein Unternehmer schlicht über größere Ressourcen verfügt als ein Verbraucher und deshalb unter einem Rechtsnachteil weniger leidet. In seiner ursprünglichsten Form handelt es sich dabei um **Deep-Pocket-Argumente**: Danach haftet der Beteiligte mit der „tiefsten Tasche“, weil er die Haftungsfolgen am besten verkraften kann. Sonderlich überzeugend erscheint dies allerdings nicht.

b) Die Drittwirkung der Grundrechte im Vertragsrecht

- 44 Die Verfassung und insbesondere die Grundrechte werden teilweise als „Katalysator“ der Gerechtigkeit im Vertragsrecht angesehen;¹⁴⁰ in jedem Fall rechtfertigen die Grundrechte konkrete Eingriffe in die vertraglichen Rechtsfolgen.¹⁴¹ Die zugrunde liegenden theoretischen Voraussetzungen hat vor allem *Canaris* für das Vertragsrecht untersucht.¹⁴² Seiner Ansicht nach erfüllen die Grundrechte im Privatrecht eine besondere **Schutzgebotsfunktion**. Denn Gesetzge-

¹³⁶ BVerfGE 84, 382, 385 = NJW 1992, 361, 362.

¹³⁷ Rehberg, Das Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 259ff.

¹³⁸ Dazu Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 182ff.

¹³⁹ Allgemein dazu: BGH NJW 2006, 289, Tz. 18; BGH NJW-RR 2001, 1311.

¹⁴⁰ Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 280ff.; beipflichtend Kohle ZBB 1994, 172, 174.

¹⁴¹ BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232f.; BVerfGE NJW 1994, 2749f.

¹⁴² Canaris AcP 184 (1984) 201; ders. JZ 1987, 993; ders. JuS 1989, 161. Vgl. auch ders. ZIP 1987, 409, 417 sowie ders. AP, Art. 12 Nr. 65; zusammenfassend ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999; J. Hager JZ 1994, 373.

ber und Rechtsanwender seien nach Art. 1 Abs. 3 GG im Privatrecht an die Grundrechte ebenso gebunden wie der im Bereich des öffentlichen Rechts tätige Gesetzgeber bzw. die öffentliche Verwaltung. Deshalb müsse auch den Parteien des privaten Austauschvertrages ein Mindestmaß an verfassungsrechtlich verbürgtem Schutz gewährt werden. Gemessen daran dürfe es keinen Unterschied machen, ob ein Grundrecht durch einen Rechtssatz des öffentlichen oder des Privatrechts eingeschränkt werde.¹⁴³ *Canaris* vollzieht dabei nicht die von *Gamillscheg* vorgeführte¹⁴⁴ unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf das Privatrecht nach, sondern wendet der Lehre von der **mittelbaren Drittwirkung** folgend die Grundrechte über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln im Zivilrecht an (vgl. dazu noch ausführlich Rn. 1341). Danach muss zwar nicht der Inhalt der von den Parteien begründeten Hauptpflichten dem Mindeststandard grundrechtlicher Schutzgebotsfunktion genügen, wohl aber etwa der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz.¹⁴⁵ Einen ähnlichen Weg verfolgt davon unabhängig die **Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts**.¹⁴⁶

Die **Kritik** entzündet sich zum einen am Umfang der Bindungswirkung des Art. 1 Abs. 3 GG, zum anderen am praktischen Nutzen dieser Lehre.¹⁴⁷ Dass Gesetzgeber und Rechtsanwender im Privatrecht genauso an die Grundrechte gebunden sind wie im öffentlichen Recht, lässt sich allerdings nicht ernsthaft bestreiten. Andererseits eröffnen die Grundrechte **keine subsumtionsfähigen Tatbestände zur Lösung von Vertragsrechtsproblemen**. Denn hier gilt eine einfache, logische Überlegung: Eine Norm kann nur die Rechtsfragen regeln, die bei ihrer Konzeption in sie eingegangen sind. Etwas zugespitzt bedeutet dies, dass durch Subsumtion unter Menschenwürde und allgemeine Handlungsfreiheit die Anwendungsfragen des Mangelbegriffs nach § 434 nicht zu klären sind. Dies schränkt die Bedeutung der Fragestellung ein: In regelmäßig nicht unbedeutenden **Ausnahmefällen** verhelfen die Grundrechte dem Schutz des Einzelnen dort zum Durchbruch, wo genuin grundrechtliche Wertungen dies gebieten. Dies gilt gerade für das Mietrecht, weil dort die Lebensgrundlagen von Mieter, aber auch Vermieter betroffen sind (Rn. 803). Ein anderes Beispiel liefert die existenzbedrohende Bürgenhaftung von Familienangehörigen (Rn. 1374).

45

c) Die Schuldrechtsreform

Das zu Beginn des Jahres 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat das Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse im Bereich des Kauf- und Werkvertragsrechts wesentlich verändert. Den äußeren Anstoß

46

¹⁴³ *Canaris* JZ 1987, 993.

¹⁴⁴ *Gamillscheg* AcP 164 (1964) 385; vgl. auch *J. Hager* JZ 1994, 373.

¹⁴⁵ *Canaris* AcP 184 (1984) 201, 213.

¹⁴⁶ BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232f.; BVerfG NJW 1994, 2749f.

¹⁴⁷ *Diederichsen* AcP 198 (1998) 171; *ders.* Jura 1997, 57; *Singer* JZ 1995, 1133, 1136; *Wiedemann* JZ 1990, 695, 696 und *Preis/Rolfs* DB 1994, 261, 262.

dazu gab vor allem die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (VerbrGüterKRiL 99/44/EG).¹⁴⁸ Diese sieht einen Mindeststandard von Mängelhaftungsansprüchen für Verbraucher und Ausgestaltungspflichten hinsichtlich Garantieleistungen vor. Die Bundesregierung nahm diese Regelung zum Anlass, das Leistungsstörungenrecht des BGB grundlegend umzugestalten. Für die Bemühungen blieb allerdings wenig Zeit, da die Richtlinie zum Jahresanfang 2002 umgesetzt sein musste. So griff das Bundesjustizministerium zunächst auf einen wissenschaftlichen Vorentwurf von *Ulrich Huber* aus dem Jahre 1981 zurück.¹⁴⁹ Dieser stellte ursprünglich einen Teil von insgesamt 24 wissenschaftlichen Reformgutachten im Auftrag des Bundesministers der Justiz dar, die in einen 1992 veröffentlichten Abschlussbericht gemündet waren.¹⁵⁰ Da die politischen Chancen für eine Umsetzung des von *Huber* nahegelegten Reformvorhabens lange Zeit als äußerst gering eingeschätzt wurden, war eine eingehende wissenschaftliche Diskussion allerdings unterblieben. Obwohl es nicht an konkreten Vorschlägen gefehlt hatte, die Richtlinie in einem Sondergesetz umzusetzen,¹⁵¹ präsentierte das Bundesjustizministerium am 4.8.2000 im Internet einen Diskussionsentwurf, der auf der Grundlage der Vorstellungen *Hubers* zu einer fundamentalen Umgestaltung des Schuldrechts führen sollte. Auf einer im November 2000 von den Rechtswissenschaftlern *Ernst* und *Zimmermann* veranstalteten Fachtagung¹⁵² zeigte sich in einer auf der Grundlage von zwölf Fachreferaten geführten Diskussion, dass der Entwurf erhebliche systematische Lücken aufwarf und so nicht umsetzbar war. Darauf berief das Bundesjustizministerium eine Kommission aus Rechtswissenschaftlern und Praktikern ein, der eineinhalb Monate Zeit blieb, um einen konsolidierten Diskussionsentwurf vorzubereiten (vom 17.1. bis 3.3.2001).¹⁵³ In diesem sind die wesentlichen Züge des nunmehr geltenden Rechts vorgezeichnet: Das alte System der Leistungsstörungstatbestände wurde beibehalten, das besondere Leistungsstörungenrecht des Kauf- und Werkvertragsrechts, das sog. Gewährleistungsrecht im eigentlichen Sinne, allerdings abgeschafft. Gleichzeitig wurden zuvor bestehende Sondergesetze des Privatrechts (AGB-Gesetz, Verbraucher kreditgesetz) ohne große inhaltliche Veränderung in das BGB übernommen. Der konsolidierte Diskussionsentwurf wurde auf einer Sonder-

148 ABL. EG Nr. L vom 07.07.1999, S. 12.

149 *U. Huber*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bd. 1, 1981, S. 647.

150 Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz), Bundesanzeiger 1992.

151 *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410; *Ernst* ZRP 2001, 1 f.

152 Dokumentiert in *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001.

153 Vorsitzender der Kommission war *Walter Rolland*, Mitglieder im Übrigen: *Günter Bramb-ring*, *Claus-Wilhelm Canaris*, *Wolfgang Däubler*, *Wolfgang Ernst*, *Barbara Grunewald*, *Lothar Haas*, *Helmuth Heinrichs*, *Andreas Heldrich*, *Horst Konzen*, *Dieter Medicus*, *Peter Schlechtriem*, *Arndt Teichmann*, *Harm Peter Westermann*.

sitzung Ende März 2001 zur Diskussion gestellt.¹⁵⁴ Tatsächlich wurden der Regierungsentwurf und ein wortgleicher Entwurf von Abgeordneten der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen bereits im Mai 2001 vorgelegt.¹⁵⁵ In einer Anhörung des Rechtsausschusses im Juli 2001 formulierten einige Rechtswissenschaftler Kritik (*Altmeyden, Dauner-Lieb, Ernst, Kirchner*), die jedoch ebenso wenig Gehör fand, wie ein von *Altmeyden* und *Wilhelm* initiiertes und von ca. 260 Zivilrechtswissenschaftlern befolgter Aufruf, von einem übereilten Projekt Abstand zu nehmen. Der Entwurf passierte den Bundestag am 11. Oktober und den Bundesrat am 9. November 2001.

Bei der **Bewertung der Reformbemühungen** sollte zwischen der politischen und der fachlichen Verantwortung unterschieden werden. Unter technisch-methodischen Aspekten verdient die Arbeit der Expertenkommission höchsten Respekt: Innerhalb kürzester Zeit ist ein in sich weitgehend geschlossenes System entstanden, das im Hinblick auf sprachliche Präzision und logische Folgerichtigkeit das Gros der sonstigen Neuerungen im BGB deutlich überragt. Dass dabei einzelne Lücken geblieben sind und die großen Ziele der in den achtziger Jahren projektierten Schuldrechtsreform nicht umgesetzt werden konnten, wird den Kommissionsmitgliedern angesichts des immensen Zeitdrucks, der ihnen auferlegt war, niemand ernsthaft zum Vorwurf machen. Im Gegenteil, sie haben schlimmen Schaden von der Privatrechtsordnung abgewendet. **Politisch** erscheint die Reform als ein wenig verantwortliches Projekt: So wurde der Wert von einhundert Jahren Rechtsprechung und wissenschaftlicher Arbeit zum Vertragsrecht leichtfertig beiseitegeschoben, so dass in einem Schlüsselbereich der deutschen Rechtsordnung nach wie vor mühsam um die höchsttrichterliche Klärung der wichtigsten Anwendungsfragen gerungen werden muss. Für diesen hohen Preis hat nicht wirklich eine Modernisierung des Schuldrechts stattgefunden, denn der Anschluss an die internationale, anglo-amerikanisch orientierte Rechtsentwicklung ist infolge von Überhastung und mangelnder politischer Konzeption nicht gelungen.

47

d) Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht

Der Vorbildcharakter, den die anglo-amerikanische Lehre vom Breach of Contract im Rechtsvergleich der nationalen Schuldrechte entfaltet (Rn. 2, 13), prägt auch die europäische Entwicklung hin zur Rechtsvereinheitlichung. Die deutsche Rechtswissenschaft setzt sich seit geraumer Zeit mit der Frage des Einflusses des europäischen Rechts auf das deutsche Zivilrecht auseinander. Im **ersten Stadium der Rezeption** stand dabei vor allem der Methoden- und Paradigmenwechsel im Vordergrund, der durch die Umsetzung diverser Verbraucherschutzrichtlinien in dichter Folge in das nationale Recht bedingt war.¹⁵⁶ Davon

48

¹⁵⁴ *Canaris* JZ 2001, 499; vgl. auch die übrigen Beiträge in Heft 10 der JZ 2001.

¹⁵⁵ RegE BT-Drucks. 14/6040.

¹⁵⁶ Vgl. *Hommelhoff* AcP 192 (1992) 71; *Müller-Graff* NJW 1993, 13; *Schulze-Osterloh*, in: FS Zöllner, 1998, 1245.

lässt sich ein **zweites Stadium** unterscheiden, in dem versucht wurde, aus der Summe der Einzelteile allgemeingültige Grundzüge eines europäischen Vertragsrechts herauszuarbeiten.¹⁵⁷ Allerdings sind – wie so oft – für den weiteren Lauf der Rechtsentwicklung nicht die wissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern die Zufälligkeiten der Politik maßgeblich gewesen. Im Jahre 1994 forderte das Europäische Parlament erstmals die Europäische Kommission auf, das Projekt eines einheitlichen Zivilgesetzbuchs für den Bereich der Europäischen Gemeinschaft in Angriff zu nehmen.¹⁵⁸ Der Europäische Rat nahm sich des Themas auf seiner Sitzung in Tampere im Jahre 1999 an.¹⁵⁹ Die Europäische Kommission folgte am 11. Juli 2001 mit einer Mitteilung, in der eine umfassende Harmonisierung des Vertragsrechts ins Auge gefasst wurde.¹⁶⁰ Die Lando-Kommission (Rn. 52) legte darauf im Jahre 2003 ein Papier über Prinzipien eines europäischen Vertragsrechts vor.¹⁶¹ Seit einem Aktionsplan vom 12. Februar 2003 forcierte die Europäische Kommission dann die Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht.¹⁶² Vor allem die Integrationseffekte („EU-Acquis“) im Vertragsrecht und die Entwicklung EU-weit einsetzbarer AGB standen nun im Vordergrund. Im Oktober 2004 erschien eine Mitteilung der Kommission über Folgemaßnahmen zum europäischen Vertragsrecht,¹⁶³ in der erstmals die Entwicklung eines gemeinsamen Referenzrahmens im europäischen Vertragsrecht angekündigt wurde. Dabei wurde eine Expertengruppe (Joint Network on European Private Law) eingesetzt. Diese veröffentlichte im Jahre 2009 einen **Referenzrahmen für ein Gemeinsames Europäisches Privatrecht** (auch: Draft Common Frame of Reference).¹⁶⁴ Zwischenzeitlich erlitten diese Bemühungen jedoch einen Rückschlag, als der Rat der Europäischen Union sich am 18.4.2008 gegen die Einführung eines verbindlichen europäischen Vertragsrechts entschied.¹⁶⁵ Darauf wich die Europäische Kommission im Jahre 2008 auf die Idee einer auf Vollharmonisierung zielenden Richtlinie für Verbraucherrechte aus. Auch diese Pläne scheiterten zunächst an konzeptionel-

¹⁵⁷ Basedow, Europäisches Vertragsrecht für Europäische Märkte, 1996; Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000; Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht – Das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, 1999, ZGR-Sonderheft 15; vgl. ders. NJW 2000, 14; von Bar JZ 2014, 473; neue Aspekte bei Engert AcP 213 (2013), 321, 329ff. zum Netz(werk)effekt von Rechtsnormen.

¹⁵⁸ ABl. EG Nr. C 158 vom 26.6.1989, S. 400 = RabelsZ 56 (1992) 320; dazu Tilmann ZEuP 1996, 534.

¹⁵⁹ SI (1999) 800, Punkt 39.

¹⁶⁰ KOM(2001) 398; dazu Schulte-Nölke JZ 2001, 917.

¹⁶¹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part. III, 2003.

¹⁶² KOM(2003) 68 = ABl. EG Nr. C 63 vom 15.03.2003, S. 1.

¹⁶³ KOM(2004) 651; vor allem R. Schulte ZRP 2006, 155; vgl. auch Jansen JZ 2006, 536.

