

Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung und allgemeine Prinzipien
des Vertragsrechts.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen
Sachmängelhaftung unter besonderer Berücksichtigung internationaler
Entwicklungen

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der juristischen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt

von

Daniela Dylakiewicz

aus Wippra

Halle (Saale), 2003

urn:nbn:de:gbv:3-000006786

[<http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=nbn%3Ade%3Agbv%3A3-000006786>]

Erstgutachter:

Prof. Dr. Walter Rolland

Zweitgutachter:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Halle (Saale), den 8. Oktober 2003

Daniela Dylakiewicz, geboren am 25.08.1973 in Wippra; Studium der Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 1992-1997; Referendariat 2000-2002; 2003 Promotion; zur Zeit in der Finanzverwaltung des Freistaates Sachsen tätig.

Diese Arbeit ist meiner Tochter Maya gewidmet.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2003 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle/ Wittenberg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis März 2003 berücksichtigt.

All denen, die mich bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle danken. Insbesondere Herrn Professor Walter Rolland bin ich für die freundliche und engagierte Betreuung dieser Arbeit zu großem Dank verpflichtet. Er hatte für alle Probleme, die sich stellten, stets ein offenes Ohr. Ferner gilt mein besonderer Dank Herrn Professor Wolfhard Kohte für das Interesse, das er dieser Arbeit entgegengebracht hat und für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlicher Dank gebührt meiner Schwester Claudia Dylakiewicz für die orthographische Korrektur. Herr Stefan Kutschke hat mich in allen Phasen der Arbeit geduldig unterstützt. Schließlich danke ich herzlich meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung stets ermutigt und gefördert haben.

Dresden, im Mai 2004

Daniela Dylakiewicz

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	XVI
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
Einleitung	1
Kapitel 1 Die Entwicklung der Sachmängelhaftung im deutschen Recht	3
1. 1. Die römisch-rechtliche Regelung der Gewährleistung als Grundlage für die bisherige deutsche Sachmängelhaftung	3
1. 2. Erste Reformüberlegungen: Der Abschlussbericht der Schuldrechtskommission	5
1. 3. Internationale Einflüsse auf den deutschen Reformprozess	5
1. 3. 1. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf	6
1. 3. 2. Internationale Prinzipien des Vertragsrechts	7
1. 3. 2. 1. Zur Bedeutung allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien für gewährleistungsrechtliche Sachverhalte	7
1. 3. 2. 2. Die <i>Principles of European Contract Law</i>	8
1. 3. 2. 2. 1. Zur Entstehung: Die Lando-Kommission	8
1. 3. 2. 2. 2. Vorgehensweise und Präsentation	10
1. 3. 2. 2. 3. Anwendungsbereich	11
1. 3. 2. 3. Die <i>Principles of International Commercial Contracts</i>	11
1. 3. 2. 3. 1. Zur Entstehung	11
1. 3. 2. 3. 2. Präsentation	12
1. 3. 2. 3. 3. Anwendungsbereich	13
1. 3. 3. Die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf	13
1. 3. 3. 1. Zur Entstehung	14
1. 3. 3. 2. Zum Regelungsumfang	14
1. 4. Der Abschluss der Reform: Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts	15

Kapitel 2.....	Die Haftungsvoraussetzungen für Sachmängel	18
2. 1.	Der Sachmängeltatbestand	18
2. 1. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	18
2. 1. 1. 1.	Die Haftung für Fehler	18
2. 1. 1. 1. 1.	Die subjektive Fehlerbegriff	18
2. 1. 1. 1. 2.	Der objektive Fehlerbegriff	20
2. 1. 1. 1. 3.	Fehlerarten nach der subjektiven Definition	20
2. 1. 1. 2.....	Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften	22
2. 1. 1. 2. 1.	Die Voraussetzungen der Zusicherung	22
2. 1. 1. 2. 1. 1.	Vertragsmäßigkeit und Verpflichtungswille	22
2. 1. 1. 2. 1. 2.	Zur Problematik der stillschweigenden Zusicherung	22
2. 1. 1. 2. 2.	Kauf nach Probe oder Muster	24
2. 1. 2.	Der Kommissionsentwurf	24
2. 1. 2. 1.	Die Bestimmung des Sachmangels nach dem subjektiven Fehlerbegriff	24
2. 1. 2. 2.	Wegfall der Zusicherung	24
2. 1. 3.	Das CISG	25
2. 1. 3. 1.	Die vertragliche Leistungsbeschreibung als primärer Maßstab zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit	25
2. 1. 3. 2.	Gesetzlicher Standard der vertragsgemäßen Beschaffenheit als sekundärer Maßstab	26
2. 1. 3. 2. 1.	Die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch	26
2. 1. 3. 2. 2.	Die Tauglichkeit für besondere Zwecke	27
2. 1. 3. 2. 3.	Kauf nach Probe oder Muster	28
2. 1. 3. 2. 4.	Übliche oder angemessene Verpackung	28
2. 1. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	29
2. 1. 4. 1.	Das Prinzip der Vertragsmäßigkeit	29
2. 1. 4. 2.	Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit	29
2. 1. 4. 2. 1.	Kauf nach Beschreibung und nach Probe oder Muster	30
2. 1. 4. 2. 2.	Die Eignung für besondere Zwecke	30
2. 1. 4. 2. 3.	Die Eignung für die gewöhnlichen Zwecke	31
2. 1. 4. 2. 4.	Art. 2 Absatz II lit. d RL 99/44/EG	31
2. 1. 4. 3.	Haftung wegen unsachgemäßer Montage	32
2. 1. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	33
2. 1. 5. 1.	Der einheitliche Sachmängeltatbestand	33
2. 1. 5. 2.	Kriterien bei fehlenden Parteivereinbarungen	33
2. 1. 5. 3.	Die Haftung für öffentliche produktbezogene Äußerungen	35
2. 1. 5. 4.	Die Haftung für fehlerhafte Montage und Montageanleitungen	37
2. 1. 6.	Vergleich	38
2. 1. 6. 1.	Das primär subjektive Verständnis von der Sachmängelhaftung	38
2. 1. 6. 2.	Die Zusicherungsproblematik	39
2. 1. 6. 3.	Gesetzliche Standards für die Sollbeschaffenheit	40

2. 1. 6. 3. 1.	Kauf nach Probe oder Muster	41
2. 1. 6. 3. 2.	Kauf nach Beschreibung	42
2. 1. 6. 3. 3.	Die Tauglichkeit für besondere Zwecke	43
2. 1. 6. 3. 4.	Die Tauglichkeit für die gewöhnlichen Verwendungszwecke	44
2. 1. 6. 3. 5.	Die Haftung für öffentliche produktbezogene Äußerungen	45
2. 1. 6. 3. 6.	Die Einbeziehung von Nebenpflichtverletzungen	48
2. 1. 6. 3. 6. 1.	Die mangelhafte Verpackung	48
2. 1. 6. 3. 6. 2.	Montagefehler	51
2. 1. 6. 3. 6. 2. 1..	Die unsachgemäße Montage	51
2. 1. 6. 3. 6. 2. 2..	Die mangelhafte Montageanleitung	52
2. 1. 6. 3. 6. 3.	Nebenpflichtverletzungen als Vertragswidrigkeiten	55
2. 1. 6. 4.	Zusammenfassung	56
2. 2.	Falschliefungen und Mengenabweichungen	56
2. 2. 1.	Falschliefungen	56
2. 2. 1. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	56
2. 2. 1. 1. 1.	Stückkauf	57
2. 2. 1. 1. 2.	Gattungskauf	57
2. 2. 1. 2.	Der Kommissionsentwurf	59
2. 2. 1. 3.	Das CISG	59
2. 2. 1. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	60
2. 2. 1. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	60
2. 2. 2.	Mengenabweichungen	61
2. 2. 2. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	61
2. 2. 2. 2.	Der Kommissionsentwurf	62
2. 2. 2. 3.	Das CISG	62
2. 2. 2. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	63
2. 2. 2. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	63
2. 2. 3.	Vergleich	63
2. 2. 3. 1.	Falschliefungen	63
2. 2. 3. 1. 1.	Das aliud als Unterfall vertragswidriger Lieferung	63
2. 2. 3. 1. 2.	Schlussfolgerungen für die Richtlinie 99/44/EG	65
2. 2. 3. 1. 3.	Zur Angemessenheit der gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen	66
2. 2. 3. 2.	Mengenabweichungen	69
2. 2. 3. 3.	Zusammenfassung	70
2. 3.	Das Verhältnis zur Rechtsmängelhaftung	71
2. 3. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	71
2. 3. 2.	Der Kommissionsentwurf	72
2. 3. 3.	Das CISG	72
2. 3. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	73
2. 3. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	74

2. 3. 6.	Vergleich	75
2. 4.	Maßgeblicher Zeitpunkt und Beweislast	75
2. 4. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	75
2. 4. 2.	Der Kommissionsentwurf	76
2. 4. 3.	Das CISG	77
2. 4. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	78
2. 4. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	79
2. 4. 6.	Vergleich	80
Kapitel 3.....	Ausschlussgründe	81
3. 1.	Mängelkenntnis bei Vertragsschluss	81
3. 1. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	81
3. 1. 2.	Der Kommissionsentwurf	81
3. 1. 3.	Das CISG	82
3. 1. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	83
3. 1. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	84
3. 1. 6.	Vergleich	84
3. 1. 6. 1.	Mitverantwortung des Käufers bei Vertragsschluss: Kenntnis und Kennenmüssen wegen Evidenz	84
3. 1. 6. 2.	Zur Umsetzung der Richtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	86
3. 1. 6. 3.	Keine Vertragswidrigkeit bei Kenntnis oder Kennenmüssen?	87
3. 2.	Mitverantwortung des Käufers ab Lieferung	88
3. 2. 1.	Mängelkenntnis bei Lieferung	88
3. 2. 1. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	88
3. 2. 1. 2.	Der Kommissionsentwurf	89
3. 2. 1. 3.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	89
3. 2. 2.	Die spätere Rügeobliegenheit	89
3. 2. 2. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	89
3. 2. 2. 1. 1.	Die Untersuchung der Ware	90
3. 2. 2. 1. 2.	Die Anzeige der Mangelhaftigkeit	90
3. 2. 2. 1. 3.	Die Rechtsfolgen bei Rügeversäumung	91
3. 2. 2. 2.	Der Kommissionsentwurf	92
3. 2. 2. 3.	Das CISG	92
3. 2. 2. 3. 1.	Die Untersuchung der Ware	93
3. 2. 2. 3. 2.	Die Anzeige der Vertragswidrigkeit	93

3. 2. 2. 3. 3.	Die Rechtsfolgen bei Rügeversäumung	94
3. 2. 2. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	95
3. 2. 2. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	96
3. 2. 3.	Vergleich	96
3. 2. 3. 1.	Die Rügeobliegenheit im Handelsverkehr	96
3. 2. 3. 2.	Die Rügeobliegenheit für Verbraucher	97
3. 2. 3. 3.	Zur Umsetzung der Richtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	99
3. 3.	Ausschluss- und Verjährungsfristen	100
3. 3. 1.	Das geltende deutsche Recht	100
3. 3. 2.	Der Kommissionsentwurf	101
3. 3. 3.	Das CISG	101
3. 3. 4.	Die Richtlinie 99/44/EG	102
3. 3. 5.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	102
3. 3. 6.	Vergleich	103
3. 3. 6. 1.	Zur Länge der Frist	103
3. 3. 6. 2.	Die Fristensysteme	105
3. 3. 6. 2. 1.	Das Fristensystem der Richtlinie und seine Umsetzung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	105
3. 3. 6. 2. 2.	Das Fristensystem des CISG und die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	106
3. 3. 6. 2. 3.	Zur Notwendigkeit einer gewährleistungsrechtlichen Sondernorm im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	107
Kapitel 4.....	Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Mangelhaftigkeit	109
4. 1.	Sachmängelfreiheit als Leistungspflicht	109
4. 1. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	109
4. 1. 2.	Der Kommissionsentwurf	110
4. 1. 3.	Das CISG	111
4. 1. 4.	PECL und PICC	111
4. 1. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	112
4. 1. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	113
4. 1. 7.	Vergleich	113

4. 2.	Der Nacherfüllungsanspruch	114
4. 2. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	114
4. 2. 1. 1.	Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch beim Stückkauf	114
4. 2. 1. 2.	Besonderheiten beim Gattungskauf: Der Nachlieferungsanspruch	115
4. 2. 1. 2. 1.	Zur Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften	115
4. 2. 1. 2. 2.	§ 480 I 1 BGB a.F. und Konkretisierung	115
4. 2. 2.	Der Kommissionsentwurf	116
4. 2. 3.	Das CISG	117
4. 2. 3. 1.	Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Absatz II CISG	117
4. 2. 3. 2.	Nachbesserung gemäß Art. 46 Absatz III CISG	118
4. 2. 4.	PECL und PICC	119
4. 2. 4. 1.	Reparatur und Ersatzlieferung	119
4. 2. 4. 2.	Beschränkungen des Nacherfüllungsanspruchs	119
4. 2. 4. 2. 1.	Unmöglichkeit	119
4. 2. 4. 2. 2.	Unangemessene Anstrengungen oder Kosten	120
4. 2. 4. 2. 3.	Zerstörtes Vertrauensverhältnis	120
4. 2. 4. 2. 4.	Zumutbares Deckungsgeschäft	120
4. 2. 4. 2. 5.	Entlastung aufgrund eines externen Hinderungsgrundes	121
4. 2. 4. 2. 6.	Erklärung binnen angemessener Frist	121
4. 2. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	122
4. 2. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	123
4. 2. 7.	Vergleich	126
4. 2. 7. 1.	Zur Versagung des Nacherfüllungsanspruchs im bisherigen deutschen Recht	126
4. 2. 7. 2.	Die Ausnahmetatbestände	128
4. 2. 7. 2. 1.	Unmöglichkeit	128
4. 2. 7. 2. 2.	Unverhältnismäßigkeit	129
4. 2. 7. 2. 3.	Wesentlichkeit	131
4. 2. 7. 2. 4.	Zumutbares Deckungsgeschäft	132
4. 2. 7. 3.	Das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	133
4. 2. 7. 4.	Ersatzlieferung auch beim Stückkauf	136
4. 2. 7. 5.	Der Nacherfüllungsanspruch: Modifizierter Erfüllungsanspruch oder Rechtsbehelf?	138
4. 2. 8.	Exkurs: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers	140
4. 2. 8. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	140
4. 2. 8. 2.	Der Kommissionsentwurf	140
4. 2. 8. 2. 1.	Abwendungsbefugnis durch Nachfristsetzung	140
4. 2. 8. 2. 2.	Einschränkungen des Nacherfüllungsrechts	141
4. 2. 8. 3.	Das CISG	142
4. 2. 8. 3. 1.	Nacherfüllung bei vorzeitiger Lieferung	142
4. 2. 8. 3. 2.	Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 CISG	142

4. 2. 8. 3. 2. 1.....	Voraussetzungen und Wirkung	142
4. 2. 8. 3. 2. 2	Das Verhältnis zur Vertragsaufhebung	143
4. 2. 8. 4.	PECL und PICC	145
4. 2. 8. 4. 1.	Die Abwendungsbefugnis nach Art. 7.1.4 PICC und Art. 8:104 PECL (Art. 3:104 a.F.)	145
4. 2. 8. 4. 2.	Die Ausnahmetatbestände nach Art. 7.1.4 Absatz 2 PICC	146
4. 2. 8. 4. 3.	Wirkungen der Nacherfüllungsanzeige des Verkäufers gemäß Art. 7. 1. 4 PICC	146
4. 2. 8. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	147
4. 2. 8. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	148
4. 2. 8. 6. 1.	Abwendungsbefugnis durch Nachfristsetzung	148
4. 2. 8. 6. 2.	Einschränkungen des Nacherfüllungsrechts	148
4. 2. 8. 6. 2. 1.....	Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit	148
4. 2. 8. 6. 2. 2.....	Fehlschlagen und Unzumutbarkeit	149
4. 2. 8. 6. 2. 2. 1.	Die vorrangige Berücksichtigung der Käuferinteressen	149
4. 2. 8. 6. 2. 2. 2.	Der Begriff der Unzumutbarkeit	150
4. 2. 8. 6. 2. 2. 3.	Der verbleibende Anwendungsbereich des Fehlschlagens	151
4. 2. 8. 6. 2. 3.....	Entfallen der Nacherfüllungsberechtigung beim Scheitern einer oder beider Nacherfüllungsvarianten?	151
4. 2. 8. 6. 2. 4.....	Keine Abwendungsbefugnis bei Alltagsgeschäften?	152
4. 2. 8. 7.	Vergleich	154
4. 2. 8. 7. 1.	Das Wesen des Nacherfüllungsrechts	154
4. 2. 8. 7. 2.	Die Gewährung des Nacherfüllungsrechts	154
4. 2. 8. 7. 3.	Die Grenzen der Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers	155
4. 3.	Die Rückgängigmachung des Vertrages	157
4. 3. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	157
4. 3. 1. 1.....	Voraussetzungen und Wirkung der Wandlung	157
4. 3. 1. 2.....	Anspruch oder Gestaltungsrecht?	157
4. 3. 2.	Der Kommissionsentwurf	158
4. 3. 2. 1.....	Rücktritt nach den allgemeinen Vorschriften	158
4. 3. 2. 2.....	Gestaltungsrecht	159
4. 3. 2. 3.....	Kein Rücktritt bei unerheblicher Pflichtverletzung	159
4. 3. 3.	Das CISG	160
4. 3. 3. 1.....	Vertragsaufhebung nur bei Wesentlichkeit	160
4. 3. 3. 2.....	Erklärung innerhalb angemessener Frist	160
4. 3. 3. 3.....	Wirkungen der Vertragsaufhebung	161
4. 3. 4.	PECL und PICC	161
4. 3. 4. 1.....	Rechtsgrundlagen	161
4. 3. 4. 2.....	Vertragsaufhebung nur bei Wesentlichkeit	161
4. 3. 4. 2. 1.	Genauere Einhaltung der Pflicht grundlegend	162
4. 3. 4. 2. 2.	Schwere des Vertragsbruchs	162

4. 3. 4. 2. 3.	Vorsätzliche Nichterfüllung und Zweifel an der Erbringung künftiger Leistungen	162
4. 3. 4. 2. 4.	Gegenindikation zur Wesentlichkeit	163
4. 3. 4. 3.....	Erklärung innerhalb angemessener Frist	163
4. 3. 4. 4.....	Wirkungen der Vertragsaufhebung	164
4. 3. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	164
4. 3. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	165
4. 3. 7.	Vergleich	168
4. 3. 7. 1.....	Voraussetzungen für die Befreiung von den vertraglichen Pflichten	168
4. 3. 7. 1. 1.....	Verschulden für die Vertragsaufhebung nicht maßgeblich	168
4. 3. 7. 1. 2.....	Das Gewicht der Vertragswidrigkeit	168
4. 3. 7. 1. 3.....	Vorrang der Nacherfüllung	169
4. 3. 7. 1. 4.....	Erklärungsfristen	170
4. 3. 7. 1. 5.....	Zusammenfassung	170
4. 3. 7. 2.....	Der Begriff der Wesentlichkeit im CISG und in den <i>Principles</i>	171
4. 3. 7. 3.....	Ausübung durch Gestaltungsrecht	173
4. 4.	Minderung	174
4. 4. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	174
4. 4. 2.	Der Kommissionsentwurf	175
4. 4. 3.	Das CISG	175
4. 4. 4.	PECL und PICC	176
4. 4. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	176
4. 4. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	177
4. 4. 7.	Vergleich	178
4. 4. 7. 1.	Die Minderung als spezifisch gewährleistungsrechtliches Institut	178
4. 4. 7. 2.	Die Voraussetzungen der Minderung	179
4. 4. 7. 3.	Die Berechnung des Minderungsbetrages	180
4. 4. 7. 4.	Der Verzicht der PICC auf die Minderung	181
4. 5.	Bewertung der Systematik der Rechtsbehelfe anhand der Parteiinteressen	183
4. 5. 1.	Der Vorrang der Nacherfüllung gegenüber Vertragsaufhebung und Minderung	183
4. 5. 2.	Beschränkung der Vertragsaufhebung auf wesentliche Vertragswidrigkeiten?	186

Kapitel 5.....	Grundzüge der Schadensersatzhaftung	190
5. 1.	Das bisher geltende deutsche Recht	190
5. 1. 1.	Die Haftung aus §§ 463, 480 Absatz II BGB a.F.	190
5. 1. 1. 1.	Die besonderen Voraussetzungen der §§ 463, 480 Absatz II BGB a.F.	190
5. 1. 1. 2.	Der Umfang des Ersatzanspruchs	191
5. 1. 1. 3.....	Die Berechnung des Schadensersatzes	192
5. 1. 2.	Die Haftung für Mangelfolgeschäden aus positiver Forderungsverletzung	192
5. 1. 3.	Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens	194
5. 2.	Der Kommissionsentwurf	194
5. 2. 1.	Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gemäß § 280 Absatz I Satz 1 KE	195
5. 2. 2.	Ersatz des Erfüllungsinteresses gemäß §§ 280 Absatz II, 283, 327, 441 KE	195
5. 2. 2. 1.	Der Vorrang der Nacherfüllung	196
5. 2. 2. 2.	Die Unterscheidung zwischen §§ 283 und 327 KE	196
5. 2. 3.	Verschuldenshaftung	196
5. 2. 4.	Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens	197
5. 3.	Das CISG	197
5. 3. 1.	Die Rechtsgrundlage	197
5. 3. 2.	Die Entlastungsmöglichkeit nach Art. 79 CISG	198
5. 3. 3.	Der Umfang des Ersatzanspruchs	199
5. 3. 3. 1.	Art. 74, Satz 1 CISG	199
5. 3. 3. 2.	Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung: Art. 75, 76 CISG	199
5. 3. 4.	Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens durch die Voraussehbarkeit, Art. 74, Satz 2 CISG	200
5. 4.	PECL und PICC	201
5. 4. 1.	Die Rechtsgrundlagen	201
5. 4. 2.	Entlastungsgründe	201
5. 4. 3.	Der Umfang des Ersatzanspruchs	201
5. 4. 3. 1.	Der Grundsatz der Totalreparation	201
5. 4. 3. 2.	Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung	202
5. 4. 4.	Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens durch die Voraussehbarkeit	202

5. 5.	Die Richtlinie 99/44/EG	203
5. 6.	Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	203
5. 6. 1.	Schadensersatz wegen zu vertretender Pflichtverletzung	204
5. 6. 2.	Der Ersatz des Erfüllungsinteresses	206
5. 6. 2. 1.	Die Haftung für behebbare Sachmängel	207
5. 6. 2. 2.	Die Haftung für nachträglich unbehebbarer Sachmängel	208
5. 6. 2. 3.	Die Haftung für anfänglich unbehebbarer Sachmängel	209
5. 6. 3.	Schadensersatz statt der ganzen Leistung	209
5. 6. 4.	Aufwendungsersatz	210
5. 7.	Vergleich	211
5. 7. 1.	Zu den Rechtsgrundlagen	211
5. 7. 1. 1.	Bisheriges deutsches Recht, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	211
5. 7. 1. 2.	CISG, PECL und PICC	213
5. 7. 2.	Die unterschiedlichen Haftungskonzepte	213
5. 7. 2. 1.	Verschuldenshaftung und Garantiefhaftung im allgemeinen Vertragsrecht	214
5. 7. 2. 2.	Besonderheiten beim Schadensersatz wegen vertragswidriger Leistung	215
5. 7. 3.	Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens	216
5. 7. 4.	Zur Interessenlage beim Schadensersatz	217
Kapitel 6.....	Zusammenfassung und Ergebnis	222
6. 1.	Die Gewährleistungsregelungen	222
6. 2.	Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	227
6. 3.	Die Rechtsbehelfe der <i>Principles</i> bei mangelhafter Lieferung	229

Literaturverzeichnis:

- ABSCHLUSSBERICHT der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1992 (zit.: Abschlussbericht)
- ACKERMANN, THOMAS, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, in: JZ 2002, S. 378
- AICHER, JOSEF, Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre, in: HANS HOYER/ WILLIBALD POSCH (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien, 1992, S. 111
- ALTMEPPEL, HOLGER, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, in: DB 2001, S. 1399
- Ders., Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: DB 2001, S. 1821
- AMTENBRINK, FABIAN/ SCHNEIDER, CLAUDIA, Die europaweite Vereinheitlichung von Gebrauchsgüterkauf und -garantien, in: VuR 1996, S. 367
- DIES., Europäische Vorgaben für ein neues Kaufrecht und deutsche Schuldrechtsreform, in: VuR 1999, S. 293
- ASAM, HERBERT, UN-Kaufrechtsübereinkommen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, in: RIW 1989, S. 942
- AUE, JOACHIM, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung stillschweigender Zusicherungen, Frankfurt a.M., Berlin, New York, Paris, 1989 (zit.: Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht)
- AYAD, PATRICK, Schuldrechtsreform: Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in der Vertragspraxis, in: DB 2001, S. 2697
- BASEDOW, JÜRGEN, Die Reform des deutschen Kaufrechts. Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, Köln, 1988 (zit. Basedow, Reform des deutschen Kaufrechts)
- BAUMBACH, ADOLF/ HOPT, KLAUS J., Handelsgesetzbuch, 29. Auflage, München, 1995
- BEALE, HUGH, Towards a Law of Contract for Europe: The Work of the Commission on European Contract Law, in: GÜNTER WEICK (Hrsg.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, Frankfurt, Berlin, New York, 1993, S. 177
- BERGER, KLAUS PETER, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge. Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?, in: ZVglRWiss 94 (1995), S. 217
- BIANCA, CESARE MASSIMO/ BONELL, MICHAEL JOACHIM, Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Milan, 1987 (zit.: Bianca/ Bonell-Bearbeiter)
- BITTER, GEORG/ MEIDT, PETRA, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht, in: ZIP 2001, S. 2114
- BLOMEYER, ARWED, Der "Anspruch" auf Wandlung oder Minderung, in: AcP 151 (1950/51), S. 97
- BOELE-WOELKI, KATHARINA, European and Unidroit Principles of Contract Law, in: B. VON HOFFMANN (Hrsg.), European Private International Law, Nijmegen, 1998, S. 67
- BOERNER, DIETMAR, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, in: ZIP 2001, S. 2264

- BÖTTICHER, EDUARD, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg, 1938
- BONELL, MICHAEL JOACHIM, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Auflage, Irvington-on-Hudson, 1997 (zit.: Bonell, An International Restatement of Contract Law)
- DERS., Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 274
- DERS., The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law, in: *ICLQ* 27 (1978), S. 413
- DERS., The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences, in: *EJLR* 1998/99, S. 193
- DERS., The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?, in: *ULR* 1996, S. 229
- DERS., The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice, in: www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm
- BROX, HANS/ WALKER, WOLF-DIETRICH, Besonderes Schuldrecht, 25. Auflage, München 2000
- DERS., Handelsrecht und Wertpapierrecht, 14. Auflage, München, 1999
- DERS./ ELSING, SIEGFRIED, Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, in: *JuS* 1976, S. 1
- BRÜGGEMEIER, GERT, Zur Reform des deutschen Kaufrechts- Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: *JZ* 2000, S. 529
- BUCHER, EUGEN, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: BUCHER, EUGEN (HRSG.), Wiener Kaufrecht. Der schweizerische Außenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern, 1991 (zit.: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht), S. 13
- SOERGEL, HANS THEODOR, Bürgerliches Gesetzbuch; Kohlhammer-Kommentar, 12. Auflage, Stuttgart, 1991 (zit.: Soergel-Bearbeiter)
- SOERGEL, HANS THEODOR, Bürgerliches Gesetzbuch; Kohlhammer-Kommentar, Band 13 Schuldrechtliche Nebengesetze, CISG, 13. Auflage, Stuttgart, 1991 (zit.: Soergel-Bearbeiter)
- CAEMMERER, ERNST VON, Falschlieferung, in: ERNST VON CAEMMERER/ WALTER HALLSTEIN/ F. A. MANN/ LUDWIG RAISER (Hrsg.), Festschrift für Martin Wolff, Tübingen, 1952, S. 3 (zit.: FS für M. Wolff)
- CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: *ZRP* 2001, S. 329
- DERS., Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: *JZ* 2001, S. 499
- DERS., Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: *DB* 2001, S. 1815
- DERS., Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002
- COESTER-WALTJEN, DAGMAR, Die nichtvertragsgemäße Ware im Kaufrecht, in: *Jura* 1997, S. 637
- DIES., Die Sachmängelgewährleistung im Kaufvertragsrecht, in: *Jura* 1997, S. 197
- DÄUBLER-GMELIN, HERTA, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, in: *NJW* 2001, S. 2281

- DAUNER-LIEB, BARBARA, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschuss?, in: JZ 2001, S. 8
- DIES., BARBARA/ DÖTSCH, WOLFGANG, Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?, in: DB 2001, S. 2535
- DIES., / HEIDEL, THOMAS/ LEPA, MANFRED/ RING, GERHARD, Anwaltskommentar Schuldrecht, Bonn, 2002 (zit.: AnwK-Bearbeiter)
- DIEDERICHSEN, UWE, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ und Ersatz von Mangelfolgeschäden, in: AcP 165 (1965) S. 150
- DIEDRICH, FRANK, Lückenfüllung im internationalen Einheitsrecht. Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Wiener Kaufrecht, RIW 1995, S. 353
- DROBNIG, ULRICH, Ein Vertragsrecht für Europa?; in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 1141
- DERS., Der Stand der internationalen Überlegungen: Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht) , S. 49
- DÜRRSCHMIDT, ARMIN, Werbung und Verbrauchergarantien. Zur Notwendigkeit einer Novellierung des § 13a UWG vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, München, 1997 (zit.: Dürrschmidt, Werbung und Verbrauchergarantien)
- EHMANN, HORST/ RUST, ULRICH, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung des Reformentwurfs der deutschen Schuldrechtskommission, in: JZ 1999, S. 853
- EIDENMÜLLER, HORST, Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: JZ 01, S. 283
- ENDERLEIN, FRITZ/ MASKOW, DIETRICH/ STROHBACH, HEINZ, Internationales Kaufrecht, Berlin, 1991 (zit.: Enderlein/ Maskow/ Strohbach)
- ERMAN, WALTER, Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache, in: JZ 1960, S. 41
- ERNST, WOLFGANG, Die Schuldrechtsreform 2001/2002. Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZRP 2001, S. 1
- DERS./ GSELL, BEATE, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, in: ZIP 2000, S. 1410
- DERS., Zum Fortgang der Schuldrechtsreform, in: in: ERNST, WOLFGANG/ ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen, 2001 (zit.: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform), S. 558
- ESSER, JOSEF/ WEYERS, HANS LEO, Schuldrecht. Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg, 1998
- FABRICIUS, FRITZ, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, in: JuS 1964, S. 1 und 46
- FERRARI, FRANCO, Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, in: JZ 1998, S. 9
- FIKENTSCHER, WOLFGANG, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York, 1997
- FLESSNER, AXEL, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, in: ZEuP 1997, S. 255

