

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

neue Recht nicht recht passen und deren einziger Grund durch die Einführung des § 325 BGB nunmehr entfallen ist, sie ist deswegen vorzugswürdig. Ökonomisch bildet sie die beiden Elemente Allokation und Kompensation auf juristischer Ebene ab und benötigt anders als die schadensrechtliche Lösung keine zusätzlichen komplexen Strukturen.

II. Gemeinsame Voraussetzungen von Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Sowohl der Rücktritt als auch der Schadensersatz statt der ganzen Leistung werden nunmehr auch im Rahmen der Sachmängelgewährleistung weitgehend vom allgemeinen Schuldrecht geregelt. Von der Brückennorm des § 437 BGB führen die Verweise direkt ins allgemeine Schuldrecht. Daneben regelt § 440 BGB spezifisch kaufrechtliche Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis, die gleichermaßen für Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung gelten. Der Grund für diese Parallelbehandlung liegt in der strukturellen Ähnlichkeit beider Rechtsbehelfe. §§ 281 I, II BGB und §§ 323 I, II BGB verlangen vor ihrer Geltendmachung jeweils eine Fristsetzung durch den Gläubiger und normieren identische Ausnahmetatbestände. Einzig die das Fixgeschäft betreffende Ausnahme in § 323 II Nr. 2 BGB betrifft nur den Rücktritt, beim Schadensersatz existiert eine derartige Regelung nicht. Die Parallelität ist zu begrüßen, da auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen wird, dass sich Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Rücktritt in ihrer allokativen Wirkung gleichen⁶⁶¹. Die früher im Kaufrecht bestehenden Unterschiede zwischen dem Schadensersatz gemäß §§ 463, 459 II BGB a. F., der nur bei arglistiger Täuschung oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft möglich war und der Wandlung gemäß §§ 462, 459 I BGB a. F., die bereits bei einem bloßen Mangel gewählt werden konnte, sind entfallen.

Die nachfolgenden Ausführungen zum Rücktritt gelten grundsätzlich auch für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I, II BGB und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen gemäß § 284 BGB, soweit nicht ausdrücklich auf bestehende Unterschiede hingewiesen wird. Entsprechend dem in der Arbeit vertretenen Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz ist dabei zu beachten, dass sich beim Schadensersatz

661 Vgl. oben Teil 3.C.1.1.

die Rückabwicklung jeweils nur auf die Leistung bezieht, die Rückabwicklung der Gegenleistung erfolgt allein über den Rücktritt.

1. Fristsetzung

Die zentrale Änderung beim Rücktritt besteht im Vergleich zum alten Recht in der Änderung des Bezugspunkts. Während § 459 I 1 BGB a. F. auf den bei Gefahrübergang bestehenden Mangel abstellte, ist nunmehr (de facto) grundsätzlich erst der nach Ablauf der Nachfrist immer noch vorhandene Mangel relevant. Über den in § 437 Nr. 2 BGB enthaltenen Verweis auf § 323 BGB findet dessen Absatz 1 Anwendung, der den Rücktritt an den Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten angemessenen Frist knüpft, ebenso wird in § 437 Nr. 3 BGB auf § 281 I BGB verwiesen, der wortlautgleich die Fristsetzung verlangt. Der auf diese Weise erzielte Vorrang der Nacherfüllung (Recht auf zweite Andienung) bringt wirtschaftlich betrachtet den Vorteil, dass der Verkäufer einen weiteren Erfüllungsversuch erhält und so trotz mangelhafter Erstlieferung die Chance besteht, am Ende doch noch den vertraglich vereinbarten Zustand zu erhalten, der gegenüber dem Ausgangszustand eine Wohlfahrtssteigerung bedeutet. Dieses Ergebnis ist gegenüber der Rückabwicklung, die am Ende zu einem Wohlfahrtsverlust in Höhe der durch den Vertragsversuch verursachten Transaktionskosten führt, vorzugswürdig, die Privilegierung der Nacherfüllung durch den Gesetzgeber ist effizient⁶⁶².

Die Fristsetzung stellt eine Obliegenheit⁶⁶³ des Käufers in Form einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung⁶⁶⁴ dar, sie ist notwendige Voraussetzung der Rückabwicklung. Ohne Fristsetzung ist diese grundsätzlich nicht möglich, der Käufer kann weitergehende Rechtsbehelfe gemäß § 437 Nr. 2 und 3 BGB nicht geltend machen, sofern nicht ausnahmsweise die Fristsetzung entbehrlich ist. Weitere Voraussetzung ist die Angemessenheit der Frist, wobei eine zu kurze Fristsetzung nach ganz überwiegender Ansicht

662 S. o. Teil 3.B.I.

663 Vgl. Staudinger/*Otto*, 13. Auflage (2004), § 323 Rn. A 11.

664 Strittig, für geschäftsähnliche Handlung: Staudinger/*Otto*, 13. Auflage (2004), § 323 Rn. B 32; Jauernig/*Stadler*, § 281 Rn. 6; Palandt/*Heinrichs*, 64. Auflage, § 323 Rn. 12. Für Willenserklärung: MüKo/*Ernst*, § 323 Rn. 50 unter Berufung auf zahlreiche Nachweise zu § 326 BGB a. F.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

wie im alten Recht bei § 326 I BGB a. F. dazu führt, dass eine angemessene Frist zu laufen beginnt⁶⁶⁵.

Praktische Relevanz weist die Frage auf, ob eine bloße Leistungsaufforderung als Fristsetzung zu verstehen ist. Die zu § 326 BGB a. F. gefundenen Ergebnisse lassen sich nur mit Vorsicht auf § 323 I BGB übertragen, da erstere Vorschrift neben der Fristsetzung als zweites Element eine Ablehnungsandrohung vorsah, auf das § 323 BGB bewusst verzichtet⁶⁶⁶, und zudem mit Fristablauf die gewählte Folge automatisch eintrat. Entscheidend ist daher die Funktion, die man der Fristsetzung beimisst. Soll diese lediglich eine Warnfunktion für den Schuldner haben, reicht eine bloße Leistungsaufforderung aus, weil der Schuldner auf diese Weise unzweifelhaft darüber in Kenntnis gesetzt wird, dass er nunmehr die Nacherfüllung bewirken muss. Sieht man hingegen die Klarstellung auch des zeitlichen Rahmens für die Nacherfüllung als Funktion der Fristsetzung, reicht eine bloße Leistungsaufforderung nicht, weil hier keine Bestimmung des zeitlichen Rahmens stattfindet. Überzeugend ist in diesem Zusammenhang das historische Argument, das *Ernst*⁶⁶⁷ anführt. § 323 I DiskE (und ebenso § 282 I DiskE für den Schadensersatz) habe auf die Leistungsaufforderung abgestellt, diese Fassung sei jedoch verworfen und in der geltenden Fassung durch ein Fristerfordernis ersetzt worden, um die Schwelle für den Rücktritt anzuheben⁶⁶⁸. Diese erhöhten Anforderungen an den Schuldner seien kein Selbstzweck, sondern sollen Klarheit für den Gläubiger schaffen, deswegen sei die Bestimmung einer Frist nötig, eine bloße Leistungsaufforderung genüge deswegen nicht.

