

A. Einleitung

I. Leistungspflicht bei Stückschulden

Das Rechtsinstitut der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung, erfasst von § 275 Abs. 1 BGB¹, ist eine wichtige Bestimmung im Recht der allgemeinen Leistungsstörungen.²

Unter dem Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit wird die Frage nach der Haftungsregelung sowohl für vorhergesehene als auch für unvorhergesehene Umstände gestellt, die nach Vertragsabschluss auftreten.³ Eine Leistung wird als nachträglich unmöglich betrachtet, wenn es rechtlich oder tatsächlich nicht mehr möglich ist, den vereinbarten Erfolg zu erbringen.⁴ Dabei stellt sich weiter die Frage, ob eine unvorhergesehene und vom Stückschuldner nicht zu vertretende Leistungerschwerung genauso wirken soll, wie ein Ereignis, das die Leistung tatsächlich unmöglich macht. Die Antwort auf diese Frage ist nicht erst seit dem BGB 1900 umstritten und Ausgangspunkt dieser Arbeit. Kann der Gläubiger vom Stückschuldner im Fall einer nicht zu vertretenden Leistungerschwerung die Leistung erfolgreich fordern?

Gemäß § 241 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Gläubiger das Recht, vom Schuldner eine Leistung zu verlangen. Welche Leistung das ist, ergibt sich aus der jeweiligen vertraglichen Vereinbarung. Es war und ist grundsätzlich möglich, vertraglich wirksam Alles zu vereinbaren, solange es nicht verboten ist, vgl. § 138 BGB 1900, sittenwidrig, vgl. § 134 BGB 1900 und solange es nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, vgl. § 242 BGB 1900.

Das zwischen den Vertragsparteien Vereinbarte setzt sich aus der Primärleistung (Hauptleistung) und eventuellen Nebenleistungen zusammen. Insbesondere im Bereich des Kaufrechts verspricht der Schuldner, vereinfacht gesprochen, den Verkauf (Übergabe und Übereignung) einer Sache gegen Zahlung des Kaufpreises. Bei der versprochenen Sache handelt es sich um eine Gattungs- oder um eine Stücksache.

¹ Alle Paragraphen ohne Jahresangabe beziehen sich auf das BGB i. d. g. F.

² BT-Drs. 14/6040, 84.

³ Diese Arbeit befasst sich mit der Fallkonstellation der unvorhergesehenen Leistungerschwerung.

⁴ *Ernst*, in: MüKo 03, § 275 Rn. 32ff.; *Heinrichs*, in: Palandt 60, § 275 Nr. 2; *Löwisch/Caspers*, in: Staudinger 09, § 275 Rn. 1; *Looschelders*, Schuldrecht AT 19, § 21, Rn. 2; *Brox/Walker*, § 22 Rn. 4; *Lorenz*, in: BeckOK, § 275 Rn. 1, 21.

Unter Gattungsschulden versteht § 243 BGB, der wortgleich seit dem 01.01.1900 im BGB steht, ein Schuldverhältnis, das die Leistung einer unbestimmten, aber bestimmbaren Sache festlegt.⁵ Die Kriterien zur Bestimmung ergeben sich aus dem Schuldverhältnis.⁶ Die Gattungsschuld wurde und wird zur Stückschuld durch Konkretisierung, § 243 Abs. 2 BGB.⁷ Die Gattungsschuld kann aber auch auf eine bestimmte Menge beschränkt sein, dann heißt sie Vorratsschuld.⁸ Im Gegensatz dazu ist die Stückschuld dahingehend gefasst, dass lediglich ein einzelner Gegenstand Leistungsinhalt sein soll.⁹