- DERS., Richtlinie und Reform - Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 233
- FLUME, WERNER, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Regensburg, Münster, 1948
- DERS., Gesetzgebungsreform der Sachmängelhaftung beim Kauf?, in: AcP 193 (1993), S. 89
- FURMSTON, M .P., Breach of Contract, in: AmJCompL 40 (1992), S. 671
- GAIER, REINHARD, Die Minderungsberechnung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 336
- GASS, PETER, Die Schuldrechtsüberarbeitung nach der politischen Entscheidung zum Inhalt der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: DIEDERICHSEN, UWE/ FISCHER, GERFRIED/ MEDICUS, DIETER/ PIRRUNG, JÖRG/ WAGENITZ, THOMAS (Hrsg.), Festschrift für Walter Rolland zum siebzigsten Geburtstag, Köln, 1999, S. 132 (zit.: Gass, FS für Rolland)
- GEIGER, HANSJÖRG, Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung. Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens, in: JZ 2001, S. 473
- GIERKE, JULIUS VON, Sachmängelhaftung und –Irrtum beim Kauf in: ZHR 114 (1951), S. 73
- GILLIG, FRANZ PETER, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, Tübingen, 1984
- GÖTZ, VOLKMAR, Sachmängelbeseitigung beim Kauf. Recht und Pflicht der Nachbesserung, Bielefeld, 1960 (zit.: Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf)
- GRUNEWALD, BARBARA, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, Bonn, 1980
- GRUNDMANN, STEFAN/ BIANCA, CESARE MASSIMO (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie: Kommentar, Köln, 2002, (zit.: Grundmann/ Bianca-Bearbeiter EU-Kaufrechtsrichtlinie)
- DERS., Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, Zeitschrift für Unternehmensrecht (ZGR), Sonderheft 15, Berlin, New York, 1999 (zit.: Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht)
- DERS., Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 281
- GSELL, BEATE, Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, in: JZ 2001, S. 65
- HAAS, LOTHAR, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, in: BB 2001, S. 1313
- DERS./ MEDICUS, DIETER, ROLLAND, WALTER/ SCHÄFER, CARSTEN/ WENDTLAND, HOLGER, Das neue Schuldrecht, München, 2002 (zit.: Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland-Bearbeiter, Das neue Schuldrecht)
- DERS., Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen, in: NJW 1992, S. 2389
- HÄNLEIN, ANDREAS, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: DB 1999, S. 1641
- HARTKAMP, ARTHUR, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Asser Institute (Hrsg.), Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private

- International Law and International Commercial Arbitration. Liber amicorum D. Kokkini-Iatridou, Dordrecht, 1994, S. 85 (zit.: Hartkamp, Liber amicorum D. Kokkini-Iatridou)
- DERS., The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles for European Contract Law, in: ERPL 2 (1994), S. 341
- HAYMANN, FRANZ, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Berlin, 1912
- DERS., Fehler und Zusicherung beim Kauf, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen der Reichsgerichts, 3. Band, Berlin, Leipzig, 1929, S. 317 (zit.: Haymann, FS RG III (1929))
- HEILMANN, JAN, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Berlin, 1994 (zit.: Heilmann, Mängelgewährleistung)
- HENSSLER, MARTIN/ WESTPHALEN, FRIEDRICH GRAF VON, Praxis der Schuldrechtsreform, Recklinghausen, 2001
- HERBER, ROLF, Das VN-Übereinkommen über internationale Kaufverträge, in: RIW/ AWD 1980, S. 601
- DERS., Die Arbeiten des Ausschusses der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL), in: RIW/ AWD 1974, S. 577
- DERS./ CZERWENKA, BEATE, Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München, 1991 (zit.: Herber/ Czerwenka)
- HERBERGER, KLAUS, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach den Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1974
- HOFFMANN, JAN, Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 347
- HONDIUS, EWOU, Kaufen ohne Risiko- der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, in: ZEuP 1997, S. 130
- HONNOLD, JOHN O., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2. Auflage, Deventer, Boston, 1991 (zit.: Honnold, Uniform Law)
- HONSELL, HEINRICH, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, in: JZ 2001, S. 278
- DERS., Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, in: JR 1976, S. 361
- DERS., Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht, in: SJZ 1992, S. 345
- DERS., Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, S. 18
- DERS., Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin, Heidelberg, New York u.a., 1997 (zit.: Honsell-Bearbeiter)
- HUBER, PETER, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, in: NJW 2002, S. 1004
- DERS./ FAUST, FLORIAN, Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht, München, 2002
- HUBER, ULRICH, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, in: RabelsZ 43 (1973), S. 413

- DERS., Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, Berlin, New York, 1991 (zit.: Huber, Die Haftung des Verkäufers)
- DERS., Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZIP 2000, S. 2273
- DERS., Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: SCHWENZER, INGEBORG/ HAGER, GÜNTER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2003, S. 521
- DERS., Leistungsstörung, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981, S. 647 (zit.: Huber, Gutachten I)
- HUWILER, BRUNO, Die „Vertragsmäßigkeit der Ware“. Romanistische Gedanken zu Art. 35 und 45 ff. des Wiener Kaufrechts, in: BUCHER, EUGEN (HRSG.), Wiener Kaufrecht. Der schweizerische Außenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern, 1991 (zit.: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht), S. 249
- JAKOBS, HORST HEINRICH, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht. Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB und nach Einheitlichem Kaufrecht, Paderborn, München, Wien, Zürich, 1985
- JAUERNIG, OTHMAR, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München, 1997 (zit.: Jauernig-Bearbeiter)
- JÖRS, PAUL/ KUNKEL, WOLFGANG/ WENGER, LEOPOLD, Römisches Recht, neu bearbeitet in 4. Auflage von HONSELL, HEINRICH, MAYER-MALY, THEO, SELB, WALTER, Berlin, Heidelberg, New York u.a., 1987
- JORDEN, SIMONE, Verbrauchergarantien. Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Verbrauchsgütergarantien und ihre Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, München, 2000 (zit.: Jorden, Verbrauchergarantien)
- DIES./ LEHMANN, MICHAEL, Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, in: JZ 2001, S. 952
- JUNKER, ABBO, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch- Der Richtlinienentwurf über den Verbrauchsgüterkauf, in: DZWir 1997, S. 271
- KAROLLUS, MARTIN, Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im Überblick, in: JuS 1993, S. 378
- DERS., UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware, in: ZIP 1993, S. 490
- DERS., Literaturbesprechung, in: RabelsZ 61 (1997), S. 588
- KASER, MAX, Römisches Privatrecht, 16. Auflage, München, 1992
- KIRCHER, WOLFGANG, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Tübingen, 1998 (zit.: Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung)
- DERS., Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, in: ZRP 1997, S. 290
- KNÖPFLE, ROBERT, Der Fehler beim Kauf, München, 1989
- DERS., Aliud-Lieferung beim Gattungskauf –Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrecht, in: NJW 1989, S. 871

- KOCH, ROBERT, Wider den formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts, in: NJW 2000, S. 910
- KÖHLER, HELMUT, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, in: JZ 1989, S. 761
- DERS., Zur Nachbesserung beim Kauf, in: JZ 1984, S. 393
- KOHE, WOLFHARD/ MICKLITZ, HANS W./ ROTT, PETER/ TONNER, KLAUS/ WILLINGMANN, ARMIN, Das neue Schuldrecht. Kompaktkommentar, Neuwied, München, 2003 (zit.: KompaktK-Bearbeiter)
- KOLLER, INGO/ ROTH, WULF-HENNING/ MORCK, WINFRIED, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München, 1999
- KREBS, PETER, Die große Schuldrechtsreform, in: DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 1
- KUPISCH, BERTHOLD, Konstruktionsprobleme der Wandlung im BGB, in: AcP 170 (1970), S. 492
- LANDO, OLE, A European Uniform Commercial Code, in: MAURO CAPELLETTI (Hrsg.), New Perspectives for a Common Law of Europe, Florence u.a., 1978, S. 267
- DERS., Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts, in: PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 1993, S. 473
- DERS., European Contract Law; in: AmJCompL 31 (1983), S. 653
- DERS., Performance and Remedies in the Law of Contracts, in: A.S. HARTKAMP/ M. W. HESSELINK/ E.-H. HONDIUS/ C.E. DU PERRON/ J.B.M. VRANKEN (Hrsg.); Towards a European Civil Code, Nijmegen, 1994, S. 201
- DERS., Principles of European Contract Law, in: Liber Memorialis Francois Laurent 1810-1887, Bd. 1: Codification of the Law, Brüssel, 1989, S. 555
- DERS., International Trends: Requirements concerning the quality of moveable goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 61
- DERS./BEALE (Hrsg.), The Principles of European Contract Law, Dordrecht, 1995
- LARENZ, KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Auflage, München, 1986
- DERS., Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987
- LEHMANN, MICHAEL, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, in: JZ 2000, S. 280
- LOHS, MARCEL MARTIN/ NOLTING, NORBERT, Die Regelung der Vertragsverletzung im UN-Kaufrechtsübereinkommen, in: ZVglRWiss 97 (1998), S. 4
- LORENZ, STEPHAN, Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf, in: SCHULZE, REINER/ SCHULTE-NÖLKE, HANS (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, S. 329
- DERS./ RIEHM, THOMAS, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München, 2002
- DERS., Schadensersatz wegen Pflichtverletzung - ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, in: JZ 2001, S. 742

MAGNUS, ULRICH, Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht, in: SCHWENZER, INGEBORG/ HAGER, GÜNTER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2003, S. 600

DERS., UN-Kaufrecht, in: ZEuP 1995, S. 202

DERS., Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf- Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 79

MARBURGER, PETER, Die Sachmängelhaftung beim Handelskauf, in: JuS 1983, S.1

MEDICUS, DIETER, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, in: ZIP 1996, S. 1925

DERS., Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts- Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 1992, S. 2384

DERS., Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System - Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonerprivatrecht, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 219

DERS., Schuldrecht II. Besonderer Teil, 10. Auflage, München, 2000

MICKLITZ, HANS- W., Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, in: EuZW 1999, S. 485

Ders., Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, in: EuZW 1997, S. 229

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, 3. Auflage, München, 1995 (zit.: MüKo-Bearbeiter)

MUGDAN, BENNO, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band 2, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen, 1979

MUSIELAK, HANS-JOACHIM , Grundkurs ZPO, 3. Auflage, München, 1995

PALANDT, OTTO, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ergänzungsband, München, 61. Auflage, 2002 sowie 57. Auflage, 1998 (zit.: Palandt-Bearbeiter, evtl. mit Zusatz Ergbd.)

PETERS, FRANK/ ZIMMERMANN, REINHARD, Verjährungsfristen. Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981, S. 77 (zit.: Peters/ Zimmermann, Gutachten I)

PELLEGRINO, MARIO, Subjektive oder objektive Vertragshaftung?, in: ZEuP 1997, S. 41

PILTZ, BURKHARD, Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München, 1993 (zit.: Piltz, Internationales Kaufrecht)

PRIEB, MONIKA, Der Begriff des Sachmangels im deutschen und im englischen Kaufrecht. Reformbedarf aufgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 199/44/EG, Frankfurt am Main, 2001 (zit.: Prieß, Begriff des Sachmangels)

PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, PART II, in: www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2en.html

RABEL, ERNST, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, in: RabelsZ 9 (1935), S. 1

DERS., Mitteilungen . Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom, in: RabelsZ 3 (1929), S. 402

- REICH, NORBERT, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, in: NJW 1999, S. 2397
- DERS./ MICKLITZ, HANS W., Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden, 2003
- REINHART, GERT, UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg, 1991 (zit.: Reinhart)
- REINICKE, DIETRICH/ TIEDTKE, KLAUS, Kaufrecht, 6. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin, 1997
- REMIEN, OLIVER, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, in: RabelsZ 56 (1992), S. 300
- RIESE, OTTO, Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, in: RabelsZ 22 (1957), S. 16
- RIEGER, GREGOR, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und den Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, in: VuR 1999, S. 287
- ROLLAND, WALTER, Die Aufhebung des Vertrages nach den Vorschlägen zur Schuldrechtsreform auf dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, in: SCHWENZER, INGEBORG/ HAGER, GÜNTER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2003, S. 629
- DERS., Regelungsgehalte der Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 15
- DERS., Risikoverlagerung nach den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, in: Festschrift für Dieter Medicus, hrsgg. von BEUTHIEN, VOLKER/ FUCHS, MAXIMILIAN/ ROTH, HERBERT/ SCHIEMANN, GOTTFRIED/ WACKE, ANDREAS, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (zit.: FS für Medicus), S. 469
- ROTH, WULF-HENNING, Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht), S. 113
- RUST, ULRICH, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht. Eine kritische Untersuchung der Reformvorschläge der Schuldrechtskommission, Berlin, 1997 (zit.: Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht)
- SANDROCK, ANDREA, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, Tübingen, 2003
- SCHACK, HAIMO, Die Zusicherung beim Kauf, in: AcP 185 (1985), S. 333
- SCHÄFER, PETER/ PFEIFFER, KAREN, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf. Gesetzgeberische Alternativen und wirtschaftliche Folgen ihrer Umsetzung in deutsches Recht, in: ZIP 1999, S. 1829
- SCHIMMEL, ROLAND/ BUHLMANN, DIRK (Hrsg.), Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Neuwied, Kriftel, 2002 (zit.: Schimmel/ Buhlmann-Berabeiter, Handbuch zum neuen Schuldrecht)
- SCHLECHTRIEM, PETER, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: ERNST, WOLFGANG/ ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen, 2001 (zit.: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform), S. 205

DERS., Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Tübingen, 1996 (zit.: Schlechtriem, Internationales Kaufrecht)

DERS., Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf -CISG-, 3. Auflage, München, 2000 (zit.: Schlechtriem-Bearbeiter)

DERS., Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland; in: ZEuP 1993, S. 217

DERS., Schuldrecht. Besonderer Teil, 5. Auflage, Tübingen, 1998

DERS., Termination and Adjustment of Contracts, in: EJLR 1998/99, S. 305

DERS., Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts, in: BONELLI, MICHAEL JOACHIM/ BONELLI, FRANCO (Hrsg.), Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT, Milano, 1997, S. 247

DERS., Verbraucherkaufverträge- ein neuer Richtlinienentwurf, in: JZ 1997, S. 441

DERS., Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: BUCHER, EUGEN (HRSG.), Wiener Kaufrecht. Der schweizerische Außenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern, 1991 (zit.: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht), S. 103

SCHLEGELBERGER, FRANZ, Handelsgesetzbuch, Band V, §§ 373 bis 382, 5. Auflage, München, 1982

SCHMIDT-RÄNTSCH, JÜRGEN, Das neue Schuldrecht. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002

DERS., Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie, in: ZEuP 1999, S. 294

DERS., Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie, in: ZIP 1998, S. 849

SCHMIDT, RUDOLF, Die Falschlieferung beim Kauf, in: NJW 1962, S. 710

SCHNYDER, ANTON/ STRAUB, RALF, Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst- Erster Schritt zu einem einheitlichen EG- Kaufrecht?, in: ZEuP 1996, S. 8

SCHUBEL, CHRISTIAN, Das neue Kaufrecht, in: Schwab, Martin/ Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002, S.123

DERS., Nacherfüllung im Kaufrecht, in: ZIP 1994, S. 1330

SCHULTZ, DIETRICH, Aliud und Gewährschaftsrecht, in: NJW 1980, S. 2172

SCHULZE, REINER/ SCHULTE-NÖLKE, HANS, Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, in: SCHULZE, REINER/ SCHULTE-NÖLKE, HANS (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, S. 3

SCHWAB, MARTIN, Das neue Schuldrecht im Überblick, in: JuS 2002, S. 1

SCHWARTZE, ANDREAS, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa- Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, in: ZEuP 2000, S. 544

DERS., Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Tübingen, 2000 (zit.: Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung)

SCHWENZER, INGEBORG, Specific Performance and Damages According to the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts, in: EJLR 1998/99, S. 289

- STAUB, HERMANN, Großkommentar Handelsgesetzbuch, 4. Lieferung, §§ 377 bis 382, 4. Auflage, Berlin, 1983
- STAUDENMAYER, DIRK, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: NJW 1999, S. 2393
- DERS., Vorschlag für eine Einpassung der Kaufgewährleistungs- Richtlinie ins deutsche Recht, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), S. 251
- STAUDINGER, JULIUS VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band II, 13. Auflage, Berlin, 1995 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- STAUDINGER, JULIUS VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Wiener Kaufrecht (CISG), 13. Auflage, Berlin, 1995 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- STOLL, HANS, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 589
- SU, YINGXIA, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware im UNICITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum deutschen und chinesischen Recht, Münster, 1996 (zit.: Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware)
- SÜß, THEODOR, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig, 1931
- TALLON, DENIS, Damages, Exemption Clauses and Penalties, in: AmJCompL 40 (1992), S. 675
- TONNER, KLAUS/ CRELLWITZ, KERSTIN/ ECHTERMAYER, SANDRA, Kauf- und Werkvertragsrecht, in: MICKLITZ, HANS W./ PFEIFFER, THOMAS/ TONNER, KLAUS/ WILLINGMANN, ARMIN (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden, 2001, S.293
- ULMER, PETER/ BRANDNER, ERICH/ HENSEN, HORST-DIETHER/SCHMIDT, HARRY, AGB-Gesetz, 9. Auflage, Köln, 2000
- UNIDROIT, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (HRSG.), The Principles of International Commercial Contracts, Rom, 1994
- VAHLE, OLIVER, Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht, in: ZVglRWiss 98 (1999), S. 54
- WÄGENBAUR, ROLF, Gewährleistung und Garantie- die Verbrauchsgüter-Richtlinie bald verabschiedungsreif, in: EuZW 1998, S. 514
- WAGNER, GERHARD, Die Verjährung gewährleistungsrechtlicher Rechtsbehelfe nach neuem Schuldrecht, in: ZIP 2002, S. 789
- WENDEL, ALEXANDER DOMINIK, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung im Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere beim Gattungskauf, Aachen, 1994 (zit.: Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung)
- WESTERMANN, HARM PETER, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, in: JZ 2001, S. 530
- DERS., Das neue Kaufrecht, in: NJW 2002, S. 241
- DERS., Kaufrecht im Wandel, in: SCHULZE, REINER/ SCHULTE-NÖLKE, HANS (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, S. 109
- DERS., Vorschlag für eine Einpassung der Kaufgewährleistungsrichtlinie ins deutsche Recht, in: GRUNDMANN, STEFAN/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts,

- Hallesche Schriften zum Recht, Band 13, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000 (zit.: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), S. 251
- WESTPHALEN, FRIEDRICH GRAF VON, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Leasing, in: DB 2001, S. 1291
- DERS., Die Neuregelungen des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für das Kauf- und Werkvertragsrecht, in: DB 2001, S. 799
- WIESER, EBERHARD, Eine Revolution des Schuldrechts, in: NJW 2001, S. 121
- WILHELM, JAN, Schuldrechtsreform 2001, in: JZ 2001, S. 861
- WILLINGMANN, ARMIN/ HIRSE, THOMAS, Schuldrechtsmodernisierung und Allgemeines Schuldrecht, in: MICKLITZ, HANS W./ PFEIFFER, THOMAS/ TONNER, KLAUS/ WILLINGMANN, ARMIN (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden, 2001, S. 45
- WOLF, MANFRED/HORN, NORBERT/LINDACHER, WALTER F., AGB-Gesetz, 4. Auflage, München, 1999
- WOLF, SABINE, Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie- Ein Vorteil für die Wirtschaft? Die möglichen Auswirkungen einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien auf das deutsche Kaufrecht und die Wirtschaft, in: RIW 1997, S. 899
- ZERRES, THOMAS, Das neue Sachmängelrecht beim Kauf, in: VuR 2002, S. 3
- ZIEGLER, ULRICH, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden, 1995
- ZIMMER, DANIEL, Das geplante Kaufrecht, in: ERNST; WOLFGANG/ ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen, 2001 (zit.: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform), S. 191
- ZIMMERMANN, REINHARD, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts , in: JZ 1995, S. 477
- DERS., Schuldrechtsmodernisierung?, in: JZ 2001, S. 171
- DERS., Die „Principles of European Contract Law“, Teile I und II, in: ZeuP 2000, S. 391
- DERS./LEENEN, DETLEF/MANSEL, HEINZ-PETER/ERNST, WOLFGANG, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, S. 684
- ZITELMANN, ERNST, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig, 1879
- ZWEIGERT, KONRAD/ KÖTZ, HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen, 1996

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AblEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
AmJCompL	American Journal of Comparative Law
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DB	Der Betrieb
DiskE	Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EJLR	European Journal of Law Reform
Ergbd.	Ergänzungsband
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende Seite
ff.	fortfolgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Iprax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JB1	Justizblatt?
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KE	Kommissionsentwurf
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
lit.	Littera
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Principles of International Commercial Contracts
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel

RE	Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIW/ AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/ Außenwirtschaftsdienst
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rz.	Randzahl
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	Sogenannt
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	Streitig
ULR	Uniform Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Unidroit	Internationales Institut zur Vereinheitlichung des Privatrechts
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Während der Arbeiten zu der vorliegenden Dissertation erfuhr das deutsche Kaufgewährleistungsrecht zwei ganz entscheidende Impulse für seine weitere Entwicklung. Dabei handelte es sich um die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, welches die Richtlinie schließlich umsetzte. Das Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 hat die wohl tiefgreifendste Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches in dessen einhundertjähriger Geschichte bewirkt. So waren mit ihm eine grundsätzliche Neustrukturierung des Verjährungsrechts, grundlegende Umgestaltungen im allgemeinen Leistungsstörungenrecht sowie dogmatisch und praktisch weitreichende Veränderungen des Kauf- und Werkvertragsrechts verbunden. Darüber hinaus wurden das AGB-Gesetz und einige spezielle Verbraucherschutzgesetze in die Kodifikation integriert.

Das Ziel dieser Arbeit ist es, die maßgeblichen Entwicklungslinien der nunmehr zum Abschluss gekommenen Reformbemühungen für das Sachmängelrecht nachzuzeichnen. Es soll eine vergleichende Zusammenschau der Regelwerke und Reformvorschläge gegeben werden, welche die Diskussion um die Erneuerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften besonders beeinflusst und geprägt haben. Die Arbeit gliedert sich dabei entsprechend der herkömmlichen Prüfung der Gewährleistungsrechte in einzelne Kapitel zu den tatbestandlichen Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, den Haftungsausschlüssen und -beschränkungen sowie zu den Rechtsbehelfen, die dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit der gekauften Ware zur Verfügung stehen. Als Ausgangspunkt dient noch einmal die traditionelle Gewährleistungsregelung der §§ 459 ff. BGB a.F. Ihr wird der erste deutsche Reformentwurf, der von der Schuldrechtskommission bereits 1992 vorgelegt worden war und der die Grundlage der weiteren Reformüberlegungen bildete, sowie die bereits erwähnte Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, ohne deren Umsetzungszwang die dringend notwendige Reform des Gewährleistungsrechts wohl weiter verschoben worden wäre, gegenübergestellt. Die Frage, in welcher Weise die Vorgaben der europäischen Richtlinie schließlich im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz umgesetzt worden sind, findet dabei eine besondere Berücksichtigung. Die internationale Entwicklung im Bereich der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung wird ebenfalls in den Vergleich einbezogen. Schon der Entwurf der Schuldrechtskommission und auch die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf hatten sich maßgeblich am Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) als Vorbild orientiert.

Überdies hatte man bei der Diskussion des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes kritisiert, dass die internationale Rechtsentwicklung der letzten zehn Jahre nicht hinreichend berücksichtigt worden sei.¹ Dies wiegt besonders schwer, weil gerade mit dem Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes das deutsche Schuldrecht auf europäischer Ebene wieder wettbewerbsfähig gemacht werden sollte. Im Rahmen dieser Arbeit wird deshalb auch eine Auseinandersetzung mit den *Principles of European Contract Law*² und den *Principles of International Commercial Contracts* von Unidroit erfolgen. Obwohl die *Principles* kein spezielles Gewährleistungsrecht, sondern lediglich allgemeine vertragsrechtliche Regeln enthalten, erscheint ein Vergleich der Rechtsbehelfssysteme hier möglich und sinnvoll.³ Denn in den modernen Kaufrechten ist bereits seit den Arbeiten am CISG die grundsätzliche Tendenz sichtbar geworden, die Sachmängelhaftung lediglich als Unterfall eines allgemeinen Haftungstatbestands der Nichterfüllung zu betrachten und somit auch für die Fälle der Lieferung nicht vertragsgemäß beschaffener Waren zur Anwendbarkeit der Rechtsbehelfe des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu gelangen. Der Vergleich soll deshalb insbesondere für die reformierte deutsche Sachmängelregelung zeigen, inwieweit die gewählten Lösungen dem Stand der internationalen Überlegungen entsprechen.

¹ Vgl. nur Huber, ZIP 00, S. 2280 f.; Zimmermann, JZ 01, S. 180; Dauner-Lieb, JZ 01, 10; Schulze/Schulte-Nölke, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 11

² Begriffe, die vom Englischen nicht ins Deutsche übersetzt werden, werden im Folgenden kursiv gekennzeichnet.

³ Siehe dazu schon die Aufsätze von Drobnig und Lando, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 59 und 61

Kapitel 1..... Die Entwicklung der Sachmängelhaftung im deutschen Recht

1.1. Die römisch-rechtliche Regelung der Gewährleistung als Grundlage für die bisherige deutsche Sachmängelhaftung

Wie bei den meisten kontinentaleuropäischen Kodifikationen des Westens beruhte ursprünglich auch die deutsche Gewährleistungsregelung auf dem römischen Recht.

So hatte in der römischen Hochklassik die Entwicklung eines Gewährleistungsrechts für den Stückkauf¹ begonnen.² Die Sachmängelhaftung des Verkäufers beruhte auf den Edikten der kurulischen Ädilen, die in Rom die Zuständigkeit für die Marktgerichtsbarkeit und bestimmte Polizeianglegenheiten innehatten.³ Eine Kompetenz für das römische Zivilrecht besaßen die Ädilen hingegen nicht. Aus diesem Grunde fand die ädilitische Gewährleistungshaftung ihre Rechtsgrundlage auch nicht in der kaufvertraglichen Vereinbarung.⁴ Sie wurde nicht als Haftung für die mangelhafte Erfüllung des Kaufvertrages statuiert. Die Rechtsgründe für die Sachmängelhaftung waren vielmehr gesetzlicher Natur.⁵

Gegenstand der Sachmängelhaftung waren anfänglich nur Sklaven, später wurde die Gewährleistung auch auf den Viehkauf ausgedehnt.⁶ Ursache für die gesetzliche Regelung war das betrügerische Verhalten der römischen Sklaven- und Viehhändler. Diese wurden durch die Edikte der Ädilen verpflichtet, bestimmte Mängel von sich aus zu erklären. Hierzu gehörten vor allem Krankheiten und bei Sklaven auch Charakterfehler, die nicht beseitigt werden konnten. Die Ädilen stellten dafür besondere, diesen Bedürfnissen angepasste Rechtsbehelfe bereit. So konnte der Käufer unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Verkäufer mit der actio redhibitoria (Wandelungsklage) oder wahlweise mit der actio quanti minoris (Klage auf Minderung des Kaufpreises) vorgehen. Die binnen sechs Monaten geltend zu machende actio redhibitoria zielte auf die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des gekauften Tieres oder Sklaven. Wollte der Käufer das Vieh oder den Sklaven lieber behalten, so konnte er innerhalb eines Jahres auf Rückzahlung des Betrages, den diese weniger wert waren, klagen.⁷

¹ Der reine Gattungskauf war wahrscheinlich noch unbekannt, vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, S. 193

² Im alten Rom waren die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nicht über den Vollzug des Leistungsaustausches hinausgegangen. Die Eigenschaften der Kaufsache spielten noch keine Rolle. Daher standen dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit auch keinerlei Rechte zu. (Jörs/ Kunkel/ Wenger-Honsell, Römisches Recht, S. 304 und 315) Eine Verkäuferhaftung entwickelte sich erst mit der zunehmenden Verfeinerung der Kultur und der Ausweitung des Handels.

³ Haymann, Haftung des Verkäufers, S. 22

⁴ Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 58

⁵ Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 84

⁶ Huwiler, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, S. 253 Fn. 24

⁷ Kaser, Römisches Privatrecht, S. 198 f.

Beide Klagen setzten voraus, dass der Verkäufer entweder im Edikt aufgezählte Mängel, zu deren Kundmachung er verpflichtet war, nicht offen erklärt hatte oder dass er ausdrücklich behauptet (*dictum*) bzw. durch Stipulation (*promissum*) zugesagt hatte, das Kaufobjekt sei frei von bestimmten Mängeln oder weise bestimmte Eigenschaften auf.⁸ Der Verkäufer haftete nach den Ädilenedikten unabhängig vom Verschulden.⁹ Hatte er dagegen arglistig gehandelt, konnte der Käufer mit der *actio empti* direkt nach römischem Zivilrecht vorgehen und Schadensersatz verlangen. Der Verkäufer haftete aber auch dann für die Beschaffenheit der Ware nicht aufgrund des Kaufvertrages, sondern wegen Arglist (*dolus*).¹⁰ Eine Haftung auf das Interesse war mit der *actio empti* daneben auch bei einer Zusicherung (*dictum*), dass die Sache frei von Fehlern sei oder bestimmte Eigenschaften aufweise, zu erreichen.¹¹

In der weiteren Entwicklung nahm die *actio empti* die Regeln der Ädilenedikte in sich auf und ließ, zunächst noch unter den Voraussetzungen der Arglist oder der Zusicherung, die Wandlung und die Minderung zu.¹² Später übernahm Julian die Rechtsfolgen der ädilitischen Klagen auch für den redlichen Verkäufer.¹³ Unter Justinian wurde diese Haftung auf alle Sachkäufe ausgedehnt. Der Verkäufer musste für die Lieferung mangelhafter Ware generell *ex empto* haften. Die ädilitischen *actiones* wurden weitgehend entbehrlich und waren nur mehr „Anhängsel“ der *actio empti*.¹⁴ Durch die Verschmelzung von ädilitischem und zivilem Kaufrecht ergab sich die Haftung des Verkäufers für Sachmängel nunmehr unmittelbar aus der kaufvertraglichen Vereinbarung. Dies bedeutete eine radikale Änderung des Inhalts des Kaufvertrages, der sich jetzt auch auf die allgemeine Beschaffenheit der Kaufsache bezog.¹⁵ Justinian vollzog diese Änderung allerdings nicht konsequent. Indem er die Edikte der Ädilen in den *Corpus Iuris* aufnahm, stellte er zwei unterschiedliche Konzepte des Gewährleistungsrechts in sein Gesetzbuch ein.¹⁶ Der Dualismus der beiden Haftungskonzepte und das daraus erwachsende Problem der Anspruchskonkurrenz war in den folgenden Jahrhunderten Mittelpunkt der gewährleistungsrechtlichen Diskussion.