¹⁶⁴ Von Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition 2009; vgl. zur Kritik Grigoleit AcP 210 (2010) 354; Hellwege AcP 211 (2011) 665; Jansen/Zimmermann AcP 210 (2010) 196; Th. Pfeiffer AcP 208 (2008) 227.

¹⁶⁵ Dazu Schulte-Nölke ZGS 2008, 201.

len Schwächen des Richtlinienentwurfs und am politischen Widerstand,¹⁶⁶ mündeten dann aber doch in die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (VerbRRiL), die in Art. 4 eine Vollharmonisierung des Rechts der wichtigsten Verbraucherwiderrufsrechte vorsieht (Rn. 36a). In Reaktion auf einen zwischenzeitlichen Rückschlag bei dieser Richtlinie veröffentlichte die Kommission jedoch bereits am 11.10.2011 auch einen Vorschlag für eine **Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht**,¹⁶⁷ worin man vorübergehend ein **drittes Stadium** der Harmonisierungsbemühungen erkennen konnte. Dieser neue Regelungskomplex sollte bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen von den Parteien gewählt werden können, wobei als Regelfall an den Verbrauchsgüterkauf gedacht war. Der VO-Entwurf regelte nicht nur typische Fragen des Kaufrechts, sondern stellte ein Sonderregime für sämtliche Fragen der Rechtsgelehrtslehre und des allgemeinen Schuldrechts dar. Letztlich scheiterte dieses Projekt am Widerstand im Ministerrat und wurde deshalb von der Kommission im Mai 2015 zurückgezogen. Fast zeitgleich wurde ein Richtlinienvorschlag für eine **Vereinheitlichung des Fernabsatzkaufvertrags** im Rahmen der Vollen dung des digitalen Binnenmarktes vorgestellt, der sich aber nicht am vorgestellten Verordnungsentwurf orientiert (Rn. 578a).

Ein Blick auf die dem deutschen Juristen **fremdartige Rechtssprache des zurückgezogenen Verordnungsentwurfs**, der von „Abhilfe“ statt Nacherfüllung iSd. §§ 437 Nr. 1, 439 oder von „Heilung“ statt Erfüllung iSd. § 362 spricht, zeigt einen ganz grundlegenden Einwand gegen diese Art der europäischen Harmonisierung des Vertragsrechts: Weil sie **nicht an eine gemeinsame europäische Rechtskultur anknüpfen** kann, kommt sie zu früh und wirkt aus Sicht der betroffenen Mitgliedstaaten als **Akt rechtskultureller Überfremdung**. Das zugrunde liegende Problem lässt sich an der umstrittenen Entscheidung des **EuGH in Sachen „Weber/Putz“** (Rn. 175) beobachten.¹⁶⁸ Dort erschütterte das Gericht vermeintliche Gewissheiten im deutschen Vertragsrecht, indem es einem Käufer im Wege der Nacherfüllung einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ausbau gekaufter, mangelhafter Fliesen gewährte. Das Niveau der Begründung wurde im Schrifttum mehrmals als „erschreckend“ bezeichnet.¹⁶⁹ Aufschlussreicher erscheint, dass in dem Verfahren die deutsche, belgische und österreichische Regierung sich gegen einen Anspruch dieses Inhalts ausgesprochen,¹⁷⁰ die spanische und polnische Regierung ihn dagegen sehr wohl befürwortet hatten.¹⁷¹ In dieser Rechtsfrage fehlte es erkennbar an einem gemeinsamen Grundverständnis über Rechte und Pflichten im Kaufvertrag.

49

¹⁶⁶ Dazu *Schulte-Nölke* ZGS 2011, 1.

¹⁶⁷ KOM(2011) 635.

¹⁶⁸ EuGH 16.6.2011 – C-65/09 = NJW 2011, 2269 – Weber/Putz.

¹⁶⁹ *Kaiser* JZ 2011, 978; *Lorenz* NJW 2011, 2241, 2242.

¹⁷⁰ EuGH 16.6.2011 – C-65/09 = NJW 2011, 2269, Tz. 41 – Weber/Putz.

¹⁷¹ EuGH 16.6.2011 – C-65/09 = NJW 2011, 2269, Tz. 42 – Weber/Putz.

50 Spätestens seit den Arbeiten *Montesquiens* ist aber bekannt, dass **gesetzliche Regelungen an eine vorrechtliche Rechtskultur anknüpfen müssen**, um die Gesellschaft in einem positiven Sinne beeinflussen zu können und nicht als Akt der Oppression empfunden zu werden. In einer für sein Werk sonst ganz unüblichen Schärfe hält *Montesquieu* eine andere Art der Gesetzgebung für eine Erscheinungsform der Tyrannis:

„Il y a deux sortes de tyrannie: une réelle, qui consiste dans la violence du gouvernement; et une d'opinion, qui se fait sentir lorsque ceux qui gouvernent établissent des choses qui choquent la manière de penser d'une nation.“¹⁷²

Im Rahmen der **Kontroverse mit Thibaut** um die Kodifikation des deutschen Zivilrechts bezieht sich auch *von Savigny* in seiner Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ aus dem Jahre 1828 auf folgende weitere bittere Stelle im Werk *Montesquiens*:

„Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnoissent, parce qu'il est impossible de ne le pas découvrir: les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir?“¹⁷³

Bekanntlich ging auch *von Savigny* davon aus, dass der Zeitpunkt für eine Rechtsvereinheitlichung mangels einer gemeinsamen deutschen Rechtskultur noch nicht gekommen sei. Er bringt dabei den Gedanken *Montesquiens* so auf den Punkt:

„Daß durch die Verschiedenheit die Rechtspflege selbst leide und der Verkehr erschwert werde, hat man häufig gesagt, aber keine Erfahrung spricht dafür, und der wahre Grund ist wohl meist ein anderer. Er besteht in der unbeschreiblichen Gewalt, welche die bloße Idee der Gleichförmigkeit nach allen Richtungen und schon lange in Europa ausübt, eine Gewalt, gegen deren Mißbrauch schon Montesquieu warnt [...] In jedem organischen Wesen, also auch im Staate, beruht die Gesundheit darauf, daß beides, die Gesamtheit und jeder Theil, im Gleichgewicht stehe, daß jedem sein Recht widerfahre. Daß ein Bürger, eine Stadt, eine Provinz den Staat vergessen, dem sie angehören, ist eine sehr gewöhnliche Erschei-

¹⁷² *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748 Livre XIX, Chapitre III, Ausgabe, Gallimard, Pleiade, 1957, Paris, S. 557. Eigene Übersetzung: „Es existieren zwei Arten der Tyrannei: die real fassbare, die in der Gewaltanwendung durch die Regierung zum Ausdruck kommt, und eine Tyrannei der Meinung, die spürbar wird, wenn die an der Regierung Befindlichen Dinge regeln, die die Art einer Nation zu denken, erschüttern.“

¹⁷³ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748 Livre XXIX, Chapitre XVIII, Ausgabe, Gallimard, Pleiade, 1957, Paris, S. 882. Eigene Übersetzung: „Bestimmte Ideen zur Vereinheitlichung ergreifen gelegentlich die großen Geister (denn sie haben etwa Karl den Großen bewegt), kleineren Geistern kommen sie dagegen ganz unvermeidbar in den Sinn. Denn diese finden hier die Art von Perfektionismus, mit der sie sich auskennen, ist es doch unmöglich, nicht auf diese zu stoßen: dieselben Fußgewichte bei der Polizei, dieselben Maße im Handel, dieselben Gesetze im Staat, dieselbe Religion in allen seinen Teilen. Aber ist dies auch immer und ohne Ausnahme angezeigt? Ist das Übel, die Dinge zu ändern, immer kleiner als das Übel, sie auszuhalten?“

nung, und jeder wird diesen Zustand für ungewöhnlich und krankhaft erkennen. Aber ebenso kann die lebendige Liebe zum Ganzen bloß aus der lebendigen Theilnahme an einzelnen Verhältnissen hervorgehen, und nur wer seinem Hause tüchtig vorsteht, wird ein trefflicher Bürger seyn. Darum ist es ein Irrthum, zu glauben, das Allgemeine werde an Leben gewinnen durch die Vernichtung aller individuellen Verhältnisse. Könnte in jedem Stande, in jeder Stadt, ja in jedem Dorfe ein eigenthümliches Selbstgefühl erzeugt werden, so würde aus diesem erhöhten und vervielfältigten Leben auch das Ganze neue Kraft gewinnen [...]. Lob in dieser Beziehung verdient das bürgerliche Recht, insofern es das Gefühl und Bewußtsein des Volkes berührt oder zu berühren fähig ist; Tadel, wenn es als etwas fremdartiges, aus Willkür entstandenes, das Volk ohne Theilnahme läßt.“¹⁷⁴

Den Bemühungen um eine **Vereinheitlichung** des europäischen Vertragsrechts wird man also **nicht ihren Gegenstand als solchen vorwerfen** können, wohl aber die von politischem Geltungsbedürfnis bestimmte **Ungeduld bei seiner Umsetzung**. Die Thesen *Montesquieus* konnten den Code Napoléon bekanntlich so wenig verhindern wie die Überlegungen *von Savignys* das BGB. Sie haben der Vorbereitung dieser Gesetzeswerke aber die erforderliche Zeit verschafft, um zeitlos gültige Systematisierungsleistungen entstehen zu lassen. Vor allem die politischen Vorstellungen der Europäischen Kommission und auch der glühende Ehrgeiz mancher der von ihr bestellten Experten lassen gegenwärtig nicht zu, dass das in zahlreichen Richtlinien bereits gestaltete Verbraucherschutzrecht auf die nationalen Rechtsordnungen einwirkt und dort eine gemeinsame Rechtskultur entstehen lässt, die sich zu einem späteren Zeitpunkt in einem europäischen Vertrags- oder Zivilrechtsbuch systematisieren ließe. An die Stelle zu systematisierender Inhalte tritt deshalb bedauerlicherweise das **Diktat**: Dieses wird von den Adressaten aber häufig genauso empfunden!

51

Im Rahmen der Harmonisierungsbestrebungen wurden bereits die *Principles of European Contract Law* erwähnt (Rn. 48). Sie gehen auf eine Privatinitiative des dänischen Kollisionsrechtlers *Ole Lando* zurück. Dieser rief mit Unterstützung der Europäischen Kommission die nach ihm benannte **Lando-Kommission** mit Teilnehmern aus den Mitgliedstaaten ein, die sich von 1982 bis 1990 mit der Ausarbeitung eines Normenkatalogs für ein europäisches Zivilrecht befasste, dessen Endredaktion eigentlich erst 1998 abgeschlossen war. Gegenwärtig sollen diese Prinzipien den Parteien im Rahmen internationaler Vertragsschlüsse eine attraktive Alternative für die Rechtswahl eröffnen bzw. zur Grundlage von internationalen Schiedsverfahren werden.¹⁷⁵ Das hier vor allem interessierende vertragliche Schuldrecht (geregelt in Part I, Chapter 9) folgt dabei erkennbar dem **anglo-amerikanischen Vorbild**. An die Stelle des deutschen Verschuldensprinzips tritt die aus dem CISG bekannte Voraussehbarkeitsregel (Foreseeability, Article 9.503): „The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of

52

¹⁷⁴ *Von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1828, S. 42f.

¹⁷⁵ Vgl. etwa *Busch/Hondius* ZEuP 2001, 223, 225ff.

the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.“¹⁷⁶ Anders als im deutschen Recht stehen auch nicht die Tatbestände der Leistungsstörungen, sondern die Rechtsbehelfe systematisch im Vordergrund (right to terminate the contract, right to withhold performance, price reduction, damages and interest); auch insoweit erinnern die *Principles* an das anglo-amerikanische Recht (Rn. 2, 13).

176 Eigene Übersetzung: „Der Nichtleistende haftet nur auf einen Schaden, den er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als mögliche Folge einer Nichterfüllung voraussah oder vernünftigerweise hätte voraussehen können, es sei denn die Nichtleistung beruht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Schuldners.“

§ 2 Der Kaufvertrag

A. Überblick

Im Mittelpunkt des vorliegenden Kapitels steht die Regelung des Leistungsstö- 53
rungsrechts in § 437. Die Darstellung orientiert sich unter Gliederungspunkt B (Rn. 54ff.) an den Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Rechte des Käufers, die aus dieser Norm hervorgehen. Danach folgen unter C (Rn. 484ff.) die Ansprüche und Rechte des Verkäufers. An eine kurze Darstellung der Sonderformen des Kaufs und des Tauschs unter D und E (Rn. 528ff. und Rn. 535ff.) schließt eine Darstellung des Verbraucherschutzes beim Kauf und ähnlichen Rechtsgeschäften unter F (Rn. 538ff.) an. Den Abschluss bildet die Erörterung des Factoring, des wirtschaftlich bedeutendsten Anwendungsfalls des Forderungskaufs, unter G (Rn. 584ff.).

B. Käuferrechte

I. Der Lieferanspruch

1. Überblick

Mit Abschluss des Kaufvertrages erwirbt der Käufer gegen den Verkäufer einen 54
Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 433 Abs. 1 Satz 1) bzw. auf Übertragung des verkauften Rechts (§§ 453 iVm. 413, 398). Voraussetzung dieses Lieferanspruchs ist eine wirksame Einigung über den Mindestgegenstand eines Kaufvertrages (Rn. 57ff.). Genügt der übertragene Gegenstand den Anforderungen des § 433 Abs. 1 Satz 2, geht der Lieferanspruch im Wege der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 unter. Zum Untergang kommt es schließlich auch bei Unmöglichkeit der Erfüllung (Rn. 71ff.).

Ein ungeklärter Grundlagenstreit kreist um die Frage, ob § 433 Abs. 1 Satz 1 55
als Anspruchsgrundlage anzusehen ist oder ob stattdessen der Anspruch des Käufers auf der Vereinbarung der Parteien selbst beruht. Die Frage lässt sich auch so formulieren: Werden Verkäufer und Käufer verpflichtet, weil sie dies vereinbart haben oder weil die Rechtsordnung ihrer Vereinbarung diese Rechtswirkung verleiht? Der Rechtsphilosoph *Gerhart Husserl* liefert ein einprägsames Beispiel:¹ Vereinbaren zwei Personen in einer entlegenen Wüste den Austausch von Nahrungsmitteln, verweigert aber eine Partei, nachdem sie die Leistung der Gegenseite in Empfang genommen hat, die Erfüllung ihres Parts, so

¹ *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925, S. 39ff.; lesenswert aber auch *von Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 94ff. und *Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nachdruck 1961, S. 65ff.

sind sich nach *Husserl* beide Parteien über den damit verbundenen Rechtsbruch im Klaren, und dies sei ein Indiz dafür, dass Vertragsrecht außerhalb einer staatlichen Rechtsordnung allein durch freiwillige Bindung eintreten könne. Die Tauschvereinbarung habe die Individuen zu einer Vertragsgemeinschaft mit bindender Wirkung zusammengefügt und der Vertrag stehe nun als Individualnorm quasi über den Parteien. Ähnliche, freilich anders begründete Überlegungen finden sich ua. bei *Larenz*² und in der historisch wirkungsmächtigen, wenn gleich heute überholten Lehre von den **Permissivnormen**: Danach findet sich im Vertragsrecht eine Normstruktur, die die (vorrechtliche) Betätigung des Parteiwillens lediglich *gestattet*, nicht aber selbst Rechtsfolgen schafft.³ Die Bildlichkeit dieser Argumentation darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass es insgesamt doch um eine **reine Wertungsfrage** geht. Letztlich hängt es vom individuellen, im Gesetz nicht festzumachenden Standpunkt ab, ob der Wille der Parteien (so die liberalistische Variante) oder die Rechtsordnung (so die an der Sozialverantwortung orientierte Gegenversion) maßgeblich dafür ist, dass aus der tatsächlichen Vereinbarung der Parteien eine einklagbare und in letzter Konsequenz mit Staatsgewalt vollstreckbare Rechtspflicht entsteht. Eine weniger wertdurchdrungene Einschätzung liefert die **Rechtsethnologie**: Bei der Beobachtung ursprünglicher, primitiver Gesellschaften geht sie von *rechtlichen* Strukturen im Gegensatz zu bloßen sozialen Spielregeln nur dort aus, wo die **Einhaltung der Normen durch eine dritte, von den Parteien unabhängige soziale Instanz kontrolliert wird**.⁴ Rechtliche Relevanz gewinnt eine Parteivereinbarung danach erst, wenn über diese Wirkungen von einem unabhängigen spezialisierten Entscheidungsträger (Dorfältester, Richter usw.) entschieden wird. Daran fehlt es aber im Wüstenfall: Dort existiert keine für die Wahrung und Durchsetzung der Parteivereinbarung zuständige Drittinanz. Deshalb bleibt jedem Vertragsgegner in der Auseinandersetzung um Recht und Gerechtigkeit nicht mehr als das subjektive Gefühl, „im Recht“ zu sein. So gesehen handelt es sich bei § 433 Abs. 1 Satz 1 um eine Anspruchsgrundlage. Übrigens löst **Art. 30 CISG** (UN-Kaufrecht) die Frage salomonisch: „Der Verkäufer ist nach Maßgabe des Vertrages und dieses Übereinkommens verpflichtet, die Ware zu liefern [...]“.

