

„Schuldrechtsmodernisierung“ in Deutschland*

Heinrich Honsell, Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
- II. Verjährung
- III. Leistungsstörungen
- IV. Kaufrecht
- V. Ausblick

I. Allgemeines

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das zum 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist, bringt die tiefgreifendsten Änderungen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner 100-jährigen Geschichte. Der Gesetzgeber hat die wissenschaftliche Diskussion weitgehend ignoriert und das Gesetz unter großem Zeitdruck „durchgepaukt“. Man muss kein Prophet sein, um vorauszusagen, dass das Ministerium mit seiner „Bastelarbeit“¹ das BGB in eine Dauerbaustelle verwandelt hat, denn bei der heutigen gesetzgeberischen Sorgfalt und Qualität ist immer die letzte Novelle nur wegen der vorletzten notwendig. Schon Montesquieu² hat davor gewarnt, dass eine schlechte Gesetzgebung stets neue Gesetze nach sich zieht. Auch der um sich greifende Perfektionismus und Pointilismus, der die Normierung immer neuer Details erstrebt, macht eine dauernde Anpassung und Korrektur der Gesetze notwendig.

Viele der Neuerungen sind in schlechtem und schwer verständlichem Stil geschrieben, überlang und unklar. § 309 BGB z.B., der die erhellende Überschrift trägt "Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit"³, erstreckt sich in der Gesetzessammlung „Schönfelder“ über nicht weniger als vier Seiten. Auch wer von Jurisprudenz keine Ahnung hat, erkennt die neu eingefügten Paragraphen leicht an ihrer unklaren und geschwätzigen Sprache, die deutlich zu dem klaren und präzisen Stil des BGB kontrastiert, an überlangen Sätzen, wortreichen und doch unvollständigen Definitionen, sinnloser Anhäufung von Adjektiven usw. Es ist nicht

* Ich widme diesen Beitrag dem Freund und Kollegen Jean Nicola Druey zum 65. Geburtstag.

¹ Der Spiegel Nr. 4 (2002) 31.

² Cahiers (Nachdruck 1941) 119 f.: "Une mauvaise loi oblige toujours le législateur à en faire beaucoup d'autres souvent très mauvaise aussi, pour en éviter le mauvais effets ou du moins pour remplir l'objet de la première".

³ Die stammt allerdings schon aus dem AGBG.

ohne unfreiwillige Ironie, wenn die Bundesjustizministerin⁴ behauptet, das BGB sei jetzt „leichter lesbar“.

Das schlechte Niveau und die unüberschaubare Zahl der Gesetze in den modernen Demokratien ist oft beklagt worden⁵. Betrachtet man diese Massenproduktion mit jährlich vielen Tausend Seiten Bundesgesetzblatt, so ist man an den warnenden Ausspruch des Tacitus⁶ erinnert: *Corruptissima res publica, plurimae leges* – je korrupter der Staat, umso mehr Gesetze. Natürlich zieht heute niemand aus der Vielzahl der Gesetze den Schluss, ein Staat sei korrupt. Doch erschwert die Gesetzesflut die Gesetzeskenntnis der Bürger oder macht sie gar unmöglich. Das wirft ein schlechtes Licht auf die immer noch aufrecht erhaltene Fiktion, dass der Bürger die Gesetze kennen muss. Schon Friedrich Carl von Savigny hat vor der Gesetzesflut gewarnt: "Was dagegen das Recht in der Tat um alles feste Bestehen bringt, ist gerade die Liebhaberei zum Gesetzgeben"⁷. Von klaren und einfachen Gesetzen hält der heutige Gesetzgeber nichts. Savigny hätte dem heutigen Gesetzgeber schwerlich einen "Beruf zur Gesetzgebung" attestiert. Die Einfachheit war seit der Antike das Ideal der Gesetzgebung. Justinian hat sie eine Freundin der Gesetze genannt: *Simplicitas amica legum*. Die Utopia des Thomas Morus beginnt mit dem Satz: *Legem habent perquam paucas: ipsi vero censunt iniquissimum, ullos homines his obligari legibus, que aut numero siore sunt, quam ut per legi queant, aut obscuriores, quam ut a quovis possunt intelligi*⁸. Gesetze haben sie (die Bürger von Utopia) ganz wenige, sie halten es für äußerst unbillig, die Menschen durch Gesetze zu binden, die entweder zu zahlreich sind, als dass man sie lesen oder zu unklar, als dass man sie verstehen könnte.

