

Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft

Begründet von
F. von Liszt und W. Kaskel

Herausgegeben von
H. Honsell und P. Lerche

Abteilung Rechtswissenschaft

Jan Dirk Harke

Besonderes Schuldrecht

 Springer

Professor Dr. Jan Dirk Harke
Ordinarius für Bürgerliches Recht,
Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung
an der Universität Würzburg
Richter am Oberlandesgericht Nürnberg
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Deutschland
harke@jura.uni-wuerzburg.de

ISSN 0172-8520

ISBN 978-3-642-20648-1

e-ISBN 978-3-642-20649-8

DOI 10.1007/978-3-642-20649-8

Springer Heidelberg Dordrecht London New York

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Einbandentwurf: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Luis Kasimir und Nuno Daniel

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur	XV
---	----

Einleitung: Ein System des besonderen Schuldrechts?	1
---	---

1. Kapitel: Austausch durch einmalige Leistung

§ 1 Kaufvertrag	7
1. Eigenart und Arten	7
a) Die Struktur des Kaufvertrags	7
b) Das Kaufrecht	13
aa) Regelungsebenen	13
bb) Der Verbrauchsgüterkauf	14
cc) Geltungsbereich des Kaufrechts	17
c) Besondere Arten des Vertragsschlusses	20
aa) Kauf auf Probe	20
bb) Wiederkauf und -verkauf, Vorkauf	21
cc) Teilzeit-Wohnrechteverträge	24
2. Die Verpflichtungen zu Lieferung und Abnahme	25
a) Verschaffung und Entgegennahme des Kaufgegenstands	25
b) Eigentumsvorbehalt	29
c) Gefahr- und Lastentragung	33
3. Die Verpflichtung zur mangelfreien Leistung	36
a) Mangelbegriff und Ausschlussstatbestände	36
aa) Sachmängel	36
bb) Rechtsmängel	43
cc) Ausschlussgründe	45
b) Die Nacherfüllung	49
aa) Anspruch auf Nachbesserung und Nachlieferung	49
bb) Verweigerungsrechte von Käufer und Verkäufer	55
cc) Aufwendungsersatz beim Lieferantenkauf	58
c) Sekundär- und konkurrierende Rechtsbehelfe	60
aa) Rücktritt und Minderung	60
bb) Schadensersatz	61
cc) Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen	65

§ 2 Werkvertrag	69
1. Struktur und Geltungsbereich des Werkvertragsrechts	69
2. Das allgemeine Werk- und das Bauvertragsrecht	74
a) Herstellung, Abnahme und Vergütung der Werkleistung	74
aa) Die Verpflichtung zu Werkherstellung und -abnahme	74
bb) Die Vergütungspflicht	80
cc) Lohngefahr	85
b) Mängelhaftung	88
aa) Sach- und Rechtsmängel	88
bb) Nacherfüllung und Selbstvornahme	91
cc) Andere Rechtsbehelfe	95
c) Sicherheiten	99
3. Besondere und verselbständigte Werkverträge	101
a) Transportverträge	101
aa) Frachtvertrag	101
(1) Vertragscharakter und Gefahrtragung	101
(2) Haftung von Frachtführer und Absender	103
(3) Drittbeteiligung	106
bb) Speditionsvertrag	107
cc) Personenbeförderung	108
b) Reisevertrag	112
aa) Die Verpflichtung auf den Reisenutzen und ihre Begründung	112
bb) Die Störung der Reiseleistung	116
cc) Rücktritt, Kündigung und Schadensersatz	120
c) Maklervertrag	125
aa) Die Maklerleistung und ihre Vergütung	125
bb) Strafe für Untreue	130
cc) Besondere Maklerverträge	132
 § 3 Risikoverträge	 136
1. Termingeschäft, Spiel und Wette	136
2. Versicherungsverträge im Allgemeinen	137
a) Das Vertragskonzept	137
b) Der Abschluss des Versicherungsvertrags	143
aa) Vorvertragliche Pflichten des Versicherers und das Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers	143
bb) Hergang des Vertragsschlusses und Drittbeteiligung	145
cc) Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers	148
c) Vertragsdurchführung	151
aa) Leistungspflichten von Versicherer und Versicherungsnehmer	151
bb) Riskantes Verhalten des Versicherungsnehmers	155
cc) Übergang von Schadensersatzanspruch und Versicherungsverhältnis	158

3. Einzelne Versicherungsverträge	161
a) Haftpflichtversicherung	161
aa) Schutz des Versicherungsnehmers	161
bb) Schutz des geschädigten Dritten	162
cc) Pflichtversicherung	163
b) Lebensversicherung	166
c) Krankenversicherung	169

2. Kapitel: Austausch durch Überlassung von Arbeitskraft und Gegenständen

§ 4 Arbeits- und Dienstvertrag	173
1. Arbeits- und Dienstverhältnis	173
a) Dienstvertrag und Arbeitnehmerschutz	173
b) Begriff und Rechtsquellen des Arbeitsvertrags	177
c) Das Rahmenrecht des Dienstvertrags	181
aa) Die Dienstleistung und ihre Vergütung	181
bb) Gefahrtragung und Haftung	184
(1) Annahmeverzug des Dienstberechtigten	184
(2) Vorübergehende Verhinderung des Dienstverpflichteten	187
(3) Haftung des Dienstverpflichteten	189
cc) Das Ende des Dienstvertrags	190
(1) Vorübergehende Wirksamkeit fehlerhafter Dienstverhältnisse	190
(2) Ordentliche Beendigung	192
(3) Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund	193
2. Schutz des Arbeitsverhältnisses	197
a) Schutz vor Kündigung	197
aa) Das Erfordernis „sozialer Rechtfertigung“	197
(1) Struktur des allgemeinen Kündigungsschutzes	197
(2) Personen- und verhaltensbedingte Kündigung	199
(3) Betriebsbedingte Kündigung	202
bb) Kündigungsverfahren und Kündigungsschutzprozess	205
cc) Besonderer Kündigungsschutz	208
b) Schutz vor Befristung	210
c) Schutz beim Betriebsübergang	212
aa) Der Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz	212
bb) Betriebsübergang als Tatbestand	213
cc) Gesetzlicher Vertragseintritt und weitere Rechtsfolgen	216
3. Schutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis	218
a) Schutz bei der Arbeitsleistung	218
aa) Die Pflicht zu Arbeit und Abstinenz vom Wettbewerb	218
bb) Arbeitszeit und Freistellung	219
cc) Schutz der Person und der Persönlichkeit	221
b) Schutz bei der Entlohnung	223

aa)	Das Arbeitsentgelt	223
bb)	Betriebliche Übung und Gleichbehandlung	224
cc)	Entgeltfortzahlung und Arbeitskampfrisiko	227
c)	Schutz vor Haftung	230
§ 5	Miet- und Pachtvertrag	235
1.	Eigenart und allgemeine Regelung des Mietvertrags	235
a)	Mietvertrag und geltendes Mietrecht	235
b)	Allgemeines Mietrecht	238
aa)	Vertragsdurchführung	238
(1)	Überlassung und Erhaltung einer gebrauchstauglichen Mietsache	238
(2)	Vertragsgemäßer Gebrauch der Mietsache	242
(3)	Mietzahlung und Sicherung des Vermieters durch Mietkaution	244
bb)	Verwendungsrisiko und Mängelhaftung	245
(1)	Verwendungsrisiko des Mieters	245
(2)	Mängelrechte des Mieters	247
(3)	Ausschluss der Mängelhaftung	250
cc)	Beendigung und Abwicklung des Mietverhältnisses	254
(1)	Das Mietende	254
(2)	Abwicklungsansprüche	256
(3)	Kurze Verjährung	259
c)	Regeln für die Grundstücks- und Raummiete	260
aa)	Übergang des Mietverhältnisses und Schriftformgebot	260
bb)	Vermieterpfandrecht	264
cc)	Weitere Besonderheiten	265
2.	Mieterschutz bei der Wohnraummiete	266
a)	Schutz des Mietverhältnisses	266
aa)	Schutz vor Kündigung	266
(1)	Berechtigtes Kündigungsinteresse des Vermieters	266
(2)	Kündigungsverfahren	271
(3)	Sozialwiderspruch	272
bb)	Schutz vor Befristung	273
cc)	Überleitung des Mietverhältnisses und Vorkaufsrecht des Mieters	275
b)	Begrenzung der Miete	278
aa)	Schutz vor überhöhter Miete	278
bb)	Schutz vor Mieterhöhung	279
cc)	Schutz bei der Umlage der Betriebskosten	283
c)	Weitere Besonderheiten der Wohnraummiete	285
3.	Pacht-, Franchisevertrag und Verwahrung	287
a)	Pacht- und Landpachtvertrag	287
aa)	Struktur	287
bb)	Das Regime des Pachtvertrags	289
cc)	Die Vorschriften über den Landpachtvertrag	291

b) Franchising	294
c) Verwahrung	297
§ 6 Darlehensvertrag	300
1. Vertragsstruktur und allgemeines Kreditrecht	300
a) Der Darlehensvertrag als atypischer Überlassungsvertrag	300
b) Auszahlung und Verzinsung des Darlehens	302
c) Beendigung und Abwicklung des Vertrags	304
2. Verbraucherkreditrecht	306
a) Verbraucherschutz beim Vertragsschluss	306
b) Verbraucherschutz bei der Vertragsdurchführung	311
c) Verbraucherschutz bei der Vertragsbeendigung	312
3. Verbindung von Sachleistung und Kredit	314
a) Teilzahlungsgeschäfte	314
b) Finanzierungsleasing	315
c) Ratenlieferungsverträge	318