Eine Fristsetzung findet sich auch im CISG, das dem Gesetzgeber hier teilweise als Vorbild gedient hat, ihr kommt dort allerdings eine andere Funktion als im BGB zu. Während im BGB die Fristsetzung notwendiges Anspruchsmerkmal für den Rücktritt ist, besagt Art. 47 Abs.1 CISG zu-

665 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 138; Bamberger/Roth/*Faust*, § 437 Rn. 20; Palandt/*Heinrichs*, 64. Auflage, § 323 Rn. 14; Hk-BGB/*Saenger*, § 437 Rn. 15; Staudinger/*Otto*, 13. Auflage (2004), § 323 Rn. B 58; MüKo/*Ernst*, 4. Auflage, § 323 Rn. 77. Zum alten Recht vgl. etwa BGH NJW 85, 2640 (2641) und NJW 1996, 1814; a. A. *Canaris*, JZ 2001, 499 (510). § 323 I 2 DiskE enthielt noch die Fiktion, dass eine nicht gesetzte oder unangemessen kurze Frist als angemessen gesetzt gilt.

666 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 184.

667 MüKo/*Ernst*, 4. Auflage, § 323 Rn. 68.

668 Vgl. Anmerkung zur konsolidierten Fassung des DiskE = *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung S. 374 f.

nächst nur, dass der Käufer eine Frist setzen *kann*, binnen derer der Verkäufer die Nacherfüllung vorzunehmen hat. Setzt der Käufer eine derartige Frist, so schränkt Art. 47 Abs. 2 CISG während des Fristlaufs die Möglichkeit des Käufers ein, Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung auszuüben. Dies schützt den Verkäufer in der durch die Fristsetzung eingetretenen Schwebelage, er darf sich während dieser Zeit auf die Möglichkeit einer Nacherfüllung verlassen. Ist die Frist erfolglos abgelaufen, so ist dem Käufer über Art. 49 Abs. 1 (b) CISG der Rücktritt eröffnet, der seinerseits Voraussetzung für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß Art. 75 und 76 CISG ist⁶⁶⁹. Rücktrittsgrund ist dabei nicht die abgelaufene Frist an sich, sondern die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung, wie sie in Art. 49 Abs. 1 (a) CISG angeführt ist. Der Fristablauf hat aber zur Folge, dass der Käufer nicht die Wesentlichkeit beweisen muss, weil der Fristablauf nunmehr als wesentlich angesehen wird⁶⁷⁰. Da Rücktrittsvoraussetzung aber gemäß Art. 49 Abs. 1 (a) CISG stets eine wesentliche Pflichtverletzung ist, stellt die Fristsetzung, anders als im BGB, weder Pflicht noch Obliegenheit dar⁶⁷¹. Insgesamt kommt in Art. 47 Abs. 2 CISG der Vorrang der Nacherfüllung recht deutlich zum Vorschein, was aufgrund der Klarheit die Gesetzesanwendung erleichtert. Im BGB ist der Vorrang inhaltlich zwar noch deutlicher ausgeprägt, zeigt sich gerade im Bereich des § 437 BGB nicht auf den ersten Blick. Es wäre hier hilfreich gewesen, den Vorrang der Nacherfüllung durch eine (deklaratorische) Klarstellung zu verdeutlichen.

2. Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis

Zwar will der Gesetzgeber das Fristsetzungserfordernis als zentrales Merkmal des Leistungsstörungsrechts verstanden wissen, er räumt jedoch ein, dass es Fälle gibt, „in denen eine Fristsetzung trotz Nachholbarkeit der Leistung keinen Sinn macht“⁶⁷². Das Gesetz sieht deswegen in §§ 323 II und 440 BGB eine Reihe von Ausnahmen vor, die dem Käufer eine Rückabwicklung auch ohne Fristsetzung ermöglichen. Sie basieren auf dem gemeinsamen Grundgedanken, dass unter bestimmten Umständen eine Fristsetzung bloßer Formalismus ist, weil die Möglichkeit, die Folgen der

669 Vgl. dazu *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht S. 200 f.

670 Vgl. dazu *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, 13. Auflage, Art. 49 CISG Rn. 8.

671 Vgl. *Schlechtriem*, *UN-Kaufrecht* S. 120.

672 BT-Drucksache 14/6040 S. 185.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

unerwünschten Rückabwicklung zu vermeiden, nicht mehr besteht. In ökonomischen Dimensionen geht es um Vermeidung von Transaktionskosten, die durch die Fristsetzung und den dadurch eintretenden Schwebezustand verursacht werden. Voraussetzung ist jeweils, dass die kostenmäßig grundsätzlich vorzugswürdige Erfüllung keinen Sinn mehr macht und deswegen eine schnelle Lösung vom Vertrag weitere unproduktive Kosten vermeidet. Ein sofortiges Rücktrittsrecht ergibt sich nicht nur, wenn einer der unten dargestellten Ausnahmegründe vor Fristsetzung auftritt, sondern genauso muss der Käufer die von ihm gesetzte Frist nicht abwarten, wenn während dieser einer der hier aufgezählten Ausnahmegründe eintritt⁶⁷³.

Die Ausnahmen lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen. Bei den verkäuferbezogenen Ausschlussgründen beruhen der Rücktritt und der Schadensersatz auf einer Leistungsverweigerung des Verkäufers nach dem ersten Erfüllungsversuch, bei den käuferbezogenen Ausschlussgründen stellen Hindernisse in der Sphäre des Käufers die Grundlage für die Rechtsbehelfe gemäß § 437 Nr.2 und 3 BGB dar.

a. Verkäuferbezogene Ausschlussgründe

Unter die verkäuferbezogenen Ausschlussgründe lassen sich der sofortige Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 326 V § 275 I – III BGB wegen Unmöglichkeit, nach §§ 437 Nr. 2, 440 S. 1, 439 III, 323 I BGB wegen Unverhältnismäßigkeit sowie nach §§ 437 Nr. 2, 323 I, 323 II Nr. 1 BGB wegen Leistungsverweigerung sowie die entsprechenden Schadensersatzansprüche gemäß §§ 437 Nr. 3, 283, 280 I BGB (Unmöglichkeit), §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 439 III, 281 I BGB (Unverhältnismäßigkeit) und §§ 437 Nr. 3, 281 I, II BGB (Leistungsverweigerung) zählen.

