

Benno Ziegler^{*)}/Markus S. Rieder^{**)}

Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Seit dem 9. 5. 2001 liegt der Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vor (nachfolgend: RE),¹⁾ der aller Voraussicht nach im Wesentlichen unverändert zum 1. 1. 2002 in Kraft treten wird.²⁾ Der RE nimmt die Pflicht zur Umsetzung verschiedener EG-Richtlinien³⁾ zum Anlass, das deutsche Schuldrecht weitgehend auf Grundlage der Ergebnisse der sog. Schuldrechtskommission zu überarbeiten. Der schiere Umfang des Gesetzesvorhabens⁴⁾ und die Kürze der für die Umstellung verbleibenden Zeit lassen eine frühzeitige Befassung mit der Materie ratsam erscheinen. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf den aus dem RE resultierenden Gestaltungsbedarf. Sie wenden sich an den praktisch tätigen Juristen und Unternehmer und wollen frühzeitig eine erste und notwendigerweise überblicksartige und vorläufige Handreichung für notwendige oder zweckmäßige Veränderungen in Verträgen, aber auch Betriebsabläufen geben.⁵⁾ Der Beitrag setzt Grundkenntnisse des Gesetzesvorhabens voraus.⁶⁾ Erörtert werden das allgemeine Schuldrecht (I), das Kaufrecht (II), das Werkvertragsrecht (III) sowie das Verjährungsrecht (IV).⁷⁾ Die wesentlichen Ergebnisse werden abschließend zusammengefasst (V).

I. Allgemeines Schuldrecht

In Art. 229 § 4 EGBGB-RE ist vorgesehen, das bisherige Recht nur noch auf vor dem 1. 1. 2002 entstandene Schuldverhältnisse anzuwenden (nachfolgend: bestehende Schuldverhältnisse); das neue Recht soll für Schuldverhältnisse gelten, die ab dem 1. 1. 2002 entstehen werden (nachfolgend: neue Schuldverhältnisse). Für Dauerschuldverhältnisse gilt das bisherige Recht bis zum 31. 12. 2002 weiter, wenn es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt, die vor dem 1. 1. 2002 entstanden sind. Ab dem 1. 1. 2003 gilt das neue Recht auch für bestehende Dauerschuldverhältnisse. Dauerschuldverhältnisse, die ab dem 1. 1. 2002 entstehen, unterliegen sofort dem neuen Recht. Nachfolgend wird der Gestaltungsbedarf sowohl für neue (1) wie auch bestehende (2) Schuldverhältnisse aufgezeigt.

1. Gestaltungsbedarf bei neuen Schuldverhältnissen

1.1 Überblick

Im allgemeinen Schuldrecht sind die dogmatischen und theoretischen Umwälzungen des geltenden Rechts am größten, der Gestaltungsbedarf in der Praxis dagegen – mit einer Ausnahme (dazu sogleich 1.2) – eher punktuell, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden. Der RE integriert die praxter legem entwickelten Rechtsinstitute culpa in contrahendo, positive Forderungsverletzung und Wegfall der Geschäftsgrundlage in das geschriebene Schuldrecht,⁸⁾ übernimmt meh-

1) Abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de>, ferner BT-Drucks. 14/6040 vom 14. 5. 2001. Vorausgegangen war ein im August 2000 auf der zitierten Internetseite veröffentlichter sog. Diskussionsentwurf (DE) (Gesetzestext auch abgedruckt bei Peters/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 613), der in den ersten Monaten des Jahres 2001 von einer vom Bundesjustizministerium einberufenen Bund-Länder-Arbeitsgruppe aus Wissenschaftlern und Praktikern und einer weiteren Kommission von Rechtswissenschaftlern speziell für das allgemeine Leistungsstörungenrecht überarbeitet wurde. Das Ergebnis der Arbeit dieser Kommission hat sich das Bundesjustizministerium weitgehend zu Eigen gemacht und im vorliegenden Regierungsentwurf verarbeitet. Einzelheiten bei Geiger, JZ 2001, 473.

2) Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens Pick, ZIP 2001, 1173.

3) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl EG Nr. L 171, S. 12 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie), Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl EG Nr. L 200, S. 35 (Zahlungsverzugsrichtlinie); Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, ABl EG Nr. L 179, S. 1 (E-Commerce-Richtlinie).

4) Der RE ist in der Bundestagsdrucksache nahezu 300 Seiten stark.

5) Ausgespart bleiben grundsätzliche Überlegungen zu „Sinn und Unsinn“ der Schuldrechtsmodernisierung nach dem Konzept des RE. Wenn der RE zum 1. 1. 2002 Gesetz wird, und davon ist auszugehen, haben sich diese Überlegungen jedenfalls für die Praxis erledigt.

6) Instrukтив insbesondere die Beiträge in JZ 2001, Heft 10 (Sonderheft Schuldrechtsmodernisierung).

7) Weitere Einzelheiten des RE, die keine wesentlichen Änderungen des geltenden Rechts herbeiführen und keinen neuen Gestaltungsbedarf auslösen (beispielsweise die Einführung amtlicher Überschriften, die vertiefte Gliederung des BGB, die neue Gliederung des Darlehens- und Verbraucherkreditrechtes, die Auslagerung von Informationspflichten in eine gesonderte Verordnung und die Ausgliederung der Verfahrensvorschriften des AGB-Gesetzes in ein Unterlassungsklagengesetz) werden nachfolgend nicht erörtert.

8) Interessanterweise dagegen nicht die Drittschadensliquidation und den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

*) Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Schönefelder, Koske und Ziegler, München

**) LL.M., Rechtsanwalt und Syndikus, München

rere derzeit neben dem BGB existierende Verbraucherschutzgesetze ins BGB (AGB-Gesetz, Haustürwiderrufgesetz, Verbraucherkreditgesetz u. a., interessanterweise aber nicht das Produkthaftungsgesetz) und vereinheitlicht das bislang in eine Vielzahl einzelner Leistungsstörungstatbestände zersplitterte Leistungsstörungenrecht durch die starke Betonung eines einheitlichen Pflichtverletzungstatbestandes, der auf die Arbeiten der Schuldrechtskommission zurückgeht. Ferner werden die Einzelheiten der Abwicklung eines Rücktritts neu geregelt.

Die wesentlichen inhaltlichen Neuerungen⁹⁾ bestehen in der Abschaffung des § 306 BGB, der Einführung eines verschuldensunabhängigen Rücktritts beim gegenseitigen Vertrag, der Möglichkeit der Kumulierung und des Wechsels bei Schadensersatz und Rücktritt, der Schaffung eines neuen Aufwendungsersatzanspruches (unabhängig von einer Rentabilitätsvermutung), der Abschaffung der leidigen Ablehnungsandrohung bei § 326 BGB und dem gesetzgeberischen Bekenntnis zum Verschuldensprinzip bei anfänglicher Unmöglichkeit.¹⁰⁾

1.2 Vereinbarungen zum Haftungs- und Sorgfaltsmaßstab

Bezüglich des Haftungs- und Sorgfaltsmaßstabes gilt nach wie vor der Grundsatz des § 276 BGB, dessen Formulierung allerdings konkretisiert und der in den als missglückt geltenden § 279 BGB – in sprachlich bereinigter Fassung – aufgenommen wurde. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht bezweckt.¹¹⁾ Denkbar ist gleichwohl, dass die Rechtsprechung Formulierungen wie „die Natur der Schuld“, die nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich die Geldschuld betreffen soll,¹²⁾ zum Anlass nehmen könnte, strengere Haftungsmaßstäbe zu entwickeln.¹³⁾

Einziges „Gegenmittel“ gegen diese Rechtsunsicherheit ist – jedenfalls für eine wohl mehrjährige Übergangszeit, in der sich die Rechtsprechung erst noch entwickeln muss – eine korrespondierende präzise Vertragsgestaltung. Zum einen sollten sich die Parteien, wie bisher auch, bemühen, die gegenseitigen Pflichten möglichst exakt zu beschreiben. Zum zweiten sollte der Haftungsmaßstab, der nunmehr in § 276 BGB-RE durch beispielhafte Formulierungen weiter konkretisiert ist, vertraglich eindeutig festgelegt werden. Es ist zu definieren, ob nur für Verschulden gehaftet wird oder auch verschuldensunabhängig. Beim Verschulden wiederum ist zu überlegen, ob es beim gesetzlichen Modell der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit bleiben kann oder ob die Haftung insoweit beschränkt werden soll. Zu beachten ist, dass eine AGB-mäßige Haftungsbeschränkung für Körperschäden nunmehr gegenüber nichtunternehmerischen Vertragspartnern generell unzulässig ist (§ 309 Nr. 7a BGB-RE; dazu näher unten 1.9.3).

1.3 Einzelfragen bei der Unmöglichkeit

Nach § 275 Abs. 1 BGB-RE ist der Anspruch auf Leistung auch dann ausgeschlossen, wenn die Erfüllung nur zeitweise unmöglich ist bzw. der Schuldner diese vorübergehend nicht erbringen kann. Obwohl diese Lösung für den Schuldner positiv erscheint, ist sie problematisch.¹⁴⁾ Ein vorübergehendes Leistungshindernis berechtigt den Gläubiger nach §§ 283, 280 BGB-RE korrespondierend zum Schadensersatz, der gegebenfalls einen bloßen Anspruch auf Ersatz des Verzugs Schadens deutlich übersteigen kann. Der vertragsreue Gläubiger hat die Möglichkeit, so erheblichen Druck auf den Schuldner auszuüben. Dies kann vermieden werden, wenn im Individualvertrag ein Zeitraum festgelegt wird, der verstrichen sein muss, bis sich eine Partei auf die zeitweise Unmöglichkeit berufen bzw. daraus Rechte herleiten kann. Bei Ratenlieferverträgen kann sich auch eine ausdrückliche Regelung dazu empfehlen, ab welchen „Schwellen“ eine Teilunmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE zum Rücktritt vom gesamten Vertrag berechtigen soll.

nenfalls einen bloßen Anspruch auf Ersatz des Verzugs Schadens deutlich übersteigen kann. Der vertragsreue Gläubiger hat die Möglichkeit, so erheblichen Druck auf den Schuldner auszuüben. Dies kann vermieden werden, wenn im Individualvertrag ein Zeitraum festgelegt wird, der verstrichen sein muss, bis sich eine Partei auf die zeitweise Unmöglichkeit berufen bzw. daraus Rechte herleiten kann. Bei Ratenlieferverträgen kann sich auch eine ausdrückliche Regelung dazu empfehlen, ab welchen „Schwellen“ eine Teilunmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE zum Rücktritt vom gesamten Vertrag berechtigen soll.