Das BGB knüpfte in seiner Regelung der Sachmängelhaftung weitgehend an die römisch-rechtlichen Vorgaben an. In den Beratungen zum BGB war die Vorbildwirkung des römischen Rechts bekräftigt worden.¹⁷ Die §§ 459 ff. BGB in ihrer alten Fassung beruhten zu einem beträchtlichen Teil auf den traditionellen Überlieferungen und der Denkweise des 19.

⁸ Kaser, *Römisches Privatrecht*, S. 199

⁹ Haymann, *Haftung des Verkäufers*, S. 31

¹⁰ Su, *Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware*, S. 85; Wendel, *Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung*, S. 29

¹¹ Jörs/ Kunkel/ Wenger- Honsell, *Römisches Recht*, S. 318; Wendel, *Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung*, S. 29

¹² Kaser, *Römisches Privatrecht*, S. 198

¹³ Huwiler, in: Bucher (Hrsg.), *Wiener Kaufrecht*, S. 258

¹⁴ Kaser, *Römisches Privatrecht*, S. 199; Huwiler, in: Bucher (Hrsg.), *Wiener Kaufrecht*, S. 259

¹⁵ Flume, *Eigenschaftsirrturn und Kauf*, S. 59; Soergel- Huber Rn. 7 und Fn. 22 vor § 459

¹⁶ Huwiler, in: Bucher (Hrsg.), *Wiener Kaufrecht*, S. 260

¹⁷ Mugdan, *Mot. II 224 ff.*

Jahrhunderts, einer Zeit, in welcher der Geschäftsverkehr und die industrielle Fertigung die Umsätze der heutigen Zeit nicht einmal erahnen ließen.

1.2. Erste Reformüberlegungen: Der Abschlussbericht der Schuldrechtskommission¹⁸

Den Ausgangspunkt für die Entstehung des Entwurfs für eine Reform des Schuldrechts des BGB bildete die Tatsache, dass das BGB seit seinem Inkrafttreten in erheblichem Umfang eine Rechtsfortbildung durch Wissenschaft und Rechtsprechung erfahren hatte und zahlreiche, insbesondere auch schuldrechtliche Materien sondergesetzlich geregelt wurden sowie die daraus folgende Konsequenz, dass das tatsächlich geltende Recht häufig nicht mehr durch die bloße Gesetzeslektüre erschlossen werden konnte.

Erstmals forderten mehrere Landesjustizverwaltungen anlässlich der Beratungen zum AGBG eine Überprüfung der Frage, ob nicht eine Reform des Schuldrechts im BGB geboten sei. Überlegungen zu einer solchen Überarbeitung hatte im Januar 1978 auch das Bundesministerium der Justiz angestellt. Als Ergebnis der sodann eingeleiteten Vorprüfungen wurden 1981 und 1983 die „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“¹⁹ veröffentlicht. Nach Abschluss der Vorprüfungen berief der Bundesminister der Justiz die Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts ein, die sich am 02.02.1984 konstituierte.²⁰ Die Überarbeitung umfasste schwerpunktmäßig das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Gewährleistungsrecht bei Kauf- und Werkverträgen und das Verjährungsrecht. Bei ihrer Arbeit zog die Kommission insbesondere die internationalen Kaufrechte rechtsvergleichend heran und stützte sich auf ein weiteres rechtsvergleichendes Gutachten zum Kaufrecht.²¹ In 22 mehrtägigen Sitzungen erarbeitete die Schuldrechtskommission den 1992 veröffentlichten Abschlussbericht. Das Konzept dieses Gesetzesvorschlags wurde auf dem 60. Deutschen Juristentag in Münster im September 1994 mit großer Mehrheit angenommen.²² Zur einer gesetzgeberischen Umsetzung der Vorschläge kam es in der Folgezeit jedoch nicht.

1.3. Internationale Einflüsse auf den deutschen Reformprozess

Auf internationaler und europäischer Ebene waren für den deutschen Reformprozess vor allem vier Regelwerke von besonderer Bedeutung. So diente das CISG als Vorbild für den Reformentwurf der Schuldrechtskommission und auch für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die europäische Richtlinie wiederum zwang durch die erforderliche Umsetzung zum

¹⁸ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1992

¹⁹ Band I und II 1981; Band III 1983

²⁰ Die Mitglieder der Schuldrechtskommission sind auf S. 14 des Abschlussberichts aufgeführt.

²¹ Abschlussbericht, S. 16; Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, 1988

²² Die Beschlüsse sind in NJW 1994, 3075 abgedruckt.

31.12.2001 überhaupt erst zu einer Reform der deutschen Kaufgewährleistung. Daneben repräsentieren die *Principles of European Contract Law* und die *Principles of International Commercial Contracts* den aktuellen Entwicklungsstand des internationalen allgemeinen Vertragsrechts, welches aufgrund seines umfassenden Grundtatbestandes der Nichterfüllung auch für gewährleistungsrechtliche Sachverhalte maßgeblich ist.

1.3.1. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG²³)

Das CISG ist wohl die internationale Konvention, die am ausführlichsten und gründlichsten vorbereitet wurde.²⁴ Die Bemühungen um die Schaffung eines international einheitlichen Kaufrechts sind bis in das Jahr 1928 zurückzuverfolgen, als Ernst Rabel dem Präsidenten des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit), Vittorio Scialoja, die Anregung gab, die Vereinheitlichung des Kaufrechts in das Arbeitsprogramm des Instituts aufzunehmen.²⁵ Rabel und seine Mitarbeiter aus dem Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht stellten bereits 1929 im sog. „Blauen Bericht“ die Grundlinien des Projekts vor. 1930 berief Unidroit ein Komitee, das 1935 einen ersten Entwurf²⁶ vorstellte. In den darauf folgenden Jahren wurden die Entwürfe - unterbrochen durch den 2. Weltkrieg - immer wieder beraten und überarbeitet. Seit der Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts von 1951 hatte die niederländische Regierung die Betreuung des Kaufrechts und des Ausschusses zur Ausarbeitung eines Konventionsentwurfs übernommen.²⁷ Am Ende der Vorarbeiten standen die Entwürfe zum Kaufabschlussrecht und zum materiellen Kaufrecht von 1958 bzw. 1963.

Diese bildeten die Grundlage für die Haager Konferenz von 1964, auf der dann das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) und das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) beschlossen wurden. Mit lediglich 9 Ratifikationen - in der BRD traten die Einheitlichen Kaufgesetze am 16.04.1974 in Kraft - blieb der erhoffte weltweite Erfolg aus. Die Gründe hierfür waren vielfältig.²⁸ An der Ausarbeitung der Haager Einheitsgesetze waren vornehmlich westeuropäische Länder beteiligt gewesen. Deshalb kritisierten die nicht beteiligten Entwicklungsländer und die UdSSR die zu starke Ausrichtung der Gesetze an den Bedürfnissen der westlichen Industrienationen. Aber auch an den Beratungen beteiligte Länder, wie die USA, Österreich und Schweden, versagten dem neuen Recht die Ratifikation. Die eigentliche

²³ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*

²⁴ Vgl. Staudinger- Magnus, Einleitung zum CISG, Rn. 19

²⁵ Rabel, *RabelsZ* 3 (1929), S. 405; ders. *RabelsZ* 9 (1935), S. 1

²⁶ Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1 ff.; Abdruck ab S. 8; Kurz vor dessen Fertigstellung war allerdings die Regelung des Kaufabschlusses abgespalten und später in dem gesonderten Entwurf von 1936 behandelt worden.

²⁷ Dazu Riese, *RabelsZ* 22 (1957), S. 17

²⁸ Hierzu Huber, *RabelsZ* 43 (1979), S. 414 f.; Herber *RIW/ AWD* 74, S. 578 f.

Bedeutung der Einheitlichen Kaufgesetze lag daher auch nicht in einer erfolgreichen internationalen Kaufrechtsvereinheitlichung, sondern in ihrer Funktion als Grundlage und Ausgangspunkt für die Entwicklung eines neuen einheitlichen Kaufrechts²⁹, des CISG.

Bereits 1968 unternahm die zwei Jahre zuvor von den Vereinten Nationen dauerhaft eingesetzte Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL)³⁰ den Versuch, ein international einheitliches Kaufrecht zu schaffen. An den Arbeiten zum neuen Kaufrecht waren Vertreter aus 36 Staaten aller Erdteile beteiligt.³¹ 1976 wurde der sog. Genfer Entwurf zum materiellen Kaufrecht fertiggestellt.³² Seine Überarbeitung folgte auf der 10. Tagung von UNCITRAL 1977 in Wien (sog. Wiener Entwurf). Im gleichen Jahr war der Entwurf zum Kaufabschlussrecht beendet worden. 1978 auf der 11. UNCITRAL- Sitzung wurden dann materielles Kaufrecht und Vertragsabschlussrecht erstmals zum sog. New Yorker Entwurf zusammengefasst. Dieser lag dann auch der in Wien stattfindenden Staatenkonferenz zugrunde, auf der am 11.04.1980 das CISG beschlossen wurde.

Die nach Art. 99 CISG zum Inkrafttreten erforderliche Zahl von 10 Ratifikationen wurde am 11. Dezember 1986 erreicht. Am 01.01.1988 trat das CISG völkerrechtlich in Kraft. Bislang haben bereits über 50 Staaten das Übereinkommen ratifiziert.³³ In der BRD ist das CISG am 01.01.1991 in Kraft getreten. Die erforderliche Transformation in innerstaatliches Recht fand mit dem Vertragsgesetz zum CISG (VertragsG)³⁴ statt.

1.3.2. Internationale Prinzipien des Vertragsrechts

1.3.2.1. Zur Bedeutung allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien für gewährleistungsrechtliche Sachverhalte

PECL und PICC enthalten allgemeine Grundsätze des Vertragsrechts. Sie beinhalten keine speziellen Regeln für einzelne Vertragsarten, auch nicht für das Gewährleistungsrecht beim Kauf. Gerade die allgemeine Geltung dieser Prinzipien schließt aber ihre Anwendbarkeit auf gewährleistungsrechtliche Sachverhalte mit ein.

Zunächst haben beide Regelwerke das CISG, welches sich ausschließlich mit Kaufverträgen befasst, zum Ausgangspunkt und Vorbild für ihre Grundregeln genommen. Insbesondere die PICC verstehen sich auch als Ergänzung zum CISG. Sie sind bereits vor Schiedsgerichten in den Fällen vertragswidriger Lieferung zur Anwendung gekommen, wo das CISG lückenhaft

²⁹ Herber RIW/AWD 74 ,579; Ziegler, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, S. 23; Schlechtriem- Schlechtriem, Einleitung CISG, S. 25; Staudinger-Magnus, Einleitung zum CISG, Rn. 24

³⁰ *United Nations Commission on International Trade Law*; vgl. dazu Herber RIW/ AWD 74, S. 577 f.; Die BRD war seit ihrer Aufnahme in die Vereinten Nationen, Ende 1973, Mitglied von UNCITRAL.

³¹ Herber RIW/AWD 74, S. 577 f.; Honsell-Siehr, CISG, Präambel, Rn. 3

³² Zur Entstehungsgeschichte des CISG vgl. Huber, RabelsZ 43 (1979), 415

³³ Schlechtriem-Slechtriem, CISG, Anhang I; über den aktuellen Stand informiert www.un.or.at/uncitral/english/status/index.htm

³⁴ BGBl. 1989 II 586; berichtigt BGBl. 1990 II 1699

war. Bei anderen außergerichtlichen Entscheidungen hat man die PICC sogar als alleinige Rechtsgrundlage für die Gewährleistungshaftung angewandt.³⁵

Zudem ist in den neueren Regelwerken die grundsätzliche Tendenz erkennbar, auf ein gesondertes Gewährleistungsrecht für Kaufverträge zu verzichten. Vielmehr wird die Problematik der Lieferung vertragswidriger Ware in die allgemeine Haftung für Nichterfüllung eingegliedert, so dass die Rechtsbehelfe für Nichterfüllung auch hier Anwendung finden.³⁶ Die umfassende Konzeption der Nichterfüllung in den *Principles* bezieht die mangelhafte Erfüllung daher mit ein. Art. 1:301 (4) PECL und Art. 7.1.1 PICC erwähnen ausdrücklich die *defective performance*, also die mangelhafte Erfüllung als Unterfall ihres Grundtatbestandes der *non-performance*. PECL und PICC erfassen deshalb auch das Kaufgewährleistungsrecht als klassischen Fall der Mangelhaftigkeit.³⁷ Darüber hinaus nennt Art. 7.2.3 PICC bei der Regelung des Anspruchs auf Nacherfüllung als Unterfälle gerade Reparatur und Ersatzbeschaffung, die typischen Rechtsbehelfe der kaufrechtlichen Nacherfüllung.

1.3.2.2. Die Principles of European Contract Law

Mit den PECL liegt auf europäischer Ebene erstmals ein Bestand einheitlicher vertragsrechtlicher Prinzipien vor, der bei der weiteren Rechtsvereinheitlichung in der EU eine grundlegende Rolle spielen könnte. Der erste Teil der *Principles of European Contract Law* ist im Mai 1995 erschienen.³⁸ Inzwischen sind auch die Teile II und III der *Principles of European Contract Law* veröffentlicht worden.³⁹

1.3.2.2.1. Zur Entstehung: Die Lando-Kommission

Erstellt hat die PECL die *Commission for European Contract Law*. Diese setzt sich aus nunmehr über zwanzig Mitgliedern aus allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zusammen, von denen die meisten Wissenschaftler, einige auch praktizierende Rechtsanwälte sind.⁴⁰ Die Mitglieder der Kommission wurden nicht durch die Regierungen ihrer Staaten

³⁵ Bonell in: www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm mit Bezugnahme auf einzelne Entscheidungen; siehe auch die Auflistung von 30 ausgewählten Entscheidungen unter www.unidroit.org/english/principles/caselaw/caselaw-main.htm sowie ders., *An International Restatement of Contract Law*, S. 73ff., 229 ff., 240 ff.

³⁶ Da die *Principles* die tatbestandlichen Voraussetzungen und Beschränkungen für die Haftung aufgrund mangelhafter Lieferung nicht regeln, werden sie erst in den Vergleich der Rechtsbehelfe in Kapitel 4 einbezogen.

³⁷ Siehe auch Drobnič, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 52; Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 70; Karollus, *RabelsZ* 61 (1997), S. 587

³⁸ Die Veröffentlichung des von Ole Lando und Hugh Beale herausgegebenen Regelwerks erfolgte zunächst in englischer Sprache. Die Prinzipien selbst wurden ohne Anmerkungen auch in französischer Übersetzung beigelegt. Die deutsche Übersetzung der „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil 1“ ist von Ulrich Drobnič und Reinhard Zimmermann in *ZEuP* 95, S. 864 veröffentlicht worden.

³⁹ Die deutsche Übersetzung von Teil II findet sich in *ZEuP* 00, S. 675 ff., von Teil III in *ZEuP* 01, S. 400 ff.

⁴⁰ Eine Auflistung der Mitglieder enthält die Homepage der Lando-Kommission, www.ufsia.ac.be/~estorme/CECL.html

ausgewählt und unterlagen keinen Instruktionen und Weisungen seitens der Regierungen oder gemeinschaftlichen Institutionen.⁴¹

Die Kommission hatte sich auf zwei Symposien 1980 und 1981 in Brüssel konstituiert. Die Initiative zu ihrer Gründung war von ihrem Vorsitzenden Ole Lando ausgegangen.⁴² Ihre selbstgesetzte Aufgabe bestand darin, Grundsätze eines europäischen Vertragsrechts zu erarbeiten und in allgemeiner Form zu formulieren.⁴³ Für den Teil I der PECL geschah dies zunächst über fünf Berichtersteller, die ihre Entwürfe den anderen Berichterstellern vorlegten. Die Ergebnisse dieser „Drafting Group“ wurden wiederum der gesamten Kommission vorgelegt. Die Lando-Gruppe entwickelte dann auf vierzehn Treffen diese Entwürfe weiter. Außerdem beschäftigte sich eine „Editing Group“ mit Fragen der Terminologie und der Präsentation des Stoffs.⁴⁴ Nach vierzehnjähriger Arbeit erschien 1995 der erste Teil der PECL. Dieser war in vier Kapitel unterteilt, von denen das erste allgemeine Bestimmungen enthielt, das zweite sich mit dem Inhalt von Verträgen befasste und das dritte und vierte Kapitel den Leistungsstörungen gewidmet waren.

Im September 1992 nahm eine zweite Vertragsrechtskommission ihre Arbeit auf. Nach insgesamt acht Treffen konnten die Beratungen 1996 abgeschlossen werden. Die zweite Vertragsrechtskommission befasste sich mit dem Recht des Vertragsschlusses, der Vollmacht von Vertretern, die Gültigkeit von Verträgen einschließlich der Willensmängel, der Auslegung von Verträgen sowie mit Inhalten und Wirkungen einschließlich des Vertrages zugunsten Dritter. Neben den fünf neuen Kapiteln beinhaltet Teil II nun auch eine Überarbeitung des ersten Teils.⁴⁵ Eine erste Veröffentlichung erfolgte bereits im November 1998 im Internet.⁴⁶ Der Öffentlichkeit wurde Teil II der PECL auf einer Konferenz in Utrecht im Dezember 1999 vorgestellt.⁴⁷

Auf der letzten Sitzung der zweiten Kommission in Stockholm im Mai 1996 wurde eine dritte Kommission gegründet, die im Dezember in Regensburg ihre Arbeit aufnahm. Gegenstand ihrer Bemühungen sind Aufrechnung, Abtretung, Schuldübernahme und Vertragsübernahme, Forderungsverjährung, Schuldner- und Gläubigermehrheiten, Gesetzeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit, Bedingungen und Zinseszins. Die Ergebnisse ihrer Arbeit werden im Jahr

⁴¹ Lando, AmJCompL 31 (1983), S. 655

⁴² Daher wird die Gruppe auch abgekürzt „Lando-Kommission“ genannt. Lando hatte bereits 1976, in: Cappelletti (Hrsg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, S. 267 ff., einen europäischen „Uniform Commercial Code“ für das reibungslose Funktionieren des europäischen Binnenmarktes gefordert.

⁴³ Drobnig, FS für Steindorff, S.1150 f.

⁴⁴ Zur Arbeitsweise der Kommission siehe Lando, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 476

⁴⁵ Mit der Überarbeitung hat sich zugleich die Nummerierung der Artikel in Teil I verändert. Zur besseren Unterscheidbarkeit hat man zudem die Artikelnummern statt wie bisher durch einen einfachen Punkt (z. B. 1.101) nunmehr durch einen Doppelpunkt (z. B. 1:101) abgetrennt. Im Folgenden wird die überarbeitete Fassung zitiert. Die Kommentierung von Teil I war noch nach dem alten System erfolgt. Sofern im Folgenden auf diese *Comments* Bezug genommen wird, werden die Artikelnummern der überarbeiteten Fassung in Klammern gesetzt.

⁴⁶ www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2en.html

2002 erwartet.⁴⁸ Zum Teilbereich der Verjährung konnten die Arbeiten bereits im Februar 2001 abgeschlossen werden. Sie liegen nunmehr als Teil III der PECL vor.

1.3.2.2.2. Vorgehensweise und Präsentation

Die Grundregeln sind in Artikeln niedergelegt. Jeder Artikel der PECL wurde mit einem *comment*, welcher die Gründe, den Zweck und die Anwendung des Prinzips näher erläutert⁴⁹, und *notes* versehen. Letztere verdeutlichen die Herkunft des Prinzips und die Behandlung dieser Frage in anderen rechtlichen Systemen der Mitgliedsstaaten der EU⁵⁰, haben also rechtsvergleichenden Charakter. Die Präsentation der PECL, insbesondere ihre Anlage in Artikeln, *Comments* und *Notes*, legt einen Vergleich mit den vom *American Law Institute* herausgegebenen *Restatements of the Law*, speziell den *Restatements on the Law of Contracts* nahe. Die Autoren der PECL betonen aber, dass es sich nicht um *Restatements* in diesem Sinne handelt.⁵¹ “To restate“ bedeutet wiedergeben. Die amerikanischen *Restatements* geben demnach das in allen Staaten geltende *Common Law* wieder. In Europa sei dies aber aufgrund der sehr unterschiedlichen Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten nicht möglich gewesen. Die PECL seien daher einer ganz anderen, kreativeren Vorgehensweise verpflichtet. Den Prinzipien ist also kein einzelnes Rechtssystem als Ausgangspunkt zugrunde gelegt worden. Vielmehr wurden alle Rechtssysteme auf dem Gebiet der EG in die Arbeiten mit einbezogen. Allerdings hat nicht jedes Rechtssystem den gleichen Einfluss auf die einzelnen Fragen ausüben können. Regeln außerhalb des Geltungsbereichs der EG haben ebenfalls Eingang in die Überlegungen gefunden, namentlich das CISG, der amerikanische *Uniform Commercial Code* und die schon erwähnten *Restatements of the Law*. Zudem enthalten einige Prinzipien Ideen, die in dieser Form in keinem Rechtssystem existieren.⁵² Letztlich ging es also mehr um eine im Wege der Rechtsvergleichung erzielte Fortentwicklung des Rechts auf europäischer Ebene, als um die Zusammenfassung von bereits in Europa existierendem Vertragsrecht. Die PECL beinhalten diejenigen Rechtsregeln, die nach Ansicht der Kommission die beste Lösung für das jeweilige Problem darstellen.

1.3.2.2.3. Anwendungsbereich

Nach dem Willen der Kommission sollen die PECL für alle Vertragsarten gelten.⁵³ Sie sollen gerade nicht nur innerhalb handelsrechtlicher Geschäfte zwischen Kaufleuten anwendbar sein⁵⁴, sondern können auch im Verhältnis eines Kaufmanns zu seinen Kunden oder zwischen

⁴⁷ Siehe dazu unter www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL.html

⁴⁸ Siehe zum Ganzen Zimmermann, ZEuP 2000, S. 391

⁴⁹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Introduction*

⁵⁰ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Introduction*

⁵¹ Siehe Lando, in: Liber Memorialis Laurent, Bd.1, S.564; Beale, in: Weick (Hrsg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, S. 182

⁵² Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Introduction*

⁵³ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Introduction*

Nichtkaufleuten vereinbart werden. Die Verfasser haben zudem keine speziellen Regeln oder Schutzvorschriften für Verbraucherverträge aufgenommen, um der allgemeinen Fragestellung und einem größeren Anwendungsbereich gerecht zu werden.⁵⁵ Außerdem ist die Anwendung der PECL nicht auf internationale Verträge beschränkt. Ihre Geltung kann daher auch innerhalb eines europäischen Staates vertraglich festgelegt werden.⁵⁶

1.3.2.3. Die Principles of International Commercial Contracts⁵⁷

Die nahezu zeitgleich mit den PECL erschienenen PICC von Unidroit haben sich schon jetzt als sehr erfolgreich in der Praxis erwiesen. Das Interesse an den Texten ist sehr groß und es existieren bereits zahlreiche außergerichtliche Entscheidungen und Schiedssprüche, die auf die PICC Bezug nehmen.⁵⁸ Offizielle Übersetzungen gibt es in mittlerweile 18 Sprachen.

1.3.2.3.1. Zur Entstehung

Die Regeln für internationale Handelsverträge⁵⁹ sind ein Projekt des Internationalen Instituts zur Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit)⁶⁰. Das Vorhaben wurde anfangs als Initiative *for the progressive codification of international trade law* bezeichnet, erst später erfolgte die Umbenennung in „Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge“.⁶¹

Bereits 1971 beschloss der Direktionsrat des Instituts, das Projekt in sein Arbeitsprogramm aufzunehmen. In den ersten Jahren hatte das Vorhaben wegen bestehender Verpflichtungen des Instituts allerdings keine Priorität. In dieser Zeit wurden lediglich Vorstudien zur Durchführbarkeit betrieben und seit 1974 schließlich von einem kleinen Lenkungsausschuss erste Realisierungspläne erarbeitet.⁶² 1980 wurde mit der Ausarbeitung der Entwürfe für die einzelnen Kapitel begonnen. Die zu diesem Zweck eingesetzte Arbeitsgruppe, unter dem Vorsitz von Michael Joachim Bonell, rekrutierte sich aus Vertretern aller bedeutenden Rechtsordnungen der Welt, die zugleich führende Fachleute auf den Gebieten

⁵⁴ Lando, AmJCompL 31 (1983), S.656

⁵⁵ Lando AmJCompL 31 (1983), S.656

⁵⁶ Lando AmJCompL 31 (1983), S.656

⁵⁷ Herausgegeben von Unidroit, *International Institute for the Unification of Private Law*, Rom, 1994

⁵⁸ Zum Ganzen Bonell, EJLR 1998/99, S. 195; ders., in: www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm mit Bezugnahme auf einzelne Entscheidungen sowie eine Auflistung von 30 ausgewählten Entscheidungen unter www.unidroit.org/english/principles/caselaw/caselaw-main.htm

⁵⁹ Entsprechend dem englischen Titel wird hier die Abkürzung PICC verwendet

⁶⁰ Das 1926 auf italienische Initiative (Prof. Scialoja) gegründete und 1928 eingeweihte Unidroit (Institut international pour l'unification du droit privé) ist vor allem an wissenschaftlichen Vorarbeiten durch in seinem Rahmen arbeitende Expertenkommissionen beteiligt, so bspw. an den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen (vgl. unter 1.3.1.). Neben europäischen, sind auch viele lateinamerikanische Staaten und die USA an den Arbeiten von Unidroit beteiligt. Trotz seines Schwerpunkts bezüglich des Mitgliederbestandes und seines Sitzes in Europa hat das Institut einen über Europa hinaus weisenden, internationalen Charakter.

⁶¹ Dazu Bonell, ICLQ 27 (1978), S. 414; ders. *RebelsZ* 56 (1992), S. 277; Berger, *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 219

⁶² Bonell, ICLQ 27 (1978), S. 414

Rechtsvergleichung, Vertragsrecht und Internationales Handelsrecht waren.⁶³ Es handelte sich dabei vor allem um Wissenschaftler, aber auch um hochrangige Richter und Beamte, die jedoch lediglich in ihrer persönlichen Eigenschaft und nicht als Vertreter ihrer Regierungen agierten.⁶⁴

Die von den ernannten Berichterstattern erarbeiteten Entwürfe unterlagen einer breiten Diskussion in der Arbeitsgruppe selbst und innerhalb der Korrespondenz mit zahlreichen Fachleuten. Zudem nahm der Direktionsrat zu einigen Fragen Stellung, wenn eine Einigung innerhalb der Gruppe nicht erreicht werden konnte.⁶⁵ Nach Abschluss der Arbeiten erfolgte 1994 die Veröffentlichung der PICC.

Die Beratungen zur Erarbeitung einer zweiten erweiterten Auflage der PICC schreiten unterdessen voran. Eine erste Sitzung fand bei Unidroit im März 1998 statt. Dort kam man über die Inhalte der zukünftigen Erweiterungen überein. Im Einzelnen werden vor allem die Vollmacht von Vertretern, die Verjährung, die Übertragung vertraglicher Rechte und Pflichten, der Vertrag zugunsten Dritter und die Aufrechnung behandelt. Weitere Sitzungen fanden im Februar 1999 und im Januar 2000 statt.⁶⁶ Eine Veröffentlichung der Ergebnisse ist aber bislang noch nicht erfolgt.

1.3.2.3.2. Präsentation

Die PICC sind in 119 Artikeln niedergelegt, die wiederum in 7 Kapitel unterteilt sind. Die einzelnen Kapitel betreffen allgemeine Bestimmungen, den Abschluss und die Gültigkeit von Verträgen, die Vertragsauslegung, den Inhalt, die Erfüllung und die Leistungsstörungen. Jeder Artikel ist mit Erläuterungen (*comments*) versehen.⁶⁷ Diese sollen integraler Bestandteil der Regel selbst sein und sowohl die Motive der Regelung als auch ihre verschiedenen praktischen Anwendungen verdeutlichen.⁶⁸ Die Ausarbeitung der PICC erfolgte auf rechtsvergleichender Basis. Wie bei den PECL wurde versucht, diejenigen Regeln herauszufinden, die in vielen Rechtsordnungen zu finden waren oder darüber hinausgehend diejenigen, die die sachlich beste Lösung für ein Problem darstellten. Als Orientierungspunkt diente bei den Arbeiten das CISG.⁶⁹

⁶³ Eine Auflistung der einzelnen Mitglieder findet sich bei Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 278, Fn. 16

⁶⁴ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Introduction*

⁶⁵ Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 280

⁶⁶ siehe zu den Sitzungen: www.unidroit.org/english/workprogramme/main.htm;
www.unidroit.org/english/principles/wg-2000.htm; www.unidroit.org/english/principles/wg-1999.htm;
www.unidroit.org/english/principles/wg-1998.htm sowie Bonell, in: www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm

⁶⁷ Die PICC wurden zum einen lediglich als „black letter rules“ und zum anderen als „black letter rules with comments“ veröffentlicht

⁶⁸ Bonell *RabelsZ* 56 (1992), S. 279

⁶⁹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Introduction*; Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 280

1.3.2.3.3. Anwendungsbereich

Die PICC wurden für internationale Handelsverträge entwickelt.⁷⁰ Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf internationale Sachverhalte erfolgte aus zwei Erwägungen. Zum einen führe die Berührung eines Rechtsgeschäfts mit mehreren Staaten häufig zu Konflikten mit deren Rechtsordnungen, zum anderen wäre es angesichts der erheblichen wirtschaftlichen und politischen Unterschiede innerhalb der einzelnen Staaten völlig unrealistisch, auch die internen Rechtsgeschäfte erfassen zu wollen.⁷¹ Zur Feststellung des internationalen Charakters eines Vertrages soll nach dem Willen der Verfasser der PICC der Begriff „international“ eine möglichst weitgehende Interpretation erfahren, so dass letztlich solche Situationen aus dem Anwendungsbereich der PICC fallen, in denen überhaupt kein internationales Element involviert ist.⁷²

Mit der Beschränkung auf „commercial contracts“ war keine Übernahme der traditionellen Unterscheidung zwischen bürgerlichen und kaufmännischen Parteien bzw. Rechtsgeschäften ähnlich der im BGB und HGB getroffenen Unterscheidung beabsichtigt. Auf den formalen Status der Vertragsschließenden als „Kaufmann“ oder auf die Zuordnung des Vertrages zu den Handelsgeschäften soll es für die Anwendbarkeit der PICC nicht ankommen. Lediglich die Verbraucherverträge („consumer transactions“) sollen so aus dem Anwendungsbereich der PICC ausgenommen werden. Auch der Begriff der Handelsverträge ist somit in einem möglichst weitgehenden Umfang zu verstehen.