- 56 Liegt danach ein Grund für die rechtliche Geltung des Kaufvertrages in § 433, so liefert Abs. 1 Satz 2 dieser Norm zugleich den rechtlichen Grund für die **Gewährleistungshaftung**. Von dessen Verständnis hängt wiederum die Beantwortung vieler praktischer Fragen ab (vgl. nur den Übergabebegriff in

2 *Larenz*, Die Methode der Auslegung, 1929, Nachwort zur 2. Aufl., in Korrektur seines früheren Standpunktes, S. 53.

3 *Pernice* GrünhutsZ 7 (1880) 465, 473ff., im Gegensatz zu der Auffassung, das Recht kenne nur Ge- und Verbote (Imperative); so aber *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 325ff. Zur Imperativentheorie vgl. auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1967, S. 83. Vgl. auch die Darstellung bei *Stöhr* AcP 214 (2014) 425, 441 ff.

4 *Wesel*, Frühformen des Rechtes in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985, S. 59ff.; *Röhl*, in: FS Schelsky, 1978, S. 435, 451.

Rn. 63 oder die Frage, ob bei der Stückschuld Nachlieferung verlangt werden kann, Rn. 171). Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 schuldet der Verkäufer etwa auch bei Vereinbarung einer Stückschuld eine mangelfreie Sache. Vor der Schuldrechtsreform ging das BGB noch von einem anderen, am römischen Recht orientierten Paradigma aus.⁵ Das **römische Recht** kannte zunächst keine eigene Sachmängelhaftung, sondern nur die **Marktregeln der kurulischen Ädilen für den Sklaven- oder Viehkauf**. Erst im Corpus Iuris wurden diese ädilizischen Rechtsbehelfe zu einem Kaufrecht systematisiert.⁶ Hinzu trat eine weitere Tradition des römischen Rechts, nach der grundsätzlich nur auf Geld, nicht aber auf Erfüllung in Natur geklagt werden konnte (**omnis condemnatio pecuniaria est**).⁷ Diesen beiden Vorgaben folgend kannte auch das aus dem römischen Recht entstandene **Gemeine Recht** beim Auftreten von Sachmängeln keinen Anspruch auf Mängelbeseitigung, sondern nur Sekundäransprüche: Die Erfüllung konnte mit anderen Worten nicht zwangsweise durchgesetzt werden; der Käufer musste sich vielmehr damit begnügen, den durch die Nichterfüllung bewirkten Schaden zu liquidieren. In Anknüpfung an diese Traditionen folgte **das alte BGB** der Auffassung, **der Käufer schulde bei der Stückschuld nicht die Mangelfreiheit**, sondern nur die Kaufsache als solche, während die Mangelfreiheit nur ein Motiv des Käufers für den Abschluss des Kaufvertrags sei.⁸ Dieser Gedanke hilft vermeintlich weiter, wenn die Mängelbeseitigung (Nacherfüllung) unmöglich ist. Denn dann erfüllt der Verkäufer durch Lieferung des mangelhaften Stücks den Kaufvertrag in einem ersten Schritt und haftet dann in einem zweiten aus Gewährleistungsrecht.⁹ Widersprüchlich erscheint nur, dass der Verkäufer seine Pflicht einerseits erfüllt, andererseits aber doch wegen einer Störung des Erfüllungsvorgangs haftet. Es ist das Verdienst *Flumes*, bereits auf der Grundlage des alten Rechts herausgearbeitet zu haben, dass die Lieferung einer mangelhaften Stückschuld eigentlich einen Fall der gescheiterten Erfüllung nach § 362 Abs. 1 darstellt.¹⁰ Daraus entwickelte sich die sog. **Erfüllungstheorie**,¹¹ der nun auch § 433 Abs. 1 Satz 2 folgt. Danach erfüllt der Verkäufer durch Lieferung des mangelhaften Stücks den Kaufvertrag gerade nicht *gänzlich* nach § 362 Abs. 1, sondern er muss im Wege der **Nacherfüllung** (§§ 437 Nr. 1, 439) erst noch den Zustand herbeiführen, der zu einer *vollständigen* Erfüllung nach § 362 Abs. 1 führt. Die Mangelhaftigkeit erscheint damit als eine

5 Sehr anschaulich *U. Huber* AcP 210 (2010) 319, 320ff.

6 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, S. 57ff.

7 *U. Huber* AcP 210 (2010) 319, 320, 323. Heute dominiert hingegen das Prinzip der **Naturalleistung**: *M.-P. Weller*, Die Vertragstreue, 2009; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015; *J. Flume* AcP 215 (2015) 282.

8 *U. Huber* AcP 209 (2009) 143, 148f. unter Hinweis auf *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 354ff., 358.

9 Vgl. die kritische Darstellung bei *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, S. 48; *Larenz* II/1 § 41 II e.

10 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, S. 33ff.

11 *Herberger*, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung, 1974, S. 113; *H.P. Westermann* JZ 2001, 530, 531.

von vielen möglichen Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug usw.);¹² sie alle fasst das Gesetz nun einheitlich unter dem Begriff der Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 Satz 1) zusammen.¹³

2. Einigung über den Vertragsinhalt

a) Grundsatz

- 57 Der Lieferanspruch setzt eine rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien nach §§ 145 ff. voraus. Fraglich ist, was die Parteien mindestens vereinbart haben müssen, damit man gem. §§ 133, 157 von einem gemeinsamen Willen zum Abschluss eines Kaufvertrages ausgehen kann. Nach verbreiteter Vorstellung müssen sich die Parteien allein über die Hauptleistungspflichten (**essentialia negotii**) einigen: Dies sind beim Kaufvertrag die Übereignungspflicht des Verkäufers und die darauf bezogene Entgeltspflicht des Käufers.¹⁴ Mit der Einigung in diesen Punkten treten die Regelungen der §§ 433 ff. quasi als **naturalia negotii** von selbst hinzu. Den Parteien steht es im Übrigen in den Grenzen der §§ 476 Abs. 1 und 2, 478 Abs. 2 Satz 1 frei, vom gesetzlichen Modell abzuweichen und dabei weitere individuelle Regelungen zu treffen (**accidentalia negotii**). Die altertümlich anmutende Dreiteilung in essentialia, naturalia und accidentalia geht auf den aristotelischen Definitionsbegriff zurück, beruht aber auf einem in ganz unterschiedlichen Rechtsordnungen geltenden Regelungsgedanken (dazu bereits Rn. 4): „Ce sont donc les obligations principales qui une fois qualifiées, conditionnent la nature juridique du contrat tout entier.“¹⁵

- 58 In **Alltagssituationen** kann die Feststellung eines Vertragsschlusses nach § 433 schließlich ganz pragmatische Abgrenzungsfragen aufwerfen. Hier entscheidet eine an den schutzwürdigen Parteiinteressen orientierte Auslegung nach §§ 133, 157:

(BGH 4.5.2011 – VIII ZR 171/10 = NJW 2011, 2871) K tankte an der Selbstbedienungstankstelle des V. An der Kasse zahlte er nur einen Schokoriegel und wies nicht auf den Tankvorgang hin. Als die Angestellte des V ihn nicht ansprach, verließ er die Tankstelle. Später schaltete V einen Detektiv ein, um K ausfindig zu machen. Die dabei entstandenen Kosten iHv. 137 € verlangt V von K. K verteidigt sich mit der Überlegung, dass V ihm kein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über die Tankfüllung unterbreitet habe.

V kann uU. seine Rechtsverfolgungskosten nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 286 als Verzugsschaden geltend machen. Dies setzt zunächst den Abschluss eines Kaufvertrages voraus.

Fraglich ist, in welchem Zeitpunkt der Kaufvertrag über die Tankfüllung an der Selbstbedienungsanlage zustande kommt: beim Tankvorgang selbst oder

¹² RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 209, linke Spalte, letzter Absatz.

¹³ RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 208, linke Spalte.

¹⁴ Vgl. nur RGZ 124, 81, 83 f.

¹⁵ Eigene Übersetzung: «Es sind gerade die Hauptleistungspflichten, die – einmal eingeordnet – die Rechtsnatur des gesamten Vertrages bestimmen.» *Ghestin*, Les effets du contrat, Paris 1994, Rn. 77.

bei dessen Bezahlung an der Kasse. Im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 sieht eine vor allem im Strafrecht vertretene Auffassung Parallelen zum Einkauf in einem Selbstbedienungsladen und geht davon aus, dass der Vertrag erst an der Kasse geschlossen werde.¹⁶ Nach Auffassung des BGH (Tz. 13 ff.) und der hM.¹⁷ kommt der Kaufvertrag hingegen bereits mit dem Befüllen des Tanks zustande. Dies überzeugt, weil die Interessenlage sich in einem zentralen Punkt von der im Selbstbedienungsladen anzutreffenden unterscheidet. Dort kommt der Entnahme der Ware aus dem Regal noch keine Bindungswirkung zu, weil Käufer und Verkäufer bis zur Einleitung des Zahlungsvorgangs umdisponieren können. Dies ist beim Befüllen des Tanks nicht in gleicher Weise möglich. Deshalb unterbreitet der Tankstellenpächter regelmäßig eine sog. **Realofterte**: Wer sein Angebot in Anspruch nimmt, schließt daher mit ihm einen Kaufvertrag ab.¹⁸

Der BGH will übrigens auf eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen verzichten. Beim Selbstbedienungstanken handele es sich um ein anonymes Massengeschäft, im Rahmen dessen der Verkäufer den Käufer, dessen Anschrift er nicht kenne, auch nicht mahnen könne. Im Gegenzug sei dem Käufer klar, dass eine sofortige Zahlung nach dem Tankvorgang verlangt sei (Tz. 19). Weil der Käufer danach den Verzug gem. § 286 Abs. 4 zu vertreten hat, haftet er auch für die Aufwendungen, die V zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte tätigen musste (**Rechtsverfolgungskosten**, Tz. 24).

Es versteht sich, dass auch die Einigung über einen Kaufvertrag rechtsgeschäftlich wirksam sein muss. Ein für den Kaufvertrag spezifisches Wirksamkeitshindernis liegt dabei in der **Lehre vom wucherähnlichen Geschäft**:

59

(BGH 10.2.2012 – V ZR 51/11 = NJW 2012, 1570) V verkaufte der K eine vermietete Eigentumswohnung in Krefeld für 54.000 €. Unmittelbar nach dem Notartermin „reduzierte“ V den Kaufpreis auf 43.000 €, weil K die Wohnung nicht vor dem Notartermin besichtigen konnte. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Wohnung zum Vertragsschluss höchstens 25.000 € wert war. K verlangt die an V gezahlten 43.000 € zurück.

In Betracht kommt ein Anspruch der K aus § 812 Abs. 1 Satz 1 erster Fall (Leistungskondition). V hat die Summe durch Leistung von K erhalten. Es stellt sich die Frage, ob dies auch ohne Rechtsgrund erfolgt war.

Der BGH wendet auf den vorliegenden Fall die **Lehre vom wucherähnlichen Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1** an (Tz. 8). Ihre Funktion besteht darin, Schutzlücken zu schließen, die der Wuchertatbestand (§ 138 Abs. 2) offen lässt. Denn wer sich auf § 138 Abs. 2 beruft, muss beweisen, dass gerade die Ausbeutung der eigenen Zwangslage, Unerfahrenheit usw. kausal für eine vertragliche Einigung wurde, im Rahmen derer die Hauptleistungspflichten in einem groben Missverhältnis zueinander stehen. Hinzu tritt die Obliegenheit, Beweis

¹⁶ *Deutscher* NSTz 1983, 507f.; *Gauf* NSTz 1983, 505, 507.

¹⁷ Staudinger/*Bork* § 145 Rn. 8; MünchKomm/*Busche* § 145 Rn. 12.

¹⁸ Vgl. als weiteres Beispiel die Inanspruchnahme von Internetdienstleistungen: BGH NJW 2005, 3636, 3637.

über den Tätersvorsatz zu führen. Die Lehre vom wucherähnlichen Rechtsgeschäft beruht dagegen auf einer **Beweiserleichterung** bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1. Sie geht von folgendem Erfahrungssatz aus: Liegt dem vertraglich vereinbarten Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung ein grobes Missverhältnis zugrunde, spricht die Erfahrung dafür, dass dies unter Ausbeutung einer persönlichen Notlage des Benachteiligten oder seiner persönlichen Schwäche geschehen ist. Denn niemand lässt sich ohne Not auf solche Bedingungen ein. Deshalb gründet auf den Nachweis eines groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ein Anscheinsbeweis, dass eine Zwangslage der unterlegenen Seite ausgebeutet wurde und dass der Vertragsgegner dabei mit verwerflicher Gesinnung handelte. Die **Kritik** wendet ein, dass auf diese Weise die Voraussetzungen des Wuchertatbestandes unterlaufen würden, und fordert, eher die Anforderungen an die Darlegung und den Beweis der Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 zu senken.¹⁹ Allerdings lässt der enge Wortlaut des § 138 Abs. 2 dafür wenig Raum und die Schlussfolgerungen der Rechtsprechung im Rahmen des § 138 Abs. 1 überzeugen durch Lebensnähe. Die Lehre vom wucherähnlichen Geschäft entfaltet vor allem auch im Darlehensrecht große Bedeutung (vgl. Rn. 603 f).

- 60 Auch im Hinblick auf den **Grundstückskauf** geht der BGH davon aus, dass kein Käufer sich „ohne Not“ auf einen Kaufpreis einlässt, der **doppelt so hoch** ist wie der Marktwert. An die Vereinbarung eines so hohen Kaufpreises knüpft deshalb die widerlegliche Vermutung, dass – objektiv betrachtet – eine Notlage des Käufers ausgebeutet worden ist und der Verkäufer dies aufgrund einer verwerflichen Gesinnung subjektiv auch wollte. Dann aber liegen die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 vor (Tz. 8).²⁰ Die Grenze des **Doppelten des Wertes** ist sehr alt. Sie geht auf ein dem Kaiser *Diokletian* zugeschriebenes Institut, die sog. **laesio enormis**, zurück: Während das klassische römische Recht den Käufer nicht davor schützte, von einem listigen Käufer übervorteilt zu werden – erlaubt war ausdrücklich das Umgarnen und Hintergehen (circumvenire, circumscribere) – wurde in den Wirtschaftskrisen der Spätantike ein Schutz vor der Ausbeutung wirtschaftlicher Notlagen erforderlich. Allerdings zielte die *laesio enormis* gerade auf eine Verhinderung des Verschleuderns von Grundbesitz: Erzielte der Verkäufer nämlich weniger als die Hälfte des tatsächlichen Werts der Kaufsache, konnte er Nachzahlung bis zum „wahren Wert“ verlangen oder sich vom Vertrag lösen.²¹

Wendet man die Lehre vom wucherähnlichen Rechtsgeschäft auf den vorliegenden Fall an, stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 durch die **nachträgliche Ermäßigung des Kaufpreises** auf 43.000 € entfallen sind. Nach seiner Herabsetzung lag der

19 Kozioł AcP 188 (1988) 183, 191 f.; Staudinger/Sack/Fischinger § 138 Rn. 268 ff.

20 BGHZ 146, 298 = NJW 2001, 1127, 1128.

21 C. Becker, Die Lehre von der *laesio enormis* in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, 1993, S. 1 ff.; Schulze, Die *Laesio enormis* in der deutschen Privatrechtsgeschichte, 1973, S. 8 ff.; Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 61 f.

vom Käufer geschuldete Kaufpreis nämlich nicht mehr beim Doppelten des Marktwertes der Wohnung. Allerdings geht der BGH mit gutem Grund davon aus, dass es für das Sittenwidrigkeitsurteil nach § 138 Abs. 1 auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** ankommt (Tz. 13).²² Zugrunde liegt die Überlegung, dass die Parteien ihr Verhalten an die guten Sitten nur in diesem Zeitpunkt anpassen können. Spätere Entwicklungen sind ihrer gemeinsamen Einflussnahme regelmäßig entzogen. Auch bedeutete die Bewertung ihres Rechtsgeschäfts aufgrund nachträglicher Entwicklungen eine Rückwirkung in einen bereits abgeschlossenen Tatbestand.