(1) §§ 326 V, 275 bzw. 283, 280 I, 275 BGB

Die Sinnlosigkeit des Festhaltens am Vertrag zeigt sich am deutlichsten bei (echter) Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 275 I BGB. Der vertraglich vom Verkäufer geschuldete Erfolg ist hier nicht mehr zu erreichen, über § 326 V BGB erhält der Käufer die Möglichkeit des Rücktritts, Schadensersatz kann er gemäß §§ 283, 280 I BGB fordern. Formal zum selben Ergebnis führen die Fälle der Unmöglichkeit nach § 275 II und III

673 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 184.

BGB. Allerdings muss der Verkäufer die Unmöglichkeit hier einredeweise geltend machen, während der Entfall der Leistungspflicht bei echter Unmöglichkeit *ipso iure* eintritt. Dies geht auf einen inhaltlichen Unterschied der § 275 II und III BGB zurück. Diese regeln nicht die Unmöglichkeit im dem Sinne, dass die Leistung für den Schuldner oder für jedermann auf keine denkbare Weise erbracht werden kann, vielmehr setzen sie sich mit der Frage auseinander, wann die Leistung dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.

Ökonomisch befasst sich § 275 II BGB mit der Frage des effizienten Vertragsbruchs. Als Besonderheit fällt auf, dass die Schwelle, oberhalb derer der Schuldner von der Leistungspflicht befreit, aufgrund des geforderten *groben Missverhältnisses* deutlich über der Schwelle liegt, ab der ökonomisch ein effizienter Vertragsbruch⁶⁷⁴ möglich ist. Der Gesetzgeber hat sich hier zugunsten der Vertragstreue entschieden und baut so der Gefahr vor, dass der Glaube in die Beständigkeit vertraglicher Verpflichtungen erschüttert wird und damit insgesamt die Effizienz des Vertragsrechts leidet⁶⁷⁵. Aus ökonomischer Sicht abzulehnen ist die Berücksichtigung des Verschuldens als ein Abwägungsgesichtspunkt, da dieses die Effizienz des Vertragsbruchs nicht beeinträchtigt; erreicht wird lediglich eine Sanktionierung der schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners, ohne dass zugleich die Voraussetzungen einer effizienten Vertragsstrafe erfüllt würden⁶⁷⁶. Aufgrund der höheren Anforderungen im Vergleich zum funktional identischen § 439 III BGB⁶⁷⁷ wird der Unmöglichkeitseinrede des § 275 II BGB im Bereich der Nacherfüllung nur selten praktische Bedeutung zukommen⁶⁷⁸.

§ 275 III BGB wird im Bereich des Kaufrechts selten einschlägig sein, da er voraussetzt, dass der Schuldner zur persönlicher Leistungserbringung verpflichtet ist, was üblicherweise beim Dienstvertrag der Fall ist. Bei diesem erfolgt die Leistungserbringung durch den Schuldner nicht durch den Faktor Kapital, sondern durch den Faktor Arbeit in Form persönlicher Dienstleistung, deswegen wird eine Unzumutbarkeit nach § 275 II BGB selten eintreten, weil die Leistungserbringung für den Schuldner nur in

674 Eidenmüller, Jura 2001, 824 (832) hält § 275 II BGB nur in den Fällen für erfüllt, in denen aus ökonomischer Sicht die Erfüllung „*krass ineffizient*“ wäre.

675 Vgl. dazu Canaris, JZ 2004, 214 (220); allgemein dazu oben Teil 1.A.III.5.

676 Vgl. dazu oben Teil 3.B.III.

677 Vgl. dazu oben Teil 3.B.VI.3.a.

678 So auch MüKo/Westermann, 4. Auflage, § 439 Rn. 26.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

geringem Maße Kosten verursacht. Die Leistungshindernisse liegen auf einer anderen Stufe, die Gesetzesbegründung nennt etwa den Fall einer Sängerin, die einen Auftritt absagen möchte, weil ihr Kind schwer erkrankt ist⁶⁷⁹. Derartige Leistungshindernisse sind keine direkten Kosten im Sinne des § 275 II BGB; indem § 275 III BGB dem Schuldner die Leistungsverweigerung bei derartigen *Hindernissen* gestattet, erkennt es immaterielle Interessen des Schuldners als Kosten an und stellt diese in eine Abwägung mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers. Diese Abwägung ist genau die selbe, die auch bei § 275 II BGB stattfindet, auch § 275 III BGB regelt das Problem des effizienten Vertragsbruchs, indem er dem Schuldner gestattet, bestimmte *Hindernisse* als Kosten anzusetzen und in eine Abwägung mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers zu stellen. Relevant werden kann § 275 III BGB in Bezug auf die werkvertragliche Komponente der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers, sofern diese ausnahmsweise höchstpersönlicher Natur ist.

(2) §§ 323 I (281 I), 440, 439 III BGB

Als kaufrechtliche Sonderregel setzt sich § 439 III BGB mit dem effizienten Vertragsbruch⁶⁸⁰ auseinander. Um in gleicher Weise wie bei § 275 II und III BGB zu einem sofortigen Rücktrittsrecht zu gelangen, bestimmt § 440 S. 1 BGB den Entfall der Nachfristsetzung, wenn beide Arten der Nacherfüllung nach § 439 III BGB zu Recht verweigert werden. Das Rücktrittsrecht ergibt sich direkt aus § 323 I BGB, der durch § 440 S. 1 BGB modifiziert wird, der Schadensersatz folgt aus dem über § 440 S. 1 BGB modifizierten § 281 I BGB.

(3) § 323 II Nr. 1 bzw. § 281 II Alt. 1 BGB

Verweigert der Verkäufer die Nacherfüllung grundlos, sei es unter nicht zutreffender Bezugnahme auf die §§ 275 II, III, 439 III BGB oder durch schlichte, kategorische Erfüllungsverweigerung, erhält der Käufer ebenfalls ein sofortiges Rücktrittsrecht, wie sich aus § 323 II Nr. 1 BGB ergibt, ebenso einen sofortigen Schadensersatz gemäß § 281 II Alt. 1 BGB. Diese Ausnahme geht auf die Rechtsprechung zu § 326 BGB a. F. zurück, die bei

679 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 130.

680 Vgl. eingehend oben Teil 3.B.VI.3.a.

endgültiger Erfüllungsverweigerung dem Käufer ebenfalls ein Rücktrittsrecht einräumte⁶⁸¹. Diese Ausnahme lässt sich durch zwei sich ergänzende Ansätze erklären.