Insbesondere die EU-Gesetzgebung – die jetzt auch ins BGB Einzug hält – hat sich in ein völlig unübersichtliches Regelungslabyrinth verstrickt. Daher werden jetzt im Internet konsolidierte Fassungen angeboten. Paradigmatisch sind die endlosen Verordnungen und Richtlinien der Brüsseler Bürokratie, welche die Suchmaschinen von Eurolex oder Celex über Bananen, Traktoren oder Karamelbonbons (oder was immer) ausspucken. Meist geht es um die Änderung der Änderung der Änderung. Die Verantwortlichkeit für diese Publikation wird natürlich durch einen disclaimer ausgeschlossen. Der Gesetzgeber kann sich in der Tat

⁴ Herta Däubler-Gmelin auf der Homepage des Ministeriums:
<http://www.bmj.bund.de/frames/ger/themen/wirtschaft_und_recht/10000488/index.html?sid=5415c5ae63a2d056e2fd73ef8d74301c>.

⁵ Vgl. z.B. HONSELL, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1987; MAYER-MALY, *Rechtskenntnis und Gesetzesflut* (1969).

⁶ *Annalen* 3, 27.

⁷ *Vermischte Schriften* (1850) 170, in einer Rezension von GÖRNER, über Gesetzgebung.

⁸ THOMAS MORUS, *Utopia* (Nachdruck 1963).

keineswegs sicher sein, dass seine Wegweiser durch das Labyrinth richtig und vollständig sind. Es handelt sich um einen typischen Fall von Desinformation durch Überinformation.

Die EU-Kommission hat den punktuellen Ansatz des Verbraucherschutzes, der eine Wahlkampfverfälschung des US-Präsidenten Kennedy war („we are all consumers“), im Vertragsrecht in zahlreichen Richtlinien verwirklicht. Diese sind nun ins BGB integriert, was auf eine weitgehende „Regulierung“ unter Aufgabe der Privatautonomie hinausläuft. Neben allen materiellen Einwänden besteht auch ein formeller: Die EU hat im Bereich des Konsumentenschutzes in Wahrheit keine Richtlinien-Kompetenz. Zwar strebt die Gemeinschaft nach Art. 153 Abs. 1 und 3 EGV für den Verbraucherschutz ein "hohes Schutzniveau" an. Dies kann sie durch allerlei Maßnahmen und auch durch Verordnungen erreichen. Eine Richtlinienkompetenz nach Art. 95 EGV hat sie hingegen nur, wenn die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften zu Hindernissen für den Handel oder zu (nicht nur geringfügigen) Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen. Beides ist beim Konsumentenschutz nicht der Fall. Nach der Entscheidung des EuGH zur Tabakwerber-Richtlinie⁹ sind Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 95 EGV nur zulässig, wenn sie den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern: "Die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen reicht nicht aus, um die Gemeinschaftskompetenz auf der Grundlage von Art. 95 zu rechtfertigen". Ein weiterer formeller Einwand geht dahin, dass die detailversessenen Bürokraten in Brüssel permanent den Charakter der Richtlinie verkennen, welche sich auf Grundsatz- und Rahmenregelungen beschränken müsste.

Anstatt sich gegen die Kompetenzüberschreitung durch Brüssel zur Wehr zu setzen, was mittels befristeter Anfechtungsklage möglich gewesen wäre, integriert der deutsche Gesetzgeber die undurchdachten und meist in miserablen Brüssler Neudeutsch verfassten Richtlinien ins BGB.

Im Einzelnen handelt es sich um die Umsetzung der EU-Richtlinie 1999/44 v. 25. 5. 1999¹⁰ über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien (VerbrGK-RiL),¹¹ in §§ 434 ff. 474 ff.; des

⁹ EuGH JZ 2001, 32 mit Anmerkungen von GÖTZ; kritisch vor allem W.-H. ROTH in: ERNST/ZIMMERMANN (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 225, 231; ders. in: Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 589; EHMANN/RUST JZ 1999, 853 f.; K. A. SACHSEN GESSAPHE RIW 2001, 721, 735.