1.3.3. Die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf

Mit der 1999 verabschiedeten Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs hat erstmals ein Rechtsangleichungsprojekt der EG in eine Kernmaterie des deutschen bürgerlichen Rechts eingegriffen. Die Notwendigkeit ihrer Umsetzung gab schließlich den entscheidenden Anstoß für eine Reform des deutschen Schuldrechts.⁷³

1.3.3.1. Zur Entstehung

Ausgangspunkt für die Diskussion über die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf war das Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15.11.1993.⁷⁴ Nach dessen Erscheinen hatte die Kommission auf breiter Ebene Konsultationen sowie eine Analyse zur „Beurteilung des Nutzens und der Zweckmäßigkeit einer Angleichung der Garantieregelungen und der Verbesserung des Kundendienstes für Güter und Dienstleistungen im Binnenmarkt“ durchgeführt. Infolge ihrer Untersuchungen kam die Kommission zu dem Schluss, dass gerade

⁷⁰ vgl. Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Preamble: international commercial contracts

⁷¹ Bonell *RabelsZ* 56 (1992), S. 279

⁷² Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Preamble: Comment 1

⁷³ Vgl. Däubler-Gmelin, *NJW* 01, S. 2283; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 2

⁷⁴ *KOM* (93) 509 endg.; dazu Schnyder/ Straub, *ZEuP* 96, S. 8 ff.

bei höherwertigen Gütern große Unsicherheiten bezüglich der Gewährleistung bei den Verbrauchern existierten.⁷⁵ Die Kommission legte daraufhin am 18.06.1996 einen, im Vergleich zum Grünbuch wesentlich veränderten⁷⁶, „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien“ vor.⁷⁷ Nach eingehenden Beratungen einigten sich Kommission und Ministerrat am 23.04.1998 auf einen gemeinsamen Standpunkt zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien.⁷⁸

Insbesondere in Deutschland stieß das Richtlinienvorhaben auf Widerstand. Kritisiert wurde vor allem die Rügepflicht des Verbrauchers im Vorschlag der Kommission.⁷⁹ Deutschland stimmte gegen den Gemeinsamen Standpunkt zur Richtlinie und das vor allem aus zwei Gründen: Die geplante Einführung einer zweijährigen Gewährleistungsfrist erschien zu lang und für die Industrie zu kostenträchtig, auch die Einbeziehung gebrauchter Güter stieß auf erhebliche Bedenken. Zudem spielte auch die Sorge, die überkommene Struktur des BGB durch punktuelle Eingriffe des europäischen Gesetzgebers zu beeinträchtigen, eine Rolle.⁸⁰ Trotzdem kam der Gemeinsame Standpunkt zustande, im Vergleich zum Vorschlag der Kommission allerdings mit zwei wesentlichen Änderungen bezüglich der gesetzlichen Gewährleistung. So wurde das Konkurrenzverhältnis der Sekundäransprüche neu geordnet und außerdem die Einführung einer Rügepflicht in das Ermessen der Mitgliedsstaaten gestellt.

Am 25.05.1999 schließlich verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie 99/44/EG „zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“.⁸¹ Gemäß Art. 13 RL 99/44/EG trat sie am Tag ihrer Veröffentlichung, am 07.07.1999 in Kraft. Die Umsetzungsfrist betrug drei Jahre und endete mit dem 31.12.2001, Art. 11 I 1 RL 99/44/EG.

1.3.3.2. Zum Regelungsumfang

Die Richtlinie 99/44/EG harmonisiert nur „bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs“. Es soll damit lediglich ein Mindestsockel an Verbraucherrechten gewährleistet werden.⁸² Diese Beschränkung der Rechtsangleichung hat seine Gründe in der funktionalen Ausrichtung der EG-Kompetenzen, die eine Harmonisierung nur zur Verfolgung bestimmter Ziele zulässt sowie in der Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes. So betont die Kommission schon in der

⁷⁵ Vgl. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 3, S. 288; Dürrschmidt, Werbung und Verbrauchergarantien, S. 109; Kircher, ZRP 97, 290 f.; Wolf, RIW 97, 903

⁷⁶ Zum Vergleich insbesondere Micklitz EuZW 97, 230 ff.

⁷⁷ KOM (95) 520 endg., ABIEG 1996 Nr. C 307, S. 8ff. vom 16.10.1996, ZIP 96, 1845ff.

⁷⁸ KOM (1998) 217 endg., ABIEG 1998 Nr. C 148, S. 12 vom 14.05.1998, ZIP 98, 889; Am 24.09.1998 wurde der Gemeinsame Standpunkt auch formal im Ministerrat beschlossen.

⁷⁹ So die Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundesrates, in: ZIP 96, A 104; der Beschluss des Deutschen Bundesrates vom 08.11.1996, in: BR-Drucks. 696/96; zur Kritik auch Junker, DZWIr 97, 280; Kircher, ZRP 97, 294

⁸⁰ Wägenbaur, EuZW 98, 514

⁸¹ ABIEG 1999 Nr. L 171, S. 12, abgedruckt in: NJW 99, 2421

⁸² Vgl. die Erwägungsgründe 4, 5 und 7 der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

Begründung ihres Richtlinienvorschlages, dass auf keinen Fall eine vollständige Angleichung des Kaufrechts bezweckt war.⁸³ Ausgeklammert wurden daher die Problematik des Vertragsabschlusses, der Willensmängel und ihrer Rechtsfolgen sowie Fragen der Erfüllung bzw. Nichterfüllung von Verträgen ebenso wie die über die Vertragswidrigkeit hinausgehenden Arten der unzulänglichen Vertragserfüllung.⁸⁴ Somit ist allein die Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware beim Kauf von der Richtlinie betroffen. Im Rahmen der Gewährleistungshaftung bleiben jedoch die Ansprüche des Verbrauchers auf Ersatz der ihm erwachsenden mittelbaren und unmittelbaren Schäden unberührt, da aufgrund von Subsidiaritätserwägungen lediglich eine Harmonisierung der Verbraucherrechte angestrebt worden sei, die sich unmittelbar auf die „Behebung“ der Mängel beziehen.⁸⁵

1.4. Der Abschluss der Reform: Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts⁸⁶

Nach dem 64. Deutschen Juristentag waren die Bemühungen um eine umfassende Reform des deutschen Schuldrechts praktisch zum Erliegen gekommen.⁸⁷ Einer Umsetzung der Vorschläge der Schuldrechtskommission standen zum damaligen Zeitpunkt auch die Arbeiten an der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf entgegen, deren Abschluss abgewartet werden sollte. Nach dem Richtlinienerlass 1999 setzte in der deutschen Literatur die Diskussion über eine über die Richtlinienvorgaben hinausgehende Reform des BGB wieder ein.⁸⁸

Im August 2000 veröffentlichte dann das Bundesministerium der Justiz den Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (DiskE).⁸⁹ Seine Ausarbeitung erfolgte in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der Zahlungsverzugsrichtlinie⁹⁰ sowie der E-Commerce-Richtlinie⁹¹. Darüber hinausgehend enthielt der Diskussionsentwurf eine umfängliche Neuordnung des deutschen Schuldrechts auf der Grundlage der Entwürfe der Schuldrechtskommission. Der Diskussionsentwurf war Gegenstand vielfältiger Kritik. Er stieß insbesondere auf einer Tagung in Regensburg (17. und 18.11.2000)⁹² bei einem Teil der

⁸³ KOM (95) 520 endg., Allgemeine Begründung I.C., abgedruckt in: ZIP 96, 1847

⁸⁴ Begründung des Vorschlags im Lichte des Subsidiaritätsprinzips II. d) sowie Allgemeine Begründung I.C., abgedruckt in: ZIP 96, 1847

⁸⁵ Begründung des Vorschlags im Lichte des Subsidiaritätsprinzips II. d) sowie Allgemeine Begründung I.C., abgedruckt in: ZIP 96, 1847 ; kritisch dazu Schnyder/Straub ZEuP 96, 57; Kirchner, ZRP 97, 293

⁸⁶ BGBl. I 2001, S. 3138

⁸⁷ Zweifel hinsichtlich der Umsetzung der Reformvorschläge der Schuldrechtskommission hatten insbesondere Heinrichs, in: Palandt 57. Aufl. (1998), Vorbem 5 vor § 275, und Schlechtriem, in: Schuldrecht BT, Vorwort zur 5. Auflage, geäußert.

⁸⁸ Vgl. insbesondere die Aufsätze in Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht.

⁸⁹ Der Diskussionsentwurf ist abgedruckt in Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 613 ff.

⁹⁰ RL 2000/35/EG vom 29.06.2000, ABIEG Nr. L 200, S. 35

⁹¹ RL 2000/31/EG vom 08.06.2000, ABIEG Nr. L 178, S. 1

⁹² Die Ergebnisse dieser Tagung wurden in Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform veröffentlicht.

Zivilrechtslehrer auf Ablehnung. Im Januar 2001 bildete das Bundesministerium der Justiz eine „Kommission Leistungsstörungenrecht“, der neben ehemaligen Mitgliedern der Schuldrechtskommission auch Kritiker des Entwurfs angehörten.⁹³ Etwa gleichzeitig initiierte das Bundesministerium der Justiz eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe, der neben Vertretern des Bundesministeriums der Justiz und der Landesjustizverwaltungen auch Richter des BGH und weitere Zivilrechtslehrer angehörten und die sich vor allem mit dem Verjährungsrecht befasste. Das Ergebnis dieser Arbeiten bildete der sogenannte „konsolidierte“ Entwurf.

Dessen Inhalte wurden unverändert in den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 09.05.2001 (sog. Regierungsentwurf) übernommen. Mit der Übersendung des Regierungsentwurfes an den Präsidenten des Bundesrates am 11.05.2001 wurde das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet.⁹⁴ Am 14.05.2001 setzten die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen ein zweites Gesetzgebungsverfahren in Gang, indem sie einen textidentischen Gesetzesentwurf im deutschen Bundestag einbrachten.⁹⁵

Der Bundesrat, der den Entwurf am 13.07.2001 im Plenum behandelte, empfahl in seiner Stellungnahme 150 Veränderungen und Überprüfungen. Etwa 100 dieser Vorschläge wurden von der Bundesregierung und im weiteren Gesetzgebungsverfahren auch vom Bundestag übernommen.

Der Deutsche Bundestag hatte den Gesetzentwurf in seiner Sitzung am 18.05.2001 in erster Lesung beraten und an den Rechtsausschuss überwiesen. Dieser führte am 02. und 04.07.2001 zum Entwurf der Koalitionsfraktionen eine Anhörung von Sachverständigen und Interessenvertretern durch. Sie sprachen sich mit deutlicher Mehrheit für eine umfassende Reform aus. Am 25.09.2001 beendete der Rechtsausschuss des Bundestages seine Beratungen und legte seine Beschlussempfehlungen nebst Bericht vor. Am 11.10.2001 fand die zweite und dritte Lesung des Gesetzesentwurfs statt.⁹⁶ Er wurde mit den Stimmen der Regierungsfaktionen und der PDS gegen die Stimmen der CDU/CSU und FDP angenommen. Die abschließende Beratung im Bundesrat fand am 09.11.2001 statt. Der Bundesrat stellte keinen Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses. Das Gesetz konnte daher am 26.11.2001 ausgefertigt und am 29.11.2001 verkündet werden.⁹⁷

Parallel zu den Beratungen in Bundestag und Bundesrat ging die wissenschaftliche Diskussion weiter. So wurden zwei weitere Konferenzen in Münster (Januar 2001)⁹⁸ und Berlin (30. und 31. März 2001)⁹⁹ durchgeführt, auf denen das Für und Wider der Reform diskutiert wurde. Eine ablehnende Resolution der Zivilrechtslehrer bekam 256 Unterschriften bei einem möglichen

⁹³ Zur Zusammensetzung der Kommission vgl. Geiger, JZ 01, S. 474 sowie Canaris, JZ 01, 499, Fn.1

⁹⁴ BR-Drucks. 338/01(= BT-Drucks. 14/6857)

⁹⁵ BT-Drucks. 14/6040; Im Folgenden wird als Verweisungsobjekt für die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 verwandt.

⁹⁶ BT-Drucks. 14/7052

⁹⁷ BGBl. I 2001, S. 3138

⁹⁸ Zu den Ergebnissen siehe Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, 2001.

⁹⁹ Zu den Inhalten dieser Tagung siehe JZ 2001 (Heft 10), 473 ff.

Adressatenkreis von ca. 600. Häufig kritisiert wurde die befürchtete Übereilung der Reform und dass diese aufgrund der Kürze der Zeit überhastet und dadurch nicht genügend durchdacht sei. Von einigen Wissenschaftlern wurde daher eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie vorgeschlagen und die sog. „große Lösung“ abgelehnt.

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts trat am 01.01.2002 in Kraft.

Kapitel 2..... Die Haftungs Voraussetzungen für Sachmängel

2.1. Der Sachmängeltatbestand

2.1.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Im bislang geltenden deutschen Recht stand der Stückkauf im Mittelpunkt der Gewährleistungsregelung. Lediglich § 480 BGB a.F. enthielt eine Sondernorm für den Gattungskauf. Tatbestandlich knüpfte § 480 BGB a.F. an § 459 I und II BGB a.F. an. Hinsichtlich der Begriffe des Fehlers und der zugesicherten Eigenschaft gab es beim Gattungskauf keine grundsätzlichen Besonderheiten. Die folgenden Ausführungen gelten daher sowohl für den Stück- als auch den Gattungskauf.

2.1.1.1. Die Haftung für Fehler

Nach § 459 I BGB a.F. hatte der Verkäufer dafür einzustehen, dass die Kaufsache nicht mit Fehlern behaftet war. Den Begriff des Fehlers definierte § 459 I BGB a.F. jedoch nicht.

2.1.1.1.1. Der subjektive Fehlerbegriff

Die herrschenden subjektiven Theorien¹ entschieden je nach Vertragsinhalt, ob ein Fehler der Kaufsache vorlag. In erster Linie sollte es danach auf die Zweckbestimmung der Vertragsparteien ankommen. Ein Fehler war nach der subjektiv-objektiven Definition jede dem Käufer ungünstige, nicht unerhebliche Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit (Istzustand) von der vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Beschaffenheit (Sollzustand), die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufhob oder minderte.² In der Literatur vertrat man teilweise auch eine rein subjektive Theorie, die nur auf das Abweichen der Istbeschaffenheit von der vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit abstellte.³

Zur Begründung ihres Fehlerbegriffs führten die subjektiven Theorien an: Die Vorstellungen der Parteien von der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes seien bei der kaufvertraglichen Vereinbarung nicht nur Motiv der Willensbildung. Der Kaufvertrag beziehe sich vielmehr auch auf die Beschaffenheit der Kaufsache.⁴ Wenn die Kaufvereinbarung aber auf die Leistung einer fehlerfreien Kaufsache gerichtet sei, dann widerspreche die Leistung einer mit Fehlern behafteten Sache dieser Vereinbarung. Diese Argumentation führte nach Ansicht der

¹ Hierunter werden sowohl die rein subjektive als auch die subjektiv-objektive Theorie verstanden.

² Staudinger- Honsell § 459 Rn. 18; Fikentscher, SchuldR Rn. 704; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I a; MüKo-Westermann § 459 Rn. 8 f.

³ Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 109 ff.; von Caemmerer, in: FS f. M. Wolff, S. 16 f.; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 II 1; Brox/ Elsing JuS 76, S. 1 f.; Soergel-Huber Rn. 35 vor § 459

subjektiven Theorien notwendig zur Verwendung eines subjektiven Fehlerbegriffs, weil dieser auf das Abweichen von der dem Kaufvertrag entsprechenden sachlichen Beschaffenheit abstellte.⁵ Die Sachmängelhaftung war somit als Sanktion dafür anzusehen, dass es der fehlerhaften Kaufsache an der Vertragsmäßigkeit fehlte.⁶

Auch die Rechtsprechung legte schon damals ihren Entscheidungen einen subjektiven Fehlerbegriff zugrunde. Der BGH bejahte einen Fehler dann, wenn der tatsächliche Zustand der Kaufsache von dem Zustand abwich, den die Vertragsparteien bei Vertragsschluss gemeinsam vorausgesetzt hatten, und wenn dadurch der Wert der Kaufsache oder ihre Eignung zum vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch gemindert oder beseitigt wurde.⁷ Eine gemeinsame Voraussetzung bzw. eine vertragliche Vereinbarung⁸ im Sinne der Rechtsprechung erforderte eine Willenseinigung der Parteien.⁹

Wurde im Vertrag nichts über die Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart, kam ergänzend ein objektiver Maßstab bei der Fehlerbestimmung zur Anwendung.¹⁰ Die subjektiv-objektive Theorie stellte dabei das objektive Element (Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch) neben das subjektive (Beschaffenheitsvereinbarung).¹¹ Die ältere Rechtsprechung¹² hatte mitunter das objektive Kriterium der gewöhnlichen Beschaffenheit bei der Fehlerdefinition weggelassen. Auch der BGH stellte vorrangig auf die vertragliche Sollbeschaffenheit ab und berücksichtigte den gewöhnlichen Gebrauch lediglich im Hinblick auf die Wertminderung.¹³ Die Rechtsprechung wurde deshalb häufig der rein subjektiven Theorie zugeordnet, die als Grundlage zur Fehlerbestimmung allein den Inhalt des Vertrages gelten ließ.¹⁴ Allerdings leugnete auch die subjektive Theorie nicht, dass es bei fehlender Parteivereinbarung die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch maßgeblich sei. In einem solchen Fall werde der Inhalt der Vereinbarung durch dispositives Gesetzesrecht ergänzt.¹⁵ Zwischen den Theorien bestanden damit nur Meinungsverschiedenheiten darüber, auf welche Weise objektive Kriterien zur Fehlerbestimmung herangezogen werden sollten. Im Ergebnis waren sie aber identisch.

⁴ Besonders Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, S. 11 ff; Jakobs, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, S. 85 f.; gegen die Möglichkeit solcher Beschaffenheitsvereinbarungen bei individualisierten Sachen Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, S. 435 ff.

⁵ Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, S. 109

⁶ Esser/ Weyers, *Schuldrecht II/1*, § 5 II 1

⁷ BGH NJW 1983, S. 2242; NJW 1986, S. 2824

⁸ Vgl. BGHZ 90, 198, 202; ZIP 1996, 711, 714

⁹ BGH NJW 1984, 2289 f.

¹⁰ Fikentscher, *SchuldR*, Rn. 704

¹¹ Staudinger-Honsell § 459 Rn. 18; Fikentscher, *SchuldR* Rn. 704; Larenz, *Schuldrecht II/1*, § 41 I a; MüKo- Westermann § 459 Rn. 8 f.

¹² RGZ 135, 339, 342; 161, 330, 335

¹³ BGHZ 90, 198, 202; NJW 1986, 2824

¹⁴ Soergel-Huber § 459 Rn. 20; Jakobs, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, S. 87 f.

¹⁵ Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, S. 128 f.; Soergel-Huber § 459 Rn. 20; Brox/ Elsing, *JuS* 76, S. 2

2.1.1.1.2. Der objektive Fehlerbegriff

Nach der von einer Mindermeinung vertretenen objektiven Theorie¹⁶ lag ein Fehler vor, wenn die Kaufsache von der normalen Beschaffenheit einer Sache der konkreten Gattung, der sie angehörte, zum Nachteil des Käufers abwich oder wenn diese Gattung selbst fehlerhaft war.¹⁷ Die Fehlerhaftigkeit einer gekauften Sache folgte dabei aus der Abweichung ihrer Istbeschaffenheit von einer objektiven Normalbeschaffenheit.¹⁸ Die vom objektiven Fehlerbegriff nicht erfassten Abweichungen von der vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit wurden von den Vertretern der objektiven Theorie als Fälle von § 459 II BGB a.F. angesehen. Man nahm also an, der Sache fehle eine zugesicherte Eigenschaft. Der enge objektive Fehlerbegriff des § 459 I BGB a.F. korrespondierte deshalb mit einer extensiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der zugesicherten Eigenschaft in § 459 II BGB a.F.¹⁹ Als Haupteinwand wurde gegen die objektive Fehlerbestimmung angeführt, sie sei auf den Normalfall der Leistung einer Kaufsache von minderer Qualität fixiert und könne damit nicht alle Arten nicht ordnungsgemäßer Lieferung erfassen.

2.1.1.1.3. Fehlerarten nach der subjektiven Definition

Beim Stückkauf bejahten die subjektiven Theorien in den folgenden vier Fallgruppen einen Fehler, in denen die objektive Theorie diesen verneinte:

- Gattungs- oder Artabweichungen.²⁰ Hier gehört die verkaufte Sache nicht der vertraglich geschuldeten Gattung an.
- Individualabweichungen.²¹ In diesen Fällen fehlt dem verkauften Einzelstück, das nach der Verkehrsauffassung keiner Gattung angehört, ein vertraglich geschuldetes individualisiertes Merkmal.
- Umstandsabweichungen²² liegen vor, wenn einer individuellen Sache ein ihren Wert mitbestimmender Umstand, der nach dem Vertrag gegeben sein sollte, fehlt.
- Dimensionsabweichungen im Unterschied zu den schlichten Zuweniglieferungen.²³

Während es sich bei letzteren um eine durch die allgemeinen Leistungsstörungenregeln sanktionierte teilweise Nichterfüllung handelt, ist bei den Dimensionsabweichungen

¹⁶ Begründet hat die objektive Theorie Haymann, in: FS RG III (1929), S. 317 ff.. In neuerer Zeit ist sie vor allem von R. Schmidt, NJW 62, 711 f.; Knöpfle, Der Fehler beim Kauf, S. 1ff., 263ff.; Fabricius, JuS 64, S. 1 und zuletzt von Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, (1998) vertreten worden.

¹⁷ Knöpfle, Der Fehler beim Kauf, S. 308

¹⁸ Haymann, in: FS RG III (1929), S. 318

¹⁹ Knöpfle, Der Fehler beim Kauf, S. 338, Fn. 333 und S. 347; Kirchner, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 33

²⁰ Z.B.: Haifischfleisch statt Walfischfleisch, RGZ 99, 147

²¹ Z.B.: Statt eines Bildes von Jakob J. Ruysdael wurde ein Bild des weniger bekannten Jakob S. Ruysdael geliefert, RGZ 135, 340

²² Z.B.: Verbaute Aussicht, RGZ 161, 330, 334

²³ Zur Abgrenzung siehe auch unter 2.2.2.1.

Gewährleistungsrecht einschlägig, da hier lediglich eine bestimmte Größe oder Zahlenangabe zum Vertragszweck brauchbar ist.²⁴

Besonders umstritten waren die Fälle der Gattungsabweichungen beim Stückkauf. Bekanntestes Beispiel für eine Gattungsabweichung ist RGZ 99, 147: Die als Walfischfleisch verkaufte konkrete Schiffsladung bestand aus an sich einwandfreiem Haifischfleisch. Das Reichsgericht hatte hier einen Fehler im Sinne des § 459 I BGB a.F. bejaht. Die Vertreter der objektiven Theorie lehnten die Annahme eines Fehlers schon deshalb ab, weil ordnungsgemäßes Haifischfleisch eben kein fehlerhaftes Walfischfleisch sei.²⁵ Nach den subjektiven Theorien war § 459 I BGB a.F. einschlägig, da es von der Interessenlage für den Käufer gleich sei, ob die Sache für ihn unbrauchbar sei, weil sie von anderer Qualität oder anderer Art ist. In beiden Fällen bekomme der Käufer nicht, was er nach dem Kaufvertrag zu beanspruchen habe.²⁶ Die Haftung aus § 459 I BGB a.F. habe ihren Grund darin, dass die Leistung der Kaufsache in fehlerhaftem Zustand der Kaufvereinbarung nicht entspreche. Deshalb müsse die gleiche Haftung auch in den Fällen des Andersseins eintreten, denn auch hier sei der Kaufgegenstand nicht von der vereinbarten Beschaffenheit.²⁷ Der Unterschied zum normalen Fehler im Sinne einer Qualitätsabweichung sei hier lediglich gradueller Natur. Eine unterschiedliche Behandlung werde dadurch nicht gerechtfertigt.²⁸

Die Vertreter der objektiven Theorie, die vorliegend einen Fehler verneinten, entwickelten unterschiedliche Lösungsansätze. Teilweise wurde eine Lösung über das Anfechtungsrecht vertreten.²⁹ Sie erschien jedoch wegen der Schadensersatzpflicht des Käufers nach § 122 BGB a.F. als verfehlt, denn die Vertragswidrigkeit als Anfechtungsgrund liegt in der Gefahrensphäre des Verkäufers.³⁰ Andere wollten § 306 BGB a.F. anwenden.³¹ Diese Lösung nahm jedoch dem Käufer die Möglichkeit, es unter Minderung des Kaufpreises bei der vereinbarten Ware zu belassen.³² Nach anderer Ansicht sollte eine Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB a.F. anzunehmen sein.³³

²⁴ Beispiel von Larenz, Schuldrecht II/1, S. 41: wenn gelieferter Anzugstoff statt vereinbarter 3,2 m nur 2,7 m breit ist und deshalb kein Anzug daraus geschneidert werden kann (vgl. auch Fikentscher, SchuldR, Rn. 705)

²⁵ Vgl. nur Haymann, in: FS RG III (1929), S. 321

²⁶ Soergel- Huber Rn. 133 vor § 459

²⁷ Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 115

²⁸ Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 114

²⁹ R.Schmidt, NJW 62, S. 711

³⁰ Fabricius, JuS 64, S. 8; Kirchner, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 35; i.E. auch Coester-Waltjen, Jura 97, S. 200

³¹ von Gierke ZHR 114 (1951), S. 90

³² Coester-Waltjen, Jura 97, S. 200; Fabricius, JuS 64, S. 7

³³ Haymann, in: FS RG III (1929), S. 341; Kirchner, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 36; Dies führt entweder zu einer starken Ausweitung des Schadensersatzanspruchs gemäß § 463, S. 1 BGB oder zu einer unterschiedlichen Interpretation der Zusicherungsbegriffe.

2.1.1.2. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften

Nach § 459 II BGB a.F. hatte der Verkäufer auch für das Vorhandensein der von ihm zugesicherten Eigenschaften einzustehen. Die Haftung aus § 459 II BGB bildete neben der Haftung für Fehler den zweiten Haftungstatbestand der bisherigen Gewährleistungsregelung. Ihre Bedeutung bestand vor allem in der Erweiterung und Verschärfung der Haftung.³⁴

2.1.1.2.1. Die Voraussetzungen der Zusicherung

2.1.1.2.1.1. *Vertragsmäßigkeit und Verpflichtungswille*

Nach herrschender Lehre setzte die Zusicherung voraus, dass der Verkäufer durch eine zum Vertragsinhalt gewordene³⁵ Erklärung dem Käufer zu erkennen gab, dass er für eine bestimmte Eigenschaft einstehen wolle.³⁶ Die Zusicherung war also durch zwei Merkmale gekennzeichnet: Sie musste in vertragsmäßiger Weise abgegeben worden sein und es war ein Verpflichtungswille des Verkäufers erforderlich. Dieser Verpflichtungswille umfasste dabei zwei Aussagen: Der Verkäufer übernahm die Gewähr für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft und gab gleichzeitig das Versprechen ab, für die Folgen ihres Fehlens einzustehen.³⁷ Die Zusicherung des § 459 II BGB a.F. war danach als Garantie- bzw. Haftungsversprechen aufzufassen. Die Definition der Zusicherung wurde daher maßgeblich von der Rechtsfolge aus §§ 463, S. 1, 480 II BGB a.F., Schadensersatz wegen Nichterfüllung, beeinflusst.³⁸ Ob eine Zusicherungserklärung vorlag, war in erster Linie eine Frage tatrichterlicher Vertragsauslegung.³⁹

2.1.1.2.1.2. *Die Problematik der stillschweigenden Zusicherung*

In der Praxis ist die Abgabe einer ausdrücklichen Zusicherung eher ein Ausnahmefall. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur gingen darüber hinaus aber auch von der Möglichkeit stillschweigender Zusicherungen aus.⁴⁰ Ohne eine ausdrückliche Zusicherung stellte sich jedoch das Problem, zwischen der einfachen Zusage einer Eigenschaft, der Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 459 I BGB a.F., und der eigentlichen Zusicherung aus §

³⁴ Der Verkäufer haftet für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nach § 463, S. 1 BGB a.F. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Zudem ist im Falle der Zusicherung eine formularmäßige Freizeichnung nur in engen Grenzen möglich. Unter Nichtkaufleuten ist sie gänzlich unzulässig, denn § 11 Nr. 11 AGBG a.F. verbietet den Ausschluss oder die Beschränkung des Schadensersatzanspruches wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft. Die Zusicherung erweitert die Haftung zudem insoweit, als auch die unerhebliche Beeinträchtigung des Wertes und der Gebrauchstauglichkeit von ihr erfasst werden.