3. Kapitel: Unentgeltliche Verträge und Geschäftsführungsverhältnisse

§ 7 Leistungsversprechen ohne Gegenleistung	321
1. Schenkung	321
a) Von der Rechtsgrundabrede zum Verpflichtungsgeschäft	321
b) Die Schenkerpflicht und ihre Grenzen	323
aa) Gegenstand und Vollzug der Schenkung	323
bb) Haftungsbeschränkung	326
cc) Widerruf wegen Verarmung oder Undanks	328
c) Schenkung unter Auflage	329
2. Auslobung und Gewinnzusage	331
3. Unentgeltliche Überlassungsverträge	333
§ 8 Fremdnützige Geschäftsführung	336
1. Auftrag und entgeltliche Geschäftsbesorgung	336
a) Verpflichtungsstruktur und Ergänzungsfunktion des Auftrags	336
b) Begriff und Durchführung der Geschäftsbesorgung	338
c) Die Abwicklungspflichten und ihre Vorwirkung	341
2. Einzelne Arten entgeltlicher Geschäftsbesorgung	343
a) Zahlungsdienste	343
aa) Zahlungsdiensteverträge und ihre Durchführung	343
bb) Zahlung ohne Autorisierung	346
cc) Mangelhafte Ausführung eines Zahlungsauftrags	348
b) Kommissionsgeschäft	349
c) Handelsvertretung, Kommissionsagentur, Vertragshandel	353
3. Geschäftsführung ohne Auftrag	358
a) Geschäftsführung und Bereicherung	358

b) Fremdes Geschäft und Fremdgeschäftsführungswille	361
c) Rechtsfolgen	363
§ 9 Gemeinnützige Geschäftsführung	368
1. Struktur von Gesellschaft und Gemeinschaft	368
2. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts	370
a) Die Gesellschaft als Geschäftsführung	370
aa) Der gemeinsame Zweck und die Förderpflicht	370
bb) Erscheinungsformen und Grenzen der Förderpflicht	372
cc) Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden eines Gesellschafters	376
b) Die Gesellschaft als Einrichtung zum gemeinsamen Nutzen der Gesellschafter	379
aa) Selbstorganschaft und Gleichbehandlungsgrundsatz	379
bb) Beschränkung von Haftung und sonstigen Sanktionen	380
cc) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft	382
c) Die Gesellschaft als Verband	384
aa) Das Gesamthandsvermögen	384
bb) Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft	386
cc) Akzessorische Haftung der Gesellschafter	388
3. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen	390

4. Kapitel: Bereicherungs- und Deliktshaftung

§ 10 Ungerechtfertigte Bereicherung	395
1. Struktur des Kondiktionsrechts	395
a) Rechtsgrundlose Leistung und rechtswidriger Eingriff in Rom ..	395
b) Untergang und Wiederkehr der Eingriffskondiktion	399
c) Aufspaltung und Fortentwicklung der Leistungskondiktion	401
2. Die Kondiktionstatbestände	403
a) Leistungskondiktion	403
aa) Erscheinungsformen und Ausschlussstatbestände	403
bb) Bereicherungsausgleich bei der Leistung auf Anweisung ...	407
cc) Bereicherungsausgleich in anderen Dreipersonenverhältnissen	412
b) Zweckverfehlungskondiktion	415
c) Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise	417
aa) Verfügung eines Nichtberechtigten	417
bb) Sonstige Eingriffe	420
cc) Aufwendungen	423
3. Die Bereicherungshaftung	425
a) Gegenstand der Kondiktion	425
b) Entreichung und verschärfte Haftung	428
aa) Einwand der Entreichung	428
bb) Saldotheorie?	430

cc) Die Haftung nach den „allgemeinen Vorschriften“	433
c) Durchgriff auf den Drittbegünstigten	434
§ 11 Verschuldenshaftung	435
1. Schutz absoluter Rechte	435
a) Struktur	435
b) Der Haftungstatbestand im Allgemeinen	438
aa) Pflichtwidrige Beeinträchtigung des Rechtsguts	438
bb) Rechtswidrigkeit und Verschulden	442
cc) Tätermehrheit	446
c) Die einzelnen absoluten Rechte	449
aa) Persönlichkeitsrechte	449
bb) Eigentum und ähnliche Rechte	452
cc) Weitere absolute Rechte?	455
2. Schutz vor Arglist	458
3. Schutz vor Gesetzesverletzung	461
§ 12 Haftung für Gefährdung und vermutete Pflichtwidrigkeit	464
1. Haftung für zu beaufsichtigende Personen	464
a) Pflicht zur Aufsicht über Schuldunfähige	464
b) Pflicht zur Aufsicht über Verrichtungsgehilfen	465
c) Organisationsverschulden und Ausdehnung der Organhaftung	467
2. Haftung für Tiere und Sachen	469
a) Tierhalter- und Tieraufseherhaftung	469
b) Haftung für Grundstücke und Gebäude	471
c) Haftung für Produkte	473
3. Haftung für Betrieb	478
a) Haftung des Gastwirts	478
b) Haftung für Fahrzeuge	481
c) Haftung für Anlagen	483
Verzeichnis der zitierten Vorschriften	489
Sachregister	501

Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur

Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 1: Die Personengesellschaft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin/Heidelberg 1977

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992

Grunewald, Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Tübingen 2008

Grunewald, Kaufrecht, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 2006

Harke, Allgemeines Schuldrecht, Enzyklopädie der Staats- und Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg 2010

Harke, Römisches Recht, München 2008

Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1987

Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht, Berlin/Heidelberg 2008

Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl., München 2009

Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2: Besonderer Teil/2. Halbbd., 13. Aufl., München 1994

Looschelders, Schuldrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., Köln 2010

Medicus/Lorenz, Schuldrecht II. Besonderer Teil, 15. Aufl., München 2010

Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2007

Preis, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 3. Aufl., Köln 2009

Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, Heidelberg 2009

Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1983

K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002

K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., Köln 1999

Wandt, Versicherungsrecht, 5. Aufl., Köln 2010

Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 2: Recht der Personengesellschaften, München 2004

Zimmermann, The Law of Obligations, Kapstadt 1990

Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008

Einleitung: Ein System des besonderen Schuldrechts?

Über den mit „einzelne Schuldverhältnisse“ betitelten **achten Abschnitt** im zweiten Buch des **BGB** geht das Rechtsgebiet des besonderen Schuldrechts einerseits hinaus; andererseits bleibt es hinter ihm zurück: Weiter reicht es insofern, als einzelne Schuldverträge sowie die wichtigsten Tatbestände der Gefährdungshaftung in anderen Gesetzen geregelt sind, insbesondere in arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen, im Gesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) und im HGB, das ein eigenes Buch über Handelsgeschäfte enthält. Enger als der entsprechende Abschnitt des BGB ist das besondere Schuldrecht insofern, als einige der dort normierten Institute zum Wertpapier- oder zum allgemeinen Schuldrecht gehören: Die Bestimmungen über die Anweisung (§§ 783 ff. BGB) und die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff.) sind wertpapierrechtlichen Charakters, die Vorschriften über Leibrente, Bürgschaft, Vergleich, Schuldversprechen, Schuldanerkennnis und Vorlegung von Sachen sind Teil des allgemeinen Schuldrechts: Die Regeln über die Leibrente (§§ 759 ff. BGB) gelten dem Inhalt einer Rentenschuld und der Form ihrer Begründung, ohne dass der Kontext des Rentenversprechens eine Rolle spielte. Dasselbe gilt für Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (§§ 780 f. BGB), die jeden beliebigen Inhalt haben und in jedem beliebigen Zusammenhang übernommen werden können. Ebenso wie der nur fragmentarisch geregelte Vergleich (§§ 779, 782 BGB) sind sie mit dem Erlass (§ 398 BGB) vergleichbare Institute, indem sie gewissermaßen sein Gegenstück bilden. Kontextneutral ist ferner auch der Anspruch auf Vorlegung von Sachen (§§ 809 ff. BGB), der mit den Ansprüchen auf Auskunft und Rechenschaft (§§ 260 f. BGB) zusammenhängt. Die Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) bildet als universal einsetzbare Personalsicherheit schließlich eine Form der Drittbeteiligung am Schuldverhältnis und ist ebenso wie Schuldbeitritt und Garantie zusammen mit der Gesamtschuld zu behandeln.¹

Auch wenn man das Rechtsgebiet des besonderen Schuldrechts in Abweichung von der Systematik des BGB bestimmt, nimmt es sich auf den ersten Blick dennoch als ein Sammelsurium verschiedenartigster Schuldbeziehungen aus, die höchstens einer **äußeren Gliederung** zugänglich sind. Diese kann zunächst danach erfolgen, dass man die Delikts- und Gefährdungshaftung zusammen mit den Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen zusammenfasst. In einem nächsten Schritt kann man