¹⁰ ABL.EG Nr. L 171 S. 12; abgedruckt auch in ZIP 1996, 1845; dazu SCHLECHTRIEM JZ 1997, 441; ders. ZSR 1999, 339; MEDICUS ZIP 1996, 1925; HONDIUS ZEuP 1997, 130; MICKLITZ EuZW 1997, 229; SCHMIDT-RÄNTSCH ZIP 1998, 849; RIEGER VuR 1999, 287; STAUDENMAYER NJW 1999, 2393; SCHÄFER/PFEIFFER ZIP 1999, 1829; EHMANN/RUST JZ 1999, 853; TONNER BB 1999, 1769; ERNST/GSELL ZIP 2000, 1410;

Weiteren finden wir Vorschriften über „Teilzeit-Wohnrechteverträge“ (sic!) in § 481ff., Verbraucherkredit (§§ 491 ff.), Haustürgeschäfte (§§ 312 f.), Fernabsatzverträge (§§ 312b ff) und über elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312e). Auch das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen wurde ins BGB integriert. (§§ 305 ff.). Last but not least wurden die Vorschläge der Schuldrechtskommission aus den achtziger Jahren wieder aufgegriffen und das Verjährungs- und Leistungsstörungenrecht reformiert. Im Folgenden greife ich die wichtigsten Neuregelungen heraus.

II. Verjährung

Im Bereich des Verjährungsrechts gab es eigentlich nur zwei Desiderata an den Gesetzgeber: Die Regelverjährung von § 195 BGB war mit 30 Jahren viel zu lang. Die Verjährung im Sachmängelrecht war mit 6 Monaten (§ 477 BGB) zu kurz. Zunächst hatte der Gesetzgeber die glorreiche Idee, beide Fristen durch Zusammenziehung auf drei Jahre zu vereinheitlichen¹². Da eine Regelverjährung von drei Jahren viel zu kurz ist, andererseits eine Sachmängelverjährung von drei Jahren viel zu lang, erhob sich lebhaft Kritik¹³. Der Gesetzgeber senkte daraufhin die Verjährungsfrist im Sachmängelrecht auf zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und beließ die Regelverjährung nur scheinbar bei drei Jahren (§ 195 BGB), indem er hieraus eine relative Frist gemacht und in § 199 Abs. 1 Nr. 3 und 4 eine absolute Zehnjahresfrist für Schadensersatz und sonstige Ansprüche normiert hat.

Gemeint ist mit dieser wirren Regelung Folgendes: Die grundsätzliche Dreijahresfrist des § 195 soll eine relative Frist sein, die erst zu laufen beginnt, wenn der Anspruchsberechtigte Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände und der Person des Schuldners hat oder wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht. Ohne Rücksicht auf diese Kenntnis gilt eine absolute Frist von zehn Jahren und in den Fällen von § 197 und 199 Abs. 2 von dreißig Jahren¹⁴. Die Neuregelung, die teilweise auf Vorschlägen von Reinhard Zimmermann¹⁵ beruht, ist ein Lehrstück, wie man eine einfache Sache völlig verwirren kann. Inhaltlich ist zu

GSELL JZ 2001, 65.; s. ferner den Sammelband GRUNDMANN/MEDICUS/ROLAND, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts (2001) mit Beiträgen von MEDICUS, ERNST, FLESSNER, WESTERMANN u.a.

¹¹ Deren Übernahme auch in der Schweiz diskutiert wird; kritisch dazu HONSELL/PIETRUSZAK, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771.

¹² Vgl. dazu die Kritik von HONSELL JZ 2001, 18, 19 ff.

¹³ Vgl. z.B. HONSELL JZ 2001, 18; EIDENMÜLLEER JZ 2001, 283; ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST JZ 2001, 684.

¹⁴ Die Regelung ist ausgesprochen verwirrend. Vor allem versteht man nicht, warum die dreißigjährige Frist teilweise in § 197, teilweise in § 199 Abs. 2 geregelt ist.

beanstanden, dass relative Fristen nur im Deliktsrecht sinnvoll sind. Nur hier kann man sagen, dass der Schuldner in zumutbarer Weise erst tätig werden kann, wenn er Kenntnis hat vom Schaden und vom Schädiger. Bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen oder gesetzlichen Rückgewähransprüchen macht die relative Frist keinen Sinn, sondern führt nur zu Streit und Unklarheit. Das alte BGB trug dem Rechnung, indem es eine relative Frist nur im Deliktsrecht kannte (§ 852 Abs. 1 BGB a.F.). Das schweizerische Obligationenrecht kennt relative Fristen im Deliktsrecht (Art. 60 OR) und im Bereicherungsrecht (Art. 67 OR). Die Schwierigkeiten der relativen Frist im Bereicherungsrecht haben das Bundesgericht dazu bewogen, das Bereicherungsrecht durch andere Rückgewähransprüche mehr oder weniger zurückzudrängen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich die Frage, wann z.B. ein Kondiktionsgläubiger Kenntnis vom Bereicherungsanspruch hat, offenbar nicht hinreichend überlegt. Genügt Kenntnis eines Nichtigkeitsgrundes? Ist ein Rechtsirrtum beachtlich? (usw.). Namentlich die grobfahrlässige Unkenntnis – die der Kenntnis gleichgestellt wird und daher für den Beginn des Fristenlaufes ebenfalls ausreicht – ist ein Einfallstor für Streitigkeiten, welchen das Institut der Verjährung im Interesse der Rechtsklarheit gerade einen Riegel vorschieben will.