³⁵ RGZ 54, 219, 223; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 60; MüKo-Westermann § 459 Rn. 60; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I b

³⁶ Soergel-Huber § 459 Rn. 159; Palandt-Putzo § 459 Rn. 15; so auch die Rechtsprechung: RGZ 70, 82; 161, 330, 337; BGHZ 122, 256, 259;

³⁷ BGHZ 48, 118, 122; 59, 158, 160; 87, 302, 305

³⁸ Staudinger-Honsell § 459 Rn. 125

³⁹ BGHZ 128, 111, 114; ZIP 96, 279, 280; ZIP 96, 711, 712; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 126

459 II BGB a.F. zu unterscheiden. Mangels objektiver Kriterien zur Abgrenzung entschied die Rechtsprechung letztlich je nach Einzelfall, ob es sich um eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung oder eine stillschweigende Zusicherung handelte.⁴¹ Während das Reichsgericht das Vorliegen einer stillschweigenden Zusicherung nur in wenigen Fällen als gegeben angesehen hatte⁴², bejahte der BGH die Voraussetzungen des § 459 II BGB a.F. häufiger. Er betonte aber, dass angesichts der weitreichenden Haftung bei der Annahme stillschweigender Zusicherungen Zurückhaltung geboten sei.⁴³ Bei neu hergestellten Sachen ließ der BGH eine Haftung nur aus § 459 I BGB a.F. ergänzt durch die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung zu.⁴⁴ Diese enge Auslegung der stillschweigenden Zusicherung lag darin begründet, dass der BGH im Allgemeinen den Schutz des Käufers durch die Rechtsbehelfe Wandelung und Minderung sowie den Ersatz von Mangelfolgeschäden als ausreichend gewährleistet ansah. In Einzelfällen, insbesondere beim Kauf von Gebrauchtwagen, führte jedoch das vorhandene besondere Schutzbedürfnis des Käufers⁴⁵ zu einer großzügigen Bejahung von stillschweigenden Zusicherungen.⁴⁶ Mit Rücksicht auf die besonderen Marktverhältnisse und die Werbung des Händlers mit seiner Sach- und Fachkunde stellte die Rechtsprechung hier generell keine hohen Anforderungen an eine konkludente Zusicherung.⁴⁷

Die Rechtsprechung entschied also im Grunde nach freier Einschätzung, ob eine Eigenschaft konkludent zugesichert worden war. Vielfach war kritisiert worden, dass es eine stillschweigende Zusicherung schon nach ihrer Definition nicht geben konnte.⁴⁸ Die Rechtsfigur der stillschweigenden Zusicherung stand im Widerspruch dazu, dass der Verkäufer ein Versprechen, für alle Folgen eintreten zu wollen, abgeben musste. Dies tat der Verkäufer aber, wenn er sich nicht äußerte, gerade nicht. Die Unterstellung einer Zusicherung war deshalb in aller Regel fiktiv.⁴⁹

⁴⁰ RGZ 114, 239, 241; 161, 330, 336; BGHZ 59, 158, 160; NJW 81, 222, 223; 81, 1269, 1270; BGHZ 87, 302, 305; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I b; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 II 2. c, d; Palandt-Putzo § 459 Rn. 17

⁴¹ Staudinger-Honsell § 459 Rn. 149; Soergel-Huber Rn. 82 vor 459

⁴² RGZ 161, 333

⁴³ NJW 80, 1619; WM 78, 1175; Soergel-Huber Rn. 83 vor 459; § 459 Rn. 18: „durch das Gesetz vorgegebenes Regel-Ausnahme-Verhältnis“; dafür auch Staudinger-Honsell § 459 Rn. 150; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I b; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 II 2. c, d; Palandt-Putzo § 459 Rn. 17; dies wird auch durch die Entscheidungen zu den DIN-Normen bestätigt: BGHZ 59, 303, 308; NJW 81, 1501

⁴⁴ BGH WM 74, 1204, 1205; 80, 1035; 80, 1388 f.

⁴⁵ Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 105; Soergel-Huber Rn. 84 vor 459

⁴⁶ BGH NJW 79, 160, 161; 81, 928, 929; 81, 1268, 1269; BGHZ 87, 302, 305; 103, 275, 277

⁴⁷ BGHZ 87, 302, 305; 103, 275, 280;

⁴⁸ Soergel-Huber Rn. 84 vor 459; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 149; dies wird insbesondere von den Kritikern hervorgehoben: Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 132; Schack, AcP 185 (1985), S. 352

⁴⁹ Staudinger-Honsell § 459 Rn. 149

2.1.1.2.2. Kauf nach Probe oder Muster

§ 494 BGB a.F. normierte den Kauf nach Probe oder Muster als gesetzlichen Sonderfall der Zusicherung. Ein Kauf nach Probe oder Muster lag vor, wenn die Eigenschaften der Probe oder des Musters für die vereinbarte Beschaffenheit der Ware maßgebend sein sollten.⁵⁰ Die Eigenschaften der Probe oder des Musters galten dann gemäß § 494 BGB a.F. als zugesichert im Sinne des § 459 II BGB a.F. mit der Folge, dass bei Fehlen der betreffenden Eigenschaft der Verkäufer aus §§ 463, S. 1, 480 II BGB a.F. auf das Erfüllungsinteresse haftete.⁵¹

2.1.2. Der Kommissionsentwurf

2.1.2.1. Die Bestimmung des Sachmangels nach dem subjektiven Fehlerbegriff

Der Kommissionsentwurf legte seiner Definition des Sachmangels in § 435 I KE den subjektiven Fehlerbegriff, der auch schon im bislang geltenden Recht nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre⁵² für die Fehlerbestimmung maßgeblich war, zugrunde.⁵³ § 435 I KE schlug für die Bestimmung des Sachmangels eine dreistufige Definition vor.⁵⁴ Als erstes sollte dabei die von den Parteien getroffene Vereinbarung über eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache maßgebend sein. Zweites Kriterium war die Eignung „für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“. Dieses Kriterium sollte nach Ansicht der Schuldrechtskommission dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien zwar keine bestimmten Beschaffenheitsmerkmale vereinbart haben, aber eine gemeinsame Vorstellung davon haben, zu welchem Zweck sich die Sache eignen soll.⁵⁵ Als drittes und letztes Kriterium für die Bestimmung des Sachmangels sollte es auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung ankommen. Auch damit befand sich der Kommissionsentwurf in Übereinstimmung mit der schon bisher herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Lehre.

2.1.2.2. Wegfall der Zusicherung

Der Kommissionsentwurf verzichtete auf die für das Gewährleistungsrecht des BGB charakteristische Unterscheidung zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften.⁵⁶ Für die Aufgabe dieser Differenzierung sprach nach Auffassung der Schuldrechtskommission, dass die Unterscheidung aufgrund der gravierenden Abweichungen in den Rechtsfolgen zum Wertungsvorgang hinsichtlich der Rechtsfolge geworden sei, worunter die Voraussehbarkeit der

⁵⁰ Vgl. BGH DB 66, 415; Staudinger- Mader § 494 Rn. 8

⁵¹ Palandt-Putzo § 494 Rn. 8; Staudinger-Mader § 494 Rn.21

⁵² Siehe dazu 2.1.1.1.1.

⁵³ Abschlussbericht, S.201; Haas, NJW 92, S. 2391; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 195

⁵⁴ Haas, NJW 92, S. 2391

⁵⁵ Abschlussbericht, S. 202

⁵⁶ Abschlussbericht, S.202; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 195

gerichtlichen Entscheidungen erheblich gelitten habe.⁵⁷ Zudem seien beide Tatbestände begrifflich nicht in nachvollziehbarer Weise voneinander zu unterscheiden.⁵⁸ Die Verschiedenheiten im Haftungsumfang beseitigte der Kommissionsentwurf, indem er einen einheitlichen vom Vertretenmüssen abhängigen Schadensersatzanspruch einführt (§§ 441, 280, 283, 327, 276 I 1 KE). So hatte der Schuldner nach § 276 I 1 KE grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Dies sollte aber nur solange gelten, wie „etwas anderes weder bestimmt noch aus der Natur und dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen“ war. Eine Garantiehaftung des Verkäufers, wie sie sich nach bisherigem Recht aus der Zusicherung herleitete, blieb daher weiter möglich.⁵⁹

2.1.3. Das CISG

Im Gegensatz zum BGB verwendet das CISG die Begriffe „Mangel“ und „Fehler“ nicht. Es geht stattdessen von einem umfassenden Begriff der Vertragsmäßigkeit der Ware aus, der Qualitätsabweichungen, Falschlieferungen und Mengenabweichungen gleichermaßen erfasst.⁶⁰

2.1.3.1. Die vertragliche Leistungsbeschreibung als primärer Maßstab zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit

Nach Art. 35 I CISG muss die Ware den Anforderungen des Kaufvertrags entsprechen. Damit wird betont, dass sich die Frage der Vertragsmäßigkeit in erster Linie nach den zwischen den Parteien geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen richtet.⁶¹

Als wichtige Fallgruppe nennt Art. 35 I CISG die Lieferung von Waren mit anderer als der vereinbarten Qualität. Anders als nach § 459 I BGB muss der Wert oder die Brauchbarkeit der Ware nicht beeinträchtigt sein. Deshalb ist nach dem CISG die Ware auch dann nicht vertragsgemäß, wenn sie eine bessere Qualität als die geschuldete hat.⁶²

Der Vorrang der vertraglichen Leistungsbeschreibung wird häufig als subjektiver Fehlerbegriff bezeichnet.⁶³ Zu beachten ist jedoch, dass dem Tatbestand der Sachmängelhaftung nach Art. 35 I CISG auch Fallgruppen, die im deutschen Recht nicht mehr unter den subjektiven Fehlerbegriff zu subsumieren sind, unterfallen. Dies ist etwa bei Abweichungen von Parteivereinbarungen über die Verpackung der Ware der Fall, die ebenfalls als Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 35 I CISG anzusehen sind. Im deutschen Recht wird die unsachgemäße Verpackung dagegen als Nebenpflichtverletzung angesehen.

⁵⁷ Abschlussbericht, S. 200; siehe auch schon 2.1.1.2.1.2.

⁵⁸ Abschlussbericht, S.200

⁵⁹ Abschlussbericht, S. 33; Medicus, NJW 92, S. 2385; Haas, NJW 92, S. 2394

⁶⁰ Die Fallgruppen der Mengen- und Artabweichungen sind gesonderten Abschnitten vorbehalten, 2.2.1.3. und 2.2.2.3..

⁶¹ Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 70; Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 4

⁶² Coester-Waltjen Jura 97, 638

Auch die Unterscheidung von Beschaffenheitsvereinbarungen und zugesicherten Eigenschaften, die für das bisherige deutsche Gewährleistungsrecht kennzeichnend war, trifft das CISG nicht. Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften ist eine Vertragswidrigkeit, für die der Verkäufer grundsätzlich in gleicher Weise wie für sonstige Sachmängel einzustehen hat.⁶⁴ Versteht man die Zusicherung⁶⁵ wie die herrschende Meinung zum deutschen Recht als Gewährübernahme, deren Vorliegen bestimmte von der „normalen“ Vertragswidrigkeit abweichende Haftungsfolgen eintreten lässt⁶⁶, kann die Zusicherung aber auch bei Anwendung des CISG von Bedeutung sein. Sie kann der Bestimmung des Inhalts der Beschaffenheitsvereinbarung dienen. Sofern die „Zusicherung“ eine für den Käufer ganz besonders wichtige Eigenschaft betrifft, ohne deren Vorliegen er den Vertrag nicht geschlossen hätte, wird beim Fehlen dieser Eigenschaft ein wesentlicher Vertragsbruch anzunehmen sein, der zur Aufhebung des Vertrages berechtigt.⁶⁷

2.1.3.2. Gesetzlicher Standard der vertragsgemäßen Beschaffenheit als sekundärer Maßstab

Fehlt es an einer vertraglichen Absprache, nach der man die Vertragsmäßigkeit der Ware beurteilen könnte, trifft das CISG eine Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen die Ware dem Vertrag entspricht. Haben also die Parteien im Vertrag, was häufig vorkommt, nicht alle Eigenschaften der Kaufsache detailliert festgelegt, können sie auf Art. 35 II lit. a bis d CISG als gesetzliche Mindeststandards zurückgreifen.

2.1.3.2.1. Die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch

Art. 35 II lit. a CISG verlangt, dass die Ware für den gewöhnlichen Gebrauch geeignet sein muss. Das Kriterium der gewöhnlichen Gebrauchseignung war schon dem bisher geltenden deutschen Recht nicht fremd (§ 459 I 1, 1. Alt. BGB a.F.). Maßgeblich für Art. 35 II lit. a CISG ist die objektive Verkehrsanschauung über die gewöhnlichen Gebrauchszwecke für eine Sache der vertraglich festgelegten Art.⁶⁸ Die Eignung für den normalen Gebrauch ist dann nicht mehr gegeben, wenn das Fehlen von Eigenschaften dazu führt, dass die Benutzung der Ware beeinträchtigt wird, die Ware keine ordnungsgemäßen Arbeitsergebnisse bringt oder ungewöhnlich hohe Kosten verursacht.⁶⁹ Bei der Lieferung von Gattungsware ist es

⁶³ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 6; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 79, Rn. 133; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 166

⁶⁴ Honsell-Magnus Art. 35 Rn. 7; Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 4

⁶⁵ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz spricht von der Übernahme einer Garantie, vgl. § 276 I BGB.

⁶⁶ Siehe oben 2.1.1.2.1.

⁶⁷ Schlechtriem, in: Bucher (Hrsg.) Wiener Kaufrecht, S. 118

⁶⁸ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 183; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 52; Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 27

⁶⁹ Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2.5.1.; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 74; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 183

ausreichend, dass die Ware von mittlerer Art und Güte ist, solange dies den üblichen Verwendungszweck nicht gefährdet.⁷⁰

Beim grenzüberschreitenden Kauf ist problematisch, nach welchem Standard die Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch zu beurteilen ist. Da das Kriterium der Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch vorwiegend auf nationale, weitgehend homogene Märkte bezogen ist, können gerade bei internationalen, grenzüberschreitenden Kaufverträgen diese Standards erheblich voneinander abweichen.⁷¹ Die bloße Nennung des Bestimmungslandes führt jedenfalls nicht dazu, dass dort öffentlich-rechtlich zwingend vorgeschriebene Standards beachtet werden müssen. Grundsätzlich ist der Standard im Verkäuferland einzuhalten⁷², sofern sich aus der Auslegung der Parteivereinbarungen oder aus internationalen Handelsbräuchen keine Anhaltspunkte gewinnen lassen⁷³. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, einzelne Anforderungen nach den Gesetzen des Käuferlandes zu kennen.⁷⁴ Eine abweichende Beurteilung kann sich aber daraus ergeben, dass der Käufer den Verkäufer auf bestimmte Standards aufmerksam macht⁷⁵ oder er auf die Sachkunde des Verkäufers im Hinblick auf die besonderen Vorschriften im Bestimmungsland vertrauen durfte⁷⁶. Eine derartige besondere Sachkunde kommt etwa in Betracht, wenn die betreffende Vorschrift im Verkäufer- und Käuferland übereinstimmt oder der Verkäufer häufig Exportgeschäfte in das Bestimmungsland tätigt.⁷⁷ In diesen Fällen ist eine Haftung des Verkäufers wegen der fehlenden Tauglichkeit der Ware zu dem gewöhnlichen Gebrauch zu bejahen.

2.1.3.2.2. Die Tauglichkeit für besondere Zwecke

Art. 35 II lit. b CISG stellt nicht auf den gewöhnlichen, sondern auf einen bestimmten vom Käufer verfolgten Verwendungszweck ab. Gemäß Art. 35 II lit. b CISG genügt es, wenn der Käufer den besonderen Verwendungszweck dem Verkäufer bei Vertragsschluss hinreichend zur Kenntnis gebracht hat. Vertragsgegenstand muss dieser Zweck nicht geworden sein.⁷⁸

⁷⁰ Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 75; Honsell-Magnus Art. 35 Rn. 13; Piltz, Internationales Kaufrecht § 5 Rn. 40

⁷¹ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 82, Rn. 137

⁷² Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 13; Honsell-Magnus Art. 35 Rn. 14, 20; Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2.5.1.; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 75; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 41; Enderlein/Maskow/ Strohbach Art. 35 Anm. 8

⁷³ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 83; Rn. 137; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 52

⁷⁴ Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2.5.1.; Enderlein/Maskow/ Strohbach Art. 35 Anm. 8

⁷⁵ Enderlein/Maskow/ Strohbach Art. 35 Anm. 8; Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 185; vgl. dazu auch BGH NJW 95, 2099 Lieferung von Muscheln mit nach deutschen Richtwerten erhöhtem Cadmiumgehalt, deren Verzehr jedoch nicht unmittelbar gesundheitsschädlich war, ist für den gewöhnlichen Gebrauch geeignet; maßgeblich ist die durchschnittliche Güte von Muscheln im Herkunftsstaat

⁷⁶ Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 13

⁷⁷ Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 13

⁷⁸ Huber, RabelsZ 43 (1979), S. 413, 480 f.; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 83, Rn. 138; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 75; Soergel-Lüderitz/ Schübler-Langeheine Art. 35 Rn. 12

Ausreichend ist allein, dass der Verkäufer den Verwendungszweck aufgrund hinreichend deutlicher Hinweise zur Kenntnis nehmen konnte.⁷⁹

Die durch Bekanntgabe eines besonderen Verwendungszwecks bewirkte Konkretisierung der Verkäuferpflichten hat eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers zur Folge. Dies kann insbesondere solche Verkäufer außerordentlich hart treffen, die nicht über die erforderliche Sachkunde verfügen, um die für den speziellen Gebrauchszweck erforderlichen Eigenschaften abschätzen zu können.⁸⁰ Trotzdem müssen auch sie grundsätzlich haften. Eine Abmilderung dieser Garantiehaftung sieht Art. 35 II lit. b CISG für den Fall vor, dass der Käufer auf die Fähigkeiten und das Urteil des Verkäufers nicht vertraut hat oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte. Im Zweifel darf der Käufer allerdings auf die Sachkunde des Verkäufers vertrauen, soweit dem nicht besondere Umstände wie eine überlegene Sachkunde des Käufers oder die Information des Verkäufers, über keine Spezialkenntnisse zu verfügen, entgegenstehen.⁸¹

2.1.3.2.3. Kauf nach Probe oder Muster

Hat der Verkäufer dem Käufer eine Probe oder ein Muster der zu verkaufenden Ware vorgelegt, so richtet sich die Vertragsmäßigkeit der Ware gemäß Art. 35 II lit. c CISG nach dieser Probe oder diesem Muster. Die Vorschrift entspricht § 494 BGB a.F.. Nach Art. 35 II lit. c CISG darf es sich nicht nur um eine unverbindliche Vorlage zur Ansicht gehandelt haben, vielmehr müssen die Parteien den Vertrag auf der Grundlage geschlossen haben, dass die geschuldete Ware mit dem vorgelegten Exemplar übereinstimmt.⁸²

2.1.3.2.4. Übliche oder angemessene Verpackung

Im Gegensatz zu Art. 35 II lit. a bis c CISG betrifft die Regelung des Art. 35 II lit. d CISG nicht die Beschaffenheit der Ware selbst, sondern die gerade im internationalen Handel wesentliche Frage der Verpackung. Anders als im deutschen Recht gehört im CISG die Verpackung zur Vertragsmäßigkeit der Ware. Geschuldet ist grundsätzlich die übliche Verpackung, wobei die in der Branche geltenden Bräuche sowie der Zweck der Verpackung, angemessenen Schutz der Ware zu erreichen, berücksichtigt werden müssen.⁸³

⁷⁹ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 53; Honsell-Magnus Art. 35 Rn. 19; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 21; Enderlein/Maskow/Strohbach Art. 35 Anm. 11

⁸⁰ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 83; Rn. 139

⁸¹ Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2.5.3.; Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 31; diesen Ausnahmetatbestand muss dann der Verkäufer darlegen und beweisen, vgl. Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 76; Soergel-Lüderitz/ Schüßler-Langeheine Art. 35 Rn. 17

⁸² Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 26; Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 31; Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2. 6. 1.

⁸³ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 29, 31; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 141 S. 84; Existiert eine solche übliche Verpackung für die bestimmte Ware (noch) nicht, etwa weil die Ware neu oder speziell für den Käufer hergestellt worden ist, so ist eine angemessene Verpackung zu wählen.

2.1.4. Die Richtlinie 99/44/EG

2.1.4.1. Das Prinzip der Vertragsmäßigkeit

Art. 2 I RL 99/44/EG bestimmt, dass der Verkäufer dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern hat. Die Richtlinie erhebt den Grundsatz der Vertragsmäßigkeit zu ihrem Leitprinzip, weil die Vertragsmäßigkeit als gemeinsame Basis der unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen anzusehen sei.⁸⁴ Die Vorschrift befindet sich damit in Übereinstimmung zu Art. 35 CISG, der ebenfalls die Vertragsmäßigkeit in den Mittelpunkt seiner Gewährleistungsregelung stellt. Die für das Sachmängelrecht des bisherigen BGB a.F. charakteristische Unterscheidung zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften verliert vor dem Hintergrund einer umfassenden Haftung für Vertragswidrigkeiten ihre Bedeutung.⁸⁵ Die Zusicherung bestimmter Eigenschaften kann aber weiter eine Rolle spielen im Zusammenhang mit der Haftung aus einer Garantie (Art. 6 RL 99/44/EG).⁸⁶

2.1.4.2. Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

Die Vertragsmäßigkeit bestimmt sich nicht nur durch die ausdrücklichen vertraglichen Absprachen. Sie ergibt sich auch aus der Übereinstimmung mit den in Art. 2 II RL 99/44/EG festgelegten Kriterien. Seinem Wortlaut nach enthält Art. 2 II RL 99/44/EG lediglich Vermutungen für die Vertragsmäßigkeit, letztlich also Beweiserleichterungen.⁸⁷ Da die in Absatz II lit. a bis d aufgeführten Tatbestände aber fast alle Fälle der Vertragsmäßigkeit umfassen, können diese Kriterien in den Mitgliedsstaaten zur näheren Konkretisierung der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit benutzt werden.⁸⁸ Art. 2 II RL 99/44/EG enthält sowohl subjektive als auch objektive Kriterien, aus denen sich die Vertragsmäßigkeit ergibt. Die in Absatz II lit. a bis d genannten Elemente gelten kumulativ.⁸⁹ Auch bei Unanwendbarkeit eines Kriteriums behalten die übrigen Elemente ihre Geltung.⁹⁰

⁸⁴ 7. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; Micklitz, EuZW 97, S. 231; Wolf, RIW 97, S. 900

⁸⁵ Schäfer/ Pfeiffer, ZIP 99, S. 1832; Schlechtriem, JZ 97, S. 444; Kircher, ZRP 97, S. 291; Rieger, VuR 99, S. 288

⁸⁶ Vgl. §§ 276, 443 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes; näher dazu unter 2.1.5.1.

⁸⁷ Staudenmayer, NJW 99, S. 2393; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 115; ders., JZ 01, S. 532; Honsell, JZ 01, S. 279; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1414; Gsell, JZ 01, S. 66; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 86 f.; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 9

⁸⁸ 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; Staudenmayer, NJW 99, S. 2393; Lehmann, JZ 00, S. 283; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1414 f.; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 953 f.; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 84; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 12

⁸⁹ 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; Wolf, RIW 97, S. 900; Medicus, ZIP 96, S. 1926; Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 296, Rn. 20; Lehmann, JZ 00, S. 283; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 17; Gsell, JZ 01, S. 66; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 956; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 86; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 14; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.10.; Grundmann/ Bianca-Grundmann EU-Kaufrechtsrichtlinie Art. 2 Rn. 9

⁹⁰ 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 296, Rn. 20

2.1.4.2.1. Kauf nach Beschreibung und nach Probe oder Muster

Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG bestimmt, dass die Kaufsache mit einer dem Verbraucher vorgelegten Probe oder einem Muster sowie mit den Beschreibungen des Verkäufers übereinstimmen muss. Hinsichtlich des Kaufs nach Probe oder Muster ergeben sich keine Besonderheiten zu Art. 35 II lit. c CISG.⁹¹ Anders verhält es sich mit dem Kauf nach Beschreibung, der weder im CISG, noch im BGB oder Kommissionsentwurf Erwähnung findet. Haftet der Verkäufer schon aufgrund der von ihm abgegebenen Beschreibung der Kaufsache, ohne dass diese Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden sein muss⁹², so bedeutet dies eine deutliche Verschärfung seiner Haftung.⁹³

2.1.4.2.2. Die Eignung für besondere Zwecke

Art. 2 II lit. b RL 99/44/EG stellt für die Vertragsmäßigkeit auf einen bestimmten vom Verbraucher verfolgten Verwendungszweck ab. Der Verbraucher muss dabei dem Verkäufer den besonderen Verwendungszweck bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht haben. Der Verkäufer muss diesem zugestimmt haben. Das Zustimmungserfordernis war in den Vorentwürfen noch nicht enthalten. Diese enthielten dagegen die Voraussetzung, dass der Verbraucher auf die Erklärungen des Verkäufers vertraut haben musste. Die endgültige Richtlinienfassung unterscheidet sich so erheblich von der Vorbildregelung des Art. 35 II lit. b CISG. Sowohl nach dem CISG als auch nach den Entwürfen von 1996 und 1998 ist bzw. war ausreichend, dass der Käufer den Zweck dem Verkäufer einseitig zur Kenntnis brachte.⁹⁴ Eine Zustimmung des Verkäufers war gerade nicht erforderlich. Die jetzige Regelung soll verhindern, dass dem Verkäufer einseitig Zweckbestimmungen aufgenötigt werden.⁹⁵ Das Erfordernis des Vertrauens des Verbrauchers hinsichtlich der Erklärungen des Verkäufers konnte unter diesen Umständen aufgegeben werden, da durch das Erfordernis der Zustimmung die Zweckbestimmung gerade nicht mehr in die alleinige Macht des Käufers gegeben wird, ein besonderer Schutz des Verkäufers deshalb nicht erforderlich ist. Stimmt der Verkäufer nicht zu, ist ein Vertrauen des Verbrauchers irrelevant. Der Verkäufer ist durch die Voraussetzung der Zustimmung ausreichend vor einem Missbrauch durch den Verbraucher geschützt. Anders als Art. 35 II lit. b CISG ist Art. 2 II lit. b RL 99/44/EG also lediglich eine Klarstellung dessen, was gemäß Art. 2 I RL 99/44/EG ohnehin gilt.

⁹¹ Siehe 2.1.3.2.3.; KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 2 Absatz II, abgedruckt in: ZIP 96, 1850

⁹² Lehmann, JZ 00, S. 283; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.10. und 11.; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 81, 101

⁹³ Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 372; siehe dazu noch unter 2.1.6.3.2.

⁹⁴ Siehe oben zum CISG 2.1.3.2.2.; zum damaligen Art. 2 II lit. c des Richtlinienentwurfs von 1996 Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 372

2.1.4.2.3. Die Eignung für die gewöhnlichen Zwecke

Art. 2 II lit. c RL 99/44/EG verlangt, dass die Kaufsache für die Zwecke geeignet sein muss, für die Güter dieser Art gewöhnlich gebraucht werden. Die Norm entspricht Art. 35 II lit. a CISG. Ähnlich wie diese Vorschrift lässt auch Art. 2 II lit. c RL 99/44/EG offen, ob und inwieweit die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere spezieller Qualitätsstandards, bei grenzüberschreitenden Käufen für die vertragsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache maßgebend sein kann und wenn dies der Fall ist, ob im Falle abweichender Standards der des Verkäufer- oder des Käuferlandes einzuhalten ist. Es ist anzunehmen, dass die Eignung für den gewöhnlichen Gebrauch ebenso wie für Art. 35 II lit. a CISG nach dem Standard des Verkäuferlandes beurteilt werden wird.⁹⁶

2.1.4.2.4. Art. 2 Absatz II lit. d RL 99/44/EG

Als Hintergrund der Regelung des Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG kann das im Grünbuch ursprünglich gegenüber dem Prinzip der Vertragsmäßigkeit favorisierte Konzept der berechtigten Erwartungen angesehen werden.⁹⁷ Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG stellt auf die vom Verkäufer geschuldete Beschaffenheit ab, die der Verbraucher in Bezug auf Leistung und Qualität erwarten konnte. Die in lit. d aufgeführten Kriterien überschneiden sich allerdings teilweise mit den Kriterien aus den anderen Vermutungen. So werden die Beschaffenheit und bestimmte vom Verkäufer selbst getätigte Werbeaussagen zu Qualität und Leistung bereits durch lit. a erfasst. Die Nennung des üblichen Qualitätsstandards gleichartiger Waren findet seine Entsprechung in lit. c. Daher soll Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG als Generalklausel nur in atypischen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen.⁹⁸

Die eigentliche Besonderheit der letzten Vermutung des Art. 2 II RL 99/44/EG liegt in der Einbeziehung öffentlicher produktbezogener Äußerungen des Herstellers und dessen Vertreters in die Gewährleistungshaftung des Verkäufers. Allerdings soll nicht für jede Abweichung von noch so blumigen Werbeaussagen gehaftet werden. Es geht nur um Abweichungen von Werbeäußerungen, die sich auf konkrete Eigenschaften des Produkts beziehen.⁹⁹ Die durch Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG geschützten Erwartungen des Verbrauchers sind grundsätzlich nach dem

⁹⁵ Staudenmayer, NJW 99, S. 2394

⁹⁶ vgl. BGH NJW 95, 2099; Schlechtriem, JZ 97, S. 444; siehe dazu 2.1.3.2.1.