1.4 Leistungsverzögerung/Verzug

1.4.1 Die verzugsauslösenden Tatbestände der kalendermäßigen Berechenbarkeit und des Rechnungserhalts sowie ihr Verhältnis zueinander

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE gerät der Schuldner auch in Verzug, wenn er nach Ablauf einer kalendermäßig berechenbaren Frist, die ab einem vertraglich vereinbarten Ereignis zu laufen beginnt, nicht leistet. Beispiel für eine solche Vereinbarung wäre etwa die Klausel „Verzug bei Nichtleistung nach dem Ablauf von 14 Tagen nach Lieferung bzw. Rechnungserhalt“.¹⁵⁾ Einer gesonderten Mahnung bedarf es in diesem Fall nicht mehr. Ohne eine solche Vereinbarung kommt der Schuldner in jedem Fall in Verzug, wenn er spätestens nach dem Ablauf von 30 Tagen nach Rechnungserhalt nicht geleistet hat (§ 286 Abs. 3 BGB-RE). Diese Vorschrift ist nicht mehr lediglich auf Geldforderungen beschränkt und beseitigt durch die Einfügung des Wortes „spätestens“ das leidige Versehen des Gesetzgebers des bisherigen § 284 Abs. 3 BGB. Sie gilt gegenüber Verbrauchern nur nach besonderem Hinweis (§ 286 Abs. 3 Satz 2 BGB-RE).

Die Begründung zum RE führt aus, dass eine Verkürzung der 30-Tage-Frist durch AGB „tendenziell erschwert“ sei.¹⁶⁾ Unklar ist, ob daraus folgt, dass die kalendermäßig berechenbare Frist im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE ebenfalls mindestens 30 Tage betragen muss, wenn sie in AGB enthalten ist und sich auf den Tag der Rechnungsstellung bezieht.¹⁷⁾ Richtigerweise wird man indes in § 286 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 BGB-RE zwei voneinander zu trennende verzugsauslösende Tatbestände zu sehen haben. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE greift nur bei vertraglicher Vereinbarung und muss daher in weiterem Umfang als dispositiv angesehen werden als § 286

9) Zusammenfassend *Canaris*, JZ 2001, 499, 521 f.

10) Eine weitere Detaillierung des Gesamtgesetzesvorhabens kann an dieser Stelle aus Raumgründen nicht erfolgen. Ausführlich *Canaris*, JZ 2001, 499; zusammenfassend *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2281, 2284 f.

11) BT-Drucks. 14/6040, S. 131 f.; *Canaris*, JZ 2001, 498, 518.

12) BT-Drucks. 14/6040, S. 128 f.; *Canaris*, JZ 2001, 498, 519.

13) Methodologisch wäre es ohne weiteres zulässig, unter Berufung auf vom Gesetzgeber übersehene teleologische Gesichtspunkte § 276 BGB über die ausweislich der zitierten Gesetzesmaterialien begrenzten Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hinaus auszudehnen. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 149.

14) Der RE ist diesbezüglich nicht befriedigend, Einzelheiten bei *Canaris*, JZ 2001, 508.

15) Diskussionsentwurf Begründung S. 329.

16) BT-Drucks. 14/6040, S. 146.

17) BT-Drucks. 14/6040, S. 146 spricht nur davon, dass die Frist bei § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE nicht „auf Null schrumpfen kann.“

Abs. 3 BGB-RE, der ohne Vereinbarung bereits kraft Gesetzes gilt. Eine Verkürzung auf 10 bis 14 Tage nach Lieferung bzw. Rechnungserhalt sollte daher bei § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE – abhängig von Branchenüblichkeit – auch AGB-mäßig vereinbart werden können.

1.4.2 Vereinbarungen zur Höhe der Verzugszinsen und zum Nachweis eines geringeren Verzögerungsschadens

In Bezug auf die Verzugszinsen schreibt § 288 Abs. 1 BGB-RE einen Zinssatz von 5 % über dem Basiszinssatz, § 288 Abs. 2 BGB-RE im Geschäftsverkehr unter Unternehmern einen Verzugszins von 8 % über dem Basiszinssatz vor. Der in § 247 BGB-RE definierte Basiszinssatz – der am 1. 9. 2001 geltende Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank – wird zweimal im Jahr angepasst.

Dem Schuldner ist es nur dann gestattet, einen geringeren Schaden nachzuweisen, wenn die Möglichkeit eines solchen Nachweises ausdrücklich vereinbart worden ist.¹⁸⁾

Unklar ist, ob über die Möglichkeit eines solchen Nachweises im Einzelfall hinaus generell die Zinshöhe nach § 288 Abs. 2 BGB-RE durch Vereinbarung reduziert werden kann.¹⁹⁾ Die EU-Zahlungsverzugsrichtlinie, deren Umsetzung § 288 BGB-RE dient, gebietet jedenfalls nicht, § 288 Abs. 2 BGB-RE als zwingendes Recht auszulegen. Die Zahlungsverzugsrichtlinie (Art. 3 Abs. 3) gestattet abweichende, insbesondere auch geringere Zinssätze, verlangt aber von den Mitgliedstaaten, dass sie insoweit eine Missbrauchskontrolle „grob nachteiliger“ Vereinbarungen vorsehen. „Grob nachteilig“ im Sinne der Richtlinie ist nach deren Erwägungsgrund (19) insbesondere eine Vereinbarung, die „in erster Linie dem Zweck dient, dem Schuldner zusätzliche Liquidität auf Kosten des Gläubigers zu verschaffen, oder falls der Generalunternehmer seinen Lieferanten und Subunternehmern Zahlungsbedingungen aufzwingt, die auf der Grundlage der ihm selbst gewährten Bedingungen nicht gerechtfertigt sind.“

Die von der Richtlinie geforderte Missbrauchskontrolle ist nach deutschem Recht durch die AGB-Klauselkontrolle und bei Individualvereinbarungen durch § 134 BGB (i. V. m. richtlinienkonformer Auslegung des § 288 BGB-RE) gegeben. Vor diesem Hintergrund wird man allenfalls eine maßvolle Reduzierung des Zinssatzes empfehlen können, die anhand konkreter Umstände (aktuelle Zinslage, niedrigere Verzugszinsen in weiteren Gliedern der Liefer- oder Auftragskette) zu rechtfertigen sein müssen. Die Aspekte, die die Parteien zu einer abweichenden Zinsvereinbarung bewogen haben, sollten in jedem Fall im Vertrag ausdrücklich niedergelegt werden.

1.4.3 Anforderungen an die „qualifizierte“ Fristsetzung bei Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag und Schadensersatz statt der Leistung bei nicht fristgemäßer Leistung

Anders als bisher gem. § 326 BGB ist die Ablehnungsandrohung als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (jetzt: Schadensersatz statt der Leistung) beim gegenseitigen Vertrag entbehrlich geworden. Der Rechtsverkehr hat sich nie an das strenge Erfordernis der Ableh-

nungsandrohung gewöhnt. Gleichwohl muss die nach wie vor erforderliche Fristsetzung so formuliert sein, dass sie für den Schuldner einen *ausreichenden* „Warncharakter“ hat (sog. qualifizierte Fristsetzung).²⁰⁾

1.4.4 Erlöschen des Erfüllungsanspruchs mit „Verlangen“ nach Schadensersatz

Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers entfällt erst, wenn er eindeutig Schadensersatz verlangt hat (§ 281 Abs. 3 BGB-RE). Ob ein solches „Verlangen“ vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln; der Begriff ist eng auszulegen.²¹⁾ Nach bisherigem Recht (§ 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB) entfiel der Erfüllungsanspruch bereits, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Frist mit sog. Ablehnungsandrohung gesetzt hatte und diese Frist erfolglos verstrichen war. In Zukunft wird der Gläubiger sich daher bei der Formulierung eines Schadensersatz-„verlangens“ den damit verbundenen Verlust des Erfüllungsanspruchs vor Augen halten müssen. Ggf. ist ein Vorbehalt zu formulieren, der dazu führt, dass eine Schadensersatzforderung nicht als „Verlangen“ im technischen Sinn ausgelegt werden kann. Alternativ und insbesondere aus Gläubigersicht ist zu erwägen, schon im Vertrag zu vereinbaren, den Erfüllungsanspruch erst mit der Leistung des Schadensersatzes wegfallen zu lassen (wie es auch die Schuldrechtskommission vorgeschlagen hatte).²²⁾

1.4.5 Relative Fixgeschäfte

Wenn ein relatives Fixgeschäft gewollt ist (Folge: Fristsetzung vor Schadensersatz bzw. Rücktritt entbehrlich), empfehlen sich wie bisher auch entsprechend klare Regelungen, z. B. durch Übernahme des Gesetzeswortlautes von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE („das Leistungsinteresse ist mit Rechtzeitigkeit verbunden“) oder durch die Verwendung der herkömmlichen Formulierungen wie z. B. „fix“ oder „stehen und fallen“.