Es gibt noch weitere Ungereimtheiten im Verjährungsrecht, die hier nicht alle aufgezählt werden können. Nur einige Beispiele: Die dreißigjährige Verjährung der Vindikation (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB) ist verfehlt¹⁶. Nach richtiger Ansicht verjährt die Vindikation überhaupt nicht. Sie entfällt jedoch mit Ersitzung des Eigentums durch einen Dritten. Der Gesetzgeber, der die gemeinsamen Wurzeln von Extinktiv- und Aquisitiv-Verjährung nicht mehr kennt, kann diese Zusammenhänge nicht durchschauen. In Deutschland führt die Verjährung der Vindikation, die schon vor der Novellierung von der h. L. vertreten wurde, dazu, dass auch der bösgläubige Dieb oder Erwerber arisierten Gutes die Sache behalten darf, obwohl er nicht Eigentümer geworden ist. Die meisten anderen Länder kennen diese Lösung nicht und schon die römischen Zwölftafeln haben die Ersitzung einer gestohlenen Sache abgelehnt. Aber der deutsche Gesetzgeber kümmert sich weder um Rechtsvergleichung, noch um Rechtsgeschichte.

Eher willkürlich erscheinen die Änderungen bei Hemmung und Unterbrechung (jetzt: „Neubeginn“ § 12) der Verjährung. Die alte Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung (§ 209 a.F.) ist neu Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung (§ 204). Die bisherigen 5 Unterbrechungsfälle sind auf 14 erweitert und die Vorschrift ist ungefähr fünfmal so lang. Unter den Neuerungen finden sich bleischwere und syntaktisch

¹⁵ JZ 2000, 853 ff.; s. auch ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST JZ 2001, 684.

missglückte Schachtelsätze mit nachhinkendem Verbum wie: [Die Verjährung wird gehemmt durch] ... „4. die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, eingereicht ist“. Unnötig subtil und kompliziert ist z.B. „14. die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe“. Bestehen bleibt die Unterbrechung, die jetzt Neubeginn heißt, nach § 212 bei Anerkennung und bei gerichtlichen Vollstreckungshandlungen, wobei die Differenzierung wenig einleuchtet, dass letztere unterbrechen, während die darauf gerichteten Parteiaktionen nach § 204 Nr. 1 nur hemmen. Man fragt sich bange, wie viele Fehler passieren werden, bis sich diese willkürlichen Neuerungen in die letzten Winkel der Republik herumgesprochen hat.

Ein anderes Beispiel ist das Festhalten am zwingenden Charakter der Verjährung. Ebenso wie nach § 225 BGB a.F. kann auch nach § 202 Abs. 1 im Voraus nicht auf die Verjährung verzichtet werden. Dies ist im Hinblick auf die verbreitete Übung eines befristeten Einredeverzichts unverständlich. Der Einredeverzicht dient gerade der Vermeidung unnötiger Prozesse, die nur zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung erhoben werden müssten. Es wird also auch in Zukunft bei dem atavistischen Konstrukt der Judikatur bleiben, dass der Einredeverzicht zwar unwirksam ist, die Berufung hierauf aber an der Replik des Rechtsmissbrauchs scheitert¹⁷. Eine undurchdachte ratio legis beeinträchtigt die Rechtssicherheit.

III. Leistungsstörungen

Das Leistungsstörungsrecht ist der am ehesten gelungene Teil der Reform.

Der Entwurf hatte zunächst die Unmöglichkeit ganz beseitigt; sie wurde jedoch auf Protest der Wissenschaft wieder ins Gesetz aufgenommen.