Der erste Ansatz versteht die Leistungsverweigerung als Fall des effizienten Vertragsbruchs. Zwar stützt der Schuldner seine Ablehnung nicht auf überhöhte Kosten, die in ein Verhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers gestellt werden können, sondern verweigert kategorisch ohne Angabe von Gründen die Leistung. Unter einer strikten Erfüllungsregel – *pacta sunt servanda* – hätte der Käufer kein Rücktrittsrecht, da er seinen Erfüllungsanspruch titulieren und vollstrecken könnte, sofern der Schuldner tatsächlich zur Leistung imstande ist. Der Vorrang der Nacherfüllung würde auf diese Weise gewahrt. Ein striktes Festhalten an der Erfüllung kann jedoch unbeschadet der Kosten des Schuldners sozial nachteilig sein, wenn die Kosten der gerichtlichen Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs den aus der Nacherfüllung resultierenden Nutzengewinn beim Käufer übersteigen. Die Nacherfüllung führt dann zu einem sozial schlechteren Ergebnis als der Rücktritt, weswegen letzterer effizient ist. Geht man von hohen Kosten der Rechtsverfolgung und regelmäßig nicht sehr hoher Konsumentenrente des Käufers aus, ist bei Erfüllungsverweigerung ein Rücktritt des Käufers im Vergleich zur Erfüllung sozial vorzugswürdig. Dies gilt dann nicht, wenn der Käufer aus der Erfüllung einen hohen Nutzen erzielen kann, was meist dann der Fall ist, wenn aufgrund der Einzigartigkeit der Sache er den angestrebten Nutzen nicht durch ein Ersatzgeschäft erreichen kann. Nimmt der Käufer dann den aufwendigen Rechtsweg zur Durchsetzung auf sich, um seinem Nutzengewinn zu realisieren, übersteigt der Nutzen der Erfüllung die Kosten der gerichtlichen Durchsetzung, ein Rücktritt wäre ineffizient.

Um die Effizienz der Entscheidung des Käufers zu beurteilen, müssten eigentlich die Rechtsverfolgungskosten dem Nutzen des Käufers aus der Nacherfüllung gegenübergestellt werden. Obwohl dies bei § 323 II Nr.1 BGB unterbleibt, ist die Norm als second-best-Lösung effizienzfördernd. Der Käufer wird nämlich den Aufwand der Rechtsverfolgung nur dann auf sich nehmen wird, wenn er ein besonderes Interesse an der Erfüllung hat, ansonsten wird er sich vom Vertrag lösen und ein Ersatzgeschäft versuchen. Seine private Rücktrittsentscheidung trifft er anhand des besonderen Nutzens, den die Erfüllung für ihn bringt, dieses Kriterium zielt in die selbe

681 Vgl. dazu umfassend MüKo/Emmerich, 3. Auflage, § 326 Rn. 103 f. m. w. N.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

Richtung wie die soziale Rücktrittsbedingung, die sich am Verhältnis des Erfüllungsnutzens zu den Rechtsverfolgungskosten orientiert. Es besteht also ein Gleichlauf von privatem Käufernutzen und sozialem Nutzen, den § 323 II Nr. 1 BGB ausnützt, in der Mehrzahl der Fälle ist aufgrund dieses Gleichlaufs davon auszugehen, dass sich private und soziale Entscheidung decken und damit eine weitgehende Effizienz durch die Gewährung eines Rücktrittsrechts bei Erfüllungsverweigerung erreicht wird.

Neben diesem auf den Rechtsdurchsetzungskosten basierenden Ansatz lässt sich der Rücktritt bei Erfüllungsverweigerung auch als effiziente Nachverhandlung erklären. § 275 II BGB weist den grundsätzlichen Nachteil auf, dass seinem Wortlaut zufolge nur *Aufwand* des Verkäufers in die Abwägung einbezogen wird. Bei einer restriktiven Auslegung, die sich an den in § 253 BGB enthaltenen Gedanken der Nichtberücksichtigung immateriellen Schadens anlehnt, beschränkt sich Aufwand auf Kostengrößen. Aufgrund der Präferenzautonomie ist der Aufwand des Verkäufers vielgestaltig und nicht auf Kostengrößen beschränkt⁶⁸², damit entsteht das Problem des nicht unter § 275 II BGB einbeziehungsfähigen Aufwands. Kommt der Verkäufer aufgrund einer an seinen Präferenzen orientierten Abwägung zu dem Ergebnis, dass er lieber einen Schadensersatz in Höhe der Konsumentenrente leistet als zu erfüllen, ist aus seiner subjektiven Sicht die Vertragsdurchführung ineffizient, obgleich ihm kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 II BGB zusteht. Verweigert er in einem solchen Fall ernsthaft die Erfüllung, so lässt sich das als Eintritt des Verkäufers in eine Nachverhandlungsphase verstehen. Der Käufer kann auf dieses Nachverhandlungsangebot entweder eingehen oder es ablehnen, indem er auf der Vertragsdurchführung besteht. Auf den vom Verkäufer vorgeschlagenen Rücktritt wird der Käufer nur dann eingehen, wenn aufgrund seiner Präferenzen der Rücktritt für ihn selbst die bessere Lösung ist. Stimmt der

682 Adams, in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz S. 210 ff. hat zur Begründung des § 253 BGB angeführt, dass vielfach Nichtvermögensschäden ihren Ursprung in der individuellen Einstellung der Menschen haben. Wollte man alle derartigen Einstellungen über die Gewährung von Schadensersatz schützen, resultierte daraus eine Lähmung jeder Handlung, die Einfluss auf derartige Einstellungen haben könne. Aufgrund der Tatsache, dass die Freiheit des einzelnen jeweils nur durch die Freiheit der anderen begrenzt sei und somit die meisten Handlungen Auswirkungen außerhalb der Sphäre des Handelnden haben, sei die Gefahr einer derartigen Lähmung sehr groß. Als Konsequenz interpretiert er daher § 253 BGB als Schutz des „Marktplatzes der Ideen und Weltanschauungen“ (S. 212) und hält die grundsätzliche Beschränkung der Ersatzfähigkeit für gerechtfertigt.

Käufer deswegen dem Rücktritt des Verkäufers zu, so lässt sich dies als Ergebnis einer Nachverhandlung verstehen, mit der beide Parteien ihren Nutzen optimieren und die deswegen effizient ist⁶⁸³.

b. Käuferbezogene Ausschlussgründe

Unter die käuferbezogenen Ausschlussgründe fallen der sofortige Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 I, 323 II Nr. 2 BGB aufgrund eines Fixgeschäfts, nach §§ 437 Nr. 2, 440 S. 1, 323 I BGB wegen Unzumutbarkeit oder Fehlschlagens des Nacherfüllung sowie nach §§ 437 Nr. 2, 323 I, 323 II Nr. 3 BGB aufgrund besonderer Umstände und die entsprechenden Schadensersatzregeln gemäß §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 281 I BGB (Unzumutbarkeit) und §§ 437 Nr. 3, 281 I, II Alt. 2 BGB (besondere Umstände).