1.5 Sonstige Pflichtverletzungen (pVV)

1.5.1 Konkretisierung der Kriterien für Schadensersatz statt der Leistung bei bloßer Nebenpflichtverletzung

Anspruchsgrundlage für den „einfachen“ Schadensersatzanspruch bei sonstigen Pflichtverletzungen ist § 280 Abs. 1 BGB-RE, wonach jede schuldhaftes Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch auslöst.²³⁾ Auch die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten begründet – wie bisher nach dem Recht der pVV – einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB-RE. Schadensersatz statt der Leistung bei bloßen Nebenpflichtverletzungen wird indes nur nach § 282 BGB-RE gewährt, wenn die Pflichtverletzung wesentlich ist und dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.²⁴⁾ Zu überlegen ist, ob diese Kriterien – etwa durch

18) So ist wohl BT-Drucks. 14/6040, S. 148 zu verstehen.

19) Unklar insbes. Diskussionsentwurf Begründung S. 335 f.

20) *Canaris*, JZ 2001, 498, 510.

21) BT-Drucks. 14/6040, S. 146.

22) s. BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

23) *Canaris*, JZ 2001, 498, 511.

24) Die Gesetzesbegründung stellt beispielhaft auf die wiederholte Beschädigung von Einrichtungsgegenständen im Zuge von Malerarbeiten ab (BT-Drucks. 14/6040, S. 141).

exemplarische, nicht abschließende Positiv- und Negativlisten – vertraglich konkretisiert werden können, beispielsweise in Abhängigkeit von der Schadenshöhe bei Sachschäden, der Schadenshäufigkeit oder der Frist, innerhalb derer der Schuldner Abhilfe schaffen kann.

1.5.2 Konkretisierung der Erheblichkeitsschwelle bei Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag wegen Schlechtleistung

Das Recht zum Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag wegen einer Schlechtleistung bemisst sich wie bei der Leistungsverzögerung nach § 323 BGB-RE.²⁵⁾ Voraussetzung ist lediglich die nicht ordnungsgemäße Leistung nach Setzung und erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist. Verschulden, Synallagma, Hauptleistungspflicht und Ablehnungsandrohung sind nicht erforderlich. § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB-RE schließt den Rücktritt bei unerheblichen Pflichtverletzungen allerdings aus. Im Einzelfall können Regelungen zur Erheblichkeitsschwelle sinnvoll sein, vergleichbar zu den Überlegungen bei § 282 BGB-RE (siehe oben bei 1.5.1).

1.6 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die anerkannten Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage werden in relativ allgemeinen Formulierungen in § 313 BGB-RE kodifiziert. Inhaltliche Änderungen sind damit nicht bezweckt. Auf eine stärkere Ausformulierung unterschiedlicher Fallgruppen hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet.²⁶⁾ Wie auch bisher empfehlen sich möglichst präzise vertragliche Regelungen zur Risikoverteilung zwischen den Parteien. Dies erleichtert die Feststellung, ob die Voraussetzungen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben sind. Erfahrungsgemäß besteht die Schwierigkeit des Kautelarjuristen weniger in der juristischen Formulierung des von den Parteien Gewollten, als vielmehr in der mühsamen Ermittlung des wirtschaftlich Gewollten.²⁷⁾

1.7 Dauerschuldverhältnisse

Der bisher auf eine Analogie zu § 626 BGB gestützte Grundsatz, dass jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden kann, ist nunmehr in § 314 BGB-RE kodifiziert, ohne dass inhaltliche Änderungen zum bisherigen Recht bezweckt wären.²⁸⁾ Hier sollte zum einen überlegt werden, ob eine vertragliche Konkretisierung des Begriffes „wichtiger Grund,“ beispielsweise durch eine nicht abschließende Positiv- und/oder eine Negativliste möglich ist. Zu bedenken ist ferner, ob die angemessene Abhilfefrist für den Schuldner i. S. v. § 314 Abs. 2 BGB-RE und die angemessene Reaktionsfrist des Gläubigers nach § 314 Abs. 3 BGB-RE präzisiert werden können. Bei der Abhilfefrist hängt die Angemessenheit stark vom Einzelfall und dem erforderlichen Aufwand ab. In einfacheren Fällen können einige Tage oder eine Woche ausreichend sein, in komplizierteren Fällen sind möglicherweise bis zu vier Wochen Frist und mehr zu gewähren. Ähnlich hängt die Reaktionsfrist des Gläubigers davon ab, wie einfach oder kompliziert es für ihn ist, das Für und Wider einer Kündigungsentscheidung abzuwägen. Die zweiwöchige Reaktionsfrist des § 626 Abs. 2 BGB für Dienstverhältnisse kann inso-

weit nur einen ersten, groben Anhaltspunkt für die Vertragsgestaltung geben; die generelle Übernahme dieser Frist lehnt die Begründung zum RE ausdrücklich ab.²⁹⁾

1.8 Abwicklung des Rücktritts vom Vertrag

Die Neuregelungen des Rücktrittsrechts lösen außerhalb von Verbraucherverträgen keinen grundsätzlichen Gestaltungsbedarf aus. Empfehlenswert ist sicherlich eine Befristung vertraglicher Rücktrittsrechte, um etwaigen Unsicherheiten in der Anwendung des § 350 BGB-RE („angemessene Frist“) zu entgegen. Denkbar wäre ferner, für Verschlechterung, Untergang und nicht gezogene Nutzungen für den Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts einen strengeren Maßstab als die eigenübliche Sorgfalt zu vereinbaren (beachte aber § 308 Nr. 7 und § 307 BGB-RE bei AGB).

Sollen dem Verbraucher nach Ausübung eines Verbraucherrücktrittsrechts Rücksendungskosten bei Bestellungen bis zu 40 Euro Warenwert auferlegt werden, muss dies ausdrücklich vertraglich vereinbart werden (§ 357 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE). Ebenso muss vertraglich vereinbart werden, wenn dem Verbraucher der Wertverlust durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache aufgebürdet werden soll (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-RE).

1.9 AGB

Abgesehen von der Integration in das BGB ergeben sich im AGB-Bereich nur geringfügige Änderungen, die Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung haben.

1.9.1 Kodifiziertes und erweitertes Transparenzgebot

§ 307 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 BGB-RE kodifiziert das sog. Transparenzgebot, das bisher bereits in Rechtsprechung und Lehre anerkannt ist. Allerdings dehnt die neue Vorschrift das Transparenzgebot auch auf Preisbestimmungen und Leistungsbeschreibungen aus, auf die das bisherige Transparenzgebot wegen § 8 AGBG nicht anwendbar war.³⁰⁾ Rechtsfolge ist nach § 307 Abs. 1 BGB-RE die „Unwirksamkeit“ der nicht klar und verständlich (d. h. intransparent) formulierten Leistungs- oder Preisbestimmungen. Was damit gemeint ist, teilt der RE nicht im Einzelnen mit. Sicher wird man annehmen dürfen, dass die Leistungs- und Preisbestimmungen dadurch nicht ersatzlos wegfallen, der Vertrag damit ggf. sogar mangels Bestimmtheit gegenstandslos bzw. unwirksam sein soll. Naheliegender ist die Annahme, die dem Vertragspartner günstigere Auslegung der unklaren bzw. unverständlichen Regelung oder eine etwa existierende Lösung des dispositiven Rechts solle maß-

25) Sonderregeln des Gewährleistungsrechts beim Kauf und beim Werkvertrag gehen vor.

26) BT-Drucks. 14/6040, S. 176.

27) Zu erinnern ist, dass WGG nur in äußerst seltenen Fällen zur Anwendung kommt. Grundsätzlich hat jede Partei das Risiko eines ungünstigen Vertrags bzw. ungünstiger Vertragsfolgen selbst zu tragen, ohne sofort Vertragsanpassung verlangen zu können.

28) BT-Drucks. 14/6040, S. 175.

29) BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

30) BT-Drucks. 14/6040, S. 154. Die Unterscheidung zwischen Preisvereinbarung und Preisnebenabrede wird damit hinfallig. S. dazu bisher *Palandt/Heinrichs*, BGB, 60. Aufl., 2001, § 8 AGBG Rz. 4.

geblich sein. Für die Vertragspraxis empfiehlt sich eine Sichtung bestehender AGB auf „versteckte“ Preisbestimmungen.³¹⁾

1.9.2 Schadenspauschalierungen

Bei Schadenspauschalierungen in AGB gegenüber Nichtunternehmern muss ausdrücklich der Nachweis eines geringeren Schadens eröffnet werden (§ 309 Nr. 5b BGB-RE). Die bisherige Rechtsprechung war insoweit zumindest unklar.³²⁾ Fraglich ist, ob diese Regelung über die Generalklausel des § 307 BGB-RE auch im unternehmerischen Verkehr gilt. Die Vorgängerregelung des § 11 Nr. 5 ABGB wurde jedenfalls von der h. M. auch im Verkehr zwischen Unternehmen angewendet.³³⁾ Es liegt daher nahe, dass sich die Rechtsprechung für die neue Regelung ebenso entscheiden wird.

1.9.3 Keine Haftungsbeschränkung für Körperschäden

§ 309 Nr. 7a BGB-RE erklärt jede Haftungsbeschränkung bei Körperschäden ausdrücklich für unzulässig. Bisher war nach dem Wortlaut des § 11 Nr. 7 ABGB ein Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit zulässig. Nach der Rechtsprechung war dies aber auch nach bisherigem Recht für Verbraucherverträge bei Körperschäden nicht gestattet.³⁴⁾ Zu überlegen bleibt, ob dieses Klauselverbot auch für den unternehmerischen Verkehr gilt. Nach bisherigem Recht wird das für die Vorgängerregelung in § 11 Nr. 7 ABGB bejaht.³⁵⁾ Um die Gefahr der Gesamtnichtigkeit einer Haftungsbeschränkungsklausel zu vermeiden, sollte deshalb ausdrücklich klargestellt, dass die Haftung für Körperschäden nicht beschränkt werden soll.