Vorliegend stellt sich weiter die Frage, ob die Parteien nicht anlässlich der nachträglichen Ermäßigung des Kaufpreises einen **Änderungsvertrag** geschlossen haben, der den ursprünglichen, nichtigen Kaufvertrag nachträglich auf eine rechtmäßige Grundlage stellte (Tz. 14). Das Gericht verneint diese Möglichkeit indes, weil es im Falle des § 138 Abs. 1 an einer Heilungsmöglichkeit, wie etwa der in § 311b Abs. 1 Satz 2 geregelten, fehle (Tz. 17). Das sittenwidrige Rechtsgeschäft sei daher **unheilbar nichtig** (Tz. 18). Nach § 141 Abs. 1 müsse es ausdrücklich bestätigt und neu vorgenommen werden, was hier nicht geschehen sei (Tz. 18). Diese Betrachtungsweise erscheint nur auf den ersten Blick formalistisch, denn sie trägt dem **zentralen Schutzgedanken des § 141 Abs. 1** Rechnung: Die Bestätigung setzt nämlich voraus, dass das Geschäft in Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes von den Parteien noch einmal für wirksam erklärt wird; denn andernfalls fehlt es am Bestätigungswillen.²³ Dies setzt voraus, dass der Käufer die Sittenwidrigkeit der ersten Einigung kennt, nun aber bereit ist, die Einigung mit dem Verkäufer auf eine neue Grundlage zu stellen (Tz. 21). Dadurch wird verhindert, dass der Verkäufer durch minimales Nachgeben, auf das der in Not befindliche Käufer im Zweifel immer eingehen wird, den sittenwidrigen Vertrag „retten“ kann. Vorliegend ist der Kaufvertrag nichtig und wurde nicht durch einen Änderungsvertrag iSd. § 141 Abs. 1 bestätigt. Die Kondition des Käufers ist daher begründet (vgl. zum Parallelproblem des Vereinbarungs- oder Umschuldungsdarlehens Rn. 611 ff.).

61

b) Vertragsgegenstand

Der Verkäufer schuldet die Übergabe und die Übereignung einer Sache. Während im Kaufvertrag das *Versprechen* der Übereignung begründet wird, vollzieht sich diese selbst in einem davon zu unterscheidenden, sachenrechtlichen Vertrag auf der Grundlage des § 929 Satz 1 (**Trennungsprinzip**). Die Wirksamkeit der Übereignung hängt nicht von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Kaufvertrages ab (**Abstraktionsprinzip**), sondern richtet sich aus Gründen der Klarheit der Güterzuordnung nach einem abschließenden Kanon formal gefasseter Tatbestände (§§ 929–931). Da die Parteien diese Unterscheidung in der Lebenswirklichkeit selten treffen, werden die nach § 929 Satz 1 relevanten Wil-

62

²² Unter Verweis auf BGHZ 100, 353 = NJW 1987, 1878, 1879; BGHZ 107, 92 = NJW 1989, 1276, 1277; vgl. Staudinger/Sack/Fischinger § 138 Rn. 98 ff.; MünchKomm/Armbrüster § 138 Rn. 133.

²³ MünchKomm/Busche § 141 Rn. 14; Staudinger/Roth § 141 Rn. 20.

lenserklärungen häufig konkludent abgegeben. Dann muss im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 ermittelt werden, ob eine Einigung über die Übereignung bereits zustande gekommen ist. Dabei spielt regelmäßig § 320 Abs. 1 Satz 1 eine bedeutende Rolle: Der Verkäufer hat nämlich wenig Anlass, an den Käufer zu übereignen, bevor er selbst den Kaufpreis empfangen hat. Denn durch eine solche Vorleistung verliert er den durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 vermittelten Schutz. Im Zweifel kommt deshalb eine Übereignung nur beim gegenseitigen Leistungsaustausch in Betracht.²⁴

Im Beispielsfall (Rn. 58) kommt daher eine Übereignung der Tankfüllung nur unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung in Betracht. Praktisch bedeutet dies, dass im Tank des Kunden durch Vermischung nach § 948 Abs. 1 Miteigentum am Kraftstoff entsteht, so dass dem Verkäufer ein Teilungsanspruch nach § 749 Abs. 1 zusteht, wenn der Käufer nicht zahlt (vgl. aber auch §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 2).

- 63 § 433 Abs. 1 Satz 1 räumt dem Käufer einen **Anspruch auf Übergabe** der Kaufsache ein. Begrifflich nimmt die Norm auf das Merkmal „übergeben“ in § 929 Satz 1 Bezug und meint wie dort die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Sache (§ 854 Abs. 1).²⁵ In den Fällen der Übereignung nach §§ 930, 931 verschafft der Verkäufer dem Käufer nur mittelbaren Besitz (§ 868), was regelmäßig zur Erfüllung nicht genügt. Dieser Anspruch unterliegt indes der Disposition der Parteien. Er kann insbesondere auch stillschweigend abbedungen sein:

Verkauft der Verkäufer an den Käufer eine vermietete Eigentumswohnung nach §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 311b Abs. 1, kann der über die Gegebenheiten unterrichtete Käufer gem. §§ 133, 157 regelmäßig nicht die Verschaffung unmittelbaren Besitzes erwarten, weil dem Verkäufer jede rechtliche Handhabe fehlt, das Besitzrecht des Mieters durch Kündigung des Mietverhältnisses zu beenden (§§ 566 Abs. 1, 573).

- 64 Weil der Verkäufer **nur ein Versprechen** auf Übergabe und Übereignung abgibt, kommt es für die Wirksamkeit des Kaufvertrages (anders als für die Übereignung) **nicht** darauf an, **dass die Kaufsache im Zeitpunkt der Einigung bereits vorhanden ist**. § 311a Abs. 2 Satz 1 (Haftung für ursprüngliche Unmöglichkeit) zeigt vielmehr, dass der Verkäufer lediglich haftet, wenn er dem Käufer die Sache im Zeitpunkt der Fälligkeit des Lieferanspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 1 nicht verschaffen kann:

(BGH 20.10.1999 – VIII ZR 335/98 = NJW 2000, 504) V hat von X ein Grundstück gepachtet und darauf eine Ausstellungshalle errichtet. Nach Ablauf des Pachtvertrages veräußert V diese Halle an K; X verpachtet daraufhin das Grundstück an K. Den Kaufpreis für die Halle will K im Nachhinein nicht zahlen, weil die Halle wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 1) und deshalb nicht sonderrechtsfähig sei.

Wesentliche Bestandteile einer Sache sind nicht selbst Objekt von Eigentumsrechten (§ 93), sondern gehören stets dem Eigentümer der Hauptsache. Mit gutem Grund ließ das

²⁴ MünchKomm/Oechsler § 929 Rn. 27.

²⁵ Staudinger/Beckmann § 433 Rn. 106; MünchKomm/Westermann § 433 Rn. 43.

Gericht vorliegend jedoch die Frage offen, ob die Halle wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sei; als Alternative kam hier auch ein **Scheinbestandteil nach § 95** in Betracht, weil der Veräußerer zuvor als Pächter die Halle wohl nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden hatte. Denn in jedem Fall konnte über die Halle ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen werden: „Insoweit handelt es sich nur um einen Kaufvertrag über einen Gegenstand, der als Sache erst künftig, zB. durch den Abbau der Halle, mit rechtlicher Selbstständigkeit entstehen sollte“ (S. 505). Scheitert der Abbau, kommen allenfalls Ansprüche aus § 311a Abs. 2 Satz 1 wegen ursprünglicher Unmöglichkeit in Betracht.

c) Verkauf von Rechten

Nach § 453 Abs. 1 finden die §§ 433ff. auch auf den **Kauf von Rechten** Anwendung. In Betracht kommen dabei zunächst **Forderungen**, die kraft rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillens (§ 311 Abs. 1) oder kraft Gesetzes (Beispiele: §§ 683 Satz 1, 812 Abs. 1 Satz 1, 823 Abs. 1) entstehen. Hier kommt im Einzelfall auch eine **Sachmängelhaftung nach §§ 434ff.** in Betracht.²⁶

65

D verkauft V ein Kfz; die Übereignung hat jedoch noch nicht stattgefunden. V verkauft deshalb seine Forderung gegenüber D auf Übergabe und Übereignung des Kfz aus § 433 Abs. 1 Satz 1 an K und tritt diese an K ab. Später, als K das Kfz erhalten hat, stellt er einen Sachmangel fest. Hier kann K von V nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Nacherfüllung verlangen. Denn aus Sicht des K stellt es keinen Unterschied dar, ob V das Kfz an K verkauft und den D nach § 362 Abs. 2 ermächtigt („anweist“), das Fahrzeug direkt an K zu liefern, oder ob er K die Forderung gegen D aus § 433 Abs. 1 Satz 1 abtritt. Insbesondere dürfen durch den Forderungsverkauf die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474ff.) nicht umgangen werden (§ 476 Abs. 1 Satz 2)!

Den wirtschaftlich bedeutendsten Fall des Forderungskaufs stellt das **Factoring** dar (Rn. 584ff.). Eine im Einzelfall zu beantwortende Frage liegt darin, ob die Forderung wirklich vom Gläubiger gekauft wird oder ob die Vertragsgegenseite nur nach **§ 267 Abs. 1 Satz 1** erfüllt:

G hat gegenüber S eine Forderung auf Rückführung eines Darlehens und Zahlung der Zinsen aus § 488 Abs. 1 Satz 2 begründet. Bank B hat mit S eine Sanierungsvereinbarung getroffen, im Rahmen derer sie die Forderung des G gegenüber S durch Zahlung an G ablöst. Hier ist fraglich, ob B die Forderung des G nach § 267 Abs. 1 Satz 1 erfüllt und gegenüber S aufgrund der Sanierungsvereinbarung vorgeht.

Aus einem Vertrag über eine Sanierung iSd. § 675 Abs. 1 steht B hier uU. ein Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 zu. Die Rechtsstellung von B verbessert sich demgegenüber jedoch, wenn man von einem Kauf der Forderung des G durch B nach §§ 433, 453 ausgeht. Denn dann kann die Bank zusätzlich aus der Forderung gegen S gem. §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 398 Satz 2 vorgehen. Die Praxis kennt aber auch eine **Zahlung zwecks Ablösung des Schuldners**.²⁷ Der Dritte zahlt dabei nicht unmittelbar auf die Forderung, so dass diese nicht nach § 362 Abs. 1 untergeht, sondern wendet dem Gläubiger den geschuldeten Betrag Zug um Zug gegen Abtretung der Forderung zu. Davon dürfte vorliegend im Zweifel aus-

²⁶ Flume, Eigenschaftsirrthum und Kauf, 1948, S. 175ff.; U. Huber AcP 202 (2002) 179, 229f.; Zimmermann AcP 213 (2013) 652, 654ff.

²⁷ BGHZ 176, 86 = NJW 2008, 1803, Tz. 35.

zugehen sein. Für einen Forderungskauf fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung zwischen G und B; insbesondere will G nicht für die Verität der Forderung haften. Am Untergang der Forderung durch Erfüllung nach §§ 267 Abs. 1 Satz 1, 362 Abs. 1 hat dagegen B kein Interesse.

Stellt sich jedoch in anderen Konstellation die Frage der Unterscheidung **zwischen einem Forderungskauf und einer Tilgung nach §§ 267 Abs. 1 Satz 1, 362 Abs. 1**, spricht der Wille der Beteiligten nach §§ 133, 157 regelmäßig für einen Forderungskauf, weil hier der Dritte die ursprüngliche Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner als Rückgriffsmittel gegen den letzteren erwirbt.²⁸

- 66 Daneben können sog. **Immaterialgüterrechte** erworben werden. Dies betrifft zunächst die urheberrechtlichen Nutzungsrechte nach § 31 UrhG, die regelmäßig an persönlichen geistigen Schöpfungen mit überragender Gestaltungshöhe entstehen (literarische, musikalische Werke, Filmwerke, aber auch Computerprogramme; vgl. im Einzelnen § 2 UrhG). Das **Urheberrecht** selbst ist als höchstpersönliches Recht nicht übertragbar (§ 29 Abs. 1 UrhG). Sein Inhaber ist deshalb bei der Vermarktung darauf angewiesen, Dritten gegenüber bestimmte Nutzungsmöglichkeiten einzuräumen (Veröffentlichung, Aufführung, Verfilmung usw.). Diese Nutzungsrechte oder **Lizenzen** (von lat. *licere* = erlauben) können einfach ausgestaltet sein (§ 31 Abs. 2 UrhG), dann hat der Erwerber nur ein persönliches Nutzungsrecht: Darum geht es beim alltäglichen Kauf von Standardsoftware, bespielten Musikträgern oder CDs. Ausschließliche Lizenzen (§ 31 Abs. 3 UrhG) hingegen erlauben eine Nutzung – je nach Vereinbarung – sogar unter Ausschluss des Urhebers selbst.²⁹ Ferner können **Patente** und Lizenzen an Patenten verkauft werden: Patentschutz wird in einem nach dem Patentgesetz durchzuführenden Verwaltungsverfahren vor dem Bundespatentamt bzw. dem Europäischen Patentamt beantragt. Er wird für herausragende Erfindungen – dh. *technische* Lösungen von *technischen* Problemen – erteilt. Ansonsten kommen in Betracht: Gebrauchsmusterschutz (Schutz kleinerer Erfindungen), Geschmacksmusterschutz (Schutz ästhetischer Gestaltungen mit gewerblicher Funktion: Design) und Markenschutz (Schutz von Waren- und Geschäftsbezeichnungen). Problematisch ist indes die **Veräußerung von Namens- und sonstigen Persönlichkeitsrechten**:

Student V fragt sich, ob er seinen bürgerlichen Namen „Harald von Wallenstein“ dem Interessenten K mit ausschließlicher Wirkung gegen Zahlung von 200.000 € übertragen kann.

Nach traditionellem und herrschendem Verständnis handelt es sich beim Namensrecht nach § 12 um ein unübertragbares Persönlichkeitsrecht.³⁰ Deshalb kann das vorliegende Leistungsversprechen etwa nach § 134 Abs. 1 iVm. § 111 OWiG nichtig sein, weil es mit der öffentlich-rechtlichen Namenstragungs-

²⁸ P. Meier ZGS 2011, 551ff.

²⁹ Kritisch zur Einordnung als Kaufvertrag allerdings *Haberstumpf* NJOZ 2015, 793ff.; *Hauck* NJW 2014, 3616.