Der Schuldner kann auch die Beschaffung einer Sache versprechen (Beschaffungsschuld). Dies wird der Schuldner dann tun, wenn er die betreffende Sache noch nicht in seinem Besitz hat. Die Verpflichtung zur Beschaffung kann sich sowohl auf ein bestimmtes Stück als auch auf eine allgemeine Gattung beziehen.¹⁰ Der Schuldner übernimmt dabei bewusst das Risiko, dass er in der Lage sein wird, die Sache zu beschaffen.¹¹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es sich bei Gattungsschulden um Sachen handelt, die lediglich anhand allgemeiner Merkmale bestimmt sind, wie zum Beispiel Massenprodukte. Im Gegensatz dazu bezieht sich die Stückschuld auf eine konkrete oder individualisierte Sache, auf die sich die Vertragsparteien geeinigt haben.¹² Unabhängig davon, ob es sich um eine Stückschuld oder eine Gattungsschuld handelt, obliegt es dem Sachschuldner, die geschuldete Sache gemäß dem Vertrag zu übereignen.

⁵ So bspw. auch *Esser*, Schuldrecht, S. 141ff.; *Sutschet*, in: BeckOK, § 243 Rn. 4.

⁶ *Löwisch*, in: Staudinger 02, § 243 Nr. 6; *Grüneberg*, in: Palandt 79, § 243 Nr. 1; *Brox/Walker*, § 13 Rn. 2.

⁷ *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 91; *Brox/Walker*, § 13 Rn. 6; *Looschelders*, Schuldrecht AT 19 § 13 Rn. 4; *Sutschet*, in: BeckOK, § 243 Rn. 16ff. Eine Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der Konkretisierung im alten und neuen Recht findet sich bei *Schermaier*, in: GS Eckert, S. 759ff.

⁸ Hierzu unter anderem *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, S. 159; *Looschelders*, Schuldrecht AT 19 § 13 Rn. 11; *Sutschet*, in: BeckOK, § 243 Rn. 8.

⁹ U.a. *Emmerich* in MüKo 01, § 243 Rn. 9; *Schiemann*, in: Staudinger 09 § 243 Rn. 12; *Grüneberg*, in: Palandt 78, § 243 Rn. 2; *Brox/Walker*, § 13 Rn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT 19, § 13 Rn. 9.

¹⁰ M.w.N. *Dieckmann*, S. 20 und S. 24f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT 19, § 13 Rn. 9; und zur Verpflichtung zur Beschaffung einer Species auf dem Markt, *Lemppenau*, Gattungsschuld, S. 105.

¹¹ Dies findet sich heute in § 276 Abs. 2 BGB.

¹² Zur Wesensverschiedenheit und zur Abgrenzung vgl. *Kisch*, Gattungsschuld, S. 11ff.; mit zahlreichen Beispielen statt vieler, *Schiemann*, in: Staudinger 09 § 243 Rn. 6ff.

Dabei sieht in der Regel das Vereinbarte selbst, aber auch das Gesetz, die Aufteilung des Risikos der möglichen Gefahren (Gefahrtragung) vor.¹³ Für den auch dieser Arbeit im Wesentlichen zugrundeliegenden Fall des Kaufvertrages, als synallagmatischen Vertrag, enthält das BGB nicht dem römischen Recht folgend die Regelung „*periculum est emptoris*“¹⁴, sondern dem Willen der Verfasser des BGB folgend das vielfach so bezeichnete „Traditionsprinzip“, das sich in § 446 BGB¹⁵ bis heute findet.¹⁶

Wenn es zu Kostensteigerungen oder Lieferproblemen kommt, kann sich die Frage stellen, welche Anstrengungen der Sachschuldner unternehmen muss, um seine Hauptleistungspflicht (Primärleistung) zu erfüllen. Das BGB 1900 bestimmte für unverschuldete Leistungserschwerungen als Grenze der Leistungspflicht die objektive nachträgliche Unmöglichkeit in § 275 BGB 1900, der das Unvermögen, § 275 Abs. 2 BGB 1900 gleichgestellt war. § 275 BGB 1900 beinhaltete die Aussage „zur Leistung des Unmöglichen ist niemand verpflichtet“ aus dem römischen Recht „*impossibilium nulla est obligatio*“.¹⁷

Dabei differenzierte das BGB 1900 bei der nachträglichen Unmöglichkeit zwischen einer allgemeinen Regelung in § 275 BGB 1900 und einer Sonderregelung in § 279 BGB 1900. Nach dieser hatte der Gattungschuldner sein Unvermögen immer zu vertreten, solange die Leistung aus der Gattung möglich war.¹⁸

Eine Leistung kann jedoch nicht allein aufgrund objektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen sein. Es kann auch eine bloße Erschwernis die Leistung beeinträchtigen. Hier stellt sich die Frage: Wie stark muss die Leistungserschwerung sein, damit die Erbringung der Primärleistung für den Sachschuldner unzumutbar (Unvermögen) wird?