¹ Während ich dies in meinem Buch über das allgemeine Schuldrecht (Rn. 470 ff.) auch schon getan habe, werde ich in gleicher Weise mit den übrigen genannten Instituten verfahren, sofern ich Möglichkeit zur Bearbeitung einer Neuauflage erhalten sollte.

dann die Schuldverträge in solche über Sachlieferungen, Sachüberlassungen und Tätigkeiten einteilen. Die Absonderung der gesetzlichen Schuldverhältnisse bleibt jedoch deshalb folgenlos, weil Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung anders die Tatbestände der Delikts- und Gefährdungshaftung in erster Linie Leistungs- und nicht Schadensersatzpflichten hervorbringen.² Und die Einteilung der Schuldverträge nach dem äußeren Gegenstand der vertragstypischen Pflicht führt zur Versammlung völlig ungleichartiger Verträge: Kauf- und Werkvertrag, die einem weitgehend einheitlichen Regelungsmodell folgen, fallen so in verschiedene Kategorien; und Werk- und Dienstvertrag, die als erfolgsbezogenes Schuldverhältnis einerseits und als erfolgsunabhängige Schuldbeziehung andererseits kaum etwas gemein haben, finden sich gemeinsam in der Gruppe der Verträge über Tätigkeiten wieder. Diese ist ohnehin ein reichlich amorphes Gebilde weil sie auch den Auftrag und die entgeltliche Geschäftsführung einschließen müsste. Erscheint deren Zusammenfassung noch vertretbar, kann es im Übrigen vielleicht noch im Fall von Darlehen und Verwahrung, ansonsten aber kaum befriedigen, wenn man entgeltliche und unentgeltliche Schuldbeziehungen einer Kategorie zuschlägt: Zwar teilen sich Kaufvertrag und Schenkung, Miete und Leihe in dieselbe vertragstypische Leistungspflicht. Der Unterschied in der Pflichtenstruktur variiert jedoch gerade in Abhängigkeit davon, ob eine Austauschbeziehung oder eine unentgeltliche Leistung vorliegt.

3 Dass die äußere Systematisierung der Schuldverhältnisse nicht zu überzeugenden Resultaten führt, gäbe keinen Anlass zu Versuchen ihrer Überwindung, wenn man von einem Primat der ökonomischen Realität ausginge und unterstellte, dass sich Vertragsarten stets allein in der Lebenswirklichkeit bilden und vom Recht nur rezipiert werden. Dies trifft in vielerlei Hinsicht und insbesondere bei der Ausbildung von Geschäftsdetails, nicht aber in der grundlegenden Typenbildung zu, bei der sich die Praxis gerade auf die Rechtsordnung verlässt und auch verlassen können muss. Die Privatrechtsordnung ist aber wiederum nicht zufällig durch Kodifikation entstanden, sondern das Ergebnis eines Entwicklungsprozesses, der im antiken Rom seinen Ausgang nahm. Verfolgt man ihn zurück, lassen sich die einzelnen Schuldverhältnisse des geltenden Rechts in einer Weise einteilen, die ihrer **Pflichtenstruktur** entspricht. Damit ist zwar kein praktischer Leitfaden für die Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Vertragsarten in einer bestimmten Verhandlungssituation, wohl aber ein Erkenntnisgewinn für die Einsicht in die Struktur der Schuldbeziehung geschaffen, der sich auch beim Umgang mit den gesetzlichen Schuldtypen bewährt:

4 Das geltende Schuldrecht beruht im Wesentlichen auf dem **System der Konsensualverträge**, die in Rom im dritten oder zweiten Jahrhundert v. Chr. als Klagegründe anerkannt und dem Gebot der guten Treue (*bona fides*) unterworfen wurden.³ Der entscheidende Fortschritt, den diese Verträge brachten, lag weder in der Form- noch in der Gestaltungsfreiheit, über die man schon vorher verfügte, weil man jede erdenkliche Leistung zum Gegenstand eines abstrakten Schuldverspre-

² Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 18 f.

³ Hierzu schon Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 48.

chens, der sogenannten Stipulation, machen konnte, deren Abschlussform schlicht in Frage und Antwort bestand und daher überaus einfach einzuhalten war. Von der Stipulation unterschieden sich die Konsensualverträge vielmehr in erster Linie dadurch, dass die Parteien die voneinander erwarteten Leistungen nicht zum Gegenstand eines vollstreckungsfähigen Geschäftswortlauts machen mussten, sondern sich auf die Auswahl des Vertragsgegenstands beschränken und alles Weitere der richterlichen Beurteilung nach dem Maßstab der guten Treue überlassen konnten. Um den Kreis der Verträge abzudecken, die von der an Geldwirtschaft und Rechtsleben teilhabenden Elite eingegangen wurde, schaffte man vier Vertragsarten, von denen je zwei auf Austausch- und Geschäftsführungsvereinbarungen entfielen:

Die **Austauschverträge** waren auf zwei ungleiche Vertragsarten verteilt: Auf der einen Seite stand der Kaufvertrag (*emptio venditio*), der als die seit jeher wichtigste Austauschvereinbarung einen eigenen, eng definierten Vertragstyp bildete, der durch die Verpflichtungen zur Übergabe der Kaufsache und zur Zahlung des Kaufpreises definiert war. Auf der anderen Seite stand die Verdingung (*locatio conductio*), die kein Vertragstyp im eigentlichen Sinne, sondern ein Sammelbecken für alle Vereinbarungen über den Austausch einer Sachleistung gegen Geld war, die nicht unter die Definition des Kaufvertrags passten. Um der Varianz der zur Verdingung zählenden Verträge Rechnung zu tragen, unterschieden die römischen Juristen später zwischen dem Werkvertrag (*locatio conductio operis*), der auf die Herstellung eines bestimmten Erfolgs, insbesondere einen Transport oder die Errichtung eines Gebäudes, gerichtet war, und drei Formen von Überlassungsvereinbarungen: Dem Werkvertrag völlig unähnlich war der Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*), bei der sich die Leistung des einen Teils darauf beschränkte, seine Arbeitskraft für eine Tätigkeit zur Verfügung zu stellen, die ihm der andere anwies. Zwischen Dienst- und Werkvertrag stand der Mietvertrag (*locatio conductio rei*). Er verpflichtete die eine Seite zur Überlassung einer Sache und zu einem Dauererfolg, indem er die Sache, wollte er dafür den Mietzins beanspruchen, in einem nutzungstauglichen Zustand halten musste. Eine Abwandlung dieses Vertrags war der Pachtvertrag, mit dem landwirtschaftlich genutzte Güter und Grundstücke überlassen wurden. Er verpflichtete den Pächter außer zur Pachtzahlung auch zur Nutzung der Pachtsache und sorgte im Gegenzug für eine Beteiligung des Verpächters am Nutzungsergebnis, indem er sich eine Reduktion der Pacht gefallen lassen musste, wenn der Ernterfolg unter dem zu erwartenden Durchschnitt lag.

Die **Geschäftsführungsverhältnisse** kamen ursprünglich ebenfalls in zwei Vertragsvarianten vor und wurden später um eine unfreiwillig begründete Schuldbeziehung ergänzt: Für die fremdnützige Geschäftsbesorgung stand der Auftrag (*mandatum*) zur Verfügung, für die gemeinnützige die Gesellschaft (*societas*). Beide zusammen deckten den Kreis nicht auf Leistungsaustausch gerichteten Geschäfte vollständig ab, zumal andere freigiebige Vereinbarungen den Römern der klassischen Zeit nicht als regelrechte Schuldverträge galten: Die Schenkung war ein reines Rechtsgrundgeschäft, das die Rückforderung einer unentgeltlich zugewandten Sache ausschloss. Darlehen, Leihe und Verwahrung waren als Realverträge auf die bloße Rückgewähr einer überlassenen Sache oder einer Menge von Sachen gerichtet und dienten schlicht dazu, einer ungerechtfertigten Bereicherung ihres Besit-

5

6

zers zu wehren. Dementsprechend war auch die Klage, die aus einem unentgeltlichen Darlehen erwuchs, mit derjenigen identisch, die einer Bereicherung durch rechtsgrundlose Leistung oder rechtswidrigen Eingriff entsprang. Zu den beiden vertraglichen Geschäftsführungsverhältnissen des Auftrags und der Gesellschaft kam jedoch später die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) hinzu, mit der man die unvereinbarte fremdnützige Geschäftsführung erfasste. Dieses Rechtsinstitut war zunächst für die Fälle gedacht, in denen jemand die Geschäfte eines anderen mit der Absicht führte, diesem zu helfen. Später machte man hieraus ein Instrument zur Abschöpfung von Vermögensvorteilen, die jemand durch den Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen vorsätzlich oder unabsichtlich für sich oder für den anderen geschaffen hatte.