³⁰ RGZ 87, 147; Staudinger/*Habermann* § 12 Rn. 112; teilw. aA. *Forkel* NJW 1983, 1764, 1765.

pflicht nicht vereinbar ist. Auch ein Fall des § 138 Abs. 1 kommt in Betracht, da der Veräußerer buchstäblich als Namenloser zurückbliebe, was mit der nach Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde kaum zu vereinbaren wäre. Rechtlich möglich ist nur das Versprechen des Namensträgers gegenüber einem Dritten, gegen einen Gebrauch des eigenen Namens nicht nach § 12 vorzugehen (persönliche Gestattung). Rechtlich bedeutet dies das Versprechen, einen Unterlassungsanspruch nach § 12 Satz 1 nicht auszuüben (**pactum de non petendo**). Die Gegenseite erwirbt also einen vertraglichen Anspruch auf Unterlassung der Rechtsausübung; dabei dürfte es sich mangels Rechtsübertragung nicht mehr um einen Kaufvertrag, sondern um einen Vertragstyp eigener Art handeln.

Um Verwechslungen im Geschäftsverkehr zu verhindern, verbietet § 23 HGB im Übrigen die **Veräußerung der Firma** (Bezeichnung des Unternehmensträgers, § 17 Abs. 1 HGB) ohne den dazugehörenden Geschäftsbetrieb. Schließlich fasst die neuere Rechtsprechung **Teilaspekte der Persönlichkeit** als kommerzialisierbar auf. In zwei Entscheidungen zugunsten der Erben von Marlene Dietrich³¹ hat der BGH entschieden, dass die kommerziellen Rechte an der Verwertung des Namens „Marlene“ für ein Kraftfahrzeug bzw. des Konterfeis von Marlene Dietrich in einer bekannten Pose aus dem Film „Der Blaue Engel“ ihr bzw. ihren Erben zustehen. Konsequenterweise müssen solche Persönlichkeitsbestandteile, wenn für sie ein eigener Markt entstanden ist, auch Gegenstand eines Kaufvertrages sein können. 67

d) Grenz- und Streitfälle

Bei der typologischen Zuordnung eines Vertrages über die Verschaffung von **Software** wird unterschieden: Soweit diese nach den spezifischen Anforderungen eines Gläubigers für dessen individuelle Bedürfnisse hergestellt wird (Individualsoftware), liegt wohl regelmäßig ein Werkvertrag nach § 631 vor (siehe dort Rn. 1087).³² **Standardsoftware**, die als Massenprodukt zur Befriedigung eines standardisierten Bedarfs vertrieben wird (die bekannten Textverarbeitungs-, Datenbank- oder Tabellenkalkulationsprogramme), kommt hingegen als Gegenstand eines Kaufvertrages in Betracht. Dabei kann es für die unmittelbare Anwendbarkeit des § 433 Abs. 1 Satz 1 nicht darauf ankommen, ob die Software auf einem Datenträger geliefert oder dem Kunden in anderer Weise zugänglich gemacht wird (Up- und Download). Denn darin liegt eine Zufälligkeit. Entscheidend ist, dass Software vergleichbar einem Werkzeug aus Sicht des Erwerbers ein bestimmtes Funktionsspektrum abdeckt und daher wie ein Werkzeug am Maßstab des § 434 auf Funktionsdefizite hin überprüft werden kann. Hinter dieser Besonderheit tritt der rechtliche Aspekt zurück, dass der Kauf von Standardsoftware auf dem Erwerb einer einfachen Benutzerlizenz 68

31 BGH GRUR 2000, 709 – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2000, 715 – Der blaue Engel.

32 Reinicke/Tiedtke Rn. 1136.

nach §§ 69c Abs. 1 Nr. 1 iVm. 31 Abs. 2 UrhG beruht, also eigentlich einen Rechtserwerb nach § 453 darstellt.³³

69 Schließlich kommen **Wertpapiere** als Kaufsache in Betracht:

(OLG München 9.6.2011 – 29 U 635/11 = NJW-RR 2011, 1359) V veräußert Eintrittskarten (Tickets) für diverse Sport- und Freizeitveranstaltungen. In seinen AGB schließt er gegenüber den Käufern den Ersatz einer gelieferten Karte bei Verlust aus. Der Bundesverband der Verbraucherzentralen (B) geht wegen dieser Klausel nach § 1 UKlaG gegen V vor.

Für den nach §§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. 4 UKlaG legitimierten B kommt es nach § 1 UKlaG darauf an, dass die von V verwendete Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 unwirksam ist.

Das OLG verneint hier zu Recht eine Unvereinbarkeit mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird (§ 307 Abs. 2 Nr. 1). Denn vorliegend handelt es sich um **Inhaberpapiere iSd. § 807**, bei denen der Aussteller die Leistung auch dann schuldet, wenn das Papier dem berechtigten Inhaber abhandengekommen ist (§ 794). Anders als bei einer echten Inhaberschuldverschreibung (§ 793), in der der Gläubiger persönlich genannt ist, hat der Inhaber einer Inhabermarke keinen Anspruch auf eine Ersatzverbriefung, weil § 807 nicht auf § 798 verweist. Zugrunde liegt die Gefahr, dass der Aussteller als Veranstalter uU. doppelt in Anspruch genommen werden könnte, wenn der Inhaber des ursprünglichen Papiers und der Inhaber des Ersatzpapiers von ihm die Leistung fordern. Dem trägt die AGB-Klausel Rechnung. Sachenrechtlichen Prinzipien unterliegen vor allem die Inhaberpapiere (§§ 793, 807), aber auch die Orderpapiere wie Wechsel und Scheck.³⁴ Denn hier **folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier**: Wer Eigentümer des Wertpapiers ist, erwirbt also die darin verbrieft Forderung. Anders liegt der Fall hingegen bei den Rekta- und Namenspapieren, deren bekanntestes Beispiel das Sparbuch darstellt (Rn. 642). **Emissionszertifikate** sind mangels Verbriefung keine Wertpapiere, sondern subjektive öffentliche Rechte, die durch den Gesetzgeber handelbar gemacht wurden.³⁵

70 Der Kauf eines **Unternehmens** kann sich auf zweierlei Weise vollziehen. Als Kauf des Unternehmensvermögens (**Asset Deal**) oder der Mitgliedschaftsrechte (Gesellschaftsanteile) des Unternehmensträgers (**Share Deal**).³⁶ Bereits nach altem Schuldrecht hat die Rechtsprechung zum Share Deal herausgearbeitet, dass die Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Leistungsstörungsrechts im Einzelfall nicht den Erwerb sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft voraussetzt, sondern dass es bereits genügt, wenn der Erwerber eine beherrschende Stellung im Unternehmen erstrebt und der Wille der Parteien auf einen Verkauf des Unternehmens gerichtet ist.³⁷ Bei einer **börsennotierten Aktiengesellschaft** liegt die Grenze gem. § 29 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) bei

33 Vgl. dazu etwa *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. 3, 1993, S. 15f.

34 MünchKomm/Oechsler § 929 Rn. 15.

35 S. *Wagner* JZ 2007, 971ff.

36 Dazu etwa *Reinicke/Tiedtke* Rn. 1248ff.

37 BGH WM 1970, 819; BGHZ 65, 246; weiterer Nachweis bei MünchKomm/Westermann § 453 Rn. 21ff.

30 % der stimmberechtigten Anteile.³⁸ Die niedrige Zahl erklärt sich daraus, dass die Anwesenheitszahlen in den Hauptversammlungen der AG regelmäßig so gering sind, dass der Inhaber eines Aktienpakets von 30 % bereits die Geschicke der AG lenken kann. Für den **Asset Deal** aber gilt, dass das Unternehmen selbst kein eigenes Rechtsobjekt darstellt,³⁹ sondern einen Inbegriff von Sachen und Rechten sowie sonstigen Vermögensrechten (Good Will, Know-how usw.). Die Rechtsprechung wendet auf den Unternehmenserwerb dennoch einheitlich Kaufrecht an,⁴⁰ so dass ein Lieferanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1 unproblematisch begründet werden kann. Im **Schrifttum** ist umstritten, ob die Anwendbarkeit der §§ 433 ff. auf den Unternehmenskauf unmittelbar aus § 453 Abs. 1 folgt⁴¹ oder eher aus einer allgemeinen typologischen Zuordnung des Unternehmenserwerbs zu § 433.⁴² Der Streit erscheint jedoch ohne größere praktische Bedeutung. Beim Unternehmenskauf treten schließlich **zwei klassische Probleme** auf: Im Rahmen des Mangelbegriffs stellt sich die Frage, ob die Unternehmenserträge Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 sein können (Rn. 104f.). Bei der Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 2 ist schließlich fraglich, ob der Unternehmenskäufer vom Kaufvertrag zurücktreten kann, wenn nur ein zum Unternehmensvermögen zählender Einzelgegenstand mangelhaft ist (Rn. 242 ff.).

3. Einwendungen gegen den Lieferanspruch

a) Überblick

Erbringt der Verkäufer die vertragsgemäße Leistung, erlischt der Lieferanspruch durch **Erfüllung** nach § 362 Abs. 1. Dazu genügt indes nicht allein die Übergabe und Übereignung der Kaufsache, sondern diese muss nach § 433 Abs. 1 Satz 2 frei von Sach- und Rechtsmängeln sein. Genügt die Sache den Anforderungen des § 433 Abs. 1 Satz 2 nicht, so ist **noch nicht vollständig erfüllt**. Wegen des bestehenden Mangels (§ 434) verwandelt sich der Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 (Rn. 80). Mit der Unvollständigkeit der Erfüllung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 verbindet sich dabei ein **insolvenzrechtliches Problem**, und zwar im Hinblick auf das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Der BGH hat dies bislang nur für den Werkvertrag entschieden:

(BGH 25.4.2002 – IX ZR 313/99 = BGHZ 150, 353 = NJW 2002, 2783) Bauunternehmer U führte für B Bauarbeiten bei der Errichtung eines Einkaufszentrums durch. Als das Insol-

³⁸ *Lange* ZGS 2003, 300, 304.

³⁹ Vgl. aber die Überlegungen von *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 6.

⁴⁰ Seit RGZ 63, 57, 60; zum neuen Recht etwa *Maier-Reimer*, in: Reform des deutschen Schuldrechts, S. 61, 66.

⁴¹ *Glagowski*, Die Mängelgewährleistung beim Unternehmenskauf im Wege des Asset Deal nach der Schuldrechtsreform, 2008, S. 80; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 53.

⁴² Tendenziell in diese Richtung MünchKomm/Westermann § 453 Rn. 19; *Münstermann*, Das neue Schuldrecht am Beispiel des Unternehmenskaufs, 2007, S. 52.

venzverfahren über das Vermögen des U eröffnet wird, sind die Arbeiten bei weitem noch nicht abgeschlossen. Die Lage gestaltet sich nun so: Insolvenzverwalter I wählt Erfüllung. Da verlangt B Nacherfüllung für die bereits vollendeten und in voller Höhe von B vergüteten Bauleistungen des U. Denn diese weisen Mängel auf. Weil das Bauwerk noch nicht vollendet ist, hat B den Werklohn noch nicht in voller Höhe gezahlt. I lehnt Nacherfüllung in Natur ab.

Der Fall wirft **zwei Fragen** auf, die an das **Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO** anknüpfen. Denn ist ein gegenseitig verpflichtender Vertrag weder vom Schuldner noch der Vertragsgegenseite vollständig erfüllt, steht dem Insolvenzverwalter die Wahl zu: Lehnt er die Erfüllung ab, kann der andere Teil seine Forderung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nur als Insolvenzforderung anmelden. Wählt der Insolvenzverwalter dagegen Erfüllung, sind die Forderungen der Vertragsgegenseite Masseverbindlichkeiten und müssen demnach aus dem verbleibenden Vermögen des Schuldners erfüllt werden. **Problematisch** ist daher, ob der Insolvenzverwalter **den gesamten Werkvertrag nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO infrage stellen kann**: Denn dieser wurde ja weder vom Werkunternehmer noch vom Besteller voll erfüllt. Diese Möglichkeit verneint der BGH vorliegend, weil die von den Parteien vereinbarten Leistungen **teilbar** seien. In Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 105 InsO könnten die bereits erbrachten Teile danach nicht mehr rückabgewickelt werden (S. 2784). Während dieses Ergebnis für Bauverträge unmittelbar einleuchtet, weil hier häufig nach Teilabschnitten abgerechnet wird, bestehen bei einem **Kaufvertrag** größere Probleme, weil hier eine Teilbarkeit der vom Verkäufer geschuldeten Leistung in Natur regelmäßig nicht in Betracht kommt:

V hat K ein mangelhaftes Kfz für 10.000 € verkauft. Weil K bei Lieferung einen Mangel erkennt, behält er 1.000 € ein und verlangt Nacherfüllung. Als über das Vermögen des V das Insolvenzverfahren eröffnet wird, verlangt der Insolvenzverwalter I auf der Grundlage des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO das Kfz zurück und verweist K darauf, seinen Anspruch auf Rückgewähr der gezahlten 9.000 € als Insolvenzforderung anzumelden. K muss dabei davon ausgehen, nur ca. 5 % dieses Betrages zurückzuerhalten.

Problematisch erscheint, dass der Käufer besser stünde, wenn er auf die Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche verzichtet und den Kaufpreis in voller Höhe gezahlt hätte. Dann wäre der Vertrag nämlich von seiner Seite aus vollständig erfüllt und dem Anwendungsbereich des § 103 InsO entzogen gewesen. Das Nacherfüllungsverlangen, kombiniert mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, könnte dem Käufer daher eine böse Überraschung bereiten. Dies spricht dafür, auch auf diesen Fall die **Regelung des § 105 Satz 2 InsO** anzuwenden: Es könnte einem allgemeinen Rechtsgedanken im Recht der Nacherfüllung entsprechen, dass bereits erbrachte Leistungen durch das Nacherfüllungsverlangen insolvenzrechtlich nicht erfasst werden und der Bestand des Vertrages insoweit unberührt bleibt.⁴³

⁴³ Vgl. zum rechtsgeschichtlichen Hintergrund *Jaeger*, Konkursordnung, 9. Aufl. 1997, § 17 Rn. 98.

Fraglich ist ferner, welches **Schicksal dem bereits vor Insolvenzeröffnung entstandenen Nacherfüllungsanspruch** zuteil wird, wenn der Insolvenzverwalter insgesamt Erfüllung wählt. Der BGH geht im vorliegenden Fall davon aus, dass Nacherfüllungsansprüche, für die die Vertragsgegenseite bereits die volle Gegenleistung erbracht hat, nur noch – auf Geldzahlung umgestellt – als Insolvenzforderung angemeldet werden können (S. 2786). Um dies zu begründen, ändert der BGH in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur **Wirkung der Insolvenzeröffnung auf gegenseitig verpflichtende Verträge**, soweit keine Sonderregelung besteht: Die Insolvenzeröffnung lässt danach die Wirksamkeit des Vertrages unberührt und führt zunächst nur dazu, dass der Austausch der Leistungen durch das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 vorübergehend blockiert ist (S. 2785). Wegen **§ 105 Satz 1 InsO** wird allerdings ein Vertrag über eine teilbare Leistung **in zwei Teile aufgespalten**:⁴⁴ Nach § 105 Satz 1 InsO ist ein Vertragspartner des Schuldners nur Insolvenzgläubiger im Hinblick auf eine vom Schuldner noch zu erbringende Teilleistung, wenn er selbst die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erbracht hat. Für den Werkvertrag bedeutet dies, dass Nacherfüllungsansprüche aus den vor Insolvenzeröffnung liegenden Teilabschnitten nur noch als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können (S. 2786). Werden hingegen im Rahmen der nach Insolvenzeröffnung liegenden Teilabschnitte Nacherfüllungsansprüche begründet, sind diese Masseschulden.⁴⁵

b) Die Leistungsgefahr

aa) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1

Die Leistungsgefahr bezeichnet im Kaufvertrag das Risiko des Untergangs des Lieferanspruchs aus § 433 Abs. 1, ohne dass eine der Vertragsseiten dies zu vertreten hätte. Sie ist vor allem in § 275 Abs. 1–3 geregelt. Für die Zwecke der vorliegenden Darstellung genügen zu diesem umfassenden Problembereich⁴⁶ folgende Überlegungen: § 275 Abs. 1 regelt die Voraussetzungen der tatsächlichen (regelmäßig physischen) Unmöglichkeit. Die Befreiungswirkung hängt in diesem Fall nicht von einem Vertretenmüssen des Verkäufers ab; dies zeigt der Umkehrschluss aus § 275 Abs. 2 Satz 2.⁴⁷ Dem Wortlaut nach kommt auch ein teilweiser Untergang in Betracht. Problematisch erscheinen die Fälle der sog. **vorübergehenden Unmöglichkeit**.