Im BGB 1900 gab es keine Bestimmung, die diese subjektive Grenze festlegte. Rechtsprechung und Wissenschaft haben daher verschiedene Institute entwickelt, die über die gesetzlichen Regelungen hinausgingen.

¹³ Eine Darstellung der Entstehung des aktuellen Regelungskomplexes im BGB findet sich bei Hager, Gefahrtragung, S. 53ff.

¹⁴ „Die Gefahr trägt der Käufer“.

¹⁵ Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und er trägt die Lasten der Sache.

¹⁶ Mugdan, Bd. II, S. 114.

¹⁷ D. 50,17,185.

¹⁸ Die Regelungen zur anfänglichen Unmöglichkeit bleiben außer Betracht.

Die Grenze der Zumutbarkeit wurde in Einzelfällen bestimmt. Die Rechtsprechung entwickelte die Institute der sogenannten faktischen Unmöglichkeit, der wirtschaftlichen Unmöglichkeit und, übereinstimmend mit Oertmann¹⁹, den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Anhand dieser Institute wurde die Grenze der Zumutbarkeit der Primärleistungspflicht für Fälle gezogen, in denen unverschuldet objektive Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB 1900 noch nicht vorlag.

Der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber 2002, so heißt es bei Canaris, hatte „das Bestreben die Problematik der Unmöglichkeit möglichst umfassend zu regeln“ und diese entwickelten Institute zu ordnen und zu kodifizieren.²⁰ Es sollte nach der Intention des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers 2002 das geltende Recht²¹ zum Zeitpunkt der Modernisierung kodifiziert werden.²²

Der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber machte sich dafür zunächst in weiten Teilen die Ausführungen der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1992 zu eigen:

„Die Unmöglichkeit sollte nach dem Vorschlag der Schuldrechtskommission ihre zentrale Position im Recht der Leistungsstörungen verlieren. [...] Zugleich war die Schuldrechtskommission der Ansicht, dass es auch in Zukunft einer Grenze für die Primärleistungspflicht des Schuldners bedürfe. Die Regelung dieser Grenze sah sie – in Anlehnung an die gewohnte Reihenfolge der Paragraphen – in § 275 KE vor. Dabei stellte die Schuldrechtskommission aber nicht auf die Unmöglichkeit ab. Vielmehr sollte das Schuldverhältnis maßgeblich sein: Dieses müsse die Anstrengungen bestimmen, die der Schuldner zur Erbringung der Leistung zu unternehmen habe.“²³

Diese hatte 1992 den Ansatz verfolgt, der Unmöglichkeit ihre zentrale Stellung zu nehmen und den Begriff ganz zu eliminieren. Dennoch blieb der Begriff im Gesetz mit einem gegenstandsbezogenen Unmöglichkeitsbegriff enthalten. Die Leistung ist unmöglich, wenn der Gegenstand nicht mehr existiert.²⁴

In dieser Arbeit werden die Regelungen zur nachträglichen unverschuldeten Leistungerschwerung bei Stückschulden analysiert. Es wird

¹⁹ „Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff“.

²⁰ Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, XII.

²¹ Geltendes Recht heißt an dieser Stelle nicht lediglich das kodifizierte Recht, explizit geht es um herrschende Meinung der Lehre und Rechtsprechung.

²² BT-Drs. 14/6040.

²³ BT-Drs. 14/6040, 127.