Die prominente Stellung der Unmöglichkeit im alten BGB beruhte u.a. auf den Arbeiten Friedrich Mommsens, der im 19. Jahrhundert Werke über Unmöglichkeit und Verzug und über das Interesse verfasst hatte. Die zentrale Stellung der Unmöglichkeit im BGB war von Anfang an kurios, denn Fälle der Unmöglichkeit sind selten. Schon in Rom handelte es sich meist um Schulbeispiele, wie hippocentaurum dari (usw.). Das Pendel schlägt jedoch zu weit

¹⁶ Wie hier SIEHR ZRP 2001, 346 ff.

in die Gegenrichtung, wollte man die Unmöglichkeit ganz abschaffen. Beseitigt hat man jedoch den Unterschied zwischen nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit und namentlich den alten Satz des Celsus (Dig. 50.17.185): *Impossibilium nulla obligatio*: Die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung ist nichtig, § 306 a.F.). Dies vor allem deshalb, weil auch beim unmöglichen Vertrag wegen einer Pflichtverletzung die sekundäre Schadenersatzpflicht eintreten kann (vgl. § 280, 283 BGB)¹⁸, die über das negative Interesse von § 307 a.F. hinausgeht. Das ist lange bekannt. § 306 a.F. enthielt eine problematische Verallgemeinerung, denn der Satz galt bei den Römern nur für die Stipulation einer nicht existenten Sache und obendrein gab es den Ausnahmefall der *perputatio obligationis*.

Positiv zu beurteilen ist die Reform von § 326 BGB a.F. Nach der Neufassung können Schadenersatz und Rücktritt kombiniert werden¹⁹. Der Kern der Reform besteht aber in der Schaffung eines einheitlichen Leistungsstörungenrechtes unter Aufgabe des mehr als 2000 Jahre alten ädilizischen Sachmängelrechts. Die aus dem römischen Recht stammende Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung ist ein historisches Zufallsprodukt, das lediglich darauf beruhte, dass für den Kauf im Allgemeinen der Prätor, für bestimmte Fälle des Marktkaufes hingegen die kurulischen Ädilen zuständig waren²⁰. Die Komplikationen, die sich insbesondere aus diesem Nebeneinander ergaben, haben im Laufe der Jahrhunderte nicht wenig Kopfzerbrechen bereitet. Der Gewinn besteht vor allem im Wegfall zahlloser Abgrenzungsschwierigkeiten und Streitfragen der Sachmängelgewährleistung. Allerdings ist dem Gesetzgeber trotz aller Bemühungen eine klare Trennung von Schadenersatz und Gewährleistung namentlich im Hinblick auf die Verjährung wiederum nicht gelungen. Einerseits bestehen die drei- bzw. dreißigjährigen Fristen von § 196, 197 und 199 und die dreijährige Frist ist eine relative kombiniert mit einer absoluten von 10 Jahren (§ 199 Abs. 4 BGB). Andererseits verjähren Mängelansprüche nach § 438 absolut in zwei bzw. fünf Jahren ab Übergabe bzw. Ablieferung. Nach der Definition von § 437 Nr. 3 BGB gehört der Schadenersatz nach den §§ 280, 281, 283 BGB usw. zu den Mängelrechten. Systemwidrig werden der gewährleistungsrechtlichen Verjährung nicht nur die Gewährleistungsansprüche im engeren Sinn (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Mangelschäden) unterstellt, sondern auch die Mangelfolgeschäden. Ohne erkennbaren Grund hat der Gesetzgeber damit die Differenzierung zwischen verschuldensunabhängiger

¹⁷ So die Rechtsprechung; dazu s. HONSELL VersR 1975, 104.

¹⁸ Näher dazu CANARIS ZRP 2001, 329, 330 ff., der die endgültige Fassung maßgeblich beeinflusst hat; vgl. aber auch ALTMEPPEN, Der Betrieb 2001, und dazu wiederum CANARIS, Der Betrieb 2001, 1815; Replik von ALTMEPPEN, Der Betrieb 2001, 1821; s. ferner U. HUBER ZIP 2000, 2137, 2273.

¹⁹ HONSELL JZ 2001, 19; CANARIS ZRP 2001, 333.

²⁰ Dazu näher HONSELL, Von den ädilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, GS Kunkel (1984) 53.