⁹⁷ Lehmann, JZ 00, S. 283; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 90; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 142; dazu Schnyder/ Straub, ZEuP 97, S. 16, 45 ff.; Micklitz, EuZW 97, S. 231

⁹⁸ Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 297, Rn. 20

⁹⁹ Schmidt- Rantsch, ZIP 98, S. 851; Staudenmayer, NJW 99, S. 2394; Lehmann, JZ 00, S. 284; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 21; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.14.; Grundmann/ Bianca-Grundmann EU-Kaufrechtsrichtlinie Art. 2 Rn. 37; a.A. Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 276f.; ders., ZRP 97, S. 292: durch die Vorschrift würde die Unterscheidung zwischen werbender Anpreisung und verbindlicher Willenserklärung aufgegeben

Empfängerhorizont eines vernünftigen durchschnittlichen Angehörigen des mit der werbenden Äußerung angesprochenen Personenkreises zu bestimmen.^{100 101}

Mit dieser Vorschrift werden demnach vertragsanbahnende Werbeaussagen den vertraglichen Leistungszusagen gleichgestellt.¹⁰² Die Kommission hat dies damit begründet, dass die Verbraucher ihre Kaufentscheidungen meistens aufgrund der Herstellerwerbung und nicht aufgrund der mit dem Händler geführten Verkaufsgespräche treffen.¹⁰³ Insoweit erscheint es gerechtfertigt, den Werbenden und den Verkäufer, der von der Herstellerwerbung profitiert, an die gemachten öffentlichen Werbeaussagen zu binden.¹⁰⁴ Zudem gewährt Art. 2 IV RL 99/44/EG dem Verkäufer die Möglichkeit, seine Haftung für Äußerungen des Herstellers und des Vertreters abzuwenden. So befreit die fehlende Kenntnis der Werbeaussagen, deren Berichtigung bei Vertragsschluss sowie der Nachweis, dass die Kaufentscheidung nicht durch die Äußerung beeinflusst war, den Käufer von seiner Haftung.¹⁰⁵

2.1.4.3. Haftung wegen unsachgemäßer Montage

Art. 2 V 1 RL 99/44/EG stellt die unsachgemäße Montage der Vertragswidrigkeit gleich.¹⁰⁶ Die Kommission war der Ansicht, dass eine Regelung der Montage in Verbindung mit einem Kaufabschluss wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung und der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher unerlässlich sei, überdies sei eine Erstreckung der Gewährleistungsregeln in diesen Bereich problemlos möglich.¹⁰⁷ Voraussetzungen für eine Haftung sind, dass die Montage Bestandteil des Kaufvertrages geworden ist und sie durch den Verkäufer bzw. unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde.

¹⁰⁰ Jorden, Verbrauchergarantien, S. 110; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 183

¹⁰¹ Ein Abstellen auf den Verständnishorizont des naiven, leichtgläubigen und unvernünftigen Verbraucher würde zu einer kaum überschaubaren Haftung des Verkäufers führen. Zudem bestünde die Gefahr, dass die Werbetreibenden auf jegliche sachliche Informationen verzichten und sich in völlig inhaltsleere Formulierungen flüchten. Die Werbung würde so ihre für die Verbraucher wichtige Funktion als Informationsquelle einbüßen, vgl. Jorden, Verbrauchergarantien, S. 111 f.; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 183 f.

¹⁰² Wolf, RIW 97, S. 900

¹⁰³ Staudenmayer, NJW 99, S. 2394; Wolf, RIW 97, S. 900; auch Dürrschmidt, Werbung und Verbrauchergarantien, S. 113, Fn. 88 mit Verweis auf das Formblatt zu den Auswirkungen der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, KOM (95), 520, S. 28

¹⁰⁴ Wolf, RIW 97, S. 900; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 955; in diesem Sinne auch Dürrschmidt, Werbung und Verbrauchergarantien, S. 113

¹⁰⁵ Vgl. Spiegelstrich 1 bis 3 des Absatzes IV

¹⁰⁶ Die Bemühungen, auch Service-Leistungen wie die Montage durch die gesetzliche Garantieregelung zu erfassen, gehen bereits auf das Grünbuch von 1993 zurück. Die Kommission hatte aber aufgrund der Vielgestaltigkeit und der Komplexität der Materie von einer Harmonisierung des Kundendienstes abgesehen. KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 2 Absatz III, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; vgl. Micklitz, EuZW 97, S. 232

¹⁰⁷ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 2 Absatz III, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; hierzu noch unter 2.1.6.3.6.2.

Die sog. IKEA-Klausel¹⁰⁸ in Art. 2 V 2 RL 99/44/EG lässt den Verkäufer darüber hinaus auch bei unsachgemäßer Montage durch den Verbraucher haften, wenn hierfür eine mangelhafte Montageanleitung ursächlich war.

2.1.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

2.1.5.1. Der einheitliche Sachmängeltatbestand

Zentraler Tatbestand für die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers im Falle der Lieferung mangelhafter Waren ist § 434 BGB. Diese Vorschrift enthält in Übereinstimmung mit dem vorangegangenen Diskussionsentwurf die Definition des Sachmangels. Gemäß § 434 I 1 BGB ist die Sache mangelfrei, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat. Dies entspricht dem Wortlaut des § 435 I 1 KE. Auch dem neugefassten § 434 BGB liegt damit der subjektive Fehlerbegriff zugrunde. Für den Verbrauchsgüterkauf war dies durch Art. 2 I RL 99/44/EG ohnehin zwingend vorgeschrieben.

Ebenso wie Art. 35 I CISG, § 435 KE und Art. 2 I der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verzichtet das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auf eine Zweiteilung des Sachmängeltatbestands. Die bisherige Differenzierung des § 459 BGB a.F. in Fehler und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften ist aufgegeben worden. Trotzdem wird eine Eigenschaftszusicherung im Sinne der Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft weiter möglich bleiben.¹⁰⁹ Nach § 276 I 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit nur dann zu vertreten, wenn eine strengere Haftung aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie nicht zu entnehmen ist. Die Zusicherung wird damit nicht mehr als eigenständiger Tatbestand, sondern als Unterfall des Vertretenmüssens im Falle eines Schadensersatzanspruchs behandelt.¹¹⁰ Anders als im Kommissionsentwurf und im Diskussionsentwurf erwähnt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Zusicherungshaftung dabei nicht allein in dem geänderten § 276 I 1, sondern weist auch in den §§ 442 I, 444 BGB auf die bestehende Möglichkeit einer Garantiehafung hin.¹¹¹

2.1.5.2. Kriterien bei fehlender Parteivereinbarung

Haben die Vertragsparteien im Kaufvertrag keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, kommen die in § 434 I 2 BGB aufgeführten Kriterien zur Anwendung. Im Hinblick auf die Eignung der Kaufsache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nr. 1) und die

¹⁰⁸ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395; Boerner, ZIP 01, S. 2267; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 489; zum Teil werden beide Sätze des Art. 2 V RL 99/44/EG so bezeichnet, vgl. Westermann, JZ 01, S. 533; Dauner-Lieb, JZ 01, S. 13; Honsell, JZ 01, S. 279

¹⁰⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 132, 210; Westermann, JZ 01, S. 533; Huber, in: FS für Schlechtriem, S. 522; Zerres, VuR 02, S. 10

¹¹⁰ Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 484

¹¹¹ Westermann, JZ 01, S. 535

Eignung für die gewöhnlichen Verwendungszwecke (Nr. 2) handelt es sich dabei um Kriterien, die auch schon nach dem bislang geltenden Recht für die Fehlerbestimmung maßgeblich waren. Die Subsidiarität objektiver Maßstäbe bei der Sachmangelbestimmung wird dabei durch die Verbindung mit dem Wort „sonst“ zum Ausdruck gebracht. Im Gegensatz dazu hatte der Diskussionsentwurf in § 434 I 2 die gewöhnliche Verwendung als gleichwertiges Kriterium behandelt („oder“), was zu Recht als Bruch mit dem subjektiven Verständnis der Sachmängelhaftung kritisiert worden war.¹¹²

Den Katalog aus Art. 2 II RL 99/44/EG übernimmt § 434 BGB nicht. Vielmehr erfolgt die Umsetzung durch die Erweiterung der Definition des Sachmangels.¹¹³ § 434 I 2 Nr. 1 BGB setzt das Merkmal der Tauglichkeit der Kaufsache für die besonderen Verwendungszwecke des Käufers aus Art. 2 II lit. b RL 99/44/EG um. Art. 2 II lit. c RL 99/44/EG findet seine Umsetzung in § 434 I 2 Nr. 2 BGB, der darüber hinaus noch einen Teil von Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG enthält. So muss die Kaufsache neben ihrer Verwendbarkeit für die gewöhnlichen Zwecke noch eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten konnte. Die Begründung zum Regierungsentwurf hebt diesbezüglich hervor, dass der Formulierung „nach der Art der Sache“ eine besondere Bedeutung im Zusammenhang mit gebrauchten Kaufsachen zukommen wird. Denn von einer gebrauchten Kaufsache kann der Käufer nicht die Eigenschaften einer neuwertigen Sache erwarten.¹¹⁴ Der bei Gebrauchtwagen nicht mehr mögliche Gewährleistungsausschluss für Verbraucherkäufe kann insoweit durch eine entsprechende Festlegung der geschuldeten Beschaffenheit abgemildert werden. Wenn die Kaufsache also aufgrund ihres gebrauchten Zustands nicht mehr die Qualität und Leistung einer neuwertigen Ware aufweist, ist sie nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB nicht mangelhaft, weil der Käufer nach der Art der Sache eben nur die Qualität einer gebrauchten Sache erwarten darf.

Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG wird im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht ausdrücklich umgesetzt. Die besondere Erwähnung von Proben und Mustern wird als nicht erforderlich angesehen, weil diese Fälle bereits durch § 434 I 1 BGB abgedeckt sind. Bei der Vorlage einer Probe oder eines Mustern während der Verkaufsgespräche könne man auch von einer entsprechenden Vereinbarung über die betreffenden Eigenschaften ausgehen.¹¹⁵ Dies entsprach schon der Lösung des Kommissionsentwurfs.¹¹⁶ Auch das Kriterium der „Beschreibung“ in Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG sieht das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bereits durch § 434 I 1 BGB ausreichend berücksichtigt.

¹¹² Gsell, JZ 01, S. 66; Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 215

¹¹³ Zur Richtlinienkonformität dieser Vorgehensweise siehe 2.1.6.3.

¹¹⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 718

¹¹⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 212; Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 214

¹¹⁶ Abschlussbericht, S. 242 f.; siehe dazu 2.1.6.3.1.

2.1.5.3. Die Haftung für öffentliche produktbezogene Äußerungen

Der Haftungstatbestand der öffentlichen produktbezogenen Äußerungen des Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG wurde in § 434 I 3 BGB nahezu wortlautgetreu umgesetzt. Bei der Behandlung von Werbeangaben ist zunächst zu berücksichtigen, dass entsprechende Aussagen des Verkäufers selbst häufig im Rahmen des Verkaufsgesprächs getätigt werden. Sofern sie konkrete Eigenschaften der Kaufsache betreffen, ist dann bereits eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I 1 BGB anzunehmen.¹¹⁷ Demnach werden hauptsächlich nicht Vertragsinhalt gewordene Werbeaussagen Dritter, insbesondere des Herstellers und seiner Gehilfen, § 434 I 3 BGB unterfallen. Es handelt sich also um ein objektives Merkmal im Rahmen der Mängelhaftung. § 434 I 3 BGB dient der Konkretisierung der gewöhnlichen Verwendung und der üblichen Beschaffenheit der gekauften Ware im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB.¹¹⁸

§ 434 I 3 BGB erstreckt die Haftung des Verkäufers nicht nur auf Werbeangaben des Herstellers¹¹⁹, sondern auch auf entsprechende Äußerungen seiner Gehilfen. Diese Regelung weicht vom Wortlaut des § 2 II lit. d RL 99/44/EG, der vom Vertreter des Herstellers sprach, ab. Einer Übernahme dieses Begriffes stand die abweichende Terminologie des BGB entgegen, da es sich nicht um eine Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB bei der Abgabe von Willenserklärungen handelt. Der Begriff „Gehilfe“ soll zum Ausdruck bringen, dass vielmehr Hilfspersonen gemeint sind, die für den Hersteller bei Äußerungen über Tatsachen eingeschaltet werden.¹²⁰

Der Verkäufer haftet im Rahmen des § 434 I 3 BGB aber nicht schon für reißerische, reklamehafte Anpreisungen, sondern nur für konkrete Angaben über Beschaffenheit und Verwendung der Kaufsache.¹²¹

Die Ausnahmetatbestände aus Art. 2 IV RL 99/44/EG hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 434 I 3, 2. HS BGB übernommen. Der Gesetzesentwurf ließ ursprünglich die in Art. 2 IV Spiegelstrich 2 RL 99/44/EG enthaltene Entlastungsmöglichkeit, wonach der Verkäufer nicht haftet, wenn die unrichtige Werbeangabe

¹¹⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 720; Boerner, ZIP 01, S. 2266; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 487; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 38; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 106

¹¹⁸ Palandt-Putzo, Ergbd. § 434 Rn. 31, 33; Westermann, NJW 02, S. 245; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1415; Zerres, VuR 02, S. 6; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 110

¹¹⁹ Der Herstellerbegriff ist in der Richtlinie in Art. 1 II lit. d enthalten. Auf die dieser Definition entsprechende Umschreibung im deutschen Recht, § 4 I, II ProdHaftG, nimmt § 434 I 3 BGB ausdrücklich Bezug.

¹²⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 725

¹²¹ Boerner, ZIP 01, S. 2266; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 116; AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 12; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn.487; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 45; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 108

zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war, unerwähnt.¹²² Dies wurde damit begründet, dass Spiegelstrich 2 von Spiegelstrich 3 miterfasst werde. Denn dem Käufer müsse die Berichtigung bekannt sein oder er müsse von ihr zumindest Kenntnis erlangen können. Eine derart berichtigte Werbeangabe sei dann schon nicht mehr geeignet, die Kaufentscheidung zu beeinflussen.¹²³ Auf Anregung des Bundesrates wurde diese Entlastungsmöglichkeit nachträglich in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgenommen.¹²⁴ Dem Wortlaut des Art. 2 IV Spiegelstrich 2 RL 99/44/EG ist nicht zu entnehmen, ob der Käufer tatsächlich Kenntnis von der Berichtigung gehabt haben musste. Die ausdrückliche Erwähnung in § 434 I 3, 2. HS BGB spricht nunmehr dafür, dass die Berichtigung allein schon zur Entlastung des Verkäufers führt. Auf eine Kenntnis des Käufers kommt es danach nicht an.¹²⁵ Nur wenn dem Käufer die Berichtigung vor Vertragsschluss wirklich bekannt war, konnte die werbende Aussage seine Kaufentscheidung nicht beeinflussen, so dass auch § 434 I 3, 2. HS Alt. 3 BGB erfüllt ist. Hätte der Käufer von der Berichtigung nur Kenntnis erlangen können, ist eine tatsächliche Beeinflussung jedoch keineswegs ausgeschlossen. Hier hat die Entlastungsmöglichkeit des § 434 I 3, 2. HS Alt. 2 BGB eine eigenständige Bedeutung gegenüber § 434 I 3, 2. HS Alt. 3 BGB.

Bemerkenswert ist, dass die spezifisch verbraucherrechtlich motivierte Vorgabe der Haftung für Werbeangaben durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz für sämtliche Kaufverträge geltendes Recht geworden ist. Ein gespaltener Sachmangelbegriff je nach Kaufgeschäft für Verbraucher und sonstige Käufer wurde so vermieden. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu begrüßen. Die für das Gewährleistungsrecht zentrale Frage, wann ein Sachmangel vorliegt, muss von der Rechtsordnung einheitlich beantwortet werden.¹²⁶ So werden Probleme innerhalb des von Art. 4 RL 99/44/EG vorgegebenen und durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 478 BGB geregelten Regresses vermieden, bei dem sonst in einer Absatzkette unterschiedliche Mangelbegriffe zur Anwendung kommen müssten.¹²⁷ Zudem werden gewerbliche Käufer durch Werbung ebenso beeinflusst wie Verbraucher. Diese sind in ihren durch unzutreffende Werbeangaben hervorgerufenen Erwartungen nicht weniger schutzwürdig.¹²⁸ Die Tatsache, ob es sich um einen gewerblichen Käufer oder einen

¹²² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215

¹²³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215; Westermann, NJW 02, S. 245

¹²⁴ BT-Drucks. 14/6857, S. 25, 59

¹²⁵ Westermann, NJW 02, S. 245; AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 15; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 488, Fn. 64; Hoffmann, ZRP 01, S. 348

¹²⁶ So auch Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 955; vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 211; a.A. Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 17; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1415; zweifelnd Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 127 f.

¹²⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 211, 214; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 32

¹²⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 955; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 167; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 37

Verbraucher handelt, kann insoweit aber im Rahmen der Auslegung und der Frage, wie der Käufer die öffentliche Äußerung verstehen durfte, berücksichtigt werden.¹²⁹

2.1.5.4. Die Haftung für fehlerhafte Montage und Montageanleitungen

Schließlich unterstellt § 434 II BGB entsprechend Art. 2 V RL 99/44/EG die unsachgemäße Montage und die fehlerhafte Montageanleitung dem Kaufgewährleistungsrecht. § 434 II 1 BGB regelt die unsachgemäße Montage durch den Verkäufer. Erfasst sind hiervon diejenigen Fälle, in denen der Verkäufer zunächst eine mangelfreie Sache liefert und diese dadurch mangelhaft wird, dass der Verkäufer sie beim Käufer nicht ordnungsgemäß montiert oder aufstellt.¹³⁰ Der Verkäufer haftet dabei unabhängig davon, ob dies zu Schäden an der Kaufsache oder an anderen Rechtsgütern des Käufers führt.¹³¹ Einen Sachmangel stellt es auch dar, wenn die Montage allein fehlerhaft ausgeführt wird, ohne die Beschaffenheit der Kaufsache zu beeinträchtigen.¹³² Voraussetzung für die Haftung nach § 434 II 1 BGB ist jedoch, dass der Verkäufer die Montage nach dem Inhalt des Kaufvertrages schuldet, wobei er sich aber zur Erfüllung dieser Pflicht auch eines Dritten bedienen kann. Der Dritte ist dann Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Sinne des § 278, S. 1 BGB. Dies musste ausdrücklich in den Wortlaut der Vorschrift aufgenommen werden, da § 278 BGB die Zurechnung fremden Verschuldens betrifft, es im Kaufrecht aber um eine Zurechnung fremden Verhaltens, nämlich der unsachgemäßen Montage geht.¹³³ § 434 II 2 BGB stellt die fehlerhafte Montageanleitung dem Sachmangel gleich. Diese Vorschrift trägt der zunehmenden Zahl an Kaufverträgen Rechnung, die einen Zusammenbau beim Letztkäufer vorsehen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich der Mangel ausgewirkt haben muss (§ 434 II 2 a.E. BGB). Es stellt demnach keinen Sachmangel dar, wenn der Käufer oder eine von diesem eingeschaltete Person die Kaufsache trotz mangelhafter Montaganleitung aufgrund eigener Sachkunde richtig zusammensetzt.¹³⁴ Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass die Montageanleitung gegenüber der Kaufsache keine eigenständige, isolierte Bedeutung hat. Sie dient lediglich zu deren fehlerfreiem Zusammenbau und erschöpft sich hierin.¹³⁵

¹²⁹ Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 955; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 167

¹³⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215

¹³¹ Boerner, ZIP 01, S. 2267

¹³² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 730; Als Beispiel wird dort angeführt, dass Küchenschränke schief montiert wurden, ohne dass diese in ihrer Substanz beschädigt worden wären. Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 117

¹³³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215

¹³⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216; Westermann, NJW 02, S. 244

¹³⁵ AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 17

2.1.6. Vergleich

2.1.6.1. Das primär subjektive Verständnis von der Sachmängelhaftung

Im Gegensatz zum bislang geltenden deutschen Gewährleistungsrecht, das innerhalb seines Sachmängeltatbestands in Fehler (§ 459 I BGB a.F.) und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 459 II BGB a.F.) mit jeweils voneinander abweichenden Rechtsfolgen differenzierte, liegt den neueren Regelungen ein anderer, umfassenderer Haftungsansatz zugrunde.¹³⁶ Voraussetzung für eine Haftung ist hier schlicht, dass die gekaufte Ware der vertraglichen Vereinbarung nicht entspricht. Nach Art. 35 I CISG und Art. 2 I RL 99/44/EG haftet der Verkäufer deshalb dem Käufer für die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache. Der Grundtatbestand der Gewährleistungshaftung wird dem entsprechend als Vertragswidrigkeit bezeichnet. § 435 I KE und im Anschluss daran § 434 I BGB bleiben hingegen beim Begriff des Sachmangels, verzichten aber auf weitere Differenzierungen.

Das Haftungskonzept des BGB in seiner ursprünglichen Fassung ist überholt. Die Gründe für die Normierung eines zweigeteilten Gewährleistungstatbestands in § 459 BGB a.F. lagen in der geschichtlichen Entwicklung der Kaufgewährleistung. Bei der Schaffung des BGB a.F. hatte sich das subjektive Verständnis von der Sachmängelhaftung noch nicht durchgesetzt. Leitbild für § 459 I BGB a.F. war vielmehr der aus der römisch-rechtlichen Tradition erwachsene objektive Fehlerbegriff.¹³⁷ Mit der sog. subjektiven Theorie hatte sich aber bereits für das bisherige deutsche Recht die Erkenntnis durchgesetzt, dass in erster Linie die Parteivereinbarung die Maßstäbe für die geschuldete Warenqualität bestimmt (sog. subjektiver Fehlerbegriff). Aufgrund dieser Auslegung des § 459 I BGB a.F. lag auch schon vor der Modernisierung des deutschen Kaufrechts allen Gewährleistungsregelungen das vorzugswürdige subjektive Verständnis von der Sachmängelhaftung zugrunde.

Der Rechtsgrund für die moderne Gewährleistungshaftung besteht darin, dass die Kaufsache nicht so ist, wie sie nach dem Kaufvertrag sein sollte.¹³⁸ Dem trägt der Begriff der Vertragsmäßigkeit sprachlich am besten Rechnung. Durch ihn wird die Auffassung vom Vertrag als privatautonome Regelung der Parteien, welche die Rechtsordnung auch im Fall der Mangelhaftigkeit als Beurteilungsgrundlage anerkennt, besonders deutlich zum Ausdruck gebracht.¹³⁹ Insofern ist es bedauerlich, dass der in Art. 2 I RL 99/44/EG und Art. 35 I CISG verwendete Begriff der Vertragsmäßigkeit nicht in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz übernommen worden ist.¹⁴⁰ Inhaltliche Unterschiede sind mit dem im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verwendeten Begriff des Sachmangels jedoch nicht verbunden.

¹³⁶ Art. 35 CISG, Art. 2 RL 99/44/EG sowie §§ 434, 435 KE, §§ 433 I 2, 434 BGB

¹³⁷ Vgl. 1.1. und 2.1.1.1.2.

¹³⁸ Vgl. insbesondere Flume, Eigenschaftsirrtum beim Kauf, S. 52; Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 85; Huber, Gutachten I, S. 755; Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 89

¹³⁹ Huber, Gutachten I, S. 765

2.1.6.2. Die Zusicherungsproblematik

Auch der zweite Haftungstatbestand der bisherigen deutschen Gewährleistungsregelung, die Zusicherung, beruhte auf den römisch-rechtlichen Traditionen.¹⁴¹ Der Dualismus zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften in § 459 BGB a.F. hatte nur so lange seinen Sinn, wie der Fehlerbegriff objektiv, also als körperliche Verschlechterung der Kaufsache verstanden wurde. Mit der Durchsetzung des subjektiven Fehlerbegriffes im deutschen Recht kam es zu einer Konkurrenz zwischen den beiden, auf die vertraglichen Abreden der Parteien abstellenden Tatbeständen. Nach der subjektiven Theorie verspricht der Verkäufer im Kaufvertrag ohnehin, dass die Kaufsache die im Vertrag vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Die Abgabe einer zusätzlichen Zusicherung, dass die Sache diese Beschaffenheit auch wirklich besitzt, stellte sich danach nur noch als die Wiederholung eines Versprechens, das der Verkäufer sowieso schon abgegeben hat, dar. §§ 459 I und II BGB a.F. ließen sich deshalb nicht mehr sinnvoll voneinander unterscheiden. Jeder Sachmangel nach § 459 I BGB a.F. konnte immer auch als das Fehlen einer konkludent zugesicherten Eigenschaft interpretiert werden.¹⁴² Die Entscheidung, welche Haftung im Gewährleistungsfall eintreten sollte, war daher je nach Einzelfall offen. Klare Kriterien standen der deutschen Rechtsprechung nicht zur Verfügung, sie entschied nach tatrichterlichem Ermessen. Vor allem die Frage, ob dem Käufer ein Schadensersatzanspruch zustehen sollte, rückte so in den Mittelpunkt der Diskussion.¹⁴³

Das CISG enthält keine dem bisherigen deutschen Recht vergleichbare Differenzierung. Alle Arten von Vertragswidrigkeiten werden mit den gleichen Rechtsbehelfen sanktioniert, so dass die eigentliche Funktion der Zusicherung, die Voraussetzungen für den Schadensersatz zu definieren, nach dem CISG entbehrlich wird. Dem Käufer steht gemäß Art. 45 I lit. b CISG ohnehin im Falle der Vertragswidrigkeit der Kaufsache ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch zu. Das CISG vermeidet so die Probleme des deutschen Rechts bei der Unterscheidung zwischen einfacher Zusage einer Beschaffenheit und der Zusicherung von Eigenschaften, wodurch seine Anwendung erheblich vereinfacht wird. Auch die Richtlinie 99/44/EG hat nicht an den dualistischen Sachmangelbegriff des deutschen Rechts angeknüpft. Allerdings ist hier zu beachten, dass Schadensersatzansprüche nicht Gegenstand der Richtlinie waren und durch Art. 2 I RL 99/44/EG deshalb nur eine Änderung des Fehlerbegriffs aus § 459 I BGB a.F. veranlasst gewesen wäre. Trotzdem hat auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, wie schon der Kommissionsentwurf, auf einen zweigeteilten Tatbestand verzichtet. Mit der Kodifizierung des subjektiven Fehlerbegriffes wurde die Zusicherung zum einen begrifflich entbehrlich. Zum anderen eröffnete die Erhebung der vertragsgemäßen Beschaffenheit zur Verkäuferpflicht nach § 433 I 2 BGB Raum für die

¹⁴⁰ Dafür Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1414

¹⁴¹ Vgl. 1.1.

¹⁴² Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 49; Huber, Gutachten I, S. 767; Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 134; vgl. Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 35, 89

¹⁴³ Siehe dazu schon 2.1.1.2.1.

Anwendbarkeit der Schadensersatznormen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts gemäß §§ 280, 281, 311 a II BGB. Diese enthalten einen allgemeinen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch, der über die Verweisung in § 437 Nr. 3 BGB auch für gewährleistungsrechtliche Sachverhalte gilt. Damit hat die Zusicherung ihre Funktion als eigenständige Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch verloren. Die Möglichkeit einer Garantiehafung im Sinne der jetzigen Zusicherungshaftung wird aber weiter bestehen bleiben.¹⁴⁴ Gemäß § 276 I BGB handelt es sich bei der Haftung aus Garantie jedoch nur noch um einen Unterfall des Vertretenmüssens. Schon dem konzeptionell identischen Vorschlag der Schuldrechtskommission hatte man diesbezüglich vorgeworfen, dass sich mit dem Wegfall der Zusicherung nur die tatbestandliche Bezeichnung ändere, nicht aber die inhaltliche Abgrenzungsnotwendigkeit. Eine Vereinfachung der Rechtsfindung sei damit nicht verbunden.¹⁴⁵ Dem ist nicht zuzustimmen. Mit der Einführung eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs für alle Sachmängel hat sich die Notwendigkeit zur Abgrenzung erheblich verringert. Sie erlangt zwar noch in den Fällen Bedeutung, in denen der Verkäufer sorgfaltsgemäß gehandelt hat, jedoch tritt die Garantie hinter den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch klar zurück. Sie wird daher wohl kaum mehr die systembestimmende Bedeutung erlangen, die ihr im bisherigen deutschen Recht zukam¹⁴⁶

2.1.6.3. Gesetzliche Standards für die Sollbeschaffenheit

Haben die Parteien die Eigenschaften der Kaufsache nicht im Kaufvertrag festgelegt, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die für die Haftung maßgebliche Sollbeschaffenheit zu bestimmen ist. Das CISG legt in Art. 35 II Standards dafür fest, wann die Ware als vertragsgemäß anzusehen ist. Die bisherige deutsche Regelung und der Kommissionsentwurf enthielten solche Regelbeispiele nicht. Die Kriterien zur Beurteilung der Sollbeschaffenheit bei fehlender Parteiabrede sind nach § 435 I KE und nach § 459 BGB a.F. bereits in der Definition des Sachmangels enthalten. So nennt § 459 BGB a.F. drei Kriterien für die Ermittlung der Sollbeschaffenheit: die Zusicherung (§ 459 II BGB a.F.)¹⁴⁷, die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag von den Parteien vorausgesetzten Gebrauch (§ 459 I 1, 2. Alt. BGB a.F.) und der Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch (§ 459 I 1, 1. Alt. BGB a.F.).¹⁴⁸ Die Richtlinie nennt in Anlehnung an die Regelungstechnik des CISG in Art. 2 II RL 99/44/EG ebenfalls Beispiele, wann die Ware als vertragsgemäß gilt. Anders als Art. 35 II CISG enthält

¹⁴⁴ §§ 276, 442, 444 BGB; Siehe oben 2.1.2.2. und 2.1.5.1

¹⁴⁵ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 92 f.

¹⁴⁶ Haas, NJW 92, S. 2394 für den KE; Westermann, NJW 02, S. 248 für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

¹⁴⁷ Siehe dazu schon unter 2.1.6.2.

¹⁴⁸ Vgl. Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 44 ff.