²⁴ Eine diese Entstehung und Entwicklung des objektiven Unmöglichkeitsbegriffs kritisch betrachtende Darstellung findet sich bei Schermaier, in: HKK, vor § 275.

untersucht, welchen Aufwand der Schuldner einer Stückschuld erbringen muss, wenn der Aufwand für die Leistungserbringung höher ist als ursprünglich angenommen und wie sich dieser Maßstab entwickelt hat. Der Fall dieser nachträglich erschwerten Leistung und der Beschränkung der Aufwandspflicht wird auch heute noch unter dem Begriff „faktische Unmöglichkeit“ zusammengefasst.²⁵

Das Fallbeispiel des „Cabrio von Murmansk“ zeigt, wie sich die Behandlung der nachträglichen Leistungserschwerung bei Stückschulden durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Jahr 2002 verändert hat.²⁶

*A verkauft B ein Cabrio, für 10.000 Mark, das sich in seiner Garage befindet. Dieses wird von D nach Vertragsschluss aber vor Übergabe ohne Verschulden des A aus der Garage entwendet. Nach einiger Zeit wird das Cabrio in Murmansk wiedergefunden und könnte für 10.000 Mark zurück nach Deutschland gebracht werden. Die Kosten des Rücktransports übersteigen den Wert des Cabrios daher nicht. B verlangt Übergabe und Übereignung.*²⁷

Vor der Schuldrechtsreform kam es im Falle des Abhandenkommens der geschuldeten Sache zu einer Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB 1900. Der Schuldner konnte die Sache nicht mehr leisten.²⁸ Da die Leistung einem Dritten aber möglich war, galt er als zur Leistung unvernünftig. Sein Unvermögen war von Gesetzes wegen der Unmöglichkeit gleichgestellt und führte zu einer Befreiung von der Leistungspflicht. Die Wiederbeschaffung war nicht erforderlich, da nicht versprochen, und die Regelung zur Wiederbeschaffungspflicht bei der Gattungsschuld, § 279 BGB 1900, fand auf Stückschulden nach Intention des Gesetzgebers keine Anwendung.²⁹

Als Beleg hierfür lässt sich bereits an dieser Stelle der Vorentwurf v. Kübels, einem der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, anführen, der insbesondere auf Mommsen und seine Schriften zur Unmöglichkeit Bezug nimmt.³⁰ Mommsen führte aus, dass ein äußeres Hindernis, wie Diebstahl, Hochwasser, Unfall, Tod von Tieren oder Flucht vor Feinden, den Schuldner von seiner

²⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 129; hier heißt es der „sogenannten faktischen Unmöglichkeit“.

²⁶ In dieser Arbeit geht es nicht um eine Aufarbeitung der Diskussion zwischen Picker, JZ 2003, 1035 und Canaris, JZ 2004, 214. Darstellung und Lösung des Konflikts finden sich in dieser Arbeit unter D II 2.

²⁷ Eine detaillierte Darstellung der Lösung findet sich bei Picker, JZ 2003, 1036.

²⁸ Zur Frage des Wandels der herrschenden Meinung vgl. in dieser Arbeit B IV 3.

²⁹ Vgl. B II.

³⁰ Vorentwurf, Abschn. I Tit. 3 III 1 = Schubert, S. 860.

Leistungspflicht befreie. Die im vorliegenden Fall zufällige Verlagerung des Risikos nach dem Grundsatz „*casus a nullo praestatur*“³¹ befreie den Stückschuldner, auch wenn ein anderer zur Leistung fähig bleibt.³² Dabei sind bei *Mommsen*, auch durch ein neues Verständnis des Wortes „casus“ in der deutschen Sprache, alle diese Fälle des unverschuldeten Untergangs unter den Begriff der vom Schuldner nicht verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit zu fassen. Er wollte eine Regelung schaffen, die für die Rechtsanwender leicht zu handhaben war.³³ *Mommsen* selbst stellt sein Verständnis sehr plastisch dar:

„Tritt die Unmöglichkeit der Leistung später ein (nachfolgende Unmöglichkeit), so ist zu unterscheiden, ob dieselbe durch ein dem Verpflichteten zuzurechnendes Verschulden herbeigeführt ist oder nicht. Im ersten Fall hat die Unmöglichkeit keinen Einfluß auf die Verpflichtung. Im zweiten Fall wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung insoweit befreit, als die letztere ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist; [...]. Hiermit sind die hauptsächlichen Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung in Kürze angegeben.“³⁴

Entscheidend war dabei, dass die subjektive Unmöglichkeit genügte und diese nicht so absolut verstanden wurde, wie heute.