Risikohaftung (mit kurzer Verjährung) und Verschuldenshaftung (mit längerer Verjährung) aufgegeben. Allerdings folgt er damit der alten verfehlten Rechtsprechung, welche auch auf den Anspruch aus positiver Vertragsverletzung die kurze Verjährung von § 477 BGB angewandt hatte²¹. Heute besteht der Unterschied nicht etwa in den zwei Jahren von § 438 BGB bzw. den drei von § 196, sondern in dem Umstand, dass die Dreijahresfrist eine relative ist. Ohne Kenntnis bzw. grobfahrlässiger Unkenntnis beträgt die (absolute) Verjährungsfrist 10 Jahre (§ 199 Abs. 4 BGB). Lässt man die an sich problematische relative (dazu oben) einmal beiseite, so verjähren verschuldete Sachschäden in zehn, Personenschäden in dreißig Jahren und dies unabhängig, ob es sich um einen deliktischen oder vertraglichen Anspruch handelt. Nur wenn die Schädigung durch Lieferung einer mangelhaften Sache erfolgt, gilt die absolute Zweijahresfrist von § 438 BGB. Diese nicht einleuchtende Unterscheidung ist vom Schrifttum zu Recht kritisiert worden²². In der Entwurfsbegründung²³ findet sich dazu nur die Behauptung: "Es wäre nicht sinnvoll, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche einem unterschiedlichen Verjährungsregime zu unterwerfen". Richtig ist demgegenüber nur, dass – wie im schweizerischen Recht gemäß § 208 Abs. 2 OR – der sog. Mangelschaden verschuldensunabhängig zu ersetzen und dem gesamten Regime der Gewährleistung zu unterstellen ist, welches auch für Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung gilt. Der Mangelfolgeschaden, der an anderen Rechtsgütern entsteht, ist hingegen nur bei Verschulden zu ersetzen, einerlei ob dies in der Lieferung einer mangelhaften Sache oder in einer sonstigen Sorgfaltspflichtverletzung besteht.

IV. Kaufrecht

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das gesamte Sachmängelrecht unter teilweiser Übernahme der Regelung der Richtlinie neu geordnet, und zwar nicht systematisch, aber sachlich in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert. Vieles, was die Richtlinie vorschreibt, wird generell für das Sachmängelrecht des BGB eingeführt. Das gilt namentlich für den Fehlerbegriff, für den Abschied von der Zusicherung, für die Nacherfüllung nach Wahl des Käufers (usw.). Die Verallgemeinerung der EU-Richtlinie schlägt bis in das

²¹ Vgl. z.B. BGHZ 77, 215. Die Diskrepanz zum alten Recht war freilich noch größer, weil die Alternative sechs Monate (§ 477 BGB) oder dreißig Jahre (§ 195 BGB) lautete. S. zu dieser alten strittigen Rechtslage STAUDINGER/HONSELL Komm. BGB § 477 N 19 m.w.N.

²² ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST JZ 2001, 684, 689; EIDENMÜLLER JZ 2001, 285; CANARIS ZRP 2001, 329, 335 f.

²³ BT Drucksache 14/1640, 229.

Handelsrecht durch, denn das BGB gilt (subsidiär) auch für den Handelskauf. Zum Beispiel hat der Käufer jetzt sogar beim beiderseitigen Handelskauf ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung. Das ist eine sinnlose Neuerung. Den Verbrauchsgüterkauf zum allgemeinen Modell machen, heißt, die Dinge auf den Kopf stellen. Auch der Abstand zum UN-Kaufrecht, das nicht nur die Nachlieferung, sondern auch die Rückgängigmachung des Vertrages im internationalen Verkehr nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung zulässt²⁴, wird auf diese Weise noch vergrößert.

Die Verbrauchsgüterkauf-RiL gilt nicht etwa nur für Konsumgüter, sondern für jeden Verbraucherkauf.

§ 434 -RiL zählt nicht weniger als 224 Worte. Im Vergleich dazu kam § 459 BGB mit 75 aus. Zu monieren ist aber nicht nur die Weitschweifig- und Geschwätzigkeit, sondern auch die stilistische und inhaltliche Unklarheit. „Undeutlich oder schlecht schreiben, heißt dumpf oder konfus denken“, hat Schopenhauer²⁵ einmal gesagt. Der Leser möge selber den alten und neuen Text vergleichen:

§ 434

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst

2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

§ 459 a.F.

²⁴ Art. 25, 46, 49 Abs. 1 lit. a ZISG.

²⁵ Über Schriftstellerei und Stil (Inselbücherei Nr. 55) 27 f.

(1) Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

(2) Der Verkäufer haftet auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

Man kann nicht sagen, dass der größere Wortreichtum mit mehr Klarheit verbunden sei.