7 Baut man auf dem römischen Fundament auf, das vielen der heutigen Arten von Schuldverhältnissen zugrunde liegt, kann man diese in Kategorien mit gemeinsamen Strukturmerkmalen zusammenfassen: Während auf der einen Seite das Bereicherungsrecht und die Deliktshaftung samt der Gefährdungshaftung stehen, zerfallen die übrigen Schuldverhältnisse in drei Gruppen. Die erste umfasst alle diejenigen Austauschverträge, die auf die Herstellung eines **einmaligen Leistungserfolgs** gerichtet sind. Ihr Prototyp ist der Kaufvertrag (§§ 433 ff. BGB), der nach wie vor vergleichsweise eng definiert und auf die dauerhafte Überlassung einer Sache oder eines anderen Gegenstands gegen Geld angelegt ist. Ihm zur Seite steht der Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB), dem nach dem Vorbild der römischen Verdingung eine Komplementärfunktion zukommt, indem er alle Vereinbarungen über punktuelle Leistungen abdeckt, die aus dem Begriff des Kaufvertrags herausfallen. Einige von ihnen haben eine besondere Regelung außerhalb des BGB gefunden, der Warentransport im HGB (§§ 407 ff.), die Personenbeförderung im europäischen Verordnungsrecht. Andere sind schon im BGB gesondert, weil sie vom Leitbild des Werkvertrags erheblich abweichen: der Reisevertrag (§§ 651a ff. BGB), indem er das werkvertragliche Regelungsmuster mit mietvertraglichen Elementen verbindet, der Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB), indem er ohne Anspruch auf die vertragstypische Leistung auskommt. Weitere Verträge über die Herstellung eines punktuellen Leistungserfolgs sind Spekulationsverträge, zum einen Termingeschäfte, zum anderen die im VVG geregelten Versicherungsverträge, bei denen die vertragstypische Leistung jeweils nicht von vornherein feststeht, sondern nach Grund oder Höhe bedingt ist.

8 Die zweite Gruppe von Schuldverhältnissen schließt die übrigen in der römischen Verdingung versammelten Austauschvereinbarungen ein. Ihr Kennzeichen ist, dass die vertragstypische Leistung durch **Überlassung** erbracht wird. Beim Dienst- und Arbeitsvertrag (§§ 611 ff. BGB) ist es die Arbeitskraft und beim Miet- und Pachtvertrag (§§ 535 ff. BGB) ein Gegenstand, die der eine Vertragspartner dem anderen gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Während Dienst- und Arbeitsvertrag ohne Erfolgsbezug sind, schulden Vermieter und Verpächter immerhin die Tauglichkeit der Mietsache zu der angestrebten Nutzung als einen Dauererfolg. Noch weiter geht die Verpflichtung eines Verpächters beim Landpachtvertrag (§§ 585 ff. BGB) und vergleichbaren Verträgen wie dem Franchising, bei denen der Verpächter im Gegenzug zur Nutzungspflicht des Pächters auch am Nutzungserfolg

beteiligt ist. Zu einer Kombination von Dienst- und Sachüberlassung, allerdings nur bei einer der beiden Vertragsparteien, kommt es auch bei der Verwahrung (§§ 688 ff. BGB), die ebenfalls aus der römischen Verdingung hervorgegangen ist und den Verwahrer dazu verpflichtet, eine Sache zu verstauen und dafür zu sorgen, dass sie keinen Schaden nimmt. Als weiterer Überlassungsvertrag kommt das Darlehen (§§ 488 ff. BGB) hinzu, das in Rom zumindest dann, wenn es entgeltlich sein sollte, gar kein eigenständiger Vertragstyp war, sondern mit Hilfe der Stipulation bewältigt wurde. Von den aus der Verdingung hervorgegangenen Austauschverträgen unterscheidet es sich in nicht unerheblicher Weise dadurch, dass die Überlassung der Darlehensvaluta an den Darlehensnehmer zwar Ziel des Vertrags, aber nicht Gegenstand der vertragstypischen Leistungspflicht ist, die sich auf die Auszahlung der Darlehensvaluta beschränkt. Dem Recht des Darlehensvertrags unterliegt auch das Finanzierungsleasing, bei dem es sich um eine Art des Kreditgeschäfts handelt.

Zur dritten Gruppe gehören schließlich die **Geschäftsführungsverhältnisse** 9 und sonstige **unentgeltliche** Schuldbeziehungen wie Schenkung (§§ 516 ff. BGB), Leihe (§§ 598 ff. BGB), freigiebige Verwahrung und Darlehen, die in Rom noch keine regelrechten Schuldverträge darstellten. Den Kern dieser Gruppe bilden der Auftrag (§§ 662 ff. BGB) als Verpflichtung zu fremdnütziger Geschäftsbesorgung sowie die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) als Verbindung zu gemeinnütziger Geschäftsführung. Ihr ist im heutigen Schuldrecht die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) angenähert, die im römischen Recht noch völlig andersartig war. Das Recht des Auftrags hat über seinen eigentlichen Anwendungsbereich hinaus erhebliche Bedeutung erlangt. Dass es im System der römischen Konsensualverträge dazu gedacht war, vielfältige unentgeltliche Rechtsbeziehungen zu erfassen, hat sich in einem hohen Abstraktionsniveau seiner Regelung niedergeschlagen. Sie macht den Auftrag heute zu einem vielfältig einsetzbaren Instrument, das nicht nur bei der schon im römischen Recht entwickelten Figur der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), sondern in Ergänzung von Dienst- oder Werkvertragsrecht auch in den Fällen einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) zur Anwendung kommt. Handelsrechtlich vertypete Formen dieser Geschäftsführungsverträge sind die Handelsvertretung (§§ 84 ff. HGB) und das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB); im BGB finden sich mittlerweile eingehende Bestimmungen zu Zahlungsdiensten, mit denen Banken ein Geschäft ihrer Kunden führen (§§ 675c ff. BGB).

1. Kapitel: Austausch durch einmalige Leistung

§ 1 Kaufvertrag

1. Eigenart und Arten

a) Die Struktur des Kaufvertrags

Der praktisch bedeutsamste unter den Schuldverträgen des geltenden Rechts war nicht von vornherein als reines Verpflichtungsgeschäft konzipiert, sondern ist hierzu im Laufe einer Entwicklung geworden, die zumindest in Deutschland erst in jüngster Zeit ihren vorläufigen Abschluss gefunden hat: Der römische Kaufvertrag, die *emptio venditio*,¹ gehörte zwar zu den Konsensualverträgen, bei denen schon die bloße Einigung der Parteien deren Verpflichtung zeitigte.² Schlechthin galt dies jedoch nur für die eher unspezifische Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, die regelrecht geschuldet und durch Übereignung von Geldzeichen erfolgte. Die Leistung des Verkäufers, die dem Kaufvertrag ihr Gepräge gibt, war dagegen Objekt einer gewöhnlichen Verpflichtung nur insoweit, als der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache übergeben musste. Die mit dieser Übergabe angestrebte Rechtswirkung des Eigentumsübergangs, die den römischen Juristen durchaus als Ziel des Kaufvertrags galt,³ war jedoch ebenso wenig geschuldet wie die Mangelfreiheit der Kaufsache. Beide waren vielmehr der Sanktion mit Hilfe Garantieverprechen überlassen, die zunächst wirklich abgegeben werden mussten, später unterstellt wurden. Der Grund für dieses aus heutiger Sicht seltsam anmutende Konzept des Kaufvertrags lag in seiner Verhaftung in der ursprünglichen Struktur des Austauschs von Kaufsache und Kaufpreis: Sie geschah am Anfang in Form eines Handgeschäfts, bei dem beide Seiten ihre Leistungen sofort erbrachten und die Bedeutung ihrer Einigung darauf beschränkt war, einen Rechtsgrund für den Verbleib von Kaufsache und Kaufpreis bei ihrem jeweiligen Empfänger zu schaffen. Als man hieraus ein Distanzgeschäft machte, setzte man das Instrument der Verpflichtung nur für die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Kaufsache ein, weil man den Kaufvertrag, der **ursprünglichen Konzeption des Eigentums** folgend,⁴ zunächst nur als Mittel betrachtete, um dem Käufer ein relativ besseres Recht an der Kaufsache zu geben, als es der Verkäufer hatte.

Die Verschaffung einer Rechtsposition mit Wirkung gegenüber Dritten wurde nicht mehr als Teil des Kaufvertrags selbst begriffen, sondern musste sich der Käufer

10

11

¹ Hierzu *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 304 ff., *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 230 ff., *Harke*, Römisches Recht, Rn. 8.1 ff.

² S. o. Rn. 4 f.

³ D 18.1.80.3 Lab 5 post a Iav epit.

⁴ Vgl. *Harke*, Römisches Recht, Rn. 13.1 ff.

fer dadurch ertrotzen, dass er dem Verkäufer ein **Garantieversprechen** abnahm, das diesen für den Fall der **Entwehrung** der Kaufsache durch einen Dritten zu einer Geldleistung verpflichtete.⁵ Diese entsprach entweder dem Interesse des Käufers am Verbleib der Kaufsache in seinen Händen oder dem Ein- oder Vielfachen des Kaufpreises. Typischerweise war das Versprechen auf den doppelten Betrag gerichtet, mit dessen Leistung man die Sanktion eines Diebstahls nachahmte, weil man den Verkäufer, der dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache nicht verschaffen konnte, so ansah, als hätte er einen Diebstahl am Kaufpreis verübt. Die Abgabe solcher Garantieversprechen wurde derart üblich, dass die römischen Juristen des zweiten Jahrhunderts dem Käufer einen Anspruch auf ihren Abschluss⁶ und, wenn ihm die Kaufsache schon von einem Dritten abgenommen worden war, auf Zahlung des Betrags gaben, den er aufgrund des Garantieversprechens vom Verkäufer erhalten hätte⁷. Der Hochklassiker Julian ging noch einen Schritt weiter und versetzte den Tatbestand der Garantieversprechen in das kaufrechtliche Synallagma, indem er dem Käufer, der die Kaufsache verloren hatte, auch dann, wenn die Voraussetzungen der Garantiepflichtung nicht gegeben waren, zumindest die Rückforderung des Kaufpreises gestattete.⁸ War der Kaufvertrag damit um den Verbleib der Kaufsache beim Käufer als eine vom Verkäufer zu erbringende Leistung angereichert, erkannte man fortan keinen Bedarf mehr für die Einführung einer Überempfangspflicht.⁹

⁵ Vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 311 ff., *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 293 ff., *Harke*, Römisches Recht, Rn. 8.14 ff.