(1) § 323 II Nr. 2 BGB

Die Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis in § 323 II Nr. 2 BGB geht auf die Regelung des relativen Fixgeschäfts in § 361 BGB a. F. zurück⁶⁸⁴. Anders als im alten Recht handelt es sich nicht um eine bloße Auslegungsregel⁶⁸⁵, sondern um eine echte Erleichterung des Rücktritts gegenüber der Grundregel des § 323 I BGB. Dazu bedarf es zweier kumulativer Voraussetzungen: der Festlegung einer bestimmten Leistungszeit oder eines Leistungszeitraumes sowie der Verknüpfung des Leistungsinteresses mit der Leistungszeit. Diese Voraussetzung enthielt auch § 361 BGB a. F.⁶⁸⁶, dessen Auslegung auf die neue Vorschrift übertragen werden kann. Ausdrücklich schreibt § 323 II Nr. 2 BGB vor, dass *im Vertrag* das Leistungsinteresse mit der termingerechten Erfüllung verknüpft werden muss. Auf diese Weise wird die Erkennbarkeit der wesentlichen Umstände für den Schuldner gesichert. Ökonomisch lässt sich dies folgendermaßen interpretieren: in-

683 Vgl. dazu *Shavell*, *Economic Analysis* S. 316 f.

684 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 185 f.

685 Vgl. *MüKo/Janßen*, 3. Auflage, § 361 Rn. 6.

686 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 185 f. Der Gesetzgeber zitiert die vom RG aufgebrachte, wenig erhellende Formel, dass das Geschäft mit der termingerechten Leistung „stehen und fallen soll“ (kritisch dazu auch *Fikentscher*, *Schuldrecht* Rn. 377 ff.), die jedoch glücklicherweise in eine aussagekräftigere Gesetzesformulierung überführt wurde (a. A. v. *Westphalen/Muthers*, § 323 Rn. 14, der die jetzige Gesetzesformulierung für „*schwerfällig*“ hält).

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

dem ein bestimmtes Lieferdatum in den Mittelpunkt des Vertrages gestellt wird, gibt der Käufer zu erkennen, dass der Nutzen der Kaufsache nach Ablauf dieses Termins wesentlich sinkt. Das so entstehende Nutzendefizit ist weitgehend unabhängig von der Qualität der Sache, auch eine mangelfreie Sache stellt nach Terminablauf kein Äquivalent zum Kaufpreis mehr dar, erst recht keine mangelhafte. Die durch die Nachfristsetzung letztlich bezweckte Nacherfüllung ist deswegen sinnlos, weil der bei Vertragsschluss antizipierte Nutzen des Käufers ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Indem man dem Käufer ein Lösungsrecht einräumt, werden unproduktive Nacherfüllungskosten vermieden, das Lösungsrecht wirkt damit effizienzfördernd.

Das Argument der Transaktionskostenvermeidung gilt in gleicher Weise für das Schadensersatzverlangen des Käufers, auch hier ist eine Fristsetzung sinnlos, weil die Nacherfüllung dem Käufer nicht mehr zu seinem ursprünglichen Nutzen verhilft. Aus diesem Grunde ist nicht einzusehen, warum § 281 II BGB keine § 323 II Nr. 2 BGB entsprechende Ausnahme kennt. Will der Käufer hier zurücktreten und Schadensersatz verlangen, kann er nach Ablauf der Leistungsfrist sofort den Rücktritt erklären, sein Schadensersatzverlangen ist indes nur nach erfolgloser Fristsetzung begründet. Diese ist aber aufgrund des Rücktritts wirkungslos, weil die primäre Leistungspflicht erloschen ist. Versteht man den Rücktritt als unwiderrufliches Gestaltungsrecht, kehrt die aus § 326 BGB a. F. bekannte Problematik der Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz wieder: erklärt der Käufer voreilig den Rücktritt, begibt er sich der Möglichkeit, noch Schadensersatz zu fordern. Die Gesetzesbegründung lässt erkennen, dass der Gesetzgeber sich der strengeren Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung durchaus bewusst war, schweigt aber hinsichtlich dessen sachlicher Rechtfertigung⁶⁸⁷. An anderer Stelle der Begründung wird ausgeführt, dass bei einem Just-in-time-Vertrag bei nicht termingerechter Lieferung ein sofortiges Schadensersatzverlangen aufgrund § 281 II BGB (besondere Umstände) gerechtfertigt sein kann⁶⁸⁸. Der Just-in-time-Vertrag

687 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 183; die dort enthaltene Aussage *„Damit können die Voraussetzungen für den Rücktritt jedenfalls nicht durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung umgangen werden“* macht aufgrund § 325 BGB und § 323 II Nr. 2 BGB keinen Sinn, weil das Problem nicht in der Umgehung der Rücktrittsvoraussetzungen, sondern in der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz liegt.

688 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 140.

war aber unter § 361 BGB a. F. als relatives Fixgeschäft anerkannt⁶⁸⁹, so dass offenbar auch in diesen Fällen ein sofortiger verschuldensabhängiger Schadensersatz als möglich erachtet wird. Will man die Sperrwirkung einer Rücktrittserklärung für den Schadensersatz vermeiden, müssen beide Rechtsbehelfe identische Voraussetzungen haben, im Falle des Fixgeschäfts gemäß § 323 II Nr. 2 BGB muss deshalb auch der Rücktritt ohne Fristsetzung möglich sein.

Dieses Ergebnis ist *de lege lata* zu erreichen, indem in § 281 II BGB die Voraussetzungen des § 323 II Nr. 2 BGB hineingelesen werden.

(2) § 440 S. 1 BGB – Fehlschlagen und Unzumutbarkeit

§ 440 S. 1 BGB nennt weiter das Fehlschlagen und die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung als Gründe für eine sofortige Rückabwicklung. Der Begriff des Fehlschlagens geht auf § 11 Abs. 10 b AGBG a. F. zurück⁶⁹⁰. Der dort verwendete Begriff des Fehlschlagens umfasste laut BGH vier Fallgruppen: Misslingen, Unmöglichkeit, ungebührliche Verzögerung und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung⁶⁹¹. Da die ersten beiden Fälle nunmehr vom allgemeinen Schuldrecht erfasst werden und die ungebührliche Verzögerung als solche wegen des Fristsetzungserfordernisses und des daraus resultierenden Rechts auf zweite Andienung nicht per se zur Unzumutbarkeit führt⁶⁹², verbleibt als Regelungsbereich nur noch das Misslingen der Nacherfüllung. Dieses wird gemäß § 440 S. 2 BGB widerleglich vermutet, wenn der Verkäufer erfolglos zweimal die Nacherfüllung versucht hat. Maßgeblich sind jedoch, wie sich aus dem Gesetz ergibt, stets die Umstände des Einzelfalls, der Gesetzgeber will die zwei Versuche lediglich als „Richtgröße“⁶⁹³ verstanden wissen. Ein Auslegungsgesichtspunkt ergibt sich aus Art. 3 Abs. 5 3. Spiegelstrich VerbrGK-RiL, demzu-

689 Vgl. *Nagel*, DB 1991, 319 (320).; *C. Schmidt*, Handelsrecht S. 790 ff. m. w. N.

690 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 233.