(BGH 8.5.2014 – VII ZR 203/11 = BGHZ 201, 148 = NJW 2014, 3365) V schuldet dem K **bruchsichere Glasscheiben** für dessen Bürohochhaus. Geliefert werden jedoch Glasscheiben mit Einschlüssen von Nickelsulfid, das zu Glasbruch führen kann. Die Herstellung von Scheiben, die vollständig von Nickelsulfid frei sind, ist zurzeit technisch nicht möglich. Allerdings werden die Scheiben mit der Zeit aushärten, sodass nach 10 Jahren ein Glasbruch ausgeschlossen ist.

Fraglich ist in diesem eigentlich im Werkvertragsrecht spielenden Fall, ob K gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 283 ohne Nachfristsetzung Schadensersatz verlangen kann. Dies setzt voraus, dass die vorübergehende Unmöglichkeit einer Unmöglichkeit iSd. § 275 Abs. 1 gleichsteht.

⁴⁴ So vor allem auch *Rohrmüller* NZBau 2007, 145, 147.

⁴⁵ Inwieweit die Masse dabei haftet, ist im Schrifttum umstritten: dazu *Rohrmüller* NZBau 2007, 145.

⁴⁶ Dazu etwa *Kaiser*, in: Eckpfeiler, I Rn. 82 ff.; *Petersen* Rn. 248 ff.

⁴⁷ *Canaris* JZ 2001, 499, 500.

Der **Gesetzgeber** wollte das Problem der vorübergehenden Unmöglichkeit ursprünglich im Rahmen der Schuldrechtsreform regeln, hat seine Absicht jedoch wieder aufgegeben.⁴⁸ Nach Auffassung des **BGH** steht ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden gleich, wenn die **Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird** und deshalb dem Vertragspartner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragsparteien die Einhaltung des Vertrages nicht zugemutet werden kann (Tz. 23). Dies wird vorliegend angesichts des langen Zeitraums von 10 Jahren bejaht. Nicht durchgesetzt hat sich die Auffassung, nach der das angerufene Gericht bei einer vorübergehenden Unmöglichkeit die Klage als *derzeit unbegründet* abweisen müsse.⁴⁹ In anderen Fällen überzeugt die **Gegenauffassung**, die schlicht die Regeln über die **Nichtleistung** anwenden will; denn durch die zeitweilige Unmöglichkeit wird die Leistungserbringung über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinausgeschoben.⁵⁰ Allerdings muss dann eine Frist zur Nacherfüllung nach §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 gesetzt werden, was im vorliegenden Fall nicht weiterhilft.

74 Die in § 311 Abs. 1 gewährte Privatautonomie ist schließlich berührt, wenn es um die Frage geht, ob die Parteien die **Rechtsfolgen der Unmöglichkeit abbedingen** können. Dies zeigt ein im Dienstvertragsrecht angesiedelter Fall eines sog. **absurden Vertrages**:

(BGH 13.1.2011 – III ZR 87/10 = BGHZ 188, 71 = NJW 2011, 756) S war durch Beziehungsprobleme in eine Lebenskrise geraten und wandte sich mit einer Reihe persönlicher Fragen an G, damit diese dem S auf der Grundlage des Kartenlegens Lebensratschläge erteile. Nach getaner Arbeit stellt G dem S 42.000 € in Rechnung.

Der Vergütungsanspruch des G gegen S aus § 611 Abs. 1 scheitert zunächst nicht daran, dass der Dienstvertrag (Tz. 8) nach § 138 Abs. 1 nichtig wäre. Denn dazu müsste G die problematische Lebenslage des S und dessen daraus resultierende Wehrlosigkeit bewusst ausgenutzt haben, wofür der Fall keine Anhaltspunkte liefert (Tz. 21).⁵¹

Problematisch ist jedoch, ob der Lohnanspruch der Wahrsagerin wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 1 erster Fall nicht entstanden ist. Grundsätzlich bejaht der BGH die Voraussetzungen einer Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1), weil unter Zugrundelegung einer naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise und der Anwendung der Gebote der Vernunft eine Erteilung von Lebensratschlägen auf der Basis des Kartenlegens nicht möglich erscheint (Tz. 9, 14). Doch konnten die Parteien **auf die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit durch eine Vereinbarung verzichten** (Tz. 17).⁵² Aufgrund der Vertragsfreiheit sei es den Parteien unbenommen, einer inneren Überzeugung bzw. einem Glauben folgend, vom Maßstab des §§ 326 Abs. 1 Satz 1 erster Fall, 275

48 RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 128f.

49 *Canaris* JZ 2001, 499, 500; *ders.*, in: FS U. Huber, 2006, S. 143, 147; *Däubler*, in: FS Heldrich, 2005, S. 55ff.

50 *Kaiser*, in: FS Hadding, 2004, S. 121, 125ff.

51 *Bartels* ZGS 2011, 355, 360.

52 Ähnlich *Faust* JuS 2011, 359, 361; kritischer *Windel* ZGS 2011, 218, 221.

Abs. 1 abzuweichen. Für diese Betrachtungsweise spricht die Privatautonomie der Parteien nach § 311 Abs. 1 und im besonderen Fall auch das **Grundrecht auf Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit nach Art. 4 GG**.⁵³ Die gemeinsamen Überzeugungen der Parteien können **unterhalb der Schwelle des § 105** nicht einfach als unbeachtlich beiseite geschoben werden, weil sie dem üblichen weltanschaulichen Verständnis widersprechen. Die im Schrifttum geäußerte **Kritik** stößt sich indes an der Höhe des Honorars und spricht sich für eine Kürzung aus.⁵⁴ Dies überzeugt nicht. Denn eine Kürzung müsste sich – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 441 Abs. 3 – am wahren Wert der Beratungsleistungen orientieren. Dieser existiert aber bei Leistungen der vorliegenden Art nicht in einem objektiven Sinne; denn hier beruht die Wertbildung allein auf der Vereinbarung der beiden Vertragspartner im Einzelfall und nicht auf den von ökonomischer Rationalität geprägten Marktergebnissen. Ausgehend von der in § 311 Abs. 1 verbürgten Privatautonomie beschränkt sich der gesetzliche Schutz in Fällen der vorliegenden Art auf die Frage, ob der Schuldner bei Eingehung der Verpflichtung zu einer privatautonomen Entscheidung fähig war (§§ 105 ff.). Ist dies zu bejahen, kommen weitere Beschränkungen seiner Fähigkeit zur Selbstverpflichtung nicht in Betracht.

bb) Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 Satz 1

Bei der Verteilung der Leistungsgefahr im Kaufrecht erlangt das **Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 Satz 1** besondere Bedeutung.⁵⁵ Danach kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers umfasst § 275 Abs. 2 Satz 1 die faktische oder **praktische Unmöglichkeit** (Schulbeispiel: Der geschuldete Ring liegt am Boden eines Sees).⁵⁶ Es sind Fälle, in denen die Behebung des Leistungshindernisses theoretisch möglich ist, aber aus Sicht des Gläubigers wegen des enormen wirtschaftlichen Aufwandes nicht ernsthaft erwartet werden darf. Die Norm weist eine große Nähe zum Tatbestand des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** nach § 313 Abs. 1 auf.⁵⁷ Die **Abgrenzung zwischen beiden Instituten ist umstritten**: Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers unterscheidet sich § 275 Abs. 2 dadurch von § 313 Abs. 1, dass die Befreiungswirkung des § 275 Abs. 2 allein nach dem **Gläubigerinteresse** beurteilt wird, während bei § 313 Abs. 1 eher das Schuldnerinteresse maßgeblich sei.⁵⁸ Dagegen spricht, dass auch im

75

⁵³ Bartels ZGS 2011, 355, 359; Windel ZGS 2003, 466, 468; allgemeiner noch M. Becker, Absurde Verträge, 2013, passim.

⁵⁴ Faust Jus 2011, 359, 361; Looschelders JA 2011, 385; Pfeiffer LMK 2011, 314413.

⁵⁵ Dazu Canaris JZ 2001, 499, 500 ff.

⁵⁶ Schulbeispiel von Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 28, 5; Canaris JZ 2001, 499, 501.

⁵⁷ Kaiser, in: Eckpfeiler, I Rn. 88.

⁵⁸ RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, linke Spalte; Canaris JZ 2001, 499, 501; Faust, in: Huber/Faust, § 2 Rn. 77 ff.

Tatbestand des § 275 Abs. 2 Satz 1 Schuldnerinteressen als Schuldneraufwand erwähnt und ins *Verhältnis* zu den Gläubigerinteressen zu setzen sind.⁵⁹ Nach einer weiteren Meinung soll sich die Abwägung in § 275 Abs. 2 auf ein reines **Kosten-Nutzen-Kalkül** beschränken, so dass sonstige Umstände, die in die Interessenabwägung eingehen können, wie etwa die Existenzgefährdung des Schuldners, allein in § 313 Abs. 1 zu berücksichtigen seien.⁶⁰ Dieser Auffassung steht aber jedenfalls § 275 Abs. 2 Satz 2 entgegen, weil mindestens das Vertretenmüssen des Schuldners in die Gesamtbetrachtung eingeht. Nach anderer Auffassung unterscheiden sich beide Institute dadurch, dass im Rahmen des § 275 Abs. 2 Satz 1 das **Leistungsinteresse des Gläubigers** mit dem Schuldneraufwand abgewogen wird, in § 313 Abs. 1 hingegen der **Gläubigeraufwand**.⁶¹ Bedenkt man indes, dass das Interesse des Gläubigers am Erhalt der Gegenleistung nur unter Berücksichtigung des zu treibenden Aufwandes beurteilt werden kann, bleiben auch hier Zweifel.

- 76 Deshalb wurde zu Recht die Frage aufgeworfen, **ob es sich bei § 275 Abs. 2 und erst recht bei Abs. 3 um echte Fälle der Unmöglichkeit handelt**.⁶² In beiden Normen wird der Begriff der Unmöglichkeit nicht verwendet. § 275 Abs. 3 aber liegt als Anwendungsbeispiel der Fall der Sängerin zugrunde, die ihrer Verpflichtung zum Bühnenauftritt nicht nachkommt, weil sie ihr schwer erkranktes Kind betreuen muss.⁶³ In den Gesetzgebungsmaterialien wird darin ein Fall der Unmöglichkeit gesehen;⁶⁴ Mitautoren des konsolidierten Regierungsentwurfs gehen indes von einem Anwendungsbeispiel für den Wegfall der Geschäftsgrundlage aus.⁶⁵ Diese Schwierigkeiten zwingen zu einer pragmatischen Abgrenzung von §§ 275 Abs. 2 und 3 sowie 313 Abs. 1. Dies zeigt der Lehrbuchfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, die **schwere Äquivalenzstörung**.⁶⁶

V hatte K 1921 sein bebautes Grundstück notariell beurkundet für 5 Millionen Reichsmark auf den 2. September 1923 verkauft. An diesem Tag aber entsprechen 120 Millionen Reichsmark gerade dem Wert eines US-Dollars. Die Taxifahrt zum Notar mag an diesem Tag 360 Millionen Reichsmark gekostet haben.

Dem Anspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 kann der Käufer hier die Einrede nach § 275 Abs. 2 Satz 1 nur entgegenhalten, wenn sein eigener **Aufwand als Schuldner** in ein grobes Missverhältnis zu den Verkäuferinteressen geraten ist. Der

⁵⁹ Ebenso Zimmer NJW 2002, 1, 4.

⁶⁰ MünchKomm/Ernst § 275 Rn. 76.

⁶¹ Kaiser, in: Eckpfeiler, I Rn. 88.

⁶² Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 2 Rn. 66.

⁶³ RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, rechte Spalte.

⁶⁴ RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, rechte Spalte.

⁶⁵ Canaris JZ 2001, 499, 501.

⁶⁶ Immer noch lesenswert Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963; die Lehre selbst geht auf Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921, zurück. Zur Entstehungsgeschichte und dogmatischen Begründung vgl. Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 122 ff.

Gesetzgeber versteht den Begriff des Schuldneraufwandes iS. von Aufwendungen, die erforderlich sind, um bestehende Leistungshindernisse (etwa die noch ausstehende Beschaffung der Kaufsache) zu beseitigen.⁶⁷ Darunter fiel vorliegend wohl nicht die dramatische Werterhöhung der Lieferpflicht gegenüber dem Anspruch auf das Entgelt, wohl aber die Taxifahrt. Abgrenzungen dieser Art überzeugen nicht, was es eher nahe legt, § 275 Abs. 2 normativ in Abgrenzung zu § 313 Abs. 1 auszulegen: Bei § 313 Abs. 1 muss der Schuldner wegen § 313 Abs. 3 Satz 1 stets zusätzlich beweisen, dass eine Vertragsanpassung nicht möglich ist. Dann spricht vieles dafür, unter § 275 Abs. 2 die Leistungshindernisse zu fassen, bei denen eine **Vertragsanpassung von vornherein ausscheidet**, unter § 313 Abs. 1 aber die übrigen. In Zweifelsfällen können beide Normen auch nebeneinander Anwendung finden und miteinander frei konkurrierende Rücktrittsgründe darstellen (§ 313 Abs. 3 Satz 1 und § 326 Abs. 5 Satz 1).

Das Tatbestandsmerkmal des **groben Missverhältnisses** iSd. § 275 Abs. 2 Satz 1 knüpft dabei an einen allgemeinen Rechtsgedanken aus §§ 251 Abs. 2, 635 Abs. 3, 651c Abs. 2 Satz 2 an:⁶⁸ Danach kann der Schuldner sich gegenüber dem Gläubiger mit dem Hinweis auf das Überschreiten der **Opfergrenze** verteidigen.⁶⁹ In welchen Verhältnissen dabei ursprünglich gedacht wurde, zeigt folgender Fall:

77

(BGH 2.10.1987 – V ZR 140/86 = NJW 1988, 699)⁷⁰ V hat K in einem notariell beurkundeten Kaufvertrag die Übereignung des unbebauten Grundstücks X für umgerechnet 100.000 € versprochen. Vertragswidrig bewilligt er indes D die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch. Nach Vornahme der Eintragung und Vorhaltungen des K verhandelt V mit D. Dieser will in die Löschung der Vormerkung nur gegen Zahlung von 3.000.000 € einwilligen.

Nach heutigem Verständnis liegen die **Wertrelationen deutlich niedriger**. Verständlicherweise legt sich die Rechtsprechung nicht auf bestimmte Quotienten fest.⁷¹ Für deren Bestimmung gelten nur zwei systematische Vorgaben: Das Tatbestandsmerkmal verwirklicht das in § 241 Abs. 1 angelegte Prinzip „**Pacta sunt servanda**“.⁷² Aus seinem Vertragsversprechen ist der Verkäufer daher nur im Ausnahmefall entlassen. Ferner muss die Schwelle des § 275 Abs. 2 Satz 1 deutlich über derjenigen des § 439 Abs. 4 Satz 1 und 3 liegen. Dies legt der unterschiedliche Wortlaut beider Normen nahe, aber auch die Verschiedenheit der Zwecke; denn im Fall des § 439 Abs. 4 hat der Schuldner bereits „angeleistet“ (Rn. 187). Einen Anhaltspunkt liefert § 275 Abs. 2 Satz 2, wonach ein **Vertre-**

⁶⁷ RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, linke Spalte; so etwa auch MünchKomm/Ernst § 275 Rn. 83ff.