Was sind „Eigenschaften, die der Käufer ... bei der Kennzeichnung über konkrete *Eigenschaften* [Hervorhebung hinzugefügt] erwarten kann“? Immer noch missglückt ist die sog. IKEA-Klausel in Abs. 2. Zwar hat man die schlimmsten anfänglichen Mängel beseitigt und auch das Wortungetüm „Zusammenbauanleitung“ durch Montageanleitung ersetzt. Unverständlich bleibt aber, warum das Gesetz den viel häufigeren Fall der fehlerhaften Gebrauchs- oder Installationsanweisung nicht allgemein geregelt hat?²⁶

Da der Entwurf die meisten Regeln der Richtlinie generell für den Kaufvertrag einführt, bleiben für den Verbrauchsgüterkauf nur wenige Sondervorschriften (§ 474-476 BGB). Hierher gehört das Verbot eines Ausschlusses oder der Beschränkung der Gewährleistung. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs ist das Gewährleistungsrecht (§§ 433-435, 437, 439-443 BGB) zwingend. Nicht sachgerecht ist, dass dies auch für gebrauchte Sachen gilt. Der Ausschluss der Gewährleistung kann beim Verkauf gebrauchter Sachen geradezu ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft sein²⁷. Quasi zur Kompensation kann bei gebrauchten Sachen die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden (§ 475 Abs. 2).

§ 476 normiert eine Beweislastumkehr: Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten ein Mangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

Die sechsmonatige Verjährung des ädilizischen Sachmängelrechts, die ein wesentlicher Stein des Anstoßes war, galt im römischen Recht nur für Lebewesen (Sklaven und Zugtiere), bei denen das Veränderungsrisiko relativ groß ist, was kürzere Fristen rechtfertigt. Im alten deutschen Viehmängelrecht betrug die Frist nur sechs Wochen und in der Schweiz überhaupt nur neun Tage. Heute kann, wer in der Zoohandlung ein Meerschweinchen kauft, dieses zwei Jahre lang zurückgeben, wenn er einen Mangel entdeckt. Der Gesetzgeber ist zwar von seinem ursprünglichen Plan einer Dreijahresfrist abgerückt²⁸. Auch zwei Jahre sind aber gerade beim Kauf von Konsumgütern mit kurzer Lebensdauer noch viel zu lang. Der

²⁶ Wenn man eine Sondervorschrift überhaupt für notwendig hält. Unbefangen handelt es sich in allen Fällen um Beratungs- bzw. Instruktionspflichten, die schon unter § 280 fallen.

²⁷ Vgl. BGH NJW 1978, 261; STAUDINGER/HONSELL Komm. BGB § 476 N 17.

²⁸ Kritisch zu dieser HONSELL JZ 2001, 18, 21.

Gesetzgeber hat sich nicht mit der ratio legis der kurzen Gewährleistungsfristen auseinandergesetzt, die sich nicht wie bei den übrigen Verjährungsfristen im Aspekt des Rechtsfriedens und der Beweisschwierigkeiten infolge der "verdunkelnden Macht der Zeit" erschöpft. Hier kommt als weiterer Grund das Risiko einer Verschlechterung der Sache beim Käufer hinzu. Auch eine Untersuchungs- und Rügelast ist nicht vorgesehen. § 441 Satz 2 des Diskussionsentwurfs enthielt noch eine Zweimonatsfrist ab Kenntnis des Mangels. Von der in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit einer Rügeobliegenheit hat also der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Auch dies ist eine gesetzgeberische Fehlleistung. Theoretisch kann der Käufer die Sache nach Entdeckung des Mangels zwei Jahre lang weiter benutzen und erst kurz vor Ablauf der Verjährung den Rücktritt erklären. Die Rechtsprechung wird derartigen Missbräuchen mit Treu und Glauben, Verwirkung und Rechtsmissbrauch gegensteuern müssen.

Der eigentliche Fehler der Neuregelung ist der, dass eine unterschiedslose Einheitsfrist für alle beweglichen Sachen nicht passend ist. Die Rechtsklarheit wäre durch drei verschiedene Fristen von z.B. sechs Monaten, einem Jahr und zwei Jahren, für Lebensmittel (usw.), kurzlebige und langlebige Gebrauchsgüter keineswegs beeinträchtigt worden.