⁶ D 21.1.31.20 Ulp 1 ed aed cur: *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.* („Da die Stipulation des doppelten Kaufpreises ständig vorgenommen wird, ist die Ansicht herrschend, dass auch aus dem Kauf geklagt werden könne, falls der Verkäufer eines Sklaven diese Stipulation nicht geleistet hat. Was Sitte und Brauch entspricht, ist nämlich von den auf die gute Treue gerichteten Klagen umfasst.“)

⁷ PS 2.17.2.

⁸ D 30.84.5 Iul 33 dig, D 19.1.11.18 Ulp 32 ed.

⁹ Daher konnte der Käufer das Interesse am Eigentumserwerb auch nur ganz ausnahmsweise kraft einer besonderen Garantiehafung verlangen, die dem Verkäufer infolge seiner Arglist auferlegt wurde (hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 227); vgl. D 19.1.30.1 Afr 8 quaest: *Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit.* („Hast du mir, als ich gutgläubig war, wissentlich eine fremde Sache verkauft, so kann ich, wie er [Julian] glaubt, noch bevor mir die Sache entwehrt wird, mit Erfolg die Kaufklage darauf erheben, was mein Interesse ausmacht, dass die Sache zu meinem Eigentum wird. Obwohl nämlich wahr sei, dass der Verkäufer nur dafür einzustehen habe, dass der Käufer die Sache in ungestörtem Besitz behält, und nicht auch dafür, dass er sie zum Eigentum des Käufers macht, hafte derjenige, der wissentlich eine fremde und nicht eine eigene Sache einem Gutgläubigen verkauft hat, weil er zu gewährleisten habe, dass keine Arglist im Spiel sei. Dies gilt insbesondere dann, wenn er einen Sklaven verkauft hat, den der Käufer freilassen oder verpfänden will.“)

Die Folgen dieser Abstinenz machten den römischen Kauf zu einem für spätere Juristen kaum nachvollziehbaren Gebilde: Da seine Verpflichtungsstruktur eben nach wie vor nicht auf die Verschaffung von Eigentum als dinglichem Recht, sondern auf die bessere Berechtigung des Käufers gegenüber dem Verkäufer angelegt war, hatte sich diese Leistung des Verkäufers schon durch den Akt des Vertragsschlusses erledigt, mit dem diese bessere Berechtigung erreicht war. Dementsprechend wurde die Kaufsache ab diesem Moment im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander auch schon dem Vermögen zugerechnet. Von den Konsequenzen dieses Atavismus, den man „Barkauf“ oder „**Veräußerungscharakter**“ nennt, sprangen vor allem das Fehlen eines Gattungskaufs und die Zuweisung der Preisgefahr an den Käufer (*periculum emptoris*) ins Auge: Da der Verkäufer seine Übereignungsleistung schon mit dem Vertragsschluss erbrachte, musste sie schon zu diesem Zeitpunkt individuell und nicht etwa nur der Gattung nach bestimmt sein. Und der Käufer blieb auch dann zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn die Kaufsache nach Vertragsschluss, aber noch vor ihrer Übergabe zufällig untergegangen war. Gemildert wurde diese Gefahrverteilung zumindest in klassischer Zeit durch eine korrespondierende Verschärfung der Haftung des Verkäufers: Weil er die Kaufsache ab Vertragsschluss nicht mehr wie ihr Eigentümer, sondern wie ein Fremder besaß, der sie zum eigenen Vorteil in den Händen hatte, traf ihn ebenso wie einen Entleiher die Pflicht zur Bewachung (*custodia*) der Sache, die eine Einstandspflicht in allen Fällen niederen Zufalls begründete und die Gefahrtragung des Käufers praktisch auf die Fälle höherer Gewalt wie Krieg oder Naturkatastrophen beschränkte¹⁰. Da diese weitgehende Haftung in der byzantinischen Kodifikation des römischen Rechts in eine Verschuldenschaft umgedeutet und so in ihrem Garantiecharakter unkenntlich gemacht wurde, war die Gefahrbelastung des Käufers seit dem Mittelalter weder einzusehen noch als gerecht zu empfinden, zumal sie ohnehin nur für den Stück- und nicht mehr für den mittlerweile zugelassenen Gattungskauf gelten konnte.

Nach der Vorgabe der Naturrechtslehre¹¹ wurde das römische Kaufvertragsregime in den Naturrechtsgesetzbüchern durch zwei verschiedene Modelle abgelöst, in denen **Eigentumserwerb** und **Gefahrübergang synchronisiert** sind: Im französischen *Code civil* (Art. 1138, 1583) verdinglichte man das Verfügungs-

¹⁰ Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 231 Fn. 126.

¹¹ Vgl. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, 2.12.15: *De venditione et emptione notandum etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum. ... Quod si actum sit ne statim dominium transeat, obligabitur venditor ad dandum dominium, atque interim res erit commodo et periculo venditoris: quare ... quod res periculo est emptoris et ut fructus ad eum pertineant, antequam dominium transeat, commenta sunt juris civilis, quod nec ubique observatur: ...* („Zu den Kaufverträgen ist festzuhalten, dass das Eigentum auch ohne Übergabe in dem Moment des Vertragsschlusses übertragen werden kann, und dies sehr einfach. ... Ist aber vereinbart, dass das Eigentum nicht sofort übergehen soll, wird der Verkäufer dazu verpflichtet, das Eigentum zu übertragen, und in der Zwischenzeit sind Gefahr und Nutzen dem Verkäufer zugewiesen. Daher ist es eine bloße Erfindung des römischen Rechts, dass Gefahr und Nutzen der Sache dem Käufer noch vor dem Eigentum zugewiesen sein sollen; und es wird auch keineswegs überall beachtet ...“)

element des Kaufs und sprach ihm ebenso wie anderen Verträgen, aus denen eine Lieferpflicht folgt, im Fall der Speziesschuld eine eigentumsübertragende Wirkung zu. Der Käufer war so nicht nur von vornherein gefahrbelastet, sondern auch Rechtsinhaber. Das Gegenmodell des preußischen ALR (§ 95 I 11) und österreichischen ABGB (§§ 1049, 1064) bestand darin, den Gefahrübergang zugunsten des Käufers auf den Moment der Übergabe zu verschieben, in dem nach beiden Gesetzen auch das Eigentum an einer beweglichen Sache auf den Käufer übergehen soll (§§ 1 I 10 ALR, 380, 424 f. ABGB). Während das schweizerische Recht trotz gleichartigen Eigentumsübertragungsmodus wieder zum römischen Prinzip der Gefahrzuweisung an den Käufer zurückgekehrt ist (Art. 185 OR), folgt das BGB (§ 446) der Lösung von ALR und ABGB, obwohl es selbst für den Eigentumsübergang außer der Übergabe noch den Abschluss eines dinglichen Vertrags fordert (§ 929 BGB), der entsprechend dem Abstraktionsprinzip¹² in seiner Wirksamkeit von dem zugrunde liegenden Kaufvertrag unabhängig ist. Diese Abkoppelung des dinglichen Rechtswechsels vom schuldrechtlichen Geschäft markiert einen Höhepunkt in der Entwicklung des Kaufvertrags, der nun in jeder Hinsicht ein reines Verpflichtungsgeschäft und sogar der mittelbaren Wirkung beraubt ist, die er für den Eigentumsübergang in den Ländern hat, die dem Traditionsprinzip preußischen und österreichischen Musters folgen.

- 14 Die Überwindung des Barkaufprinzips und die Umgestaltung des Kaufvertrags zu einem durchgängigen Verpflichtungsgeschäft mussten zwangsläufig zu einer Revision des Regimes führen, mit dem der Verbleib der Kaufsache beim Käufer sichergestellt wird: Den Platz der besonderen Garantieversprechen, die im längst überwundenen archaischen Eigentumsbegriff wurzelten, musste die Verpflichtung des Verkäufers einnehmen, dem Käufer eine gegenüber Dritten wirksame Rechtsposition zu verschaffen. Wiederum nach dem Vorbild der Naturrechtslehre¹³ statuierte das preußische ALR (§ 135 I 11) eine solche **Übereignungspflicht** und prägte damit auch die Lösung des schweizerischen OR (Art. 184) und des BGB (§ 433 Abs. 1 S. 1). Die Sanktion der Nichterfüllung dieser Pflicht fiel in diesen Gesetzen jedoch verschieden aus: Während das ALR (§ 155 I 11) den Verkäufer einer verschuldensabhängigen Haftung unterwarf, wie sie auch an die Verletzung anderer Leistungspflichten geknüpft war, übernahmen das schweizerische OR (Art. 192 ff.) und das BGB von 1900 (§ 440 a. f.) ebenso wie der französische *Code civil* (Art. 1626 ff.) das alte römische Schema einer an die Entwehrung der Kaufsache geknüpften Garantiehafung. Da es der Integration der Eigentumsverschaffung in das Pflichtenprogramm des Kaufvertrags widersprach, wurde es in Deutschland als Fremdkörper empfunden¹⁴ und im Zuge der Schuldrechtsreform von 2002 durch ein weitgehend dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht angepasstes Konzept der Mängelhaftung ersetzt, das dem Verschuldensprinzip unterliegt (§§ 435 ff. BGB).
- 15 Entwickelt wurde das neue Regime freilich nicht für die Pflicht zur Rechtsverschaffung, sondern für die **Sachmängelhaftung**, die sich im klassischen römischen

¹² Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 9.