⁶⁸ Vgl. neben dem vorliegenden Fall auch BGHZ 62, 388, 391, 393f.; dazu auch Larenz/Canaris II/2 § 86 VI 2a.

⁶⁹ Canaris JZ 2001, 499, 505.

⁷⁰ Dazu Canaris JZ 2001, 499, 502.

⁷¹ BGH NJW 2010, 2050, Tz. 22ff.; BGH NJW 2008, 3122, Tz. 18.

⁷² Canaris JZ 2001, 499, 502; Kaiser, in: Eckpfeiler, I Rn. 87.

tenmüssen des Schuldners in die Betrachtungsweise mit einzubeziehen ist.⁷³ Denn dem schuldhaft handelnden Schuldner ist es zumutbar, wesentlich mehr als den Marktpreis zu bieten, um das Leistungshindernis zu überwinden, haftet er doch auch auf Schadensersatz.⁷⁴ Nach einer Auffassung entspricht daher die **Untergrenze des Schuldneraufwandes dem Umfang des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung**.⁷⁵ Überzeugend wird zugunsten des Verkäufers auch ein **Vertretenmüssen des Käufers** berücksichtigt; dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 326 Abs. 2 Satz 1.⁷⁶ Denn gerade diese Vorschrift würde wirtschaftlich leerlaufen, wenn der Verkäufer im Rahmen des vorgelagerten § 275 Abs. 2 in voller Strenge haften müsste. Im Übrigen wird teilweise **zwischen relativer und absoluter Berechnung** unterschieden:

(Nach *Huber/Faust*, § 2 Rn. 43) K hat ein Leistungsinteresse an der Kaufsache von 1.000 €. Der ursprüngliche Beschaffungsaufwand des V betrug 400 €. Nunmehr ist ein Leistungshindernis eingetreten, das nur mit weiteren Aufwendungen iHv. 400 € zu beheben ist.

Wird das grobe Missverhältnis anhand der Veränderung des Verhältnisses Schuldneraufwand zu Gläubigerinteresse im Laufe der Zeit beurteilt (**relative Beurteilung**), ließen sich seine Voraussetzungen angesichts einer Verdoppelung von 4/10 auf 8/10 leicht bejahen. Betrachtet man nur den Endaufwand des Schuldners zum Stichtag 8/10 liegt kein grobes Missverhältnis vor (**absolute Beurteilung**). Teilweise wird hier der absoluten Beurteilung der Vorzug gegeben, weil sie dem Wortlaut des Gesetzes eher entspreche und es auf das effektive Wertverhältnis zum Stichtag ankomme.⁷⁷ Man darf die Aussagekraft von Zahlenbeispielen dieser Art allerdings nicht überschätzen, da bereits § 275 Abs. 2 Satz 2 mit dem Vertretenmüssen des Schuldners einen nicht quantifizierbaren Aspekt in die Betrachtung mit einbezieht.

II. Der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1

1. Überblick

- 78 Entspricht der Kaufgegenstand nicht den Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 Satz 2, wachsen dem Käufer nach § 437 drei Gruppen von Rechten zu: der Nacherfüllungsanspruch (Nr. 1), die Gestaltungsrechte Minderung und Rücktritt (Nr. 2) sowie Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche (Nr. 3), die beide von einem Vertretenmüssen des Verkäufers abhängen. Mit dem **Nacherfüllungsanspruch** räumt der Gesetzgeber aber auch dem Verkäufer eine **letzte Chance** ein, „den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden.“⁷⁸ Dadurch erhöht das Gesetz die Bestandsfestigkeit des Vertrages gegenüber Leistungsstörungen: Eine mangelhafte Lieferung eröffnet nicht sofort den Weg zur Rückabwicklung nach §§ 437

73 *Canaris* JZ 2001, 499, 503.

74 Ähnlich *U. Huber*, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 521, 561.

75 *MünchKomm/Ernst* § 275 Rn. 93.

76 *Faust*, in: *Huber/Faust*, § 2 Rn. 50.

77 *Faust*, in: *Huber/Faust*, § 2 Rn. 44.

78 Ausdrücklich RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

Nr. 2, 346 Abs. 1 oder zum Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 Satz 1, denn zuerst muss der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung setzen (§§ 323 Abs. 1, 281 Abs. 1 Satz 1).

Den Nachlieferungsanspruch prägt also ein **Doppelzweck**: Er dient sowohl dem Erfüllungsinteresse des Käufers⁷⁹ als auch dem Interesse des Verkäufers an der Abwendung von Schäden, die die Geltendmachung der Rechte und Ansprüche aus § 437 Nr. 2 und 3 durch den Käufer mit sich bringt. Der Anspruch selbst ist gem. § 439 Abs. 1 auf Nachbesserung oder Nachlieferung nach Wahl des Käufers gerichtet. Er setzt neben der wirksamen Begründung einer kaufvertraglichen Lieferpflicht nach § 433 Abs. 1 Satz 1 voraus, dass die Gefahr am Kaufgegenstand iSd. §§ 446f. auf den Käufer übergegangen ist (Rn. 80) und dabei ein Sach- oder Rechtsmangel iSd. §§ 434f. vorliegt (Rn. 95ff.). Die Rechtsfolgen der Nacherfüllung bilden schließlich einen eigenen umfangreichen Problembereich (Rn. 168ff.).

79

2. Das Verhältnis zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1

a) Übergabe bei der Stückschuld

Wegen § 433 Abs. 1 Satz 2 tritt Erfüllung nach § 362 Abs. 1 nur ein, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Kaufsache übereignet (Rn. 56). Weist die Kaufsache, gleichgültig ob als Gattungs- oder Stückschuld vereinbart, Mängel iSd. §§ 434, 435 auf, entsteht zugunsten des Käufers ein Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439. Dieser Anspruch **unterscheidet sich vom ursprünglichen Lieferanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1 in drei Punkten**:

80

(1) Zunächst weist der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 einen gegenüber dem ursprünglichen Lieferanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1) veränderten Inhalt auf: Der Käufer kann wahlweise Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen.

(2) Ferner darf der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch unter erleichterten Voraussetzungen durch Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts zu Fall bringen; denn nach § 439 Abs. 4 Satz 3 reichen unverhältnismäßige Kosten als Begründung aus, während gem. § 275 Abs. 2 nur ein grobes Missverhältnis zwischen Schuldneraufwand und Gläubigerinteresse den Anspruch zu Fall bringt.

(3) Schließlich verjährt der Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 nach allgemeinen Vorschriften (drei Jahre nach § 195), während der Nacherfüllungsanspruch idR. der zweijährigen Verjährung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 unterliegt.

Wegen dieser Unterschiede können beide Ansprüche nicht frei miteinander konkurrieren, also wahlweise vom Käufer geltend gemacht werden. Denn die

⁷⁹ Grundlegend *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 243ff.; vgl. auch den aufschlussreichen Zusammenhang zwischen der Erfüllung in natura und der Vertragstreue bei *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 316ff.; aA. allerdings S. *Lorenz* NJW 2006, 1175.

sachlichen Beschränkungen des Nachlieferungsanspruchs liefern leer, wenn der Käufer sich stets auch auf § 433 Abs. 1 Satz 1 berufen könnte und umgekehrt. Deshalb geht die mittlerweile hM. davon aus, dass es sich bei § 433 Abs. 1 Satz 1 und §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 jeweils um denselben Anspruch handelt und dass sich der Anspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 lediglich im **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** (§§ 446f.) bei Auftreten eines Mangels inhaltlich im Sinne des §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 verändert. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 ist also der alte Erfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1) mit einem modifizierten Inhalt. Bei §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 handelt es sich mit anderen Worten um einen **modifizierten Erfüllungsanspruch**.⁸⁰ Äußerlich folgt dies jedoch aus § 437 Nr. 1. Nacherfüllungsgrund ist nämlich ein Mangel. Von einem Sachmangel lässt sich nach § 434 Abs. 1 Satz 1 aber nur ab Gefahrübergang sprechen. Dies führt zu folgendem Zwischenergebnis: Mit Übergang der Preisgefahr am mangelhaften Kaufgegenstand verwandelt sich der ursprüngliche Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1. Regelmäßig geschieht dies im Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache nach § 446 Satz 1:

V verkauft K einen Sportwagen. 26 Monate nach dessen Übergabe stellt K einen sicherheitsgefährdenden Konstruktionsfehler beim Tankschloss fest und verlangt von V dessen Beseitigung durch Reparatur. V erhebt die Einrede der Verjährung nach §§ 438 Abs. 1 Nr. 3 iVm. 214 Abs. 1. K vertritt die Ansicht, sein Erfüllungsanspruch verjähre in drei Jahren. Kann er die Reparatur verlangen?

Vorliegend kann sich K nicht mehr auf den in drei Jahren (§ 195) verjährenden Anspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 berufen. Denn mit der Übergabe des Fahrzeugs ist nach § 446 Satz 1 der Gefahrübergang eingetreten. Deshalb hat sich der Inhalt seines Anspruchs verändert: V schuldet nicht mehr aus § 433 Abs. 1 Satz 1, sondern nach Maßgabe der §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1. Dieser Anspruch verjährt jedoch gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 innerhalb von zwei Jahren nach Ablieferung.

- 80a Diese Betrachtungsweise ist jedoch nicht **unumstritten**. Die **Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Weber/Putz“** hat dazu geführt, dass der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 deutlich über den des Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 1 hinausgeht (Rn. 175 ff.). In Reaktion darauf finden sich Bestrebungen, den Nacherfüllungsanspruch teilweise gegenüber dem Erfüllungsanspruch als „Mangelrecht zur Realisierung der Versprechensbindung“ zu verselbständigen.⁸¹ Dabei werden jedoch **zwei Sachfragen** miteinander vermengt: Wenn vom Nacherfüllungsanspruch als modifiziertem Erfüllungsanspruch die Rede ist, stellt sich zunächst die Frage, **ob der Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439) umfangreichere Rechtsfolgen entfalten kann als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 1)**. Dies legt die Rechtsprechung im Fall „Weber/Putz“ teilweise nahe und wird

⁸⁰ Vgl. nur Bamberger/Roth/Faust § 439 Rn. 6 (= BeckOK); P. Huber NJW 2002, 1004, 1005; ders., in: Huber/Faust, § 13 Rn. 45ff.; Ackermann JZ 2002, 378, 379; Jungmann ZGS 2004, 263, 264; aA. Jauernig/Berger § 439 Rn. 10: Sekundäranspruch; Hoeren/Martinek/Müller Teil 1 Rn. 230.

⁸¹ Tröger AcP 212 (2012) 296, 303 und 303ff. zum Folgenden.

vom Gesetzgeber nun in § 439 Abs. 3 bejaht:⁸² Ein Verkäufer, der ursprünglich nach § 433 Abs. 1 nur die Übereignung von Fliesen, nicht aber deren Einbau schuldete, ist nun im Rahmen der Nacherfüllung sowohl zur Übereignung erfüllungstauglicher neuer Fliesen als auch zum Ausbau der mangelhaften Altfliesen verpflichtet. Bei der Beantwortung dieser Frage hat das Verständnis des Nacherfüllungsanspruchs als modifizierter Erfüllungsanspruch daher nur eine begrenzte Tragkraft; allerdings sollte auch nicht unterschätzt werden, dass es sich bei § 439 Abs. 3 um einen **Sonderfall mit engen Grenzen** handelt. Davon zu unterscheiden ist die **zweite Frage** nach dem systematischen Verhältnis zwischen dem Erfüllungsanspruch gem. § 433 Abs. 1 und dem Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1. Hier bleibt schlicht **keine Alternative zum Verständnis des Nacherfüllungsanspruchs als eines modifizierten Erfüllungsanspruchs**: Denn einerseits können die Ansprüche des Käufers aus § 433 Abs. 1 aus den erwähnten Gründen nicht neben den Rechten aus §§ 437 Nr. 1, 439 bestehen bleiben (Rn. 80). Andererseits verliert der Käufer jedoch seine Ansprüche aus § 433 Abs. 1 nicht deshalb, weil der Verkäufer sie verletzt und eine mangelhafte Sache liefert! Beide Überlegungen lassen sich nur so in Einklang bringen, dass der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache seine Ansprüche aus § 433 Abs. 1 behält, allerdings in der durch §§ 437 Nr. 1, 439 modifizierten rechtlichen Gestalt.

Ein anderer Teil der Kritik setzt bei der **Doppelbedeutung des Gefahrübergangs** im Kaufrecht an:⁸³ Unmittelbar regeln die §§ 446f. nur die **Preisgefahr**. Sie belasten den Käufer also mit den Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache, indem sie ihn auch in diesem Fall zu vollständiger Kaufpreiszahlung verpflichten. Daran knüpft § 434 Abs. 1 Satz 1 mit einer weiteren, eigenständigen Rechtsfolge an: Von einem **Sachmangel** ist danach nur auszugehen, wenn eine Funktionsbeeinträchtigung der Kaufsache bei Übergang der Preisgefahr vorliegt. Damit kann die Haftung für Mängel nach § 437 eigentlich nur ab Gefahrübergang eintreten. Es ist umstritten, ob für diesen Gleichlauf Sachgründe sprechen oder ob er auf einer historischen Zufälligkeit beruht. Im Schrifttum wird ein möglicher Sachgrund in der **Beherrschbarkeit der einschlägigen Risiken** erkannt, die sich bei Gefahrübergang verändert.⁸⁴ Eine andere Auffassung stellt auf das **Prinzip der Rechtsbeständigkeit** ab: Wenn der Verkäufer seine Pflichten so weit erfüllt hat, dass es zu einer Übergabe an den Käufer kommt, erscheint es gerechtfertigt, den für den Käufer günstigeren Anspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 im Sinne der §§ 437ff. zu modifizieren und den Vertrag trotz der eingetretenen Störung aufrechtzuerhalten.⁸⁵ Anders gewendet, ist dem Käufer

81

⁸² RegE BR-Drucks. 123/16, S. 38f.

⁸³ Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 166; dazu unter anderen Vorzeichen auch Grunewald, in: FS U. Huber, 2006, S. 291.

⁸⁴ BeckOGK/Tröger § 446 Rn. 8.

⁸⁵ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 406; Oetker/Maultzsch § 2 Rn. 146f.; Bamberger/Roth/Faust § 437 Rn. 6 (= BeckOK); Reinicke/Tiedtke Rn. 400f.; Oechsler NJW 2004, 1825, 1827f.; vgl. auch die Vorauf. Rn. 75ff.

eine Verschlechterung seiner Rechtsstellung am ehesten ab dem Augenblick zumutbar, ab dem er zugleich das Risiko des zufälligen Untergangs der Kaufsache trägt.⁸⁶

- 82 Die **Gegenauffassung** geht dennoch davon aus, dass die Anwendung der §§ 437 ff. ab Gefahrübergang auf einem historischen Missverständnis beruht.⁸⁷ Denn im **Gemeinen Recht lag der Gefahrübergang im Zeitpunkt des Vertragsschlusses**. Ausschlaggebend dafür war, dass das römische Recht nur die Stückschuld kannte, nicht aber die Gattungsschuld (Rn. 56). Beim Stückkauf liegen Funktionsdefizite aber regelmäßig bereits vor Vertragsschluss vor; denn entweder ist das verkaufte Stück funktionstauglich oder nicht. Dass sich die Qualität des verkauften Stücks gerade im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Übergabe verschlechtert, erscheint als eher seltener Ausnahmefall. Diese Betrachtungsweise hatte sich jedoch im 19. Jahrhundert verändert, als unter dem Eindruck der erstarkenden Handelsrechtswissenschaft die **Gattungsschuld** in die Beratungen des BGB Eingang fand.⁸⁸ Bei der Gattungsschuld aber tritt die Funktionsstörung regelmäßig im Zeitpunkt zwischen Vertragsschluss und Übergabe auf, weil erst dann die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 stattfindet. Die Verlagerung des für die Feststellung des Mangels maßgeblichen Zeitpunktes trägt daher den besonderen Bedingungen der Gattungsschuld Rechnung. Beim Stückkauf hat sie zu einer Verschiebung des Gefahrübergangs geführt. Diese Verlagerung des Gefahrenzeitpunkts auf den Moment der Übergabe diene – so die Gegenauffassung – allein dem Zweck, die Fälle der zufälligen Schädigung zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang einzubeziehen, nicht aber dazu, die Anwendbarkeit der Sachmängelhaftung auf einen Zeitpunkt nach Vertragsschluss zu verlegen.⁸⁹ Die heute hM. beruhe daher auf einem **grundlegenden Missverständnis**. Denn die Regelung über den Mangelatbestand (nunmehr § 434 Abs. 1 Satz 1) war in ihren Ursprüngen nie als Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und des Gewährleistungsrechts konzipiert worden.⁹⁰

- 83 Aus dieser historischen Entwicklung leitet die **Gegenauffassung** die Forderung ab, dass „Sachmängel“ auch vor dem Zeitpunkt des § 434 Abs. 1 Satz 1 **stets nur nach § 437** geltend gemacht werden können. Die besonderen Vorschriften der §§ 437 ff. ergänzten die §§ 275 ff., ersetzten sie aber nicht. Begründet wird dies mit der weiterführenden Überlegung, dass das reformierte Schuldrecht gerade die Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integrieren und die Aufhebung zwischen allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Sachmängelhaftung aufheben wollte.⁹¹ **Dagegen** wird man indes einwen-

86 Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 166.