Werfen wir noch einen kurzen Blick auf die Rechtsfolgen. Von der Nacherfüllung war bereits die Rede. Die Wandlung ändert im Wesentlichen ihren Namen, sie heißt jetzt Rücktritt (§ 438 Nr. 2, 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB). Bei der Minderung hat sich der Gesetzgeber nach einer zunächst gänzlich verunglückten Bestimmung im § 439²⁹ Abs. 3 des Entwurfs für die Beibehaltung der bisherigen Proportionalrechnung entschieden (vgl. § 441 Abs. 3 BGB).

Ein ausgesprochenes Ärgernis ist die Neuregelung der Wirkungen des Rücktritts in § 346 Abs. 2 Nr. 3. Nach § 350 BGB a.F. (ebenso Art. 207 OR) war der Rücktritt trotz Untergangs möglich. Richtig lassen demgegenüber die romanischen Rechte den Rücktritt nur zu, wenn der Untergang eine Folge des Mangels war, nicht hingegen bei zufälligem Untergang³⁰. Das ist eine sachgerechte Einschränkung des verfehlten gemeinrechtlichen Prinzips mortuus redibetur³¹, wie es im deutschen und schweizerischen Recht verankert ist. Diese Lösung beachtet das Fehlen eines Kausalzusammenhangs zwischen Mangel und zufälligem Untergang: Die Sache wäre auch in mangelfreiem Zustand im Risikobereich des Käufers untergegangen. Es fehlt daher ein innerer Grund, dem Verkäufer die Gefahr aufzuerlegen³². Den mangelbedingten Minderwert erhält der Käufer auch nach Untergang über die

²⁹ Kritisch dazu namentlich HONSELL JZ 2001, 278, 281 f.; CANARIS ZRP 329, 335; GEIER ZRP 2001, 336 ff.

³⁰ Art. 1547 Code civil, Art. 1492 Codice civile, Art. 1486-1488 Código civil.

³¹ S. dazu die gleichnamigen Beiträge von v. CAEMMERER FS Larenz (1973), LEDERLE (1983) und MADER SZ 101 (1984) 206 ff.

³² Näheres bei HONSELL MDR 1970, 719; ders. JZ 2001, 278, 281.

Minderung. Dann hat er bekommen, was ihm jenseits der Einstandspflicht für den eigenen Gefahrenkreis zusteht. Das Kausalitätsargument erscheint überzeugender als die Behauptung, es dürfe dem Verkäufer einer mangelhaften Sache nicht möglich sein, die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen³³. Nach der Neuregelung ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen, der Rücktrittsberechtigte ist aber grundsätzlich zum Wertersatz verpflichtet. Beim Kauf können also die beiden Rückgewähransprüche verrechnet werden, was auf einen Ausschluss einer (einseitigen) Rückforderung des Preises zu Lasten des Verkäufers hinausläuft. Leider wird diese sachgerechte Gefahrtragungsregel für den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung in § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB praktisch wieder vollständig zurückgenommen. Nach dieser Vorschrift entfällt der Wertersatz, wenn die Sache trotz eigenüblicher Sorgfalt (§ 277 BGB) des Rücktrittsberechtigten untergegangen oder verschlechtert worden ist. Anders ausgedrückt: Selbst wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang der Sache fahrlässig herbeigeführt hat, ist die Kaufpreisrückforderung (ohne gleichzeitigen Wertersatz) zulässig. Diese Regelung geht in der verkehrten Richtung noch weit über das BGB hinaus. Anstatt dem Käufer sachgerecht das Risiko des Untergangs in seiner eigenen Herrschaftssphäre aufzuerlegen, wird er auch noch von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit befreit. Die amtliche Begründung schweigt sich über die Motive dieser verfehlten Regelung aus.

V. Ausblick

Das BGB – einerlei, ob man es für ein Kulturdenkmal³⁴ hält oder nicht – eignet sich nicht für eine Implementierung ephemerer politischer Moden und sollte vor allem nicht durch eine nach Inhalt, Stil und Technik unausgereifte und unsystematische Novellierungsgesetzgebung kontaminiert werden.

Aber es geht nicht nur um das BGB, sondern um die Qualität juristischer Tätigkeit in der Rechtsanwendung, welche infolge qualitativ minderwertiger Überregulierung zusehends verarmt und täglich steriler wird.

³³ So z.B. U. HUBER JZ 1987, 654; zustimmend HAGER in: ERNST/ZIMMERMANN, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 440.

³⁴ FLUME ZIP 2000, 1427, 1429.