691 BGH NJW 1994, 1004 (1005); vgl. dazu *Hensen*, in: *Ulmer/Brand/Hensen*, AGB-Gesetz-Kommentar 9. Aufl., § 11 Nr. 10 b AGBG Rn. 35–44 m. w. N.

692 Vgl. *Staudinger/Matusche-Beckmann*, 13. Auflage (2004), § 440 Rn. 17 m. w. N.

693 BT-Drucksache 14/6040 S. 234. Zu der Parallelregelung des § 11 Nr. 10 b AGBG a. F. war umstritten, ob es einen Richtwert für die Zahl der Nachbesserungsversuche geben sollte oder nicht; dagegen sprach sich *Hensen*, in: *Ulmer/Brand/Hensen*, AGB-Gesetz-Kommentar 9. Aufl., § 11 Nr. 10 b AGBG Rn. 38 aus; dafür (zwei Versuche) war etwa *Palandt/Heinrichs*, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 57 a m. w. N.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

folge der Käufer ein Rücktrittsrecht haben soll, wenn die Nacherfüllung ihm erhebliche Unannehmlichkeiten begründet. Solche liegen nach der gesetzlichen Vermutung regelmäßig dann vor, wenn der Verkäufer mehr als zwei Nacherfüllungsversuche benötigt.

Die Fehlschlagensregel wirkt als soziales Korrektiv. Aus der individuellen Sicht des Käufers, der einen Anspruch auf Mangelfreiheit hat, ist die Nacherfüllung erstrebenswert, solange durch eine erfolgreiche Nacherfüllung die Sache den ursprünglich erwarteten Nutzen liefert. Der Verkäufer orientiert seine Nacherfüllung gemäß der Theorie des effizienten Vertragsbruchs an den Kosten einer eventuellen Schadensersatzzahlung. Die Möglichkeit eines Vertragsbruchs prüft der Verkäufer jedes Mal aus einer ex-ante-Perspektive, die schon angefallenen Kosten bleiben als „versenkte Kosten“ außer Ansatz, da seine Nacherfüllungsbemühungen am Erfolg und nicht an den kumulierten Aufwendungen beurteilt werden. Dies kann zu einem überhöhten sozialen Aufwand führen, weil die individuelle Sicht des Käufers den sozialen Aspekt der Gesamtaufwendungen außer Betracht lässt. Erst eine ex-post-Betrachtung bezieht diese in die Kalkulation ein, es zeigt sich dann, dass es besser gewesen wäre, die Nacherfüllung beispielsweise nach zwei Versuchen abzubrechen, um noch höhere soziale Verluste zu vermeiden. Mit der Festlegung der Regelanzahl der Versuche auf zwei hat der Gesetzgeber ausgedrückt, dass regelmäßig mehr als zwei Versuche eine Ressourcenverschwendung darstellen und auf diese Weise die individuelle ex-ante-Sicht der Parteien um eine generalisierte ex-post-Komponente erweitert. Dies trägt dazu bei, dass nicht durch ein übermäßig hohes Erfüllungsniveau Ressourcen vernichtet werden, was aus ökonomischer Sicht begrüßenswert ist. Inwieweit die festgelegte Anzahl von 2 Versuchen im Einzelfall effizient ist, müsste durch empirische Untersuchungen überprüft werden. Die Annahme, dass bei mehr als zwei Nacherfüllungsversuchen die sozialen Kosten der Erfüllung deren Nutzen übersteigen, erscheint aber jedenfalls plausibel.

(3) § 323 II Nr. 3 bzw. § 281 II Alt. 2 BGB

Nach dem Willen des Gesetzgebers stellt § 323 II Nr. 3 BGB eine neue Generalklausel auf, die ausdrücklich den Gerichten Entscheidungsspielräume einräumen soll⁶⁹⁴, was wegen der wortlautgleichen Formulierung auch als

694 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 186.

Intention des § 281 II Alt. 2 BGB anzusehen ist. Welche Fälle die Gerichte unter die Generalklausel fassen werden, bleibt zunächst abzuwarten. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Ausnahmefälle, bei denen bereits unter § 326 II BGB a. F. eine Fristsetzung für entbehrlich gehalten wurde, unter § 323 II Nr. 3 BGB fallen werden, sofern sie nicht anderweitig explizit eine Regelung erfahren haben wie etwa die Leistungsverweigerung in § 323 II Nr. 1 BGB. Als Ausnahmevorschrift ist eine strenge Auslegung geboten, um nicht das grundsätzliche Fristsetzungserfordernis, das ein zentrales Motiv des geänderten Schuldrechts darstellt, aufzuweichen⁶⁹⁵. Auffällig ist der Unterschied des Bezugspunktes der Vorschriften. Während § 326 II BGB a. F. nur auf das Gläubigerinteresse abstellte, nehmen § 323 II Nr. 3 BGB und § 281 II Alt. 2 BGB eine Abwägung zwischen dem Gläubiger- und dem Schuldnerinteresse vor. Die Gesetzesbegründung nennt exemplarisch einige Fälle aus der Rechtsprechung zu § 326 BGB a. F., die jetzt zum sofortigen Rücktritt nach § 323 II Nr. 3 BGB berechtigen sollen. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass der Gesetzgeber bei der Abwägung den Interessen des Schuldners nur sehr geringes Gewicht beimisst⁶⁹⁶. Ökonomisch lässt sich die Abwägung als eine Gegenüberstellung von Kosten und Nutzen beider Seiten interpretieren, anhand derer eine Vertragsbruchsentscheidung insbesondere anhand des Kriteriums des effizienten Vertragsbruchs vorzunehmen ist. Für eine derartige Entscheidung sind aufgrund der gebotenen Prüfung aus einer sozialen Perspektive die Kosten aller Parteien von Interesse, eine Orientierung nur anhand der Gläubigerinteressen greift zu kurz. Eine effizienzorientierte Anwendung der Generalklausel wird somit die Interessen beider Parteien in die Abwägung einzustellen haben, ein Zurückdrängen der Schuldnerinteressen empfiehlt sich nicht⁶⁹⁷; welche Interessen im Ergebnis vorrangig sind, ist stets anhand des konkreten Einzelfalles zu prüfen.

695 Vgl. Staudinger/*Otto*, 13. Auflage (2004), § 323 Rn. B 114.

696 Vgl. BT-Drucksache 14/6040 S. 186 f.; *Oechsler*, Schuldrecht S. 108 hält die angeführten Fälle für „zweifelhaft“.

697 So betont die Begründung zu § 438 II DiskE, dass § 323 II Nr. 3 BGB eine beiderseitige Interessenabwägung vorsehe, es aber im Falle des Fehlschlagens der Nacherfüllung auf das Interesse des Verkäufers gerade nicht ankomme; dieser Fall werde von § 438 II DiskE (entspricht § 440 S. 1 BGB) erfasst; vgl. Begründung DiskE = *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung S. 272; vgl. auch Staudinger/*Otto*, 13. Auflage (2004), § 323 Rn. B 82.