Auf Fälle wie den des „Cabrios von Murmansk“ findet seit der Schuldrechtsreform nach herrschender Auffassung § 275 Abs. 2 S. 1 BGB Anwendung. Der Fall ist der sogenannten faktischen Unmöglichkeit zuzuordnen. Diese liegt dann vor, wenn die Leistung einen Aufwand erfordert, der unter der Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Entscheidend ist die Höhe des Leistungsinteresses des Gläubigers, d. h. der Nutzen, den dieser aus der Sache zieht.³⁵ Erst wenn der Leistungsaufwand das Leistungsinteresse des Gläubigers übersteigt, steht dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zu.

Der Maßstab des § 275 Abs. 2 S. 1 BGB angewendet auf den Fall des „Cabrios von Murmansk“ bedeutet, dass der vom Schuldner auf das Ver-

³¹ Kurzfassung des Textes D. 50, 17, 23 („Für Zufälle steht niemand ein.“), vgl. *Huber*, Leistungsstörungen I, S. 74.

³² *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 126; *Weller*, Leistungen, S. 588.

³³ Vgl. *Mommsen*, Obligationenrecht I, S. 242ff. und mit einer ähnlichen Ansicht *Huber*, Leistungsstörungen I, S. 75.

³⁴ *Mommsen*, Obligationenrecht I, S. 1ff.

³⁵ *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 32ff.; *Löwisch/Caspers*, in *Staudinger* 09, § 275 Rn. 98, *Lorenz*, JuS 2022, 394f.; BT-Drs. 14/6040, 129; *Lorenz*, in: *BeckOK*, § 275 Rn. 57f.; kritisch dazu *Albers*, Causa contractus, S. 603; *Schermaier*, BRJ, S. 30f.

langen des Gläubigers zu erbringende Aufwand, gemessen am Inhalt des Schuldverhältnisses und am Maßstab des Gläubigerinteresses, noch nicht als treuwidrig zu klassifizieren ist, weil er den Wert des Cabrios nicht übersteigt. Der Schuldner ist in diesem Fall verpflichtet das Cabrio auf eigenes Risiko und eigene Kosten wiederzubeschaffen.³⁶

Es lässt sich daher bereits an dieser Stelle festhalten, dass derselbe Fall, der die vertragliche Gefahrtragung in den Mittelpunkt stellt, vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung unterschiedlich gelöst wird.³⁷ Im heutigen BGB trägt der Sachschuldner das Risiko, dass die Leistung schwieriger wird als gedacht, sogar über das Versprochene hinaus. Die Gefahrtragung für die Leistungerschwerung hat sich daher im Vergleich zum alten Recht auf den Sachschuldner verschoben. Diese Verlagerung findet auf gesetzlicher Ebene statt, unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen, und wird als eine faktische Garantiehaftung des Verkäufers für die Primärleistung bezeichnet.³⁸ Diese war dem BGB 1900 im allgemeinen Leistungsstörungenrecht zur nachträglichen Leistungerschwerung fremd. Weiter fällt auf, dass es im heutigen Recht an der Befreiung des Schuldners ipso iure fehlt, die dem BGB 1900 immanent war. Der Schuldner muss die Leistungerschwerung dem Gläubiger gegenüber als Einrede geltend machen. Zusätzlich muss der Schuldner seine Pflicht zur Leistungserbringung an den oben genannten Kriterien messen lassen, die im jeweiligen Einzelfall zu berücksichtigen sind. Die Tatsache, dass der Schuldner nicht ipso iure von seiner Pflicht befreit wird und dass eine Abwägung gemäß § 275 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgen muss, führt bereits zu der bereits angesprochenen durch das Gesetz herbeigeführten Verlagerung des Risikos der Leistungerschwerung zu Lasten des Stückschuldners.