2. Auswirkungen auf und Gestaltungsbedarf für bestehende Schuldverhältnisse

2.1 Vereinbarung neuen Rechts für gegen Ende 2001 ausgehandelte Verträge

Art. 229 § 4 EGBGB-RE knüpft die Anwendung alten bzw. neuen Rechts an den Zeitpunkt der Entstehung eines Schuldverhältnisses. Für gesetzliche Schuldverhältnisse wird man annehmen müssen, dass sie entstehen, wenn sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Vertragliche Schuldverhältnisse entstehen grundsätzlich mit dem Zustandekommen des Vertrages, also mit Wirksamwerden der übereinstimmenden Willenserklärungen Antrag und Annahme. Ob ein Schuldverhältnis wirksam geworden ist, stellt eine andere Frage dar. Prinzipiell gilt daher, dass Verträge, die vor dem 1.1.2002 geschlossen werden, nach Altrecht zu behandeln sind, auch wenn sie erst ab dem 1.1.2002 wirksam werden oder praktische Relevanz erlangen (z. B. durch Eintritt aufschiebender Bedingungen, Erteilung von Genehmigungen, den Beginn von Lieferungen etc.). Es kann sich daher empfehlen, bei solchen Verträgen von vornherein die Geltung des neuen Rechts vertraglich zu vereinbaren.

2.2 Zusatzvereinbarung bei bestehenden Rahmenverträgen über einheitliche Rechtsanwendung im Lauf des Jahres 2002

Ein Dauerschuldverhältnis liegt vor, wenn aus dem Schuldverhältnis während seiner Laufzeit ständig neue Leistungs-, Ne-

ben- und Schutzpflichten entstehen können, wenn dauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden.³⁶⁾ Anwendungsschwierigkeiten können sich bei Dauerschuldverhältnissen ergeben, die als Rahmenverträge ausgestaltet sind. Denkbar ist beispielsweise ein Rahmenliefervertrag, bei dem die Liefermenge nicht von vornherein feststeht und der durch einzelne Lieferabrufe konkretisiert wird.³⁷⁾ Der einzelne Lieferabruf kann – je nach vertraglicher Gestaltung – einen selbstständigen Kaufvertrag darstellen. Dieselbe Problematik stellt sich bei Rahmenberatungsverträgen, bei denen die Inanspruchnahme der einzelnen Beratungsleistung einen separaten Vertrag beinhaltet.

Nimmt man die Übergangsregelung beim Wort, müsste auf einen vor dem 1.1.2002 abgeschlossenen (d. h. „entstandenen“) Rahmenlieferungsvertrag bis zum 31.12.2002 altes Recht, ab dem 1.1.2003 neues Recht angewendet werden. Für die einzelnen Lieferabrufe, die ab dem 1.1.2002 erfolgen, müsste dagegen, da es sich um neu entstehende Schuldverhältnisse handelt, neues Recht angewendet werden. Das kann zu Friktionen führen, die dem Willen der Parteien nicht entsprechen. Ob bezüglich eines einzelnen Lieferabrufes ein Rechtsbehelf wegen einer Leistungsstörung (jetzt: „Pflichtverletzung“) gegeben ist, würde sich sofort ab 1.1.2002 nach neuem Recht bestimmen. Ob dieselbe Pflichtverletzung einen Rechtsbehelf im Hinblick auf den gesamten Rahmenvertrag (z. B. Rücktritt) begründet, müsste dagegen für die Zeit vom 1.1.2002 bis 31.12.2002 nach altem Recht beurteilt werden. Als Lösung wäre denkbar, auf die gesamten Vertragsbeziehungen der Parteien, d. h. den Rahmenvertrag und die einzelnen Lieferabrufe, entweder die Anwendung alten oder neuen Rechts insgesamt zu vereinbaren. Die Vereinbarung alten Rechts für die einzelnen Lieferabrufe birgt die Gefahr, dass dadurch von zwingenden Vorschriften des neuen Rechts (z. B. Höhe der Verzugszinsen) abgewichen wird; ob die Rechtsprechung das für den Übergangszeitraum vom 1.1. bis 31.12.2002 gestatten würde, ist ungewiss. Sicherer ist es daher zu vereinbaren, sofort ab 1.1.2002 auf Rahmenvertrag und Einzelabrufe einheitlich das neue Recht anzuwenden. Dann aber sollte zugleich der Rahmenvertrag insgesamt mit Rücksicht auf das neue Recht überarbeitet werden.³⁸⁾

II. Kaufrecht

Auch für das Kaufrecht gilt die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 4 EGBGB-RE. Das bisherige Recht gilt für Kaufverträge, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind (nachfolgend: *bestehende Kaufverträge*). Für Kaufverträge, die ab dem 1.1.2002 entstehen, gilt das neue Recht (nachfolgend: *neue Kaufver-*

31) Zur bisherigen Rechtsprechung s. etwa die Kommentierung zu *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), § 8 ABGB.

32) BT-Drucks. 14/6040, S. 155.

33) *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), § 11 ABGB Rz. 27.

34) BT-Drucks. 14/6040, S. 156.

35) *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), § 9 ABGB Rz. 41 ff., § 11 ABGB Rz. 38 ff.

36) *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), Einl. v. § 241 Rz. 17.

37) Dazu *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), Einf. v. § 305 Rz. 28.

38) Daraus folgt allerdings zugleich, dass die verlängerte Übergangsregelung für Dauerschuldverhältnisse – jedenfalls für die Problematik der einzelnen Leistungs- oder Lieferabrufe – der Rechtspraxis möglicherweise gar nicht weiterhilft.

träge). Abweichend davon gilt das alte Recht bis 31.12.2002 für kaufvertragliche Dauerschuldverhältnisse, die bereits vor dem 1.1.2002 entstanden sind. Auch für diese bestehenden Dauerschuldverhältnisse gilt ab 1.1.2003 das neue Recht. Für Dauerschuldverhältnisse, die ab dem 1.1.2002 entstehen, gilt sofort das neue Recht. Abschnitt 1 erläutert den Gestaltungsbedarf für neue Kaufverträge, Abschnitt 2 für bestehende Kaufverträge.

1. Gestaltungsbedarf bei neuen Kaufverträgen

1.1 Überblick

Bedingt durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ergeben sich massive Veränderungen im Kaufrecht.³⁹⁾ Nach § 433 Abs.1 Satz 2 BGB-RE gilt nunmehr für jede Art des Kaufvertrages (nicht nur wie bisher für den Gattungskauf) die sog. Erfüllungstheorie, wonach der Verkäufer die Lieferung einer mangelfreien Sache an den Käufer als Erfüllung schuldet.⁴⁰⁾ Sachkauf und Rechtskauf werden im Wesentlichen gleichgestellt (§ 453 BGB-RE). Die Rechtsbehelfe bei Lieferung einer mangelhaften Sache werden vollständig neu geordnet und weitgehend mit den Rechtsbehelfen des allgemeinen Schuldrechts für Pflichtverletzungen harmonisiert, die Gewährleistungsfristen von sechs Monaten auf zwei Jahre vervierfacht.⁴¹⁾ Das Regelungsmodell der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird dadurch zum Leitbild für das gesamte Kaufrecht,⁴²⁾ das zwar im unternehmerischen Verkehr und im Verkehr zwischen Verbrauchern nach wie vor dispositiv bleibt, bei Verwendung von AGB aber gem. § 307 BGB-RE den Maßstab für die Zulässigkeit etwaiger vertraglicher Abweichungen bildet. Damit besteht die Gefahr, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie weitgehend auch für den unternehmerischen Verkehr ein zwingendes Modell darstellen wird.⁴³⁾

1.2 Vertragliche Vereinbarungen und Gestaltungen zum Mangelbegriff

1.2.1 Vereinbarungen zur Vertragsmäßigkeit des Kaufgegenstandes

Da das neue Kaufrecht beim Verbrauchsgüterkauf nahezu ausschließlich zwingend ausgestaltet ist und außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs wegen der Leitbildfunktion der neuen §§ 433 ff. BGB-RE eine AGB-mäßige Modifizierung der Mängelrechtsbehelfe des Käufers nur erschwert – und risikoreich – möglich sein dürfte, kann es sich empfehlen, einschränkende Vereinbarungen schon zur Beschaffenheit bzw. Vertragsmäßigkeit der Kaufsache zu treffen (insbesondere beim Gebrauchsgüterhandel).⁴⁴⁾ Allerdings steht zu erwarten, dass mit einer so gearteten Reduzierung des „Erwartungshorizonts“ des Käufers auch ein Preisnachteil für den Verkäufer verbunden sein dürfte.

1.2.2 Betriebsabläufe und Vereinbarungen zu mangelrelevanten Werbeaussagen

Der Beschaffenheitsbegriff des Kaufrechts wird in § 434 Abs.1 Satz 3 BGB-RE um Werbeaussagen über „konkrete Eigenschaften“ erweitert. Es ist hierbei unerheblich, ob sich der Verkäufer oder der Hersteller diese Äusserung zurechnen lassen

muss. Auf Grund dieser neuen Mangelrelevanz empfiehlt es sich, in Zukunft den Inhalt der Werbung für ein Produkt noch stärker einer juristischen Prüfung zu unterziehen.⁴⁵⁾ Besondere Schärfe gewinnt die Neuregelung dadurch, dass die Verfasser des RE die in Art. 2 Abs. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehene Option, dem Hersteller bzw. Verkäufer die öffentliche Korrektur einer falschen, mangelrelevanten Werbeaussage zu ermöglichen, bislang nicht aufgegriffen haben.