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

Zusammenfassend lässt sich für die Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis feststellen, dass diese durchgehend einen ökonomischen Hintergrund haben oder sich jedenfalls in dieser Weise interpretieren lassen.

3. Erheblichkeitsschwelle

§§ 323 V 2 und 281 I 3 BGB normieren eine Erheblichkeitsschwelle als zusätzliche Voraussetzung, wenn der Gläubiger anstelle der Minderung den Rücktritt bzw. anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung den Schadensersatz statt der ganzen Leistung erhalten möchte. Ökonomisch lässt sich dies dadurch erklären, dass die Reallokation erst ab einer gewissen Schwelle sinnvoll ist, die Funktion dieser Schwelle kann durch das Erfordernis einer erheblichen Pflichtverletzung ökonomisch zufrieden stellend übernommen werden⁶⁹⁸.

a. Erheblichkeitsmaßstab

Der Erheblichkeitsmaßstab in § 459 I 2 BGB a. F. stellte lediglich eine Bagatellgrenze auf, ihm kam keine echte Filterfunktion zu, seine Funktion bestand ausschließlich darin, echte Mängel von untergeordneten, zumutbaren Defiziten der Kaufsache abzugrenzen. Demgegenüber haben §§ 281 I 3 und 323 V 2 BGB die Funktion, ineffiziente Fälle des Rücktritts zu vermeiden, was eine deutliche höhere Schwelle, angelehnt an die ökonomische Reallokationsbedingung, erfordert. Der funktionale Unterschied verbietet eine Übernahme des Maßstabs von § 459 I 2 BGB a. F., obgleich diese von einigen Autoren propagiert wird⁶⁹⁹. Vergleichbar mit §§ 281 I 3 und 323 V 2 BGB und damit als Anhaltspunkt für die Auslegung brauchbar ist Art. 25 CISG, der den Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung verwendet. Als solche werden etwa Schuhe mit Rissen⁷⁰⁰ oder T-Shirts, die bei der ersten

698 Vgl. oben Teil 3.C.I.1.

699 Strittig, wie hier MüKo/Ernst, 4. Auflage, § 323 Rn. 243; a. A. Anwaltskommentar/Dauner-Lieb, § 323 Rn. 24 und § 281 Rn. 17; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung S. XVIII; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 26. Die von Autoren beider Meinungen für ihre jeweilige Ansicht als Beleg verwendete Stelle in BT-Drucksache 14/6040 S. 231 äußert sich zu der Frage nicht eindeutig.

700 OLG Frankfurt NJW 1994, 1013.

Wäsche um 10–15 % schrumpfen⁷⁰¹ angesehen. Als Auslegungshilfe kann auch § 326 II BGB a. F. dienen⁷⁰².

b. Besonderheiten bei der Minus-Lieferung

(1) Meinungsstand

Umstritten ist die Anwendung der Erheblichkeitsschwelle der §§ 281 I 3 und 323 V 2 BGB bei einer Minus-Lieferung, die nach § 434 III BGB dem Sachmangel gleichgestellt wird. Im Kern der Debatte steht das Problem, ob sich die Gleichstellung von *peius* und *minus* auf das Kaufrecht beschränkt oder sich auch auf das allgemeine Schuldrecht erstreckt. Ein praktischer Unterschied zwischen diesen beiden Ansichten besteht im Hinblick auf die Möglichkeit einer vollständigen Rückabwicklung der Leistung. Beschränkt man § 434 III BGB auf das Kaufrecht, liegt im Fall des *minus* eine Teilleistung vor, bei der eine vollständige Rückabwicklung den vom Gläubiger zu beweisendem Interessenwegfall erfordert. Kommt § 434 III BGB hingegen auch für das allgemeine Schuldrecht Wirkung zu, stellt das *minus* eine Schlechtleistung dar, bei der bereits eine erhebliche Pflichtverletzung, die zudem widerleglich vermutet wird⁷⁰³, zur vollständigen Rückabwicklung berechtigt. Gravierende Unterschiede bestehen ferner beim Rücktritt, wenn der ausstehende Teil der Leistung unmöglich wird. Bei der Teilleistungsvariante findet § 326 I 1 BGB Anwendung, es kommt, sofern nicht der Käufer den Interessenwegfall im Sinne des § 323 V 2 BGB beweist, zu einer *ipso iure*-Minderung, während bei der Schlechtleistungsvariante über § 326 I 2 BGB dem Käufer das *ius variandi* erhalten bleibt.

Die Befürworter der umfassenden Gleichstellung führen an, dass das Gesetz die Gleichstellung von *minus* und *peius* fordere und sich eine Beschränkung auf den Bereich des Kaufrechts dem Gesetz nicht entnehmen lasse⁷⁰⁴. Die Gegenansicht sieht in der Anwendung der §§ 281 I 3 und 323

701 LG Landshut v. 5.4.1995 – Az. 54 O 644/95, zitiert nach Staudinger/*Magnus*, 13. Auflage, Art. 25 CISG Rn. 26.

702 § 326 II BGB a. F. wird seinerseits als vergleichbar mit Art. 25 CISG angesehen, vgl. Soergel/*Lüderitz/Budzikielicz*, 13. Auflage, Art. 25 CISG Rn. 2.

703 Zur Beweislast vgl. Bamberger/Roth/*Faust*, § 437 Rn. 30; Bamberger/Roth/*Grothe*, § 323 Rn. 45; MüKo/*Ernst*, 4. Auflage, § 323 Rn. 276.

704 Vgl. etwa *Schultz*, in: *Westermann*, Schuldrecht 2002, S. 72 f; Palandt/*Heinrichs*, 64. Auflage, § 281 Rn. 38 und 40; *Faust*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN VON RÜCKTRITT UND SCHADENSERSATZ STATT DER GANZEN LEISTUNG

V 2 BGB eine ungerechtfertigte Privilegierung des Käufers und will einen vollständige Rückabwicklung nur unter den Voraussetzungen der §§ 281 I 2 bzw. 323 V 1 BGB zulassen⁷⁰⁵. Eine von *Ernst* aufgebrachte vermittelnde Ansicht will nach dem Willen des Gläubigers differenzieren. Nehme dieser bewusst als Teilleistung an, liege gar keinen Fall von § 434 III BGB vor; es fänden die Regeln über Teilleistung direkte Anwendung. Das Gewährleistungsrecht sei nicht eröffnet. Bei einer irrtümlichen Annahme der Teilleistung hingegen sei diese gemäß § 434 III BGB als Schlechtleistung zu werten und damit fänden die Vorschriften über die Schlechtleistung (§§ 281 I 3 und 323 V 2 BGB) Anwendung⁷⁰⁶.