Art. 2 II RL 99/44/EG jedoch Vermutungstatbestände.¹⁴⁹ Während im CISG die Ware bei Nichtvorliegen der genannten Fallgruppen und fehlender Parteiabrede in jedem Falle vertragswidrig ist¹⁵⁰, stellt sich nach der von der Richtlinie gewählten Formulierung das Problem, dass beim Nichtvorliegen der Tatbestände des Art. 2 II lit. a bis d nur die Vermutung der Vertragsmäßigkeit entfällt, was nicht Vertragswidrigkeit bedeutet.¹⁵¹ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz übernimmt die dem deutschen Recht fremde Vermutungskonstruktion des Art. 2 II RL 99/44/EG nicht. Es bindet vielmehr die umsetzungsbedürftigen Tatbestände, soweit sie nicht schon in der Sachmängeldefinition der Vorbildregelung des § 435 KE enthalten waren, in die entsprechend erweiterte Definition des § 434 BGB mit ein. Liegen die in § 434 I 2, 3 BGB genannten Voraussetzungen nicht vor, so ist die Kaufsache mangelhaft. Diese Umsetzung genügt den Anforderungen der Richtlinie.¹⁵² Die klare Bestimmung, wann ein Sachmangel gegeben ist, stärkt die Rechte des Verbrauchers. Denn sie vermeidet die Auseinandersetzung mit dem nach dem Richtlinienwortlaut aufgeworfenen Problem, wie die dort aufgeführten Vermutungstatbestände zu widerlegen sind und was gelten soll, wenn die Widerlegung gelingt. Zudem war schon in der Begründung der Richtlinie darauf hingewiesen worden, dass die in Absatz II lit. a bis d aufgeführten Tatbestände fast alle Fälle der Vertragsmäßigkeit umfassen und diese Kriterien deshalb auch zur näheren Konkretisierung der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit benutzt werden können.¹⁵³ Ein Abschreiben des Kataloges aus Art. 2 II RL 99/44/EG war deshalb nicht erforderlich.¹⁵⁴

2.1.6.3.1. Kauf nach Probe oder Muster

Übereinstimmend legen Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG und Art. 35 II lit. c CISG fest, dass die Kaufsache mangels anderer Abreden der vom Verkäufer vorgelegten Probe oder dem vorgelegten Muster entsprechen muss. Schon nach bisherigem deutschem Recht hatte das Vorzeigen eines Musters oder einer Probe Einfluss auf die zu fordernde Sollbeschaffenheit der Kaufsache. Nach § 494 BGB a.F. galten die durch Probe oder Muster ausgewiesenen Eigenschaften sogar als zugesichert. Der Kommissionsentwurf und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthalten demgegenüber keine ausdrückliche Vorschrift zur Vorlage von Proben und Mustern. Eine besondere Erwähnung hat man zu Recht als überflüssig

¹⁴⁹ Staudenmayer, NJW 99, S. 2393; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 115; ders., JZ 01, S. 532; Honsell, JZ 01, S. 279; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1414; Gsell, JZ 01, S. 66; siehe dazu schon 2.1.6.3.

¹⁵⁰ Vgl. den Wortlaut des Art. 35 II CISG: „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie....“

¹⁵¹ Honsell, JZ 01, S. 279; Westermann, JZ 01, S. 532; ders., NJW 02, S. 243; vgl. auch den Wortlaut des Art. 2 II RL 99/44/EG: „Es wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie...“

¹⁵² So auch Westermann, JZ 01, S. 532; ders., NJW 02, S. 243; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 954; Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 214; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 96

¹⁵³ 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; vgl. auch Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 709; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 85

abgelehnt. Sofern ein Muster oder eine Probe bei Vertragsschluss vorgelegt wurde, ist ohnehin anzunehmen, dass die Kaufsache dem Muster oder der Probe in ihrer Beschaffenheit entsprechen muss.¹⁵⁵

2.1.6.3.2. Kauf nach Beschreibung

Eine Besonderheit in Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG, die in den anderen Regelwerken keine Entsprechung findet, ist die Haftung für Eigenschaften entsprechend der vom Verkäufer abgegebenen Beschreibung. Eine solche Haftung ist nicht unproblematisch. Müsste Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG in der Weise interpretiert werden, dass der Verkäufer schon aufgrund der von ihm abgegebenen Beschreibung der Kaufsache haftet, ohne dass diese Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden sein muss, so würde dies eine deutliche Verschärfung seiner Haftung bedeuten.¹⁵⁶ Bei wortlautgetreuer Auslegung des Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG müsste hier die Kaufsache gerade nicht vertragsgemäß, sondern lediglich beschreibungsgemäß sein. Die hierdurch bedingte Verschärfung der Haftung des Verkäufers wäre nicht gerechtfertigt. Eine Haftung, die über die Vertragsinhalt gewordenen Abreden hinaus Äußerungen des Verkäufers gelegentlich der Vertragsverhandlungen sanktioniert, ist abzulehnen. Maßgeblich können nur die im Vertrag getroffenen Vereinbarungen sein. Entsprechend dem auf die Übereinkunft der Vertragsparteien abstellenden subjektiven Verständnis von der Gewährleistung ist eine Haftung für einseitig getroffene Aussagen nicht vom Rechtsgrund der Gewährleistungshaftung gedeckt.¹⁵⁷ Außerdem bedarf der kaufende Verbraucher dieses besonderen Schutzes gar nicht. Schließlich liegt es in der Hand des Käufers, durch Zustimmung zu der erfolgten Beschreibung die entsprechenden Eigenschaften zum Vertragsinhalt zu machen. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz übernimmt deshalb das problematische Kriterium der „Beschreibung“ zu Recht nicht in seine Sachmängeldefinition. Nach der Regierungsbegründung wird dieses Merkmal durch die Kodifizierung des subjektiven Fehlerbegriffes in § 434 I BGB ausreichend berücksichtigt. Sofern der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der Kaufsache in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft, werden diese Erklärungen auch zum Inhalt des Vertrages und somit zum Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des §

¹⁵⁴ Dafür aber Reich, NJW 99, S. 2403; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1414; auch Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S.17

¹⁵⁵ Abschlussbericht, S. 242 f. und Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 212; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 709; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 162; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 97; siehe auch schon 2.1.5.2.; Die Sondervorschrift des § 494 BGB a.F. musste schon deshalb entfallen, weil die Zusicherung als eigenständiger Sachmängeltatbestand nicht mehr existiert.

¹⁵⁶ Vgl. Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 372; zweifelnd Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 96 f.: Grenze zwischen stillschweigender Einbeziehung in den Vertrag und einseitig bleibender Verkäufermitteilung kaum zu erkennen

¹⁵⁷ Siehe dazu oben 2.1.6.1.

434 I 1 BGB.¹⁵⁸ Die Richtlinie wird demnach so ausgelegt, dass durch die Annahme des Kaufangebots nach erfolgter Beschreibung die Vermutung besteht, dass diese Beschreibung die Grundlage einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung geworden ist.¹⁵⁹ Dieser Interpretation der Richtlinie und der darauf basierenden restriktiven Umsetzung des Art. 2 II lit. a kann nur zugestimmt werden. Andernfalls wäre zu befürchten, dass nicht Vertragsinhalt gewordene Eigenschaften lediglich aufgrund der Beschreibung zu einer Haftung des Verkäufers führen könnten.

2.1.6.3.3. Die Tauglichkeit für besondere Zwecke

Ein in allen Regelungen vorhandenes Kriterium ist das der Tauglichkeit der Kaufsache für besondere Zwecke des Käufers. § 435 I KE und § 434 I 2 Nr. 1 BGB sprechen von der „Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“. Eine ähnliche Formulierung fand sich schon in § 459 I 1, 2. Alt. BGB a.F. Auch gemäß Art. 2 II lit. b RL 99/44/EG und Art. 35 II lit. b CISG muss sich die Kaufsache für einen bestimmten vom Käufer angestrebten Zweck eignen. Anders als nach der Richtlinie und der herrschenden Meinung im deutschen Recht, wo eine Willensübereinstimmung der Parteien bezüglich dieses Zwecks erforderlich ist, genügt es nach dem CISG, ihm diesen einfach zur Kenntnis zu bringen. Eine Haftung für nicht von der Willensübereinkunft der Vertragsschließenden gedeckte Zweckangaben ist indessen abzulehnen.¹⁶⁰ Die dadurch bedingte Haftungsverschärfung ist nicht gerechtfertigt. Der Verkäufer darf nicht mit einer unkalkulierbaren Haftung für Risiken, denen er nicht zugestimmt hat und auf die er deshalb auch keinen Einfluss nehmen konnte, belastet werden. Dem mussten bereits die Verfasser von Art. 35 II lit. b CISG Rechnung tragen. Um das Haftungsrisiko des Verkäufers einzudämmen, wurde das Korrektiv des Vertrauenmüssens in den Tatbestand eingeführt, das ebenso unbestimmt bleibt wie die Haftungsgrundlage selbst. Auch im deutschen Recht wird diskutiert, ob für das Merkmal der Eignung für den vertraglich vorausgesetzten Zweck allein die vertragliche Vereinbarung oder aber die Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrages maßgeblich sein sollen. Diese Frage soll auch nach der Schuldrechtsmodernisierung weiter offen bleiben.¹⁶¹ Nach der herrschenden Lehre im bislang geltenden Recht genügte eine dem Verkäufer erkennbare Zweckbestimmung allerdings nicht für die Folgerung, dass nach dem Vertrag ein entsprechender Gebrauch vorausgesetzt sei. Die Annahme eines nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauchs erforderte eine Willenseinigung

¹⁵⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 212; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 162; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 7; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 24

¹⁵⁹ Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 214; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 24; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 100 f.; a.A. Zerres, VuR 02, S. 6

¹⁶⁰ Siehe schon unter 2.1.6.3.1.

¹⁶¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 213 im Anschluss an den Abschlussbericht, S. 202

beider Parteien darüber, dass die Kaufsache zu einem bestimmten Zweck geeignet sein muss¹⁶², wobei der beiden Teilen bekannte Verwendungszweck auch stillschweigend zur Vertragsgrundlage gemacht werden konnte.¹⁶³ Die schon zum bisherigen deutschen Recht vertretene Mindermeinung, die Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrages seien für eine Haftung ausreichend¹⁶⁴, ist abzulehnen. Einem schon begrifflich kaum eingrenzbaaren vertraglichen Vorfeld kann im Hinblick auf die Bestimmung der vertraglichen Sollbeschaffenheit keine rechtliche Relevanz zukommen. Vorrangiger Maßstab für eine Haftung des Verkäufers ist die vertragliche Vereinbarung. Gerade im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie ist bei § 434 I 2 Nr. 1 BGB zu beachten, dass Art. 2 II lit. b ausdrücklich die Zustimmung des Verkäufers zur Zweckbestimmung voraussetzt. § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist daher in der Weise auszulegen, dass einseitige, nicht Vertragsinhalt gewordene Zweckangaben für die Festlegung der Sollbeschaffenheit der Kaufsache nicht zu berücksichtigen sind.

2.1.6.3.4. Die Tauglichkeit für die gewöhnlichen Verwendungszwecke

Ebenfalls allen Regelungen gemein ist die Einbeziehung objektiver Elemente als Maßstab der Gewährleistungshaftung. Die Kaufsache muss sich danach für ihre gewöhnlichen Verwendungszwecke eignen. Für das bisher geltende deutsche Recht folgte dies aus dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff¹⁶⁵ und § 459 I 1, 1. Alt. BGB a.F. Der Kommissionsentwurf enthielt eine ausdrückliche Erwähnung in § 435 I. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat am schon bislang geltenden subjektiv-objektiven Fehlerbegriff ebenfalls nichts geändert. Nunmehr ergibt sich die Haftung des Verkäufers für die gewöhnliche Verwendung aus § 434 I 2 Nr. 2 BGB. Auch Art. 2 II lit. c RL 99/44/EG und Art. 35 II lit. a CISG nennen dieses Merkmal. Allen Regelungen stimmen darin überein, dass objektive Kriterien lediglich subsidiär zur Anwendung kommen. Nur wenn die Parteien keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen über die Eigenschaften der Kaufsache bzw. deren Verwendungszweck getroffen haben, bestimmt der übliche Verwendungszweck die Anforderungen an deren Sollbeschaffenheit.

Eine Besonderheit scheint diesbezüglich die Richtlinie zu enthalten. Aus der Tatsache, dass die Kriterien in lit. a bis d des Art. 2 II RL 99/44/EG grundsätzlich nicht abdingbar sind¹⁶⁶, ist gefolgert worden, dass die Kaufsache selbst dann als vertragswidrig anzusehen sei, wenn sie sich zwar für den vom Käufer erkennbar zugrunde gelegten besonderen Zweck eignet, nicht aber für andere gewöhnliche Zwecke, die bei Vertragsschluss als irrelevant bezeichnet

¹⁶² Soergel-Huber § 459 Rn. 41 f; RGZ 131, 343, 352; 70, 82, 86; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 45

¹⁶³ BGH BB 61, 305

¹⁶⁴ Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I a

¹⁶⁵ Aber auch die rein subjektive Theorie ließ bei fehlender Parteivereinbarung objektive Kriterien zum Zuge kommen, siehe oben 2.1.1.1.1.

¹⁶⁶ Art. 7 I Richtlinie 99/44/EG

wurden.¹⁶⁷ Dies ist nicht zutreffend, da es sich bei den in Art. 2 II RL 99/44/EG niedergelegten Kriterien um widerlegbare Vermutungen handelt.¹⁶⁸ Zwar müssen daher im Zweifel tatsächlich die Zwecke der lit. b und c zusammen zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit herangezogen werden. Es ist aber unter Rückgriff auf Art. 2 I RL 99/44/EG auch möglich, bei einer besonderen Zweckvereinbarung von der Tauglichkeit für die gewöhnlichen Zwecke abzusehen.¹⁶⁹ Bestätigt wird dies durch Art. 7 I 1 RL 99/44/EG, der eine Unabdingbarkeit nur für solche Vereinbarungen festlegt, die mit dem Verkäufer vor der Unterrichtung des Verbrauchers über die Vertragswidrigkeit getroffen wurden. Aus dieser Einschränkung ergibt sich, dass Vereinbarungen, welche die gewöhnliche Zweckeignung der Kaufsache ausschließen und damit normalerweise zu einer Vertragswidrigkeit führen würden, sofern sie einvernehmlich, also mit Kenntnis des Verbrauchers, geschlossen wurden, nach dem Wortlaut des Art. 7 I RL 99/44/EG zulässig bleiben.¹⁷⁰ Auch Art. 2 III RL 99/44/EG stützt diese Auslegung, da bei Kenntnis des Käufers von fehlenden Eigenschaften schon gar keine Vertragswidrigkeit vorliegen soll.¹⁷¹ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat daher bei der Umsetzung des Art. 2 II lit. c RL 99/44/EG in § 434 I 2 Nr. 2 BGB zu Recht an der Subsidiarität objektiver Kriterien festgehalten. Ein Abweichen von diesem Grundsatz war nach dem soeben Gesagten durch die Richtlinie nicht veranlasst.

2.1.6.3.5. Die Haftung für öffentliche produktbezogene Äußerungen

Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG bezieht die Haftung für Werbeaussagen des Verkäufers oder Herstellers in den Katalog der die Vertragsmäßigkeit konkretisierenden Merkmale mit ein. In der Aufzählung der Vorbildregelung des Art. 35 II CISG wird dieses Kriterium demgegenüber nicht erwähnt. Der Grund hierfür liegt vor allem im verbraucherschützenden Charakter des Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG, der im vom CISG geregelten Handelsverkehr keine Rolle spielt. Allerdings ist auch nach dem CISG anerkannt, dass die Werbung des Verkäufers für die Bestimmung der Vertragsmäßigkeit maßgeblich sein kann.¹⁷² Macht der Verkäufer konkrete Werbeaussagen im Rahmen der Verkaufsgespräche, liegt bereits eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des Art. 35 I CISG vor. Daneben können öffentliche Äußerungen des Herstellers die Bestimmung der üblichen Verwendung der Ware im Sinne des Art. 35 II lit. a CISG beeinflussen. Denn auch die Werbeangaben des Herstellers

¹⁶⁷ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 274; ders., ZRP 97, S. 292; außerdem für lit. c als zwingendes Recht: Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 860; Gass, FS für Rolland, S. 135; Schlechtriem, JZ 97, S. 444; Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 850; Wolf, RIW 97, S. 902

¹⁶⁸ Vgl. 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

¹⁶⁹ So auch Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 297, Rn. 20; Gsell, JZ 01, S. 66; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 53; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 19; implizit auch Rieger, VuR 99, S. 288

¹⁷⁰ Ähnlich Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 297

¹⁷¹ Gsell, JZ 01, S. 66

¹⁷² Schlechtriem- Schwenzer Art. 35 Rn.7; Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2. 3.; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 638

charakterisieren die Eigenschaften eines Produkts und seine gewöhnliche Verwendung.¹⁷³ Soweit die Werbeaussagen des Herstellers nicht über Angaben bezüglich der üblichen Zweckeignung hinausgehen, ist daher gemäß Art. 35 II lit. a CISG eine Haftung zu bejahen. § 459 BGB a.F. und § 435 I KE erwähnten die Werbung nicht in ihrer Sachmängeldefinition. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Richtlinienvorgabe nicht nur wortlautgetreu in das deutsche Recht umgesetzt, sondern darüber hinaus auch beim bürgerlich-rechtlichen und Handelskauf für anwendbar erklärt. Gemäß § 434 I 3 BGB erstreckt sich die Gewährleistungshaftung nunmehr auf öffentliche produktbezogene Äußerungen des Verkäufers, Herstellers und seiner Gehilfen. Obwohl Werbeangaben bisher nicht ausdrücklich in die Sachmängeldefinition einbezogen wurden, ist fraglich, ob die Übernahme des Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG durch § 434 I 3 BGB wirklich eine einschneidende Neuerung darstellt.¹⁷⁴ Zunächst ist zu beachten, dass werbende Äußerungen des Verkäufers in den Verkaufsgesprächen zumeist schon als Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB zu qualifizieren sind.¹⁷⁵ Nach § 434 I 3 BGB haftet der Verkäufer darüber hinaus für Werbeäußerungen Dritter, also des Herstellers und dessen Gehilfen. Eine unzumutbare Haftungserweiterung ist darin aber nicht zu sehen. Zunächst wird eine Haftung nur bei Werbeangaben über konkrete Eigenschaften begründet, nicht aber bei reißerischen Anpreisungen allgemeiner Art.¹⁷⁶ Unter dieser Voraussetzung hat die deutsche Rechtsprechung die Werbung auch schon bisher zur Fehlerbestimmung herangezogen.¹⁷⁷ Problematisch war in diesem Zusammenhang nur, ob solche Angaben auch Zusicherungen begründen können, was die Rechtsprechung sogar teilweise bejaht hat.¹⁷⁸ Insoweit lässt sich eine Übereinstimmung des Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG und des darauf beruhenden § 434 I 3 BGB mit der bisherigen Auslegung des § 459 BGB a.F. feststellen.¹⁷⁹ Außerdem kann der Verkäufer die Belastungen, die ihm durch nicht selbst getätigte Werbeangaben entstehen, weitergeben, da ihm nach § 478 BGB ein Regressanspruch gegen

¹⁷³ Vgl. Magnus, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 87; Anders Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 216, der Werbeangaben rein subjektiv als Teil der Beschaffenheitsvereinbarung des Verkäufers verstehen will.

¹⁷⁴ In diesem Sinne aber Schlechtriem, JZ 97, S. 444 f.; Tonner, BB 99, S. 1771; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 276 f.; Dauner-Lieb, JZ 01, 13; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 163

¹⁷⁵ Siehe 2.1.5.3.; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Boerner, ZIP 01, S. 2266; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn.487; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 95

¹⁷⁶ Boerner, ZIP 01, S. 2266; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 116; AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 12; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn.487

¹⁷⁷ BGHZ 48, 118, 122 f.; 132, 55, 57 ff.; ZIP 97, 1547; NJW 97, 2590 (Herstellerangaben über Kraftstoffverbrauch eines Neuwagens); MüKo-Westermann § 459 Rn. 63 f.

¹⁷⁸ BGH NJW 81, 1268; OLG Köln NJW 72, 172; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 40 ff.

¹⁷⁹ So auch Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 237; Ehmman/ Rust, JZ 99, S. 856; Schmidt-Räntsch, ZEuP 99, S. 296; Medicus, ZIP 96, S. 1926; Rieger, VuR 99, S. 289; Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 299; Gass, in: FS für Rolland, S. 136; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Haas, BB 01, S. 1314

seinen Vormann zusteht.¹⁸⁰ Demgegenüber werden die durch Art. 2 IV RL 99/44/EG vorgegebenen und in § 434 I 3 a.E. BGB übernommenen Ausnahmetatbestände die Haftung des Verkäufers kaum erheblich begrenzen können.¹⁸¹ Der Verkäufer wird sich in Bezug auf das von ihm verkaufte Produkt regelmäßig nicht als schlecht informiert darstellen können. Da der Verkäufer zudem die Beweislast für die Ausschlusstatbestände trägt, wird ihm daneben nur selten der Beweis gelingen, dass eine bestimmte Werbeaussage keinen Einfluss auf die Kaufentscheidung gehabt hat.

Im Ergebnis ist die Einbeziehung unrichtiger Werbeangaben in die Gewährleistungshaftung zu befürworten. Die Haftung des Verkäufers für diese Äußerungen ist wegen ihrer Bedeutung für die Erwerbsentscheidung der Käufer sachlich gerechtfertigt.¹⁸² Neben ihrer akquisitiven Wirkung hat die Werbung zugleich eine wichtige informatorische Funktion. Denn die heutige Marktsituation ist in besonderem Maße davon geprägt, dass öffentliche Angaben der Anbieter, sei es des Herstellers, seiner Gehilfen oder des Verkäufers, zunehmend die individuelle Beratung der Käufer ersetzen. Durch die Werbung mit konkreten Produkteigenschaften wird das auf der Nachfrageseite bestehende erhebliche Informationsbedürfnis bedient. Die Güter werden durch die Werbung praktisch „vorverkauft“.¹⁸³ Die von der Angebotsseite verbreiteten öffentlichen Äußerungen beeinflussen so die Kaufentscheidung der Kunden in erheblichem Maße. Diese dem Händler zu Gebote stehende Einflussmöglichkeit auf die Erwerbsentscheidung seiner Kunden begründet die Notwendigkeit, einen entsprechenden Haftungstatbestand für die Richtigkeit der Informationen zu schaffen.¹⁸⁴ Gerade weil die Werbung, von der der Verkäufer profitiert, bei den heutigen Vertriebsformen oftmals in den Händen des Herstellers liegt, ist es auch konsequent, den Verkäufer für unrichtige Herstellerangaben haften zu lassen. Auch derjenige Käufer, der seiner Kaufentscheidung die öffentlichen Äußerungen des Herstellers oder seiner Gehilfen zugrunde legt, muss auf deren inhaltliche Richtigkeit vertrauen können.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Kritisch dazu und für einen Durchgriff auf den Hersteller: Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 17; Lehmann, JZ 00, S. 290 f.; Boerner, ZIP 01, S. 2266

¹⁸¹ Westermann, NJW 02, S. 245; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 487; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.14; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 38, 43; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 49; Zerres, VuR 02, S. 6; a.A. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 297, Fn. 43; Medicus, ZIP 96, S. 1927; Junker, DZWir 97, S. 273

¹⁸² Jorden/ Lehmann, JZ 01; S. 955; Lehmann JZ 00, S. 287f.; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 164; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 191; a.A. Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1415

¹⁸³ Vgl. Jorden, Verbrauchergarantien, S. 164

¹⁸⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 955; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 856; Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 311; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 164 f.

2.1.6.3.6. Die Einbeziehung von Nebenpflichtverletzungen

CISG, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beziehen anders als das bisherige deutsche Recht bestimmte Nebenpflichtverletzungen, die zum vertragswidrigen Zustand der Kaufsache führen, in die Gewährleistungshaftung mit ein.

2.1.6.3.6.1. Die mangelhafte Verpackung

Nach Art. 35 II lit. d CISG gehört die Verpackung zur Vertragsmäßigkeit der Ware, auch wenn Vereinbarungen hierüber von den Vertragsparteien nicht getroffen wurden.¹⁸⁶ Allerdings führt nicht jeglicher Mangel der Verpackung zu einer Haftung des Verkäufers. Es wird vielmehr danach differenziert, ob die Ware aufgrund der fehlerhaften Verpackung Beeinträchtigungen erleidet oder nicht. Ist die Kaufsache infolge der unzureichenden Verpackung beschädigt worden, haftet der Verkäufer nach Art. 35 II lit. d CISG für die Vertragswidrigkeit. Konnte die Ware trotz der Verpackungsmängel unbeschädigt geliefert werden, ist eine Vertragswidrigkeit demgegenüber nur zu bejahen, sofern die Verpackung als Bestandteil der Ware anzusehen ist.¹⁸⁷ Dies ist anzunehmen, wenn es sich um originalverpackte Markenware oder eine Dauerverpackung für den Weiterverkauf handelt.¹⁸⁸ Dient die Verpackung hingegen nur dem Schutz der Sachen während des Transports, haftet der Verkäufer nicht für die bloße Unzulänglichkeit bzw. Beschädigung der Verpackung, sofern die Ware selbst unbeschadet bleibt¹⁸⁹, obwohl dies die Regelung des Art. 35 II lit. d CISG eigentlich nahe legen würde.¹⁹⁰ Denn lit. d enthält keine Einschränkung für den Fall, dass die Ware trotz mangelhafter Verpackung unbeschädigt bleibt.

Im bisher geltenden Recht wurde die unzureichende Verpackung grundsätzlich nicht über die Gewährleistungshaftung gemäß den §§ 459 ff. BGB a.F., sondern als Nebenpflichtverletzung nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung sanktioniert.¹⁹¹ Eine Beschädigung der Ware wegen Verletzung der Nebenpflicht zur ordnungsgemäßen Verpackung führte zur Haftung des Verkäufers aus positiver Forderungsverletzung, wobei die kurze Verjährungsfrist des § 477 I BGB a.F. anwendbar sein sollte.¹⁹² Hatte die Verpackung eine über die Versendung und den Schutz der Ware hinausgehende Bedeutung für die Kaufsache, wurde der Mangel der Verpackung als Fehler der gekauften Sache behandelt. So kam Gewährleistungsrecht zur Anwendung, wenn die Ware ohne die Verpackung entgegen dem Vertrag einen Weiterverkauf

¹⁸⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 214; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 165

¹⁸⁶ Dann unterliefe die Abweichung von der vereinbarten Verpackung bereits Art. 35 I CISG.

Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 11 und 28; Soergel-Lüderitz/ Schüßler-Langeheine Art. 35 Rn. 19

¹⁸⁷ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 31; Herber/ Czerwenka Art. 35 Rn. 7

¹⁸⁸ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 31; Herber/ Czerwenka Art. 35 Rn. 7

¹⁸⁹ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 31; Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 44; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 32

¹⁹⁰ Vgl. den Wortlaut: „... entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie... in einer für die Erhaltung und den Schutz der Ware angemessenen Weise verpackt ist.“

¹⁹¹ BGHZ 87, 88, 91 ff.; WM 83, 1155; Soergel-Huber § 459 Rn.57 m.w.N.; Soergel-Wiedemann vor § 275 Rn. 414; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 67; MüKo-Westermann § 447 Rn. 19

¹⁹² BGHZ 87, 88, 93 f.; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 67, 103

nicht zuließ oder in ihrer Haltbarkeit beeinträchtigt war. Die §§ 459 ff. BGB a.F. waren zudem einschlägig, wenn durch die fehlerhafte Verpackung der Wert der Ware gemindert wurde oder Zweifel an der Herkunft von einem bestimmten Hersteller, etwa bei Originalverpackungen, geweckt wurden.¹⁹³ In diesen Fällen sah man die Tauglichkeit der Ware als zur bestimmungsgemäßen Verwendung durch die unzulängliche Verpackung beeinträchtigt an mit der Folge, dass schon ein Mangel der Verpackung ohne Beeinträchtigung der eigentlichen Kaufsache zur Haftung des Verkäufers nach §§ 459 ff. BGB a.F. führte.

Kommissionsentwurf und Richtlinie haben sich in Bezug auf die unzureichende Verpackung der Kaufsache nicht an der Vorbildregelung des CISG orientiert. Ebenso wenig wird die mangelhafte Verpackung der Kaufsache in der Sachmängeldefinition des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erwähnt. Die Gründe für die ausdrückliche Erwähnung im CISG liegen in den Besonderheiten des internationalen Warenverkehrs. Gerade bei grenzüberschreitenden Kaufabschlüssen, wenn die Waren über größere Entfernungen transportiert werden müssen, ist eine ordnungsgemäße Verpackung von großer Wichtigkeit.

Die Behandlung der fehlerhaften Verpackung als Vertragswidrigkeit, wie sie nach dem CISG erfolgt, ist -unabhängig von der Frage ihrer ausdrücklichen Einbeziehung in die Definition der Vertragswidrigkeiten- nicht nur aus praktischen Erwägungen heraus sinnvoll. Sie ist auch dogmatisch konsequent. Aufgrund des subjektiven Verständnisses von der Gewährleistungshaftung sind auch leistungsbezogene Nebenpflichten wie die unzureichende Verpackung¹⁹⁴ als Vertragswidrigkeiten anzusehen. Nach dem subjektiven Fehlerbegriff setzt die Haftung des Verkäufers nur voraus, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft ist, dass sie die vertraglich festgelegten Eigenschaften nicht besitzt. Ob die vereinbarten Eigenschaften von vornherein nicht vorlagen oder ob sie infolge unzureichender Verpackung auf dem Transportwege verlorengegangen sind, macht dabei für den Käufer keinen Unterschied. Er erhält in beiden Fällen eine nicht vertragsgemäße Kaufsache. Führt die Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht einen vertragswidrigen Zustand herbei, ist daher Gewährleistungsrecht ebenso anzuwenden, wie wenn die vertragswidrige Beschaffenheit der Kaufsache schon von Beginn an bestanden hätte.

Wegen einer mangelhaften Verpackung haftet der Verkäufer demnach gemäß § 434 I 2 Nr. 1 oder 2 BGB, weil die ordnungsgemäße Verpackung bzw. Anlieferung der Ware in einem mangelfreien Zustand Teil ihrer vertraglich vorausgesetzten oder zumindest ihrer gewöhnlichen Verwendung ist.¹⁹⁵ Wie nach dem CISG ist die Haftung für Mängel der Verpackung aber

¹⁹³ RGZ 59, 120, 123; BGH MDR 65, 38; BGHZ 87, 88, 92; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 102 m.w.N.; Soergel-Huber § 447 Rn. 45; MüKo-Westermann § 459 Rn. 45

¹⁹⁴ Palandt-Heinrichs § 276 Rn. 112; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 73

¹⁹⁵ Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 73; zum geltenden Recht hatte dies bereits Huber, in: Soergel § 459 Rn. 88 und § 447 Rn. 44, 76 bis 78 vertreten: bei Mängeln der Kaufsache, die durch fehlerhafte Verpackung auf dem Transport beschädigt wurden, sollten §§ 462, 480 I BGB a.F. sowie die Regeln der positiven Forderungsverletzung im Falle von Mangelfolgeschäden

insoweit einzuschränken, als die bloße Unzulänglichkeit der Verpackung, die nicht zu einer Beeinträchtigung der Ware führt, keine gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen auslöst.