II. Fragen, Aufbau und Methode

Für den Stückschuldner bedeutet die aktuelle Rechtslage, ausgehend von der historischen Rechtslage im BGB 1900, eine Schlechterstellung. Der Stückschuldner trägt im modernisierten BGB in erheblich weiterem Umfang die

³⁶ Eine detaillierte Lösung findet sich bei *Canaris*, JZ 2004, 215 und in dieser Arbeit unter D II.

³⁷ Zur Frage des Wandels der herrschenden Meinung vgl. in dieser Arbeit B IV 3.

³⁸ *Lobinger*, Grenzen, S. 62; *Albers*, in: BeckOGK, § 780, Rn. 102; sowie *ders.* m. w. N. *Causa contractus*, S. 605.

Leistungsgefahr. Wurde diese Veränderung im Rahmen der Novellierung des BGB übersehen oder erfolgte sie bewusst? Das ist die Ausgangsfrage dieser Arbeit. Ausgehend von dieser werden in dieser Arbeit drei Fragen gestellt und beantwortet.

1. Fragen

Der Verfasser geht in dieser Arbeit den folgenden Fragen in je einem Kapitel nach:

1. Wurde im deutschen Recht der Grundsatz, dass ein Stückschuldner zur Leistung verpflichtet bleibt, wenn diese ihm unverschuldet erschwert wird, erst mit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 oder bereits zuvor aufgestellt?
2. Gibt der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber für die in der ersten Frage aufzuzeigenden Neuerungen eine überzeugende Begründung?
3. Welche praktischen Auswirkungen hat die Schuldrechtsmodernisierung für den Stückschuldner, für den sich der Leistungsaufwand erhöht hat, ohne dass er dies zu vertreten hat?

Zur Beantwortung der Fragen werden Entwicklungen, Rechtsprechungslinien und Veränderungen in der Literatur dargestellt, auf die sich dieser Wandel des § 275 BGB zurückführen lassen könnte.

2. Aufbau

Im ersten Kapitel mit dem Titel „Dem Wandel für den Stückschuldner auf der Spur“³⁹ wird insbesondere die Rechtsprechung im Zeitraum zwischen 1900 und 2002 analysiert, die sich auf die erste Frage bezieht. Dabei geht es darum zu untersuchen, warum im deutschen Recht der Grundsatz aufgestellt wurde, dass ein Stückschuldner zur Leistung verpflichtet bleibt, wenn ihm diese unverschuldet erschwert wird und ob dieser Grundsatz gar erst mit der Schuldrechtsreform aufgestellt wurde. In einer Rechtsprechungsanalyse wird untersucht, woher der Grundsatz stammt, der im Jahr 2002 kodifiziert wurde. Das Ziel ist es, chronologisch darzustellen, ob und falls

³⁹ In dieser Arbeit unter B.

ja, wie die Rechtsprechung die Ausweitung der Leistungspflicht für den Stückschuldner, für den sich der Leistungsaufwand erhöht hat, ohne dass er dies zu vertreten hat, entwickelt hat. Dabei wird nicht nur die Rechtsprechung analysiert, sondern auch der wissenschaftliche Diskurs anhand ausgewählter Beispiele der zeitgenössischen Literatur ausgewertet und mit der Rechtsprechung in ein Verhältnis gesetzt.

Im zweiten Kapitel mit dem Titel „Die Schuldrechtsreform und ihre Begründung“⁴⁰ setzt die Arbeit mit der Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 und der Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers fort. Dabei konzentriert sie sich insbesondere auf die Frage, ob der Gesetzgeber überzeugende Argumente in der Reform angesichts der zuvor aufgezeigten Unterschiede geliefert hat. Die Begründung des Gesetzgebers von 2002 wird analysiert, da sie die Grundlage für die zukünftige Auslegung und Anwendung der Norm im Hinblick auf ihren Zweck und die historische Auslegung darstellt. Es geht insoweit um die historische Auslegung des § 275 Abs. 2 S. 1 BGB.