Grigoleit/Riehm haben als Befürworter der Teilleistungslösung den ökonomischen Hintergrund der Problematik aufgezeigt. Zweck der hohen Schwelle des Interessenwegfalls für einen Totalrücktritt sei die Vermeidung von Transaktionskosten. Eine Teilleistung sei grundsätzlich nur dann möglich, wenn auch das Leistungsinteresse des Gläubigers teilbar sei; umgekehrt sei bei Unteilbarkeit des Leistungsinteresses auch regelmäßig die Lieferung nicht teilbar, dann liege ein Fall der Schlechtleistung vor. Der Unterschied zwischen Teil- und Schlechtleistung bestehe in der Möglichkeit der anteiligen Befriedigung des Leistungsinteresses bei einer Teilleistung⁷⁰⁷. *Grigoleit/Riehm* folgern daraus, dass bei einem minus die Gleichstellung des § 434 III BGB begrenzt sei auf die grundsätzliche Eröffnung des Gewährleistungsrechts, es aber bei der Anwendung der §§ 281 I 2 bzw. 323 V 1 BGB bleibe⁷⁰⁸, weil sonst dem Käufer die Rückabwicklung zu leicht gemacht werde. Flankierend führen sie § 469 BGB a. F. an, dessen Regelungsgehalt keiner substantiellen Kritik ausgesetzt gewesen sei⁷⁰⁹. Gegen die Schlechtleistungsvariante wenden sie weiter ein, bei dieser verbleibe kein nennenswerter Anwendungsbereich für §§ 281 I 2 bzw. 323 V 1 BGB, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen könne.

S. 130.

705 Vgl. etwa *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung S. XXII; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115 ff.

706 Vgl. *MüKo/Ernst*, 4. Auflage, § 323 Rn. 215 f.

707 Vgl. *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115 (117 f.).

708 In diese Richtung geht auch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, vgl. BT-Drucksache 14/7052 S. 185.

709 Vgl. *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115 (118).

(2) Stellungnahme

Die Anwendung der Teilleistungsregeln trägt dem ökonomischen Hintergrund Rechnung und ist deswegen vorzuziehen. Eine Teilleistung zeichnet sich dadurch aus, dass im Normalfall das Leistungsinteresse des Käufers sich direkt proportional zur gelieferten Teilmenge verhält und deswegen auch die nur teilweise Lieferung für den Käufer einen Nutzengewinn bringt, es bedarf lediglich einer Anpassung des Preises zur Wahrung des Äquivalenzverhältnisses.

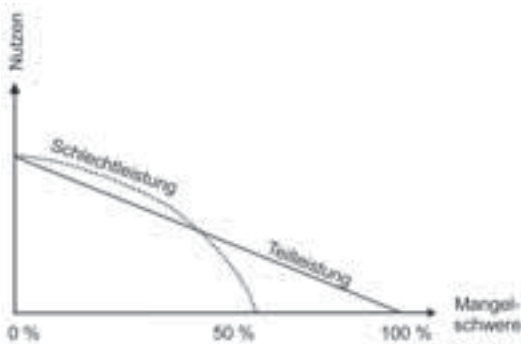


Abbildung 5 – Entwicklung des Leistungsinteresses

Durch die höhere tatbestandliche Schwelle bei der Teilleistung wird auch dem grundsätzlich bestehenden allokativen Nachteil der Rückabwicklung Rechnung getragen⁷¹⁰, der den von *Grigoleit/Riehm* schon angesprochenen reinen Kostennachteil der Rückabwicklung noch verstärkt. Nur in den Ausnahmefällen, in denen eine Teilleistung die Proportionalitätsannahme nicht erfüllt, hilft eine bloße Preisanpassung dem Käufer nicht mehr, dann ist der Interessenwegfall zu bejahen und eine volle Rückabwicklung geboten. *Grigoleit/Riehm* führen einen Käufer an, der 100 Flaschen Wein für ein Bankett bestellt und dessen Interesse bei einer Lieferung von nur 80 Flaschen vollständig entfällt, weil er damit das Bankett nicht bestreiten kann. Sein Nutzensausfall beträgt nicht nur 20 %, sondern liegt nahe 100 %, weil sein Leistungszweck nicht erreicht werden kann, der Nutzenabfall ist über-

710 Vgl. oben Teil 3.C.I.1.

III. BESONDERHEITEN VON RÜCKTRITT UND MINDERUNG

proportional. Benötigt er den Wein hingegen nur zum sporadischen Genuss einzelner Flaschen, so ist selbst eine Teillieferung von nur 20 Flaschen für den Käufer kein Rücktrittsgrund, weil er einen Nutzen von 20 % des antizipierten erzielen kann und nur 20 % des Preises bezahlen muss. Die Äquivalenz wird nicht berührt, zudem kann sich der Käufer durch die Zurückweisung nach § 266 BGB gegen unvollständige Lieferungen wehren. Über die Einführung einer Differenzierung zwischen minus und peius wird zwar für den Bereich der Rückabwicklung die Gleichbehandlung aufgegeben, was gegen die Teilleistungsvariante spricht. Allerdings wiegt dieser Nachteil nicht schwer, weil die Abgrenzung peius – minus keine Probleme bereitet und sich damit von dem Parallelproblem beim aliud unterscheidet⁷¹¹. Der aus Sicht der Abgrenzung wichtige Vorteil des Gleichlaufs der Verjährungsfristen von peius und minus wird ohnehin nicht berührt, weil dieser durch die Gleichbehandlung im Rahmen des Mangelbegriffs bei § 434 III BGB gesichert und von der Differenzierung bei den Rückabwicklungsregeln nicht berührt wird.

III. Besonderheiten von Rücktritt und Minderung

1. Richtlinienkonformität der Fristsetzung

Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs wird die Richtlinienkonformität des Fristsetzungserfordernisses bei Rücktritt und Minderung bezweifelt⁷¹². Art. 3 Abs. 5 VerbrGK-RiL verlangt ein Rücktrittsrecht, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat“. Die *Setzung* einer Frist sieht die Richtlinie nicht vor, anders das nationale Recht, das hierin ein zentrales Motiv des gesamten Schuldrechts sieht. Ob dies im Bereich der VerbrGK-RiL zulässig ist, ist strittig. Um der Richtlinie gerecht zu werden, formulierte § 323 I 2 DiskE ausdrücklich: „*Ist eine angemessene Frist nicht gesetzt (...), gilt eine angemessene Frist als gesetzt.*“ In der Begründung dazu heißt es, dass diese Regelung „nach der Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie jedenfalls für den Rücktritt vom Kaufvertrag zwingend

711 Vgl. dazu oben Teil 2.D.II.1.

712 Vgl. etwa *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410 (1418); *Schmidt-Räntsch*, ZIP 2000, 1639 (1642); *Ernst*, ZRP 2001, 1 (9 ff.); *Hoffmann*, ZRP 2001, 347 (349); *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 17; a. A. v. *Westphalen/v. Westphalen*, § 437 Rn. 10.