¹³ Vgl. *Grotius* (Fn. 11) a. a. O.

¹⁴ Vgl. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 231.

Recht zunächst ebenfalls weitgehend jenseits des eigentlichen Kaufvertrags vollzog: Als ein auf den bloßen Austausch von Kaufsache und Kaufpreis gerichteter Vertrag sperrte er sich sowohl in seiner ursprünglichen Form als Handgeschäft als auch in seiner späteren Gestalt als ein dem Barkaufprinzip folgendes Distanzgeschäft einer Ausdehnung der Verkäuferpflicht auf die Mängelfreiheit der Kaufsache. Anders als im Fall der Rechtsmängelhaftung wurde aber nicht nur eine arglistige Täuschung des Käufers¹⁵, sondern auch eine vom Verkäufer gegebene Zusage über die Beschaffenheit der Kaufsache unmittelbar durch einen mit der Kaufklage selbst zu verfolgenden Anspruch des Käufers auf Schadensersatz sanktioniert. Diese Garantienhaftung bot den frühklassischen Juristen den Ansatzpunkt für einen weitergehenden Käufer-schutz, indem sie außer den ausdrücklich zugesagten auch die Eigenschaften der Kaufsache als zugesichert gelten ließen, von deren Vorliegen der Käufer selbstverständlich ausgehen durfte.¹⁶ Für die Fortentwicklung dieses Konzepts sorgte wiederum der Hochklassiker Julian, der die Verpflichtung des gutgläubigen Verkäufers, der den Fehler der Kaufsache selbst nicht kannte, auf die Rückerstattung des Betrags begrenzte, um den der Kaufpreis bei beiderseitiger Kenntnis des Sachmangels niedriger ausgefallen wäre.¹⁷ Obwohl er den Anspruch des Käufers damit im Ergebnis reduzierte, löste er ihn doch zugleich von der Konstruktion einer stillschweigenden Zusicherung. Das Vorhandensein selbstverständlich vorausgesetzter Eigenschaften der Kaufsache war damit Teil der Verkäuferpflicht geworden.

Statt von Julians weitsichtiger Entscheidung nahm die künftige Entwicklung der Sachmängelhaftung ihren Ausgang jedoch von den Rechtsbehelfen, die neben den Klagen aus dem Kaufvertrag von den für die Marktgerichtsbarkeit zuständigen kurlischen Ädilen gewährt wurden. Sie gestanden demjenigen, der auf dem öffentlichen Markt einen an Krankheit oder Charakterschwäche leidenden Sklaven oder ein krankes Zugtier erworben hatte, ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Verschulden des Verkäufers das Recht zu, von diesem innerhalb eines halben Jahres ab dem Ver-

16

¹⁵ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 227.

¹⁶ Vgl. D 19.1.6.4 Pomp 9 Sab.

¹⁷ Vgl. D 19.1.13pr. Ulp 32 ed: *Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit [idonea venisse] <id non evenisse> erit praestandum.* („Julian macht im 15. Buch seiner Digesten einen Unterschied in der Verurteilung aus der Kaufklage zwischen demjenigen, der eine Sache in Kenntnis ihres Mangels verkauft hat, und demjenigen, der sie unwissentlich verkauft hat. Er sagt nämlich, dass, wer krankes Vieh oder einen mangelhaften Balken verkauft hat, falls er es unwissentlich getan hat, aus der Kaufklage nur soviel leisten müsse, um wie viel ich die Sache billiger gekauft hätte, wenn ich von ihrem Zustand gewusst hätte; wenn er den Mangel dagegen wissentlich verschwiegen und den Käufer getäuscht hat, müsse er diesem den gesamten Schaden ersetzen, den der Käufer aus dem Kauf erleidet, sei es den Wert des Hauses, wenn es infolge des mangelhaften Balkens eingestürzt ist, sei es das Interesse daran, dass anderes Vieh nicht wegen Ansteckung mit dem kranken eingegangen wäre.“)

tragsschluss mit der Wandlungsklage (*actio redhibitoria*) die Rückabwicklung des Vertrags zu begehren. Binnen Jahresfrist konnte er ferner eine Klage auf Erstattung des mangelbedingten Minderwerts (*actio quanti minoris*) erheben. Wahrscheinlich bestand dieser in der Differenz zwischen dem Preis der Kaufsache und ihrem Wert, so dass der Käufer zumindest rechnerisch so gestellt wurde, als hätte er das für ihn nachteilige Geschäft nicht abgeschlossen. Nachdem die **Wandlungs-** und die **Minderungsklage** im byzantinischen Recht auf alle Arten von Kaufverträgen ausgedehnt worden waren, deutete man sie in der Gemeinrechtslehre als Ausprägungen der allgemeinen Käuferklage und entwickelte die Vorstellung, dass ihr die Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Leistung zugrunde liege.¹⁸ Dieser Einsicht folgend, statuierten das preußische ALR (§§ 323, 331 I 5) und das österreichische ABGB (§ 932 a. f.) einen der Wandlung und Minderung vorgeschalteten Anspruch des Käufers auf **Fehlerbeseitigung**, mit dem das Prinzip der Naturalerfüllung umgesetzt wurde. Hinter diesen Stand fielen sowohl das schweizerische OR als auch das BGB von 1900 wieder zurück, indem sie den Käufer beim Stückkauf auf Wandlung und Minderung (Art. 205 OR, § 462 BGB a. f.), beim Gattungskauf auf Wandlung, Minderung und die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (Art. 206 OR, § 480 BGB a. f.) beschränkten und ein Schadensersatzrecht nur für den Fall der Arglist des Verkäufers vorsahen (§ 463 BGB a. f.).

- 17 In Deutschland wurde dieses unzeitgemäße Regime durch die Schuldrechtsreform von 2002 beseitigt, die im Kaufrecht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) gehorchte und zu einer weitgehenden **Integration** der Mängelhaftung in das **allgemeine Leistungsstörungenrecht** nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts (Art. 46 ff.) geführt hat: Der Käufer hat nun einen regelrechten Anspruch auf Überlassung einer mangelfreien Kaufsache (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB), den er nach Übergabe der Kaufsache in Gestalt von Nachbesserung oder Nachlieferung durchsetzen kann und grundsätzlich auch geltend machen muss, bevor er von den Sekundärrechtsbehelfen Gebrauch machen kann.¹⁹ Erst wenn die Nacherfüllung trotz Fristsetzung ausbleibt, einem Leistungshindernis begegnet oder sich als untunlich erweist, ist der Käufer zu Rücktritt oder Minderung sowie zum Schadensersatz statt der Leistung berechtigt. Die Minderung besteht anders als bei der entsprechenden ädilizischen Klage in einer verhältnismäßigen Herabsetzung des Kaufpreises (§ 441 BGB), wie sie schon im klassischen römischen Recht durch Julian als Ziel der allgemeinen Käuferklage etabliert war. Im Rücktrittsrecht (§§ 323, 326 BGB) hat das Institut der Wandlungsklage eine vertragstypenübergreifende Gestalt angenommen.²⁰ Und die Schadensersatzpflicht des Verkäufers knüpft nicht mehr an eine Zusicherung des Verkäufers oder seine Arglist, sondern an die allgemeinen Kriterien an, ob er den Leistungsausfall zu vertreten hat (§§ 276, 281, 283 BGB) oder ihn bei Vertragsschluss hätte vorhersehen können (§ 311a Abs. 2 BGB).

¹⁸ *Donellus, Commentarii de Jure Civili*, 13.3.1, 6.

¹⁹ Dieses so gewährleistete Recht der „zweiten Andienung“, das jenseits des Sachmängelregimes seit Einführung der Naturalvollstreckung selbstverständlich war, hat ebenso wie diese die Funktion, den Vertrag zu erhalten und durchzuführen; vgl. *Schroeter*, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007) 28, 36 ff.