Wichtig aus Sicht des Herstellers bzw. Verkäufers ist im Betriebsablauf festzulegen, dass die fachlich für die Werbung Verantwortlichen den juristischen Prüfungsbedarf nicht übersehen. Da Werbekampagnen eine gewisse Zeit im Voraus geplant werden und das neue Recht bereits ab 1.1.2002 gilt, ist insoweit rasches, pro-aktives Herangehen an die in einem Unternehmen zuständigen Fachabteilungen ratsam. Soweit Verträge mit Werbeagenturen geschlossen werden, empfiehlt es sich, in diesen Verträgen festzuhalten, wer für die juristische Prüfung von Werbeaussagen im Hinblick auf § 434 Abs.1 Satz 3 BGB-RE verantwortlich ist und welche Rechtsfolgen bei einer diesbezüglichen Pflichtverletzung gelten sollen.

Für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs dürfte die Beweislastregelung in § 434 Abs.1 Satz 3 a. E. BGB-RE, wonach der Verkäufer beweisen muss, dass die Werbung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, zwingend sein. Außerhalb von Verbrauchsgüterkäufen kann überlegt werden, ob dem Käufer nicht die Beweislast dafür auferlegt werden sollte, dass eine Werbeaussage kausal war für seinen Kaufentschluss.

1.2.3 Konkrete Vereinbarungen zu Umweltbeziehungen

Auch nach § 434 Abs.1 Satz 1 BGB-RE bleibt offen, ob unter den Mangelbegriff nur solche Merkmale fallen, die der Sache unmittelbar anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.⁴⁶⁾ Probleme entstehen aber häufig gerade dort, wo die Kaufsache nur gemeinsam mit anderen Komponenten funktionsfähig ist. Es ist daher weiter empfehlenswert, die Mangelrelevanz derartiger Umweltbeziehungen im Vertrag zu definieren.

39) Dazu auch *L. Haas*, BB 2001, 1313.

40) *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 531. Die bisher für den Spezieskauf herrschende Gewährleistungstheorie ging dagegen davon aus, dass der Verkäufer lediglich Lieferung der Sache schuldet und auch die Lieferung einer mangelhaften Sache die Erfüllung eines Kaufvertrages darstellen sollte.

41) Zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen näher unten IV. 1.

42) Gesetzgebungstechnisch bietet das den Vorteil, dass der RE mit einigen wenigen Sondervorschriften auskommt, die ausschließlich für den Verbrauchsgüterkauf gelten (§§ 474 – 479 BGB-RE).

43) *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 531 und 535 f.

44) *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 536. Anders wäre es nur, wenn sich die Rechtsprechung davon überzeugen ließe, dass speziell im Kaufrecht eine AGB-mäßige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild wegen der Herkunft der Regelungen aus dem Verbraucherschutzrecht jedenfalls im unternehmerischen Verkehr unter erleichterten Voraussetzungen möglich sein müsse (reduzierter Prüfungsmaßstab bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB-RE).

45) Damit soll nicht gesagt sein, dass Werbung in Zukunft in stärkerem Maße „verboten“ ist als bisher; es werden vielmehr zusätzliche, für den Verkäufer negative Rechtsfolgen abgeleitet. Soweit Werbung keinerlei „konkrete“ Eigenschaften der Kaufsache betrifft (z. B. reine Phantasiewerbung ohne Realitätsbezug oder unsachliche Produktpreisung), ändert sich gegenüber der bestehenden Rechtslage nichts.

46) BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

1.2.4 Haftung des Verkäufers für den Bestand eines verkauften Rechts

Um beim Kauf von Rechten und Forderungen abgesichert zu sein, wird der Käufer ein Interesse haben, im Rahmen des § 276 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB-RE ausdrücklich zu regeln, dass der Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts verschuldensunabhängig haftet, und damit die bisherige Regelung des § 434 BGB auf vertraglicher Ebene zu vereinbaren.⁴⁷⁾

1.3 Gestaltungsbedarf für die Rechtsbehelfe des Käufers bei mangelhafter Lieferung

Wesentliche Neuerungen ergeben sich insbesondere im Hinblick auf fünf Rechtsbehelfe, die im Einzelfall zum Teil kumulativ zur Verfügung stehen können: Nacherfüllung (1.3.1), Minderung (1.3.2), Rücktritt (1.3.3), Schadensersatz (1.3.4) und Garantien (1.3.5). Für alle Rechtsbehelfe gilt, dass der RE die Ermächtigung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 5 Abs. 2), dem Käufer Rügeobligationen (vergleichbar § 377 HGB) aufzuerlegen, nicht aufgegriffen hat (weder allgemein noch für den Verbrauchsgüterkauf).⁴⁸⁾ Gestaltungsbedarf bzw. Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich im Hinblick auf sämtliche Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung eines mangelhaften Gegenstandes.⁴⁹⁾

1.3.1 Nacherfüllung

1.3.1.1 Rahmenbedingungen und Grenzen der Vertragsgestaltung

Die Neuregelungen in § 437 Nr. 1, § 439 BGB-RE zum Nacherfüllungsanspruch greifen auf die Nachbesserungsansprüche nach bisheriger Vertragspraxis zurück. Die konkrete Ausgestaltung folgt im Wesentlichen den zwingenden Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Soweit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, sind die Neuregelungen grundsätzlich – in den Grenzen der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB-RE – dispositives Recht.⁵⁰⁾ Zu bedenken bleibt, dass jede Abweichung vom gesetzlichen Leitbild auch außerhalb spezieller AGB-Klauselverbote an der AGB-Generalklausel des § 307 BGB-RE gemessen wird, und das auch im unternehmerischen Verkehr. Der Verwender einer solchen Klausel muss die Abweichung daher sachlich rechtfertigen können, wobei unklar ist, wie streng die Rechtsprechung den Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB-RE anwenden wird. Auf das Risiko einer strengen Klauselkontrolle sollte der Jurist in jedem Fall hinweisen, namentlich wenn der Kaufmann, der unter Wettbewerbsdruck steht oder einen Wettbewerbsvorteil sucht, zum Risiko neigt.

1.3.1.2 Abbedingung der Nacherfüllung und gleichwertiger Alternativrechtsbehelf

Die vollständige Abbedingung des Nacherfüllungsrechtes – außerhalb von Verbraucherkauferträgen – setzt nach der Begründung des RE voraus, dass der Verkäufer dem Käufer einen gleichwertigen Alternativrechtsbehelf anbietet.⁵¹⁾ Unklar ist, ob das Angebot sofortiger Minderung oder sofortigen Rücktritts als gleichwertiger Alternativrechtsbehelf gewertet werden kann. Immerhin kann das für den Käufer auch günsti-

ger sein; er muss die Sache dem Verkäufer nicht noch einmal zum Zweck der Nachbesserung anvertrauen. Eine Lösungsmöglichkeit besteht ggf. darin, das Kundenverhalten bzw. Kundenpräferenzen in Bezug auf die in Rede stehende Kaufsache zu untersuchen. Wenn etwa eine überwiegende Mehrzahl der Kunden gar keinen Wert auf Nachbesserung legt (wie das bei vielen Alltagsartikeln der Fall sein dürfte), wird man von Gleichwertigkeit ausgehen können. Unabhängig davon, welche Lösung gewählt wird, empfiehlt es sich in jedem Fall, die der Lösung zugrunde liegenden wirtschaftlichen Überlegungen der Parteien ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen.

1.3.1.3 Einführung einer Erheblichkeitsschwelle

Zu überlegen ist ferner, ob außerhalb des Bereichs der Verbrauchsgüterkaufverträge das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei unerheblichen Mängeln abbedungen werden soll (vertragliche Wiedereinführung der Erheblichkeitsschwelle nach § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die gesetzliche Neuregelung birgt nämlich die Gefahr, dass der Käufer Bagatellen zum Anlass nimmt, dem Verkäufer nach Lieferung finanzielle Zugeständnisse abzurufen, verbunden mit für den Verkäufer unrentablem administrativen Aufwand.⁵²⁾

1.3.1.4 Vereinbarungen zur Wahl zwischen Nachbesserung und Neulieferung

§ 439 BGB-RE sieht vor, dass dem Käufer die Entscheidung zwischen Nachbesserung und Neulieferung zusteht. Im Handelsverkehr kann es sich anbieten, diese Entscheidung – wie im Werkvertragsrecht – dem Verkäufer vorzubehalten, wenn dieser – wie es oft der Fall ist – sie besser treffen kann.⁵³⁾ Alternativ kann sich eine vertragliche Präzisierung zu den in § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB-RE genannten Kriterien für die Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung anbieten. Denkbar sind etwa Wertgrenzen, Geringfügigkeitsgrenzen u. ä.

1.3.1.5 Selbstvornahmerecht des Käufers

Im Einzelfall kann es sinnvoll sein, nach dem Vorbild des Werkvertragsrechts ein Selbstvornahmerecht des Käufers zu vereinbaren, insbesondere wenn es sich um einen Käufer handelt, der im Umgang mit der Sache und ihrer Reparatur vertraut ist.

47) Die von *Pick*, ZIP 2001, 1173 vorgeschlagene Lösung über § 280 BGB-RE bringt für den Käufer erhebliche Beweisschwierigkeiten und verkompliziert die Vertragsabwicklung.

48) Anders noch § 441 des Diskussionsentwurfs.

49) Bei bestimmten Sonderformen des Kaufs, etwa dem Unternehmenskauf, werden auch in Zukunft noch weiter gehende detaillierte individualvertragliche Regelungen unbedingt erforderlich sein, die hier allerdings aus Raumgründen nicht vertieft werden können. Siehe *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 532.

50) Zu beachten ist insbesondere § 309 Nr. 8b BGB-RE und darüber hinaus die Generalklausel § 307 BGB-RE.

51) BT-Drucks. 14/6040, S. 231.