Im dritten Kapitel mit dem Titel „Die praktischen Auswirkungen der Schuldrechtsreform“⁴¹ werden die Entwicklungen nach Abschluss der Schuldrechtsmodernisierung 2002 betrachtet. Dabei liegt der Fokus insbesondere auf dem europarechtlich geprägten Kaufmängelgewährleistungsrecht. Diese Betrachtung dient der Beantwortung der dritten Frage, nämlich welche praktischen Auswirkungen die Reform hat.⁴² Dieses Kapitel endet mit einer eigenen Lösung für den in der Einleitung beschriebenen Fall des „Cabrios von Murmansk“.

Im abschließenden Kapitel werden die drei Fragen zusammenfassend beantwortet und es wird ein eigener Vorschlag zur Auslegung des § 275 Abs. 2 S. 1 BGB unterbreitet.

3. Methode

Die Rechtspraxis entspricht nicht immer den Vorstellungen des Gesetzgebers, da sie einer Vielzahl unvorhergesehener Ereignisse und neuer Wertvorstellungen ausgesetzt ist, wie diese Arbeit zeigt. *Schermaier* differenziert

⁴⁰ In dieser Arbeit unter C.

⁴¹ In dieser Arbeit unter D.

⁴² Die durch die größte Novellierung seit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 zum 01.01.2022 eingeführten Änderungen des Kaufrechts werden nicht berücksichtigt.

in seinem Aufsatz „*Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth*“ zwischen dem historischen Willen des Gesetzgebers und der Auslegung und Praxis.⁴³ Bei den Fragen dieser Arbeit und generell bei der historischen Betrachtung geht es methodisch daher um mehr als nur die Feststellung, dass das Wissen um das Woher Voraussetzung ist, das Wohin zu kennen.

Bei der dogmatischen Arbeit mit dem geltenden Recht muss der historische Blick insoweit mit Vorsicht gewählt werden. Es ist nicht angebracht, die in dieser Arbeit analysierte Novelle von 2002 und somit geltendes Recht anzuwenden, um das BGB von 1900 zu interpretieren. Gleichzeitig darf die heutige Dogmatik nicht die Auslegung und das Verständnis der historischen Grundlage verfälschen und den Blick auf das historisch Gewollte trüben.

Daher wird in dieser Arbeit zwar eine historische Entwicklung erzählt, aber eine nostalgische Haltung vermieden. Dies schließt jedoch nicht aus, dass aus der historischen Analyse mit einem heutigen, dogmatischen Blick auf die geltenden Bestimmungen Brüche und Missverständnisse aufgezeigt werden können.

Zu verhindern gilt es, eine historische Ideengeschichte verschiedener Autoren zu erzählen, die in der Praxis in dieser Form nicht existierte und daher als gekünstelt zum Scheitern verurteilt ist.⁴⁴ Das Ziel besteht darin, ausgehend von einem klaren historischen Ausgangspunkt zu verstehen, mit welchen Instituten, Rechtsfolgen und praktischen Herausforderungen sich Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im Verlauf von 102 Jahren konfrontiert sahen und wie diese Herausforderungen das im Jahr 2002 modernisierte BGB in Bezug auf die nachträgliche Leistungerschwerung und Stückschulden geprägt haben.⁴⁵

An das vorher Gesagte anknüpfend ist mit einer Analyse des BGB 1900 zu beginnen, denn dieses BGB zu ändern, nahm sich der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber vor. Da die im Anschluss an die Kodifikation 1900 geführten Diskussionen sich im Wesentlichen mit dem Gesetzestext beschäftigten und das vorherige Recht meist außer Acht ließen, bieten die §§ 275ff. BGB 1900 und ihre Entstehungsgeschichte den idealen Ausgangspunkt.

⁴³ Schermaier, JZ 2006, 331.

⁴⁴ Ein teilweise übereinstimmender Ansatz findet sich bei Zwirlein, Versprechen, S. 9.

⁴⁵ Mit ähnlicher Perspektive aber anderer Zielrichtung leitet Schmidt, J., Vertragsfreiheit, S. 16 seine Ausführungen ein.