²⁰ Vgl. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 109 ff.

b) Das Kaufrecht

aa) Regelungsebenen

Wegen seiner Anbindung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die einen gemeinschaftsweiten Mindeststandard an Verbraucherschutz beim Kauf sachmangelhafter Waren sicherstellen will, ist das Kaufrecht des BGB in weiten Teilen insofern zwingend, als es bei einem Verbrauchervertrag über eine bewegliche Sache nicht wirksam zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden kann: § 475 Abs. 1 BGB bestimmt für den in § 474 Abs. 1 BGB definierten **Verbrauchsgüterkauf**, dass sich der unternehmerisch tätige Verkäufer auf eine vor Mitteilung eines Mangels getroffene Vereinbarung nicht berufen kann, die zum Nachteil des Verbrauchers von den einschlägigen Vorschriften über die Mängelhaftung abweicht.²¹ Dies bedeutet, dass der Vertrag trotz seiner teilweisen Nichtigkeit wirksam und Grundlage für die gesetzlich vorgegebenen Käuferansprüche ist. Eine Ausnahme bilden die Regelung der Verjährung, die gemäß § 475 Abs. 2 BGB zumindest beim Verkauf gebrauchter Sachen abgekürzt werden kann, sowie das Schadensersatzrecht des Käufers, dessen Modifikation nach § 475 Abs. 3 BGB nur den ohnehin geltenden Schranken des Rechts der vorformulierten Geschäftsbedingungen unterliegen soll. Von den allgemeinen Vorschriften abweichende Regeln für den Verbrauchsgüterkauf enthalten die §§ 474 ff. BGB dagegen nur wenige, unter denen die wichtigste die Beweislastumkehr für das Vorhandensein eines innerhalb von sechs Monaten aufgetretenen Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs²² ist. An die Einordnung eines Vertrags als Verbrauchsgüterkauf knüpfen aber auch Bestimmungen für den vorgeschalteten Vertrag zwischen dem unternehmerisch tätigen Verkäufer und seinem Lieferanten sowie die weiteren Verträge in der Lieferkette über neu hergestellte Kaufsachen an. Als reine Unternehmerverträge unterliegen sie eigentlich nicht den für Verbraucherverträge bestehenden Gestaltungsschranken. Um die wirtschaftlichen Folgen eines Mangels nach Möglichkeit dort eintreten zu lassen, wo der Fehler der Kaufsache entstanden ist, erklärt aber § 478 Abs. 4 BGB auch hier das allgemeine Kaufrecht zugunsten des Käufers insoweit für unabdingbar, als er keinen gleichwertigen Ausgleich für seine Mängelrechte erhält. Um dem Verkäufer eine Regressfalle zu ersparen, ist ihm die Geltendmachung seiner Mängelrechte sogar durch die übrigen Bestimmungen von §§ 478 und 479 BGB erheblich erleichtert.²³ Während die gemeinschaftsweite Privilegierung des Verbrauchers dem Ziel der Marktintegration dient²⁴ und daher nicht zu beanstanden ist, erweckt die damit einhergehende Begünstigung des Rückgriffs insofern Bedenken, als das mit ihr verfolgte Ziel generell und keineswegs nur dann erstrebenswert erscheint, wenn die Absatzkette in einen Verbrauchsgüterkaufvertrag mündet. Auf andere Fälle lassen sich die Vorschriften über den Lieferantenkauf aber bestenfalls dann analog anwenden, wenn zumindest

18

²¹ Dies sieht auch der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens vor; vgl. Art. IV.A. – 2:309, 4:101 DCFR.

²² S. u. Rn. 51.

²³ S. u. Rn. 70 ff.

²⁴ Vgl. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 54.

beabsichtigt ist, dass die Kaufsache schließlich zum Gegenstand eines Verbrauchsgüterkaufs wird.²⁵

- 19 Nur den allgemeinen Schranken des Verbots gesetz- und sittenwidriger Verträge sowie dem Regime für vorformulierte Geschäftsbedingungen sind Kaufverträge unterworfen, die Verbraucher untereinander eingehen und die zwischen Unternehmern ohne Bezug auf einen Verbrauchsgüterkauf abgeschlossen werden, ferner alle Verträge, deren Gegenstand keine bewegliche Sache ist. Hier gelten jeweils nur die Bestimmungen des allgemeinen Kaufrechts in §§ 433 bis 453 BGB, und zwar, soweit sie nicht ausnahmsweise ein spezielles Klauselverbot enthalten, als **dispositives Gesetzesrecht**. Ergänzt werden sie durch die Bestimmungen über den Handelskauf in §§ 373 ff. HGB, die dann zum Zuge kommen, wenn eine oder beide Parteien Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. HGB sind. Sowohl diese als auch die Vorschriften des BGB machen das gesetzliche Leitbild aus, das Grundlage der Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen nach § 307 BGB ist. Sie geht in ihren Wirkungen insoweit über das von § 475 BGB für Verbrauchsgüterkaufverträge statuierte Verbot hinaus, als dieses die teilweise Aufrechterhaltung einer unzulässigen Vereinbarung gestattet,²⁶ während für vorformulierte Geschäftsbedingungen das flankierende Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion gilt²⁷. Es passt nicht auf einen Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB durch Individualvereinbarung, weil hier nicht der besonderen Gefahr zu wehren ist, dass der Verwender vorformulierter Klauseln darauf spekuliert, dass diese, wenn sie ihren Abschreckungszweck verfehlen, doch noch auf das zulässige Maß gestutzt werden.

bb) Der Verbrauchsgüterkauf

- 20 Den Verbrauchsgüterkauf, für den das allgemeine Kaufrecht zugunsten des Käufers weitgehend zwingend ist und der auch auf die vorgeschalteten Lieferantenverträge ausstrahlt, definiert § 474 Abs. 1 S. 1 BGB als einen Vertrag über eine bewegliche Sache, bei dem auf Verkäuferseite ein Unternehmer, auf Käuferseite ein Verbraucher beteiligt ist. S. 2 der Vorschrift macht eine Ausnahme für Verträge über gebrauchte Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden. Hierunter sind nur Versteigerungen im Sinne von § 383 Abs. 3 S. 1 BGB zu verstehen,²⁸ bei denen wegen der öffentlichen Bestellung des Versteigerers eine besondere Gewähr für ihre ordnungsgemäße Durchführung besteht.²⁹ Entsprechend der Zwecksetzung sowohl des nationalen als auch des europäischen Verbraucherschutzrechts, die beide an den typischerweise gegebenen Unterschied in Erfahrung und Rationalität beim

²⁵ Richtig *Tröger*, Voraussetzungen des Verkäuferregresses im BGB, AcP 204 (2004) 115, 121 ff.

²⁶ MünchKomm/Lorenz § 475 BGB Rn. 24, Soergel/Wertenbruch § 475 Rn. 104.

²⁷ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 70.

²⁸ BGH, NJW 2006, 613, 614.

²⁹ Dass hier stets die von § 474 Abs. 1 S. 2 BGB geforderte Teilnahmemöglichkeit besteht, ist für das Verständnis dieser Vorschrift irrelevant, weil der entsprechende Passus aus Art. 1 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommen wurde, die gemäß ihrem Art. 8 Abs. 2 einem höheren Verbraucherschutzniveau auf nationaler Ebene nicht entgegensteht; vgl. BGH, NJW 2006, 613, 614 f.

Geschäftschluss anknüpfen, sind die Unternehmer- und **Verbrauchereigenschaft** grundsätzlich **objektiv** und nicht etwa danach zu bestimmen, wie sich der Vertragspartner aus dem Empfängerhorizont des jeweils anderen ausnimmt.³⁰ Dies bedeutet, dass ein Verkäufer, der gegenüber einem Verbraucher als Unternehmer auftritt oder erscheint, in Wahrheit aber selbst Verbraucher ist, nicht den strengeren Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB unterliegt, also insbesondere durch Vertrag seine Mängelhaftung wirksam einschränken kann. Da ein schutzwürdiges Vertrauen des Käufers auf die Ungültigkeit der getroffenen Vereinbarung kaum denkbar ist und sich auch die Fehlannahme einer Beweislastumkehr für die Existenz des Mangels bei Gefahrübergang gemäß § 476 BGB schwerlich zur Grundlage eines Schadensersatzrechts machen lässt, kommt eine Haftung des als Verkäufer auftretenden „Scheinunternehmers“ wegen vorvertraglichen Fehlverhaltens gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB in dieser Konstellation praktisch nicht Betracht.

Anders verhält es sich im umgekehrten Fall, dass der Verbraucher, der den Anschein vermittelt, Unternehmer zu sein, als Käufer auftritt. Zwar gilt auch hier der Grundsatz der objektiven Bestimmung der Verbrauchereigenschaft, und dass jemand den Schutz der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf und insbesondere seine hiernach unabdingbaren Mängelansprüche nicht schon deshalb verliert, weil er aus Sicht des Verkäufers als Unternehmer erscheint. Geriert er sich als solcher, kann er sich aber durchaus wie ein Unternehmer behandeln lassen müssen.³¹ Für den BGH³² folgt dies aus dem Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, das dem „**Scheinunternehmer**“ auf **Käuferseite** einen Widerspruch zu seinem eigenen vorangegangenen Verhalten verbietet. Besser als der Rückgriff auf dieses veraltete Instrument³³ ist es, den Käufer, der sich wie ein Unternehmer verhält, nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB wegen seines vorvertraglichen Fehlverhaltens für den Schaden eintreten zu lassen, der dem Verkäufer daraus entstanden ist, dass er die Verbrauchereigenschaft seines Gegenüber verkannt hat. Ist der Verkäufer deshalb einem Anspruch ausgesetzt, den er durch wirksame Vertragsgestaltung vermieden hätte, kann er dies im Wege der aus dem Schadensersatzrecht folgenden Abwehreinrede gegen den Anspruch des Käufers einwenden. Diese Lösung verdient den Vorzug, weil dem „Scheinunternehmer“ wegen der objektiven Bestimmung seiner wahren Eigenschaft nicht der Widerspruch zu seinem Verhalten bei Vertrags-

21

³⁰ MünchKomm/Lorenz § 474 BGB Rn. 23; ebenso *Herresthal*, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher, JZ 2006, 695, 697 ff., der allerdings eine Ausnahme für „potentiell unternehmerisch Tätige“ machen will. Für eine Bestimmung nach dem Empfängerhorizont dagegen Soergel/Wertenbruch § 474 Rn. 14 und Palandt/Ellenberger § 13 Rn. 4, der sich zu Unrecht auf BGH, NJW 2008, 435, 436 beruft, wo nur klargestellt ist, dass es für Geschäfte, die im Übergang von der Verbraucher- zur Unternehmereigenschaft abgeschlossen werden, statt auf die innere Absicht des werdenden Unternehmers auf den objektiven Zweck des Geschäfts ankommt. Ausdrücklich offen lässt die Frage nach dem Modus der Bestimmung der Verbrauchereigenschaft BGH, NJW 2005, 1045.