52) Wer den Ausschluss für unerhebliche Mängel als Verkäufer in den Vertragsverhandlungen durchsetzen will, muss sich allerdings darauf gefasst machen, dass der Käufer dafür einen Preisabschlag wird sehen wollen.

53) *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 537.

1.3.2 Minderung

Auch bei der Minderung (§ 437 Nr. 2, § 441 BGB-RE) stellt sich die Frage, ob dieser Rechtsbehelf außerhalb von Verbrauchsgüterkäufen bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen werden soll. In AGB ist dies nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig, so z. B., wenn bei einem Langzeitliefervertrag die historischen Minderungskosten von vornherein pauschal in Form eines Abschlags bei der Preisbildung berücksichtigt werden. Die wirtschaftlichen Beweggründe sollten in jedem Fall im Vertrag ausdrücklich angesprochen werden.

1.3.3 Rücktritt (früher: Wandelung)

In Bezug auf das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 437 Nr. 2, § 440 BGB-RE) empfiehlt sich im Individualvertrag eine vertragliche Regelung zur Länge der Frist, die der Käufer dem Verkäufer setzen muss, bevor er nach § 440 i. V. m. § 323 BGB-RE zurücktreten kann. Der RE verwendet nämlich den unbestimmten Rechtsbegriff „angemessen“. Es bietet sich an technisch abzuklären, innerhalb welcher Frist regelmäßig für den Verkäufer eine Nachbesserung möglich ist, und diese dann zu verwenden. Soll ein – nur nach Fristsetzung möglicher – Rücktritt erfolgen, ist auf die nachdrückliche, d. h. qualifizierte Formulierung der Fristsetzung (wie im allgemeinen Schuldrecht) zu achten.⁵⁴⁾

1.3.4 Schadensersatz

Wegen der grundsätzlichen Verschuldensabhängigkeit des Schadensersatzanspruchs nach § 437 Nr. 3, § 440 BGB-RE empfehlen sich Regelungen zum Pflichtenkreis des Verkäufers und dazu, ob er über das Verschulden hinaus auch weitere Umstände zu vertreten hat (§ 276 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB-RE). Bei Schadensersatz statt der Leistung (Mangelschaden) ist auf eine qualifizierte Fristsetzung zu achten.

Die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf enthalten keine Einschränkungen für vertragliche Änderungen des gesetzlich vorgesehenen Schadensersatzanspruchs zulasten des Käufers. Zu beachten sind allerdings – neben §§ 134, 138 BGB – die AGB-Klauselverbote (insbes. § 309 Nr. 5, 7, 8 und 12 BGB-RE) und die AGB-Generalklausel (§ 307 BGB-RE). Bezüglich Letzterer ist für den Rechtsbehelf Schadensersatz (und nur für diesen!) gesetzliches Leitbild das allgemeine Schuldrecht, nicht das Modell der – insoweit regelungslosen – Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

1.3.5 Garantien

Eine Garantie liegt vor, wenn der Verkäufer ausdrücklich oder konkludent die Haftung dafür übernimmt, dass ein Mangel nicht auftritt. In §§ 442 und 443 BGB-RE kodifiziert der RE Grundlinien des Rechts der Garantien. Der Gesetzgeber behandelt aber nur die Rechtsfolgen, nicht die Voraussetzungen für den Abschluss eines Garantievertrages und dessen notwendigen Inhalt. Insoweit sind – wie bisher – dringend detaillierte vertragliche Regelungen zu empfehlen; die Praxis darf sich nicht in der falschen Hoffnung wiegen, mit der Schaffung eines eigenen Garantieparagraphen könne auf detaillierte Garantiebestimmungen verzichtet werden. Die gesetzliche Vermu-

lung zugunsten des Garantiefalles in § 443 Abs. 2 BGB-RE kann jedoch wohl nicht durch vertragliche Regelung ausgeschlossen werden.⁵⁵⁾

1.3.6 Weitere Einzeländerungen

§ 436 Abs. 1 BGB-RE kodifiziert die bisherige Vertragspraxis im Hinblick auf Erschließungsbeiträge (vgl. §§ 127 ff. BauGB, Landeskommunalabgabengesetze). Abgesehen von den Erschließungsbeiträgen haftet der Verkäufer gemäß § 436 Abs. 2 BGB-RE nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und nichteintragungsfähigen anderen öffentlichen Lasten. Es obliegt dem Käufer daher, sich insoweit zu erkundigen und sich ggf. besondere vertragliche Zusicherungen durch den Verkäufer geben zu lassen.

Die bisherige Regelung des § 455 Abs. 1 BGB, wonach bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes nach Eintritt des Zahlungsverzuges automatisch ein Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers besteht, wird aufgehoben. Rücktritt ist nunmehr auch beim Eigentumsvorbehalt nur im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach § 323 BGB-RE möglich. Erforderlich ist also insbesondere grundsätzlich die qualifizierte Setzung einer angemessenen Frist und deren erfolgloser Ablauf.

Die bisherige Regelung des § 454 BGB, wonach bei Kaufpreisstundung das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB ausgeschlossen ist, wird abgeschafft. Insoweit besteht also kein Gestaltungsbedarf mehr.

1.4 Regress in der Lieferkette beim Verbrauchsgüterkauf

1.4.1 Gesetzliches Regelungsmodell

§ 478 BGB-RE – eine Neuregelung von nicht zu unterschätzender Sprengkraft – will sicherstellen, dass dem Verkäufer, der eine mangelhafte neu hergestellte Sache⁵⁶⁾ an den Verbraucher geliefert hat, ein Regressanspruch gegen den Vorlieferanten zusteht, für den § 479 BGB-RE eine bis zu fünfjährige Verjährung vorsieht.

§ 478 Abs. 1 BGB-RE bestimmt, dass der Letztverkäufer ohne weitere Fristsetzung gegenüber seinem Lieferanten zurücktreten oder mindern kann, wenn der Verbraucher gegenüber dem Letztverkäufer erfolgreich zurückgetreten ist oder gemindert hat. Die Beweislastumkehr innerhalb der ersten 6 Monate nach Lieferung der Sache an den Verbraucher kommt dem Letztverkäufer auch im Verhältnis zu seinem Lieferanten zugute (§ 478 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE).

§ 478 Abs. 2 BGB-RE gibt dem Letztverkäufer gegen seinen Lieferanten einen Regressanspruch wegen Nacherfüllungsaufwendungen (§ 439 Abs. 2 BGB-RE), wenn die Sache bereits bei Lieferung durch den Lieferanten mangelhaft war, wobei auch insoweit die Beweislastumkehr des § 476 BGB-RE (gerechnet ab Lieferung an den Verbraucher) Anwendung findet.

Gem. § 478 Abs. 3 BGB-RE gelten das sofortige Rücktritts- und Wandlungsrecht sowie der Regressanspruch für Nacher-

54) H. P. Westermann, JZ 2001, 530, 537.

55) So wohl BT-Drucks. 14/6040, S. 231.

56) Für den Gebrauchsgüterhandel gelten §§ 478, 479 BGB-RE nicht.

füllungsaufwendungen (einschließlich der Beweislastumkehr des § 476 BGB-RE) entsprechend für die jeweils vorgelagerten Glieder der Produktions- und Lieferkette, wenn die Schuldner jeweils Unternehmen sind. Wichtig ist, dass § 478 Abs. 3 BGB-RE („jeweilig“) die Relativität der Schuldverhältnisse aufrecht erhält, also z. B. nicht das „Überspringen“ eines Liefergliedes oder gar den sofortigen Rückgriff auf den Hersteller gestattet. Gem. § 378 HGB-RE verliert ein Mitglied der Lieferkette Mängelrechte gegen seinen Vorlieferanten nicht wegen unterlassener Rüge i. S. v. § 377 HGB, wenn er die Ware vor Entdeckung oder Erkennbarkeit des Mangels bestimmungsgemäß weiterverkauft oder weiterverarbeitet hat.

Der Regressanspruch nach § 478 Abs. 2 und 3 BGB-RE verjährt grundsätzlich zwei Jahre nach Lieferung der Sache innerhalb des jeweiligen Glieds der Lieferkette (§ 479 Abs. 1 BGB-RE). Die Verjährung sowohl der Regressansprüche nach § 478 Abs. 2 und 3 BGB-RE als auch der sämtlichen Gewährleistungsansprüche nach § 437 BGB-RE innerhalb der Lieferkette ist allerdings gem. § 479 Abs. 2 BGB-RE mindestens bis zum Ablauf von 2 Monaten nach Erfüllung der Ansprüche des Verbrauchers durch den Letztverkäufer (maximal aber 5 Jahre nach Lieferung durch den jeweiligen Lieferanten) gehemmt.

1.4.2 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die Vorschriften über den Regress in der Lieferkette sind ein archimedischer Punkt, mit dem sämtliche bisher bestehende Produktions- und Lieferketten mit einem Verbrauchsgut als Endprodukt aus den Angeln gehoben werden können. Wer als Unternehmer Teil einer solchen vertraglichen Lieferkette ist, muss sich im Ergebnis auf eine bis zu 5-jährige Gewährleistungsfrist gegenüber seinem unternehmerischen Käufer einstellen und sieht sich mit den „weitergereichten“ Rechtsbehelfen konfrontiert, die für den Endverbraucher gelten, auch wenn das in seinem Liefervertrag so gar nicht vereinbart wurde. Die Tatsache, dass er die „Probleme“ an seinen Vorlieferanten (soweit dessen Verantwortung festgestellt werden kann) „weiterreichen“ kann, dürfte schon allein wegen des Verwaltungsaufwands ein schwacher Trost sein. Der dadurch ausgelöste Gestaltungsbedarf kann ohne Übertreibung als eines der brennendsten Probleme des RE bezeichnet werden.