87 Dazu und zum Folgenden Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 167–170.

88 Zu dieser Entwicklung Altmeyden/Reichard, in: FS U. Huber, 2006, S. 73, 89; die vorliegende Darstellung folgt aber vor allem auch Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 167–170.

89 Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 175.

90 Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 177.

91 Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 186 ff.

den müssen, dass dieses gesetzgeberische Vorhaben nicht vollständig gelungen ist, weil sich das allgemeine Schuldrecht und die Sachmängelhaftung in § 437 in den erwähnten drei Sachgesichtspunkten weiterhin voneinander unterscheiden (Rn. 80) und es deshalb weiterhin erforderlich ist, den Anwendungsbereich beider Regelungskomplexe abzugrenzen. Dafür liefert § 434 Abs. 1 Satz 1 aber die zentrale Vorgabe.⁹² Dass sich dadurch im Grunde ein historisches Missverständnis verstetigt, mag in gewissem Umfang befremden; die Abgrenzungsfrage wird dadurch jedoch nicht entbehrlich. Dies zeigt sich angesichts der von der Gegenauffassung vertretenen **Überlegung, der Anspruch auf Nacherfüllung könne auch bei einem behebbaren Mangel bereits vor Gefahrübergang geltend gemacht werden.**⁹³

V hat K einen Neuwagen verkauft (Lieferdatum 1.6.). Am 20.5. entdeckt K das für ihn vorgesehene Fahrzeug auf dem Gelände des V und sieht, dass das Glas des linken Außenspiegels gesprungen ist. Nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 verlangt er den Einbau eines neuen Außenspiegels und gibt sich mit einer Reparatur des Glases nicht zufrieden.

Ein solches „Nacherfüllungsverlangen“ erscheint bereits bei oberflächlicher Betrachtung als lästige Einmischung des Käufers in den vom Verkäufer zu verantwortenden Erfüllungsvorgang. Denn das Spiegelbild der verschuldensunabhängigen Verkäuferverantwortung in § 437 Nr. 1 und 2 liegt gerade in der Freiheit des Verkäufers, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nach eigenen Vorgaben steuern zu können. Weitere Argumente kommen in den Sinn, vom Grundrechtsschutz des Verkäufers vor einer Einmischung in seinen Betrieb bzw. in die Ausübung seiner Berufsfreiheit (Artt. 12, 14 GG) bis zu einer zentralen Erkenntnis der modernen **Institutionenökonomik**: Die Transaktionskostenlage zwingt die Unternehmen zu einer hierarchischen Binnenorganisation bei der Güterproduktion. Hier können mit anderen Worten nicht alle mitentscheiden, sondern nur der für das Ergebnis verantwortliche Unternehmer.⁹⁴ Ihm darf auch der Käufer nicht mit Vorschlägen auf der Grundlage des § 439 Abs. 1 in die Quere kommen. Allein dieses Beispiel zeigt, dass der Gefahrübergang **zwei wichtige ökonomische Einflussphären voneinander trennt.**

Eine **zweite Auffassung** unterzieht die §§ 434ff. einer umfassenden systematischen Analyse und gelangt dabei zu dem Schluss, dass gegen die Anwendung der §§ 434ff. vor Gefahrübergang keine Sachgründe sprechen.⁹⁵ So wohne den §§ 441, 442, 443–445 kein Zeitmoment inne; in anderen Fällen, wie dem des § 439 Abs. 4, könne den Anwendungsproblemen durch teleologische Reduktion Rechnung getragen werden.⁹⁶ Diese Auffassung beruft sich auch auf **Durchbrechungen** bei der Anknüpfung an den Gefahrübergang durch die **hM.**

84

⁹² Grunewald, in: FS U. Huber, 2006, S. 291, 292.

⁹³ Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 195.

⁹⁴ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, Chapter 9–12.

⁹⁵ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 412.

⁹⁶ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 414ff.

So kommen **bei unbehebbar**en Mängeln Rücktritt und Minderung zu Recht auch vor Gefahrübergang in Betracht: Dies folgt schon aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 323 Abs. 4 (Rn. 382). Denn der Käufer muss nicht den Zeitpunkt nach §§ 446f. abwarten, wenn die Voraussetzungen eines dieser Gestaltungsrechte bereits unverrückbar feststehen.⁹⁷ Die Anwendung des § 320 auf die nach Gefahrübergang erhobene Mängelerinde stellt einen weiteren Fall einer solchen Durchbrechung dar.⁹⁸ Diese Auffassung plädiert nun de lege lata für eine **kleine Lösung**: § 434 sei so zu verstehen, dass der Mangel **spätestens bis zum Gefahrübergang** vorliegen müsse.⁹⁹ Hier wird man konzedieren müssen, dass die Unterschiede zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und der Sachmängelhaftung nicht mehr so dramatisch ausfallen wie nach altem Recht. **Die Abgrenzungsfrage stellt sich jedoch heute unter neuen Vorzeichen.** Das einzelfallbezogene Vorziehen der §§ 434ff. auf den Zeitpunkt vor Gefahrübergang bereitet dabei – sieht man vom gerade erörterten Fall der behebbaren Mängel ab (Rn. 83) – wenig Sorgen. Ein zentrales praktisches Problem liegt jedoch darin, dass die allgemeinen Haftungsinstitute gerade ab Gefahrübergang ausgeschlossen sein müssen. Denn das eigentliche Problem liegt in der mit dem Gewährleistungsrecht seit jeher konkurrierenden **culpa in contrahendo**: Immer schon konnte die Sachmängelhaftung nämlich alternativ zu § 437 als eine **Verkäuferverantwortung für Aufklärungsfehler vor Vertragsschluss** begründet werden und wurde so etwa auch im Gemeinen Recht systematisch eingeordnet (Rn. 465). In zahlreichen Rechtsgebieten (Unternehmenskauf, Rn. 105; Grundstückserwerb, Rn. 473) löst die Haftung aus c.i.c. das Gewährleistungsrecht bereits jetzt weitgehend ab. Fällt der Gefahrübergang als Grenze, ab der Sachmängel abschließend über § 437 liquidiert werden, fehlt der entscheidende Sachgrund, dem Käufer konkurrierende Ersatzansprüche wegen fahrlässiger Fehlinformation über Mängel zu versagen. Die §§ 434ff. könnten daher obsolet werden. Deshalb kann auf die Übergabe nach § 446 Satz 1 (zum Begriff Rn. 487f.) als Zeitpunkt für die Abgrenzung zwischen allgemeinem Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht nicht verzichtet werden.

b) Annahmeverzug und Zurückweisungsrecht

- 85 Nach § 446 Abs. 1 Satz 3 geht die Gefahr auch in dem Zeitpunkt über, in dem der Gläubiger in Annahmeverzug (§§ 293ff.) gerät. Der Annahmeverzug setzt voraus, dass dem Käufer die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird (§ 294):

V hat K das Rennpferd X zum Preis von 4.000 € verkauft. Bei Lieferung verweigert K die Annahme des Pferdes, weil dessen Nüstern mit eitrigem Ausfluss verklebt sind. V behauptet, es handele sich nur um eine leicht zu behandelnde Infektion. K weist das Tier dennoch zurück. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Heilbehandlungskosten sehr hoch sind.

⁹⁷ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 403; Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 194.

⁹⁸ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 403.

⁹⁹ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 429.

Kann sich V nun darauf berufen, die Kosten der Heilbehandlungen stellen einen nach § 439 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 unverhältnismäßigen Aufwand für die Nacherfüllung dar, oder hat K einen Anspruch auf Lieferung des X in gesundem Zustand aus § 433 Abs. 1 Satz 2, dem V nur unter strengeren Voraussetzungen die Einrede aus § 275 Abs. 2 Satz 1 entgegenhalten kann?

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob der Käufer in **Annahmeverzug** geraten ist und daher ein Gefahrübergang nach § 446 Satz 3 vorliegt. Lässt sich dies bejahen, haftet der Verkäufer nur unter den erleichterten Bedingungen des § 439 Abs. 4. Ob die Zurückweisung der Kaufsache durch den Käufer den Annahmeverzug begründet, hängt wiederum davon ab, ob dem Käufer ein **Zurückweisungsrecht** zusteht.¹⁰⁰ Dies bejaht nun vor allem der BGH auf der Grundlage des § 273 Abs. 1.¹⁰¹ Geht man davon aus, muss der Käufer – der Dogmatik des § 273 Abs. 1 im Unterschied zu § 320 entsprechend (Rn. 227a) – das Zurückweisungsrecht durch (konkludente) Erklärung **ausüben**; es wird nicht von Amts wegen berücksichtigt. Nur teilweise wurde zuvor ein Zurückweisungsrecht mit der Begründung verneint, seine Anerkennung führe zu einer Schlechterstellung derjenigen Käufer, die den Mangel nicht erkennen könnten.¹⁰² Die Schlechterstellung dieser Käufer beruht jedoch nicht auf der Anerkennung des Zurückweisungsrechts, sondern allein auf ihren eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten. Nach einer **weiteren Auffassung**, die die §§ 434ff. bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses anwenden will, kommt ein Zurückweisungsrecht nur in Betracht, wenn der Käufer im Rahmen des § 439 Abs. 1 Nachlieferung verlangen kann. Beschränkt sich die Nacherfüllung hingegen auf Nachbesserung, gelangt der Käufer durch die Zurückweisung in Annahmeverzug.¹⁰³ Dagegen sprechen rein praktische Überlegungen, weil der Käufer auch im Falle einer nachbesserungsfähigen Sache uU. seine Rechtsgüter gefährdet, wenn er die Kaufsache nicht zurückweist.

Betreibt K vorliegend eine Stallanlage mit anderen Pferden, muss er bei Aufstallung des gekauften und erkrankten Tieres eine Ansteckung der Tiere mit der unbekannten Krankheit befürchten. Dies gilt auch, wenn diese sich nachträglich als heilbar, dh. als der Nachbesserung zugänglich erweisen sollte.

Immer steht dabei auch das Zurückweisungsrecht unter dem Vorbehalt von **Treu und Glauben** (§ 242). Sind im Rahmen der Nachbesserung nur geringfügige Eingriffe in die Kaufsache erforderlich und droht dem Käufer keine vom Mangel ausgehende Integritätsbeeinträchtigung, darf er nicht auf einem Rücktransport und einer zweiten Anlieferung der Kaufsache bestehen. Eine katego-

¹⁰⁰ Anders noch P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 45, der auch bei Bestehen eines Zurückweisungsrechts von der Begründung eines Annahmeverzugs ausgeht; aA. etwa Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 191; vgl. auch Bachmann AcP 211 (2011) 395, 400.

¹⁰¹ BGH ZIP 2016, 2420, Tz. 28 und Tz. 30ff.

¹⁰² Fahl DRiZ 2004, 58, 61f.

¹⁰³ Ernst, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 189ff.

rische Verneinung des Zurückweisungsrechts bei einer anstehenden Nachbesserung kommt jedoch nicht in Betracht.

- 86 Hinzu tritt ein **Argument aus § 363**: Wer eine ihm als Erfüllung angebotene Sache annimmt, trägt die Beweislast, wenn er die Sache nachträglich nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig ist. Der BGH erweitert den zugrunde liegenden Rechtsgedanken und geht davon aus, dass der Käufer die **Darlegungs- und Beweislast für die den Sachmangel** begründenden Tatsachen trägt, wenn er die Kaufsache entgegennimmt.¹⁰⁴ Die **Gegenauffassung** will dem Käufer zur Vermeidung von Konflikten im Bereich des § 446 Satz 3 die **Annahme der Kaufsache unter Wahrung der eigenen Rechte** gestatten.¹⁰⁵ Dagegen spricht, dass dem Käufer der für ihn nachteilige Gefahrübergang aufgezwungen werden könnte. Hinzu tritt das im vorliegenden Fall bestehende Interesse des Käufers, **seine sonstigen Rechtsgüter** durch Ausübung des Zurückweisungsrechts schützen zu können (hier: Ansteckung der gesunden Tiere durch das kranke).
- 87 Ausgehend von diesen Schutzzwecküberlegungen kann das Zurückweisungsrecht auch nicht generell davon **abhängen**, dass die **Voraussetzungen des Rücktritts** vorliegen (vgl. insbesondere § 323 Abs. 5).¹⁰⁶ Denn bei einem **behebbar**en Mangel ist den Interessen des Verkäufers dadurch gedient, dass das Zurückweisungsrecht nur **vorübergehend**, und zwar solange besteht, bis der Mangel beseitigt ist.¹⁰⁷ Nur beim **unbehebbar**en Mangel, **der im Hinblick auf seine Erheblichkeit unterhalb der Schwelle des § 323 Abs. 5 Satz 2 liegt**, droht ein Wertungswiderspruch: Könnte der Käufer die Sache nämlich auch in einem solchen Fall dauerhaft zurückweisen, würde er im Ergebnis so gestellt, als wäre der Kaufvertrag rückabgewickelt. Dies ist nicht hinnehmbar, wenn der Mangel nicht die in § 323 Abs. 5 Satz 2 vorausgesetzte Größenordnung erreicht. Hier büßt deshalb der Käufer sein Zurückweisungsrecht ein und gerät in Annahmeverzug, wenn ihm der Verkäufer nachvollziehbar vermittelt, dass der Mangel unbehebbar ist.

Im Fall liegen die Voraussetzungen eines Zurückweisungsrechts vor. Deshalb findet kein Gefahrübergang nach § 446 Satz 3 statt und die Modifizierung des Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 1 in den Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 unterbleibt. Gegenüber dem Anspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 kann der Verkäufer sich nur auf § 275 Abs. 2 und nicht auf § 439 Abs. 4 berufen.

- 88 Erleidet die Kaufsache **während des Annahmeverzugs** des Käufers Funktionsbeeinträchtigungen ist das Sachmängelhaftungsrecht nicht anwendbar.

¹⁰⁴ BGH NJW 2009, 1341, Tz. 15; BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299, 2300.

¹⁰⁵ Bachmann AcP 211 (2011) 395, 400; *Lamprecht* ZIP 2002, 1790, 1792.

¹⁰⁶ Offen gelassen in BGH NJW-RR 2010, 1289, Tz. 21; wie hier Staudinger/*Matusche-Beckmann* § 437 Rn. 21; Jauernig/*Berger* § 437 Rn. 29; *Ernst* NJW 1997, 896, 897; *Jud* JuS 2004, 841, 843f.; *Lamprecht* ZIP 2002, 1790.

¹⁰⁷ So im Ergebnis BGH ZIP 2016, 2420, Tz. 30ff.; *Ernst*, in: FS U. Huber, 2006, S. 165, 191; ähnlich *Hofmann/Pammler* ZGS 2004, 293ff.; teilweise aa. *Jansen* ZIP 2002, 877.