³¹ Anders *Schürnbrand*, Zwingender Verbraucherschutz und das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, JZ 2009, 133, 137, der den Vergleich zum Minderjährigenschutz zieht, allerdings einen Vorbehalt zugunsten der Deliktshaftung wegen Vorsatzes machen will.

³² BGH, NJW 2005, 1045 f.

³³ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 341.

schluss, vielmehr die hier bewirkte Täuschung seines Vertragspartners zum Vorwurf gereicht.³⁴ Die hieran geknüpfte Haftung begegnet auch vom Standpunkt des Europarechts keinen Bedenken; denn ebenso wie der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung³⁵ hat sie ihre Grundlage in dem auf europäischer Ebene anerkannten Grundsatz von Treu und Glauben³⁶.

22 Die objektive Bestimmung der Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft ist auch für die Beurteilung der Drei-Personen-Konstellation ausschlaggebend, in der auf Verkäuferseite ein Unternehmer als Vertreter für einen Verbraucher auftritt. Hier stellt sich in besonderer Form die im Zwei-Personen-Verhältnis eher leicht zu beantwortende Frage, ob ein Anwendungsfall des **Umgehungsverbots** gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt, das sich gegen Vereinbarungen richtet, mit denen das nach S. 1 der Vorschrift beim Verbrauchsgüterkauf zwingende Kaufrecht ausgehebelt wird. Die Antwort richtet sich danach, wer im Innenverhältnis von vertretendem Unternehmer und vertretenem Verbraucher das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts zu tragen hat.³⁷ Ist es der Verbraucher, den die Last der Mängelhaftung treffen soll, gilt das Verbot verkäuferfreundlicher Vereinbarungen nicht; ist es der Unternehmer, der trotz seiner formalen Stellung als Vertreter aufgrund des Innenverhältnisses zum Verkäufer von dem Kaufvertrag eigentlich betroffen sein soll, gilt zugunsten des Käufers das Klauselverbot des § 475 Abs. 1 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁸ Entgegen der Ansicht des BGH³⁹ bedeutet dies aber nicht, dass sich der als Vertreter aufgetretene Unternehmer wie der Vertragspartner des Verbrauchers behandeln lassen muss und diesem einstandspflichtig wird.⁴⁰ Die Verteilung der Parteirollen und der damit verbundenen Risiken bleibt vielmehr so, wie sie von den auf Verkäuferseite stehenden Personen beabsichtigt wurde. Hat dies zur Folge, dass sich ein Verbraucher die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung entgegenhalten lassen muss, die er ohne Einschaltung des Unternehmers wirksam hätte vereinbaren können, liegt hierin kein Widerspruch zum Zweck der Regeln über den Verbrauchsgüterkauf; denn diese sind auf den Schutz des Käufers und nicht etwa auf die Privilegierung oder Benachteiligung von bestimmten Verkäuferkreisen angelegt.⁴¹

³⁴ Dies habe ich früher verkannt, als ich mich um die Einordnung des Falles zu den Konstellationen der Verwirkung bemühte; vgl. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 343.

³⁵ Hierzu BGH, NJW 2005, 1045, 1046 f.

³⁶ Vgl. etwa EuGH, 2009, 3015, 3016.

³⁷ BGH, NJW 2007, 1039, 1040. Anders *Maultzsch*, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel und Gesetzesumgehung, ZGS 2005, 175, 177 f., der die Haftung des Unternehmers nach § 311 Abs. 3 BGB für ausreichend hält.

³⁸ Dass es auf das dem Käufer nicht erkennbare Innenverhältnis ankommt, ist entgegen *Grunewald*, Kaufrecht, Rn. 3.32 keineswegs misslich, weil ja auch die persönlichen Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufrechts objektiv und nicht nach dem von Käufer oder Verkäufer vermittelten Erscheinungsbild festgestellt werden.

³⁹ BGH, NJW 2007, 759, 760 f.

⁴⁰ Insoweit richtig *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 268, der allerdings auch den Unternehmer kraft des Verbots widersprüchlichen Verhaltens zur Haftung heranziehen will.

⁴¹ Richtig MünchKomm/*Lorenz* § 475 BGB Rn. 36. Gegen die Unterstellung eines Scheingeschäfts im Verhältnis zum Verbraucher und die Annahme eines verdeckten Geschäfts zum Unternehmer auch *Palandt/Weidenkaff* § 475 Rn. 6. Offen in der Konstruktionsfrage BGH, NJW 2007, 759, 760.

cc) *Geltungsbereich des Kaufrechts*

Den Kernbereich des Kaufrechts machen seit jeher und auch gemäß der Beschreibung des Kaufvertrags in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Vereinbarungen aus, deren Ziel die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ist. Schon in Rom wurden jedoch auch Verträge über den Erwerb von Forderungen und Erbschaften, also einer Gesamtheit von Sachen und Rechten, abgeschlossen und mit Hilfe des Kaufrechts bewältigt. Heute dehnt § 453 Abs. 1 BGB dessen Anwendungsbereich noch weiter, nämlich auf sämtliche **Rechte** und „**sonstige**“ **Gegenstände**, aus. Unter den Begriff des Rechts fallen außer Forderungen auch Mitgliedschaften an Gemeinschaften und Gesellschaften, ferner die ohnehin eigentumsähnlichen Immaterialgüter- und Anwartschaftsrechte. Zu den „sonstigen“ Gegenständen gehören vor allem Unternehmen, die ein Inbegriff von Sachen und Rechten sowie der sich hieraus ergebenden und im *good will* verkörperten Erwerbsschancen sind⁴². Das Objekt des Kaufvertrags geht in diesem Fall über die Gegenstände hinaus, die seine Basis bilden und beim sogenannten *share deal* in der Mehrheit der Gesellschaftsanteile⁴³, beim *asset deal* in der Gesamtheit der zu dem Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte bestehen. Während diese nach dem klassischen Muster des Kaufvertrags durch Übereignung oder Abtretung erworben werden können, fehlt es beim Unternehmen selbst an einem vergleichbaren Übertragungsakt, so dass die Leistung des Verkäufers darin liegt, dem Käufer die materielle oder rechtliche Grundlage für die Erwerbsschancen zu überlassen und sich fortan ihrer Nutzung zu enthalten.

Ganz **ohne Verfügungsakt** vollzieht sich die Durchführung von Verträgen über unkörperliche, aber körperähnliche Gegenstände wie Elektrizität und Fernwärme, deren Erwerb sich nicht anders als der von Wasser oder Gas nach Kaufrecht vollzieht,⁴⁴ ferner die Veräußerung von Immaterialgütern, die rechtsähnlich, aber wie etwa eine bloße Information oder eine Idee nicht zu einer Rechtsposition verfestigt sind. Auch sie können ihren Träger nach Kaufrecht wechseln,⁴⁵ wobei den Platz der Übereignung die Mitteilung der erforderlichen Daten durch den Veräußerer und, wenn dies zu ihrer Verwertung erforderlich ist, auch dessen zukünftige Abstinenz von ihrer Nutzung einnimmt. Entweder allein auf diese Weise oder in Kombination mit einer Sachübereignung oder Rechtsübertragung, vor allem in Form eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts, geschieht auch der Erwerb von Software, die ebenfalls zum Gegenstand eines Kaufvertrags taugt.⁴⁶ Es wäre zwar mit der ambivalen-

⁴² BGH, NJW 1988, 1668, 1669.

⁴³ Hierbei genügt, dass die Anteile dem Käufer die unternehmerische Leitung ermöglichen; vgl. *Thiessen*, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 2005, S. 206 ff., PWW/*Schmidt* § 453 Rn. 28. Für eine nahezu ausschließliche Beteiligung des Käufers als Voraussetzung des Unternehmenskaufs dagegen zu Unrecht MünchKomm/*Westermann* § 453 BGB Rn. 24 und Bamberger/*Roth/Faust* § 453 Rn. 32.

⁴⁴ Vgl. die Begründung des Entwurfs für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

⁴⁵ Vgl. die Begründung des Entwurfs für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 208, 242.

⁴⁶ BGH, NJW 1997, 2043, 2045.

23

24