Nach § 478 Abs. 5 BGB-RE sind die Regressvorschriften (einschließlich der Verjährungsregelung des § 479 BGB-RE) insoweit dispositiv, als ein gleichwertiger Ausgleich angeboten wird. Nach der Begründung des RE ist jedenfalls ein pauschales Abrechnungssystem zulässig.⁵⁷⁾ Unklar ist dagegen, ob bereits durch die Preisgestaltung im Liefervertrag eine Gewährleistungspauschale abgesetzt werden kann, die die Abbedingung des Regresses in der Lieferkette rechtfertigt. Unklar ist weiter, in welchem Umfang die bis zu 5-jährige Verjährungshemmung für den Regress in der Lieferkette nach § 479 BGB-RE vertraglich modifiziert werden kann.

Die Regressvorschriften können nur insgesamt als viel zu wenig durchdacht bezeichnet werden.⁵⁸⁾ Sie sind von der Verbrauchsgüterrichtlinie im Übrigen so nicht veranlasst.⁵⁹⁾ Nach wie vor sollte zunächst unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten überlegt werden, welches Regresssystem im Einzelfall sinnvoll ist. Dieses System sollte vertraglich formuliert werden

(einschließlich der tragenden wirtschaftlichen Motive). Der Vertragsgestalter muss allerdings darauf hinweisen, dass die vertragliche Regelung mit der momentan nicht zu beseitigenden Unsicherheit des § 478 Abs. 5 BGB-RE belastet ist.

1.5 Gebrauchtwarenhandel

Fraglich und letztlich von der Rechtsprechung zu klären ist, ob die Anwendung des Verbrauchsgüterkaufrechts auf Gebrauchtwarengeschäfte (insbesondere Kfz) dadurch vermieden werden kann, dass der private (Gebrauchtwagen)Verkäufer direkt einen Kaufvertrag mit dem Erwerber abschließt und der dazwischengeschaltete (Gebrauchtwagen)Händler lediglich als Vertreter oder „Agent“ im Sinne der früher bereits aus umsatzsteuerlichen Gründen praktizierten und von der Rechtsprechung geduldeten Agenturvertragsmodelle auftritt.⁶⁰⁾ Gegen die Annahme einer Gesetzesumgehung spricht, dass letztlich wirtschaftlich immer ein Verkauf von privat an privat gewollt ist. Das Dazwischentreten des Gebrauchtwagenhändlers nimmt wirtschaftlich lediglich die Stellung eines „Marktes“ ein, auf dem sich Angebot und Nachfrage treffen. Würde von vornherein von privat an privat veräußert, läge kein Verbrauchsgüterkauf vor, und der private Verkäufer könnte weiterhin jede Gewährleistung ausschließen. Warum der private Käufer in Abhängigkeit von der gewählten Vertragskonstruktion besser stehen soll, wenn der dazwischentretende Gebrauchtwagenhändler einen Kaufvertrag mit ihm schließt, ist ökonomisch nicht einsichtig. Bei wirtschaftlicher Betrachtung liegt daher keine Umgehung der Verbrauchsgüterkaufvorschriften vor, sondern umgekehrt würde deren Anwendbarkeit einen nicht gerechtfertigten „windfall profit“ für den privaten Käufer darstellen. Eine Agenturlösung erscheint daher zulässig und – wenn gewollt – empfehlenswert.

2. Gestaltungsbedarf für bestehende Kaufverträge

Auch für das Kaufrecht ist maßgeblich, was unter einem Dauerschuldverhältnis zu verstehen ist. Gerade bei Sukzessivlieferungsverträgen und Ratenlieferungsverträgen kann die Abgrenzung schwierig sein.⁶¹⁾ Ab 1. 1. 2003 gilt auch für Altdauerschuldverhältnisse der Regress in der Lieferkette nach §§ 478, 479 BGB-RE. Soweit abweichende Vereinbarungen in den bisherigen Verträgen enthalten sind, haben diese nur Bestand, wenn sie als „gleichwertiger Ausgleich“ i. S. v. § 478 Abs. 5 BGB-RE gelten können. Für diese Schuldverhältnisse besteht ab 1. 1. 2003 derselbe Gestaltungsbedarf, der vorstehend für neue Kaufverträge ab 1. 1. 2002 beschrieben ist.

57) BT-Drucks. 14/6040, S. 249.

58) Hauptirrtum der Gesetzesverfasser dürfte das Missverständnis sein, aus Gerechtigkeitsgründen müsse ein Regress in der Lieferkette möglich sein (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 247). In Wirklichkeit sind Gewährleistungsregresse – anders als die Gewährleistungsrechte des Endkunden – keine Frage der Gerechtigkeit, sondern der kaufmännischen Kalkulation, der Vertragsverhandlung und der Gestaltung von Betriebsabläufen. Den Unternehmen sollte daher der bislang existierende privatautonome Spielraum für eine sinnvolle, dem Einzelfall angemessene Verteilung des Regressrisikos zurückgegeben werden.

59) Art. 4 Verbrauchsgüterrichtlinie schreibt nur vor, dass ein Rückgriff gegeben sein muss, enthält aber keine Regelung über Inhalt und Umfang des Anspruchs. So auch zu Recht BT-Drucks. 14/6040, S. 247.

60) *Reinking*, DAR 2001, 8, 9 f.; *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530, 542.

61) Überblick bei *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), Einf. v. § 305 Rz. 27 ff.

III. Werkvertragsrecht

Auch zum Werkvertragsrecht wird der Gestaltungsbedarf für Verträge, die ab dem 1.1.2002 entstehen (1), sowie die Situation bei bestehenden Werkverträgen (2) erörtert.

1. Gestaltungsbedarf bei neuen Werkverträgen

1.1 Überblick

Der RE nähert Werkvertrag und Kaufvertrag im Gewährleistungsrecht sehr stark einander an.⁶²⁾ Der Werklieferungsvertrag über bewegliche Sachen wird generell Kaufrecht unterstellt (§ 651 BGB-RE). Mangelbegriff und Rechtsbehelfe ähneln sehr stark dem Modell des Kaufvertrages und erfahren dadurch gleichzeitig eine stärkere Integration in das allgemeine Schuldrecht.⁶³⁾ Im Übrigen bleibt der Werkvertrag als allgemeiner einheitlicher Typus erhalten, ohne in weitere Untertypen (z. B. Bauleistungen, Langzeitverträge u. ä.) gegliedert zu werden.⁶⁴⁾

1.2 Mangelbegriff

Die Vorschriften des Kaufrechtes über den Einfluss der Werbung auf den Mangelbegriff finden mangels praktischer Relevanz im Werkvertrag keine Entsprechung.⁶⁵⁾ Entsprechend ergibt sich insoweit kein Handlungsbedarf.

1.3 Rechtsbehelfe des Bestellers bei Herstellung eines mangelhaften Werkes

Für die Vertragsgestaltung stellt sich wie im Kaufrecht (oben I 1.3.1) die Frage, ob Rechtsbehelfe bei unerheblichen Mängeln eingeschränkt werden sollen. Zu beachten sind die durch die AGB-Generalklausel gezogenen Grenzen und die damit korrespondierende Last des AGB-Verwenders, insoweit einen sachlichen Grund darzulegen.

Wie im Kaufvertragsrecht kann im Rahmen der Nacherfüllung (§ 634 Nr. 1, § 635 BGB-RE) daran gedacht werden, Unzumutbarkeitsschwellen für die Rechtsbehelfe Nachbesserung und Neuherstellung zu definieren. Beim Rücktritt (früher: Wandelung) nach § 634 Nr. 2, § 636 BGB-RE entfällt die Ablehnungsandrohung des bisherigen Rechts (§ 634 Abs. 1 Satz 1 BGB); an ihre Stelle tritt die qualifizierte Fristsetzung. Beim Schadensersatz (§ 634 Nr. 2, § 636 BGB-RE) muss unbedingt der Haftungsmaßstab des Unternehmers geregelt werden, insbesondere ob er verschuldensunabhängig haften soll. Zum Selbstvornahmerecht des Bestellers nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB-RE kann es sich anbieten, die Länge der erforderlichen Frist von vornherein vertraglich zu definieren.

1.4 Kostenvoranschlag

§ 632 Abs. 3 BGB-RE bestimmt – entsprechend der bisherigen ungeschriebenen Rechtslage –, dass ein Kostenvoranschlag im Zweifel kostenlos ist. Es wird zu überlegen sein, ob bei umfangreicheren Arbeiten die vom Gesetz vorgeschlagene Kostenlosigkeit unangemessen ist. Ggf. kann vorgesehen werden, dass bei Vereinbarung einer Vergütungspflicht für den Kostenvoranschlag jedenfalls die für den Kostenvoranschlag gezahlte

Vergütung auf die Gesamtvergütung bei Zustandekommen eines späteren Werkvertrages angerechnet werden soll.

2. Bestehende Werkverträge

Die Übergangsregelung für Werkverträge entspricht derjenigen für Kaufverträge und für das allgemeine Schuldrecht, Art. 229 § 4 EGBGB-RE. Auch hier stellt sich vor allem die Frage, was unter einem Dauerschuldverhältnis zu verstehen ist und wie Rahmenverträge mit selbstständigen Leistungsabrufen in der Zeit zwischen 1.1.2002 und 31.12.2002 behandelt werden sollen (ggf. Zusatzvereinbarung über einheitliche Anwendung alten bzw. neuen Rechts; siehe oben I 2).

IV. Verjährungsrecht

1. Überblick

Der RE enthält eine grundlegende Neuregelung und Vereinfachung des gesamten Verjährungsrechts. Grundsätzlich gilt gem. § 195 BGB-RE eine dreijährige allgemeine Verjährungsfrist, die aber erst zu laufen beginnt, wenn der Gläubiger die Person des Schuldners und die Umstände, die zum Anspruch führen, kennt oder grob fahrlässig nicht kennt (§ 199 Abs. 1 BGB-RE; subjektive Anknüpfung des Verjährungsbeginns). In jedem Fall verjährt der Anspruch grundsätzlich zehn Jahre nach Fälligkeit (§ 199 Abs. 2 BGB-RE; objektive Begrenzung).

Wesentliche Ausnahme bilden Gewährleistungsansprüche beim Kauf- und Werkvertrag für die Lieferung mangelhafter Sachen, die kenntnisunabhängig in zwei Jahren ab Lieferung verjähren (§§ 438, 634a BGB-RE). Sämtliche Gewährleistungs- und Garantiebedingungen müssen daher zum 1.1.2002 überarbeitet werden.

Die Jahresendhemmung des bisherigen § 201 BGB, wonach die Verjährung insbesondere einer Vielzahl vertraglicher Vergütungsansprüche erst am Ende des Jahres, in dem sie fällig wurden, zu laufen beginnt, wird abgeschafft. Nun ist Verjährungsbeginn der Tag, an dem der Anspruch entstanden ist und vom Gläubiger geltend gemacht werden kann (§ 199 Abs. 1 BGB-RE). Dies bedeutet in der Praxis, dass die Bücher nun quasi täglich auf den möglichen Eintritt von Verjährungen überprüft werden müssen.⁶⁶⁾ Ggf. müssen hier Betriebsabläufe insbesondere in der Buchhaltung umgestellt werden.

Nach Art. 229 § 5 Abs. 1 EGBGB-RE finden auch auf noch nicht verjährte Altansprüche die Neuregelungen des RE Anwendung. Würde die Neuregelung jedoch zu einer längeren Verjährungsfrist führen als die Altfassung des BGB, so findet das alte Recht Anwendung. Vereinfacht ausgedrückt: Es gilt immer die kürzere Verjährungsfrist! Im Einzelfall kann das zu

62) Wobei Roth, JZ 2001, 543, 546 überzeugend dargelegt hat, dass man – angesichts § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE und des Verschuldensfordermissem beim Schadensersatzanspruch – eher von einer Annäherung des Kaufs an den Werkvertrag als umgekehrt zu sprechen hat.

63) Dazu Roth, JZ 2001, 543, 547.

64) Dazu Roth, JZ 2001, 543, 545.

65) Roth, JZ 2001, 543, 547.

66) Ob die ratio des Gesetzgebers – Vermeidung von Belastungsspitzen am Jahresende – tatsächlich zu einer Erleichterung führt oder ob die Aufgabe, Bücher ständig auf verjährende Forderungen zu prüfen, eine noch weiter gehende Belastung bedeutet, wird die Praxis zeigen.

einer Verkürzung einer ehemals 30-jährigen Frist um 27 Jahre führen. Bei der Rechtsanwendung ist hier höchste Sensibilität geboten.

2. Hemmung durch Verhandlungen

§ 203 BGB-RE bestimmt allgemein, dass Verhandlungen über die Berechtigung des Anspruchs für die Dauer der Verhandlungen zur Hemmung der Verjährung führen. Die Vorschrift verallgemeinert die bisherigen § 852 Abs. 2, § 651g Abs. 2 BGB auf sämtliche Ansprüche. Die Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen endet, wenn eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen „verweigert.“ Für die Auslegung des Begriffs „verweigern“ kann auf die zu § 852 Abs. 2 BGB ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Um Unklarheiten über den Zeitpunkt des Scheiterns von Verhandlungen zu verhindern, bietet es sich an, im Vertrag zu regeln, wann dies der Fall sein soll.

3. Modifizierung der gesetzlichen Verjährungsfrist

Im geltenden Recht ist zwar die Verkürzung der Verjährungsfrist außerhalb des AGB-Gesetzes gestattet, eine Erschwerung der Verjährung, also insbesondere die Verlängerung von Verjährungsfristen, aber grundsätzlich untersagt (§ 225 BGB).⁶⁷⁾ Nach der Neufassung des § 225 BGB-RE kann die Verjährungsfrist durch Vereinbarung bis auf 30 Jahre verlängert werden. Damit eröffnet sich ein weiterer Spielraum für die Vertragsgestaltung. Nicht geregelt ist die Frage, ob und inwieweit die Verjährung auch in AGB erschwert werden kann. Man wird dazu auf den vergleichbaren Fall des bisherigen § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB zurückgreifen können, der bislang eine Verlängerung der Verjährung für kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche zulässt. Hier ist anerkannt, dass die Verjährung durch AGB nur in maßvollen Grenzen verlängert werden kann.⁶⁸⁾

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist ist grundsätzlich möglich, gegenüber einem Verbraucher jedoch gemäß § 475 Abs. 2 BGB-RE im Bereich des Kaufrechts unwirksam, sofern bei neuen Sachen eine Frist von zwei und bei gebrauchten Sachen eine Frist von einem Jahr unterschritten wird. In AGB ist nach § 309 Nr. 8b ff. BGB-RE eine Verkürzung immer dann unwirksam, wenn eine Verjährungsfrist von weniger als einem Jahr die Folge ist. Die werkvertragliche Gewährleistungsfrist von fünf Jahren für ein Bauwerk kann auch durch AGB nicht verkürzt werden, falls nicht die VOB/B Vertragsgrundlage ist.⁶⁹⁾

V. Zusammenfassung: Brennpunkte – Herausforderungen – Chancen

Brennpunkte der Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung auf Grund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sind, wie eine erste Sichtung des RE gezeigt hat, insbesondere:

- die vertragliche *Pflichten-, Haftungs- und Risikoverteilung*, die u. a. angesichts § 276 BGB-RE in Zukunft noch sorgfältiger und detaillierter geregelt werden sollte; hinzu kommt eine verstärkte *Ausformulierung wirtschaftlicher Beweggründe* im Vertragstext und damit möglicherweise eine Fortentwicklung des deutschen *Vertragsstils*;

- die Umstellung von *Geschäfts-, Gewährleistungs- und Garantiebedingungen* auf die neuen Rechtsbehelfe und Gewährleistungsfristen mit erheblichem Einmalaufwand zum 1. 1. 2002;
- die Überprüfung und Neugestaltung betrieblicher Abläufe bezüglich der *Werbung* in ihren mangelrelevanten Passagen („konkrete Eigenschaften“ der Kaufsache);
- der sinnvolle Umgang mit dem Korsett, das das Kaufrecht dem Ersteller von AGB auch im unternehmerischen Verkehr auferlegt (gesetzliches *Leitbild des Verbrauchsgüterkaufs*);
- der *Regress in der Lieferkette* nach §§ 478 f. BGB-RE, für den eine wirtschaftlich sinnvolle vertragsgestalterische Alternative gefunden werden muss;
- die Umstellung von *bestehenden Dauerschuldverhältnissen* auf den neuen Rechtszustand ab 1. 1. 2003 (oder ggf. schon ab 1. 1. 2002) durch Zusatzvereinbarungen; und
- der *Wegfall der Jahresendhemmung* für Vergütungsansprüche mit möglichem Anpassungsbedarf in den buchhalterischen Abläufen.

Die zeitliche Herausforderung ist angesichts der kurzen Umstellungszeit bis 1. 1. 2002 immens.⁷⁰⁾ Nicht hoch genug einzuschätzen sind neben den vertragsgestaltenden Aspekten die organisatorischen Herausforderungen für den Unternehmer, der Organisation und Abläufe seines Betriebs auf das neue Recht umzustellen hat (Buchhaltungs- und Finanzabteilungen, Rechtsabteilungen, Vertrieb und Kundendienst, Marketingabteilungen).

Diese Herausforderungen und die damit verbundenen Belastungen dürfen die mit der Schuldrechtsmodernisierung verbundenen Chancen und Vorteile für die Rechtspraxis indes nicht in den Hintergrund drängen. Schon aus rein nationaler Sicht erhält die Praxis ein erheblich verbessertes Bürgerliches Gesetzbuch, in das mehr als 100 Jahre Rechtsentwicklung im Schuldrecht endlich eingearbeitet werden und das wieder eine Kodifikation darstellt, die diesen Namen auch verdient. Möglicherweise noch wichtiger ist die Schuldrechtsreform für die internationale Vertragspraxis, der ein auch mit anglo-amerikanischem oder internationalem Vertragsrecht konkurrenzfähiges deutsches Vertragsstatut zur Verfügung gestellt wird.⁷¹⁾

67) Eine Ausnahme hiervon bilden bisher das Kauf- und Werkvertragsrecht (§ 477 Abs. 1 Satz 2, § 638 Abs. 2 BGB), siehe sogleich.

68) Der BGH hat insoweit entschieden, dass eine Verlängerung der Verjährung generell nur „bis zu allenfalls zwei Jahren ... noch hinzunehmen sei.“ Das sieht der BGH allerdings nur als „Höchstgrenze“ an; welche Frist innerhalb dieser Grenze mit § 9 AGBG vereinbar sei, lasse sich nur im Einzelfall entscheiden (BGHZ 110, 88, 92 ff., 94 = ZIP 1990, 237, dazu EWIR 1990, 1041 (Wolff)). Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl., 2001, § 477 Rz. 18, spricht von der Möglichkeit einer maßvollen Verlängerung.

69) Dies gilt auch im unternehmerischen Verkehr, weil die Rechtsprechung das Verbot des § 11 Nr. 10 f. AGBG über § 9 AGBG auch insoweit angewendet hat und jede Verkürzungsmöglichkeit ablehnt (BGHZ 90, 277; BGHZ 122, 245); dies dürfte auch weiterhin gelten.

70) Das erkennt auch das federführende Bundesministerium der Justiz an; Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2288 ff. Wer sich jetzt noch darauf beschränkt, Fundamentalopposition gegen das Gesetzesvorhaben zu betreiben, muss sich zumindest vorwerfen lassen, nichts zur praktischen Bewältigung der anstehenden Probleme beizutragen.

71) Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2289.