Gegen die Einbeziehung der Verpackungsmängel in die Gewährleistungshaftung bei Beeinträchtigung gekaufter Waren kann auch nicht eingewandt werden, dass die Beschädigung der Kaufsachen erst nach Gefahrübergang stattgefunden habe.¹⁹⁶ Denkbar ist dies insbesondere in Fällen, in denen § 447 BGB den Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorverlegt. Die Ware ist hier an sich bei Übergabe an die Transportperson und damit bei Gefahrübergang mangelfrei. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 434 I 2 BGB wären dann nicht erfüllt. Allerdings sollte schon nach bisherigem deutschen Recht § 447 BGB a.F. nicht anwendbar sein, wenn der Verkäufer für die Verletzung der Verkäuferpflicht verantwortlich war, da § 447 BGB nur den zufälligen Untergang bzw. die zufällige Beschädigung der Ware betraf. Der Verkäufer wurde also schon bisher von seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Verpackung nicht durch die Übergabe an eine Transportperson entlastet.¹⁹⁷ Dies muss auch für das reformierte Recht gelten. Zudem ist zu beachten, dass § 474 II BGB einen vorzeitigen Gefahrübergang beim Versendungskauf für den Verbrauchsgüterkauf ausschließt, so dass der Gefahrübergang gemäß § 446 BGB erst mit der Übergabe der Kaufsache stattfindet. Eine Beschädigung der Ware aufgrund der mangelhaften Verpackung auf dem Transportweg lässt den Mangel an der Ware im Sinne des § 434 I 2 BGB also noch vor Gefahrübergang entstehen.

Für das reformierte Recht bedeutet dies: Wie bisher sind Verpackungsmängel als Mangel der Kaufsache zu behandeln, sofern die Verpackung eine besondere Bedeutung für die Ware hat. Dann sind § 434 I 2 Nr. 1 bzw. 2 BGB einschlägig. Denkbar ist auch eine Einbeziehung über § 434 I 1 BGB, wenn die Parteien (konkudent) vereinbart haben, dass eine bestimmte Verpackung zur geschuldeten Beschaffenheit der Ware gehört. Verpackungsmängel, die lediglich dem Schutz der Ware dienen, stellen keinen Mangel der Kaufsache dar, wenn die Ware trotz Unzulänglichkeit unbeschädigt bleibt. Eventuelle Folgeschäden an anderen Rechtsgütern, die durch die fehlerhafte Verpackung entstanden sind, sind über § 280 I BGB zu ersetzen. Wird die Kaufsache aber aufgrund der unzureichenden Verpackung beschädigt, ist Sachmängelrecht anzuwenden. Denn die beschädigte Kaufsache entspricht bei Gefahrübergang nicht den vertraglichen Vereinbarungen im Sinne des § 434 I 1 BGB bzw. den in § 434 I 2 BGB genannten Kriterien. Die tatsächliche Beschaffenheit der Kaufsache stimmt durch die Beschädigung nicht mehr mit der geschuldeten Beschaffenheit überein, so dass über § 437 BGB die gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen zur Anwendung kommen.

anwendbar sein, da nicht einzusehen sei, warum der Verkäufer bei während des Transports entstandenen Mängeln anders dastehen soll als hinsichtlich bereits bei Transportbeginn vorhandener Mängel.

¹⁹⁶ So Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 57 für das bisherige deutsche Recht

¹⁹⁷ Vgl. BGH NJW 68, 1929, 1931; 76, 1353; Soergel-Huber § 459 Rn. 88; MüKo-Westermann § 447 Rn. 19; für das CISG Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 31

2.1.6.3.6.2. *Montagefehler*

Innerhalb der Richtlinie stellt Art. 2 V RL 99/44/EG die unsachgemäße Montage sowie die fehlerhafte Montageanleitung der Vertragswidrigkeit gleich und unterwirft sie damit dem Gewährleistungsrecht. Dies gilt nach § 434 II BGB nunmehr auch für das deutsche Recht. Eine entsprechende Regelung fehlte bisher im BGB a.F. und auch das CISG und der Kommissionsentwurf enthalten keine derartige Gleichstellung.

2.1.6.3.6.2.1. *Die unsachgemäße Montage*

§ 434 II 1 BGB, der Art. 2 V 1 RL 99/44/EG umsetzt, erfasst zunächst diejenigen Fälle, in denen die fehlerhafte Montage Schäden an der Kaufsache herbeigeführt hat.¹⁹⁸ Die Verletzung der Montageverpflichtung führt dann zum vertragswidrigen Zustand der Kaufsache. Von der Interessenlage macht es für den Käufer keinen Unterschied, ob die Sache schon mangelhaft geliefert wird oder durch falsches Montieren die zunächst vorhandene Vertragsmäßigkeit wieder verliert. In beiden Fällen entspricht das Kaufobjekt nicht der vertraglichen Vereinbarung und ist damit vertragswidrig. Die Haftung nach Gewährleistungsrecht ergibt sich hier schon aus dem subjektiven Fehlerbegriff.¹⁹⁹

§ 434 II 1 BGB gilt aber auch, wenn die Kaufsache zwar fehlerhaft montiert wird, jedoch keine Substanzbeeinträchtigungen erleidet.²⁰⁰ In diesen Fällen ist ein Mangel der Kaufsache selbst nicht gegeben. Trotzdem unterstellt § 434 II 1 BGB diese Fallgruppe im Gegensatz zum bisher geltenden deutschen Recht einheitlich der Kaufgewährleistung. Bislang wurde die unsachgemäße Montage unter dem Stichwort „Liefervertrag mit Montageverpflichtung“ behandelt. Je nachdem, ob das kaufvertragliche oder werkvertragliche Element überwog, wandte die Rechtsprechung Kaufvertragsrecht oder Werkvertragsrecht an.²⁰¹ Für den Fall, dass beide Leistungen etwa gleichwertig waren, wurde in der Literatur teilweise ein Typenkombinationsvertrag, der die einzelnen Elemente dem für sie charakteristischen Recht unterstellt, angenommen.²⁰² Handelte es sich um eine unbedeutende Montageverpflichtung, überwog also das kaufvertragliche Element, wurde ein Verstoß als Nebenpflichtverletzung nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung behandelt. Hatte die Montageverpflichtung nach Art und Umfang eine gewisse Bedeutung, so war Werkvertragsrecht einschlägig. Es bestand nach § 633 BGB a.F. ein Anspruch auf Nachbesserung. Schied dieser aus, wurden bisher diejenigen Schäden an der Sache selbst als

¹⁹⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215

¹⁹⁹ Westermann, Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 117; ders. JZ 01, S. 533; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 489

²⁰⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 215

²⁰¹ Soergel-Huber Rn. 275 f., 280 vor § 433 m.w.N. und § 433 Anh. I Rn. 23; Staudinger-Köhler Vorbem. 70 vor §§ 433 ff.; Palandt-Putzo Einf. Vor § 433 Rn. 16; BGH DB 90, 1278: Werkvertragsrecht anwendbar; BGH WM 86, 714; LG Aachen NJW-RR 88, 1399: Kaufvertragsrecht anwendbar; BGH NJW 98, S. 3197, 9198

²⁰² Larenz, SR II 1, § 53 IV; MüKo-Westermann vor § 433 Rn. 23

unmittelbare Mangelfolgeschäden über § 635 BGB a.F. sanktioniert, während Schäden an sonstigen Rechtsgütern über die positive Forderungsverletzung ersetzt wurden. Die bisher zu treffende Abgrenzung war allerdings im Einzelfall recht schwierig, Grenzfälle blieben streitig.²⁰³ Die Gleichstellung zu den Sachmängeln in § 434 II 1 BGB ist sachgerecht, da so die schwierige Unterscheidung zwischen unbedeutenden und bedeutenden Montageverpflichtungen und damit ihre Einordnung in kaufvertragliche Nebenpflichten oder werkvertragliche Hauptpflichten entfällt.²⁰⁴ Diese Klarstellung beseitigt die zuvor im deutschen Recht bestehenden Unsicherheiten bezüglich der Anwendbarkeit des Kaufgewährleistungsrechts und führt zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit für den Käufer. Die Anwendung von Kaufrecht auch auf Montageverpflichtungen von einigem Gewicht wirkt sich nach der Schuldrechtsreform überdies nicht so schwerwiegend aus, wie das nach dem bisherigen Recht der Fall gewesen wäre.²⁰⁵ Denn nunmehr besteht auch für das Kaufrecht ein Nacherfüllungsanspruch und ein über Arglist und Zusicherung hinausgehender verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch.

2.1.6.3.6.2.2. *Die mangelhafte Montageanleitung*

Führte im bisherigen deutschen Recht eine unrichtige Montageanleitung eine Verschlechterung der Kaufsache herbei, wurde dies als Nebenpflichtverletzung nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung behandelt.²⁰⁶ Nunmehr stellt § 434 II 2 BGB in Umsetzung des Art. 2 V 2 RL 99/44/EG die fehlerhafte Montageanleitung dem Sachmangel gleich. Der Vorschrift unterfallen nicht diejenigen Fälle, in denen die verkauften Einzelteile sich von vornherein nicht zum Zusammenbau eignen. Hier haftet der Verkäufer bereits nach § 434 I 1 BGB.²⁰⁷ § 434 II 2 BGB knüpft nur an die fehlerhafte Montageanleitung an.²⁰⁸ Er regelt die Fälle, in denen die Sache aufgrund der unrichtigen Anleitung fehlerhaft montiert und hierdurch beschädigt wird oder in dem montierten Zustand nicht zu gebrauchen ist. Denkbar sind auch Fälle, in denen der Zusammenbau völlig misslingt, es also bei den Einzelteilen bleibt. In all diesen Fällen führt die Verletzung der Nebenpflicht einen vertragswidrigen Zustand herbei. Für den Käufer macht es dabei keinen Unterschied, ob die Einzelteile schon beschädigt bzw. nicht zusammengehörig geliefert werden oder ob die zusammengebaute Sache aufgrund der fehlerhaften Montageanleitung einen Schaden erleidet. Gleiches gilt auch, wenn der Käufer aufgrund der mangelhaften Anleitung gänzlich scheitert. Denn er hat die Kaufsache als eine Gesamtheit und nicht eine Vielzahl von, wenn auch fehlerlosen, Einzelteilen erworben. Können

²⁰³ Vgl. Soergel-Huber Rn. 277 vor § 433

²⁰⁴ So auch Micklitz, EuZW 97, S. 232; Medicus, ZIP 96, S. 1927; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 215; Westermann, JZ 01, S. 533f.; Krebs, DB Beilage Nr. 14/2000, S. 17

²⁰⁵ So auch Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 489; Boerner, ZIP 01, S. 2267

²⁰⁶ BGHZ 87, 88 ; 66, 47, 312; Staudinger-Honsell vor § 459 Rn. 22 ; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 856; Boerner, ZIP 01, S. 2267; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 434 Rn. 28

²⁰⁷ Westermann, JZ 01, S. 533

²⁰⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 215

die Teile nicht montiert werden, weil die Anleitung dies vereitelt, ist das Kaufobjekt nicht vertragsgemäß. Ihre Unterstellung unter das Kaufgewährleistungsrecht ist dann nur konsequent.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen ist das Problem aufgeworfen worden, wie man sich die Nacherfüllung nach § 439 BGB im Falle einer mangelhaften Montageanleitung vorzustellen hat. Muss der Verkäufer Monteure zum Zusammenbau der Kaufsache schicken oder bei einer fremdsprachigen Anleitung einen Dolmetscher?²⁰⁹ Hier ist danach zu differenzieren, welche Auswirkungen die fehlerhafte Montageanleitung auf die Kaufsache hat.

(1) Denkbar ist zunächst, dass der Verkäufer eine fehlerhafte Montageanleitung geliefert hat, eine Montage durch den Käufer aber noch nicht stattgefunden hat. Dies wird vor allem bei offensichtlich unrichtigen, lückenhaften oder in fremder Sprache abgefassten Montageanleitungen in Betracht kommen. Nach dem Wortlaut des § 434 II 2 BGB macht die fehlerhafte Montageanleitung die Kaufsache als solche mangelhaft.²¹⁰ Der Mangel der Montageanleitung wird als Mangel der Kaufsache behandelt, dessen Vorliegen die Rechte aus § 437 BGB eröffnet. Der Käufer kann, auch wenn die Kaufsache selbst nicht beschädigt wurde, Nacherfüllung gemäß § 439 BGB beanspruchen. Er ist berechtigt, im Wege der Nachbesserung eine neue Montageanleitung zu fordern bzw. auf Korrektur oder Übersetzung zu bestehen. Die Nacherfüllungsvariante der Ersatzlieferung, d.h. die Lieferung eines kompletten Bausatzes nebst korrekter Montageanleitung, wird der Verkäufer zumeist als unverhältnismäßig im Sinne des § 439 III BGB ablehnen können.²¹¹ § 434 II 2 BGB weicht von Art. 2 V 2 RL 99/44/EG ab, der als positive Voraussetzung für das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit verlangt, dass die Sache fehlerhaft montiert wurde.²¹² Diese Abweichung von der Richtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz war zulässig, da sie sich für den Käufer günstiger auswirkt. Sie erweitert seine Rechte. Die Regelung des § 434 II 2 BGB ist insbesondere deshalb sinnvoll, da der Käufer die Kaufsache bei Vorliegen einer offensichtlich unrichtigen Montageanleitung nicht erst tatsächlich fehlerhaft montieren muss, um Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.

(2) Folge einer unrichtigen Montageanleitung kann auch der fehlerhafte Zusammenbau der Kaufsache sein. Wurden hierdurch die Einzelteile der Kaufsache beschädigt oder kann die Sache nur unter Beschädigung oder Zerstörung der einzelnen Bauteile wieder auseinander gebaut werden, kann der Käufer die Neulieferung der Bauteile mit mangelfreier Montageanleitung fordern. Eine bloße Korrektur der Montageanleitung käme nur in Betracht,

²⁰⁹ Westermann, JZ 01, S. 534; ders. NJW 02, S. 245; Dauner-Lieb, JZ 01, S. 13, Fn. 42; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 21

²¹⁰ Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 119; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 21 Fn. 15; Stoppel, VuR 03, S. 176

²¹¹ Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 21; Stoppel, VuR 03, S. 177; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 434 Rn. 29

²¹² Vgl. den Wortlaut des Art. 2 V 2 RL 99/44/EG; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 58; Stoppel, VuR 03, S. 176

wenn die Einzelteile trotz des fehlerhaften Zusammenbaus unversehrt geblieben sind. Problematisch ist aber, ob der Käufer darüber hinaus auch eine Neumontage durch den Verkäufer beanspruchen kann. Hiergegen spricht, dass den Verkäufer anders als in den Fällen des § 434 II 1 BGB keine Verpflichtung zur Montage trifft. Er schuldet vertraglich nur die Lieferung der noch nicht montierten Gegenstände. Der Kaufvertrag enthält gerade keine zusätzliche Montageverpflichtung, so dass mit der Zuerkennung eines Anspruchs auf Neumontage das Pflichtenprogramm des Verkäufers über die ursprünglichen Vereinbarungen hinaus erweitert würde.²¹³ Für eine derartige Verpflichtung des Verkäufers spricht aber, dass sich durch den fehlerhaften Zusammenbau der an sich außerhalb der Kaufsache liegende Mangel in einem unmittelbar der Sache selbst anhaftenden Mangel manifestiert hat. Es handelt also um die Fortsetzung des bei Gefahrübergang vorliegenden Mangels im Falle der fehlerhaften Montage.²¹⁴ Zudem muss der Verbraucher nach Art. 3 III RL 99/44/EG Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen können. Als Verbrauchsgut ist aber die montierte Kaufsache insgesamt anzusehen und nicht allein die Montageanleitung. Deshalb muss sich der durch § 434 II 2 BGB eröffnete Nacherfüllungsanspruch aufgrund des Erfordernisses der richtlinienkonformen Auslegung ebenfalls auf die montierte Sache insgesamt beziehen.²¹⁵ Überdies würde der Verkäufer bei Ablehnung eines Anspruchs auf Neumontage schutzlos gestellt, wenn sich der Verkäufer im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 437 Nr. 3, 280 I BGB entlasten könnte. Die Mehrkosten einer erneuten Montage hätte dann der Käufer zu tragen.²¹⁶ Aus diesen Gründen ist ein Anspruch des Käufers auf Neumontage durch den Verkäufer bei fehlerhaftem Zusammenbau aufgrund Mängeln der Montageanleitung zu bejahen.

(3) Gelingt es dem Käufer, die Sache trotz mangelhafter Montageanleitung korrekt zusammenzubauen, soll der Mangel gemäß § 434 II 2 a.E. BGB geheilt werden. Ein Anspruch auf Nacherfüllung steht dem Käufer danach nicht zu. Schwierigkeiten ergeben sich bei Sachverhalten, in denen die Sache vom Käufer mehrmals zusammengebaut werden muss²¹⁷ oder wenn sich der Käufer später entschließt, die Sache weiterzuverkaufen. In diesen Fällen besteht das Interesse des Käufers an einer fehlerlosen Montageanleitung auch nach erfolgreicher Montage fort. Nach der Heilung würde der Käufer insoweit schutzlos gestellt.²¹⁸ In der Richtlinie findet sich hierzu keine ausdrückliche Regelung. Art. 2 V 2 RL 99/44/EG stellt allgemein auf die unsachgemäße Montage durch den Verbraucher ab. Eine Differenzierung zwischen unsachgemäßer Erst- und Zweitmontage wird nicht getroffen. Unter Beachtung des

²¹³ Aus diesem Grunde gegen einen Anspruch auf Neumontage: Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 21

²¹⁴ Stoppel, VuR 03, S. 178, der aber den Anspruch auf Neumontage auf das vom Käufer bereits erreichte Stadium des Zusammenbaus beschränken will.

²¹⁵ Gruber, VuR 02, S. 123; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.27

²¹⁶ Gruber, VuR 02, S. 123

²¹⁷ Beispielsweise bei einem Umzug oder einer Wohnungsrenovierung

²¹⁸ Stoppel, VuR 03, S. 179

von der Richtlinie bezweckten möglichst effektiven Verbraucherschutzes ist aber von der Erfassung der durch den Käufer vorgenommenen Zweitmontage auszugehen. § 434 II 2 a.E. BGB ist danach richtlinienkonform so auszulegen, dass der Käufer auch bei zunächst fehlerfreiem Zusammenbau der Kaufsache eine ordnungsgemäße Montageanleitung verlangen kann.²¹⁹

(4) Schließlich kommen noch Fallgestaltungen in Betracht, in denen eine Montageanleitung für die Kaufsache gänzlich fehlt. Im bisherigen deutschen Recht hatte die Rechtsprechung diese Fälle als Sachmängel behandelt.²²⁰ Nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind diese Sachverhalte ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt. Von § 434 II 2 BGB ist das Fehlen der Montageanleitung nicht erfasst, weil diese Vorschrift vom Vorliegen einer, wenn auch unbrauchbaren Montageanleitung ausgeht. Allerdings ist die Montageanleitung häufig eine unverzichtbare Ergänzung der Kaufsache, ohne die die Kaufsache nicht sachgerecht bzw. überhaupt nicht benutzt werden kann. Eine Kaufsache ohne Anleitung eignet sich daher nicht für die gewöhnliche Verwendung, weshalb ein Sachmangel gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben ist.²²¹

2.1.6.3.6.3. *Nebenschuldverletzungen als Vertragswidrigkeiten*

Insgesamt ist die Einbeziehung von Nebenschuldverletzungen, die nach Vertragsschluss zur Verschlechterung der Kaufsache geführt haben, durch Art. 35 II lit. d CISG, Art. 2 V RL 99/44/EG sowie § 434 II BGB zu befürworten. Es macht für den Käufer keinen Unterschied, ob die vertragswidrige Beschaffenheit der Kaufsache von vornherein bestand oder ob Umstände außerhalb der Kaufsache auf ihre Beschaffenheit eingewirkt und zur Mangelhaftigkeit geführt haben. In beiden Fällen erhält der Käufer ein Produkt, das nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Nebenschuldverletzungen sind daher, sofern sie sich auf die Pflicht zur mangelfreien Lieferung auswirken, ebenfalls Vertragswidrigkeiten.

Nach dem reformierten deutschen Recht wird die begriffliche Unterscheidung zwischen Sachmängeln und Nebenschuldverletzungen aufrechterhalten. Hier wäre es angesichts der vergleichbaren Interessenlage wünschenswert gewesen, im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung über § 434 II BGB hinaus sämtliche Verletzungen leistungsbezogener Nebenschulden beim Kauf der Mängelgewährleistung zu unterstellen.²²² Dies hätte eine einheitliche Behandlung prinzipiell gleichliegender Fälle ermöglicht. Streitigkeiten, ob auch die mangelhafte Gebrauchs- oder Bedienungsanleitung, die zur

²¹⁹ Stoppel, VuR 03, S. 180

²²⁰ OLG Frankfurt NJW 87, S. 3206; a.A. Soergel-Huber § 459 Rn. 331: Nichterfüllung

²²¹ Stoppel, VuR 03, S. 178; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 121

²²² Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 17; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 56, 57; bezüglich mangelhafter Gebrauchs- und Bedienungsanleitungen auch Boerner, ZIP 01, S. 2267; Honsell, JZ 01, S. 279, 280; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 118; Palandt-Putzo, Ergbd. § 434 Rn. 48

Beschädigung der Kaufsache führt, analog § 434 II BGB zu behandeln sein wird, hätten vermieden werden können.²²³

2.1.6.4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Begriff des Fehlers, wie ihn das bisherige deutsche Gewährleistungsrecht in § 459 I BGB a.F. verwandte, keinen überzeugenden Ansatzpunkt für die Sachmängelhaftung darstellt. Nicht dass die Sache fehlerhaft, sondern dass sie nicht vertragsgemäß ist, ist der rechtspolitische Grund der Sachmängelhaftung. Der in der Richtlinie und dem CISG verwendete Begriff der Vertragsmäßigkeit ist sprachlich dem Sachmangelbegriff des Kommissionsentwurfs und des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes als folgerichtiger und moderner vorzuziehen. Bei den Kriterien, die für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit maßgeblich sind, bestanden sachlich allerdings schon bisher kaum Unterschiede, sofern man den im deutschen Recht herrschenden subjektiv-objektiven Fehlerbegriff als Maßstab für den Vergleich heranzog. Alle Regelungen stellen auf subjektive und objektive Elemente zur Bestimmung der nach dem Vertrag geschuldeten Beschaffenheit ab. Unterschiede sind hier eher rechtstechnischer Natur. Soweit allerdings Richtlinie und CISG eine Haftung für nicht Vertragsinhalt gewordene Angaben zur Kaufsache statuieren, ist diese als dem Prinzip der Vertragsmäßigkeit zuwiderlaufend abzulehnen. Zu befürworten ist dagegen die Einbeziehung von Nebenpflichtverletzungen in die Gewährleistungshaftung in Art. 2 V RL 99/44/EG, Art. 35 II lit. d CISG und nunmehr auch in § 434 II BGB.

2.2. Falschlieferungen und Mengenabweichungen

2.2.1. Falschlieferungen

2.2.1.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Das bislang geltende deutsche Recht unterschied grundsätzlich zwischen Falschlieferungen und Sachmängeln. Die Abgrenzung zwischen Falsch- und mangelhaften Lieferungen war vor allem wegen der abweichenden Rechtsfolgen von Bedeutung. Im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache standen dem Käufer die Rechte aus §§ 463, 480 I BGB a.F. zu. Er konnte also Minderung oder Wandlung, beim Gattungskauf auch Nachlieferung verlangen, war aber der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. unterworfen. Dagegen waren beim Vorliegen einer Falschlieferung die Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

²²³ Nach AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 19 soll § 434 II BGB auf fehlerhafte Bedienungs- und Gebrauchsanleitungen ohne weiteres anwendbar sein; a.A. Boerner, ZIP 01, S. 2267; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 17; Honsell, JZ 01, S. 279, 280; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 118; Palandt-Putzo, Ergbd. § 434 Rn. 48; für Analogie: Schimmel/Buhlmann-Andres, Handbuch zum neuen Schuldrecht, S. 458 f.; Gruber,

einschlägig. Unter der Voraussetzung des Verzuges konnte der Käufer hier gemäß §§ 433, 440 I, 326 BGB a.F. nach erfolglos abgelaufener Nachfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen oder vom Vertrag zurücktreten. Für die Verjährung galt die dreißigjährige Frist des § 195 BGB a.F.

2.2.1.1.1. Stückkauf

Eine Falschlieferung war beim Stückkauf nur anzunehmen, wenn statt des verkauften Stücks ein anderes geliefert wurde, sog. Identitätsaliud.²²⁴ Demnach schieden die Gewährleistungsvorschriften lediglich bei Vertauschung aus. In diesem Falle behielt der Käufer seinen Erfüllungsanspruch. Wurde demgegenüber die gekaufte Ware geliefert, gehörte diese jedoch zu einer anderen als der vereinbarten Gattung, war auf der Grundlage des herrschenden subjektiven Fehlerbegriffs vom Vorliegen eines Mangels auszugehen.²²⁵

2.2.1.1.2. Gattungskauf

Während beim Stückkauf die individualisierte Sache, auch wenn sie sich als einer anderen Gattung zugehörig erweist, doch immer der geschuldete Kaufgegenstand bleibt, wird beim Gattungskauf der Kaufgegenstand gerade durch seine Gattungszugehörigkeit bestimmt und steht nicht schon aufgrund seiner Individualität fest. Ob ein aliud beim Gattungskauf deshalb immer schon dann anzunehmen ist, wenn Kaufsachen geliefert werden, die einer anderen als der vertraglich geschuldeten Gattung angehören, war vor der Schuldrechtsmodernisierung umstritten.

Grundlegend für den damaligen Streitstand war eine Entscheidung des Reichsgerichts von 1914.²²⁶ Das Reichsgericht maß darin dem § 378 HGB a.F. unter Berufung auf den „Sinn und Zweck des Gesetzes“ eine über den eigentlichen Wortlaut hinausgehende weitere Bedeutung zu. Es interpretierte § 378 HGB a.F., der eine Gleichstellung von aliud und peius hinsichtlich der Rügelast beim beiderseitigen Handelskauf beinhaltet, in der Weise, dass auch hinsichtlich der Rechtsfolgen eine Gleichstellung von aliud und peius anzunehmen sei. Danach kam Gewährleistungsrecht auch auf aliud-Lieferungen zur Anwendung. Analog § 378, 2. HS HGB a.F. sollte dies jedoch nur für genehmigungsfähige Falschlieferungen gelten. Dem ist die Rechtsprechung bis zum 31.12.2001 gefolgt.²²⁷ Die Unterscheidung von genehmigungsfähigen oder nicht genehmigungsfähigen Falschlieferungen wurde danach beurteilt, ob die Lieferung derart krass von der geschuldeten Gattung abweicht, dass eine Genehmigung vernünftigerweise

VuR 02, S. 122 f.; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 56, 120

²²⁴ Jauernig-Vollkommer § 459 Rn. 13

²²⁵ Vgl. hierzu 2.1.1.1.3.

²²⁶ RGZ 86, 90 ff.

²²⁷ BGHZ 115, 286; WM 70, 1400; NJW-RR 92, 1076; Diese Ansicht wird in der Literatur von Palandt-Putzo § 480 Rn. 1; MüKo-Westermann § 459 Rn. 22 f. vertreten.

als schlechterdings ausgeschlossen erscheinen musste.²²⁸ Das Kriterium der Genehmigungsfähigkeit war von der Rechtsprechung eher großzügig ausgelegt worden, so dass in der Mehrzahl der Fälle die Falschlieferung als nicht genehmigungsfähig eingestuft wurde.²²⁹ Die Rechtsprechung rechtfertigte diese über den Wortlaut des § 378 HGB a.F. hinausgehende Interpretation des Gesetzes vor allem mit der Schwierigkeit, Falsch- und Schlechtlieferung anderweitig sinnvoll zu unterscheiden. Es sei insbesondere einfacher, die Genehmigungsfähigkeit nach den Umständen des Vertrages zu beurteilen als die Zugehörigkeit zur geschuldeten Gattung.²³⁰ Für den bürgerlich-rechtlichen Kauf verblieb es nach Ansicht der Rechtsprechung allerdings bei der Differenzierung zwischen aliud und peius. Eine Ausdehnung auf den bürgerlich-rechtlichen Kauf scheiterte schon am fehlenden Anknüpfungspunkt des § 378 HGB. Der Verkäufer könne hier nicht darauf hoffen, mit einer anderen als der geschuldeten Gattung den Kaufvertrag zu erfüllen, da § 378 HGB a.F. hier von vornherein keine Anwendung findet.²³¹

In der Literatur wurde die Gleichstellung von Schlecht- und Falschlieferung überwiegend auch auf den bürgerlich-rechtlichen Kauf ausgedehnt. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal sollte auch hier die Genehmigungsfähigkeit analog § 378, 2. HS HGB a.F. sein. Zur Begründung wurde vor allem der subjektive Fehlerbegriff sowie die bessere Praktikabilität dieser Lösung angeführt.²³² Gegen eine Gleichstellung sprachen sich vor allem die Vertreter des objektiven Fehlerbegriffs aus.²³³ Sie traten für eine generelle begriffliche Unterscheidung ein, die sich auf die Systematik des Gesetzes stützte.²³⁴ Denn die gesetzliche Erweiterung der Rügeobliegenheit zeige eindeutig, dass der Gesetzgeber von einer Unterscheidung der Tatbestände ausgegangen sei.²³⁵ Schließlich wurde schon für das bisherige Recht eine grundsätzliche Gleichstellung von Schlecht- und Falschlieferung sowohl beim beiderseitigen Handelskauf als auch beim bürgerlich-rechtlichen Kauf ohne Begrenzung durch § 378, 2. HS HGB a.F. (analog) vorgeschlagen.²³⁶ Denn vom Standpunkt des subjektiven Fehlerbegriffes aus sei auch ein aliud eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Sollbeschaffenheit und damit ein Fehler.²³⁷

²²⁸ BGHZ 115, 286; WM 85, 975

²²⁹ Soergel-Huber Rn. 112 vor § 459 mit Beispielen aus der Rechtsprechung, vgl. dort Fn. 10 bis 20a

²³⁰ BGHZ 115, 286, 295

²³¹ BGHZ 115, 286, 296; NJW 89, 218; 94, 2230

²³² von Caemmerer, FS für M. Wolff, S. 3, 4 ff.; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 III; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 378 Rn. 12, 14; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 535; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 IV 3

²³³ R. Schmidt NJW 62, S. 712 ff.; Fabricius JuS 64, S. 46 ff.; Knöpfle, NJW 89, S. 871 ff.

²³⁴ Neben den bereits genannten Marburger JuS 83, S. 1, 9; Schultz NJW 80, S. 2174; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 147, 156 f.

²³⁵ Schultz, NJW 80, S. 2172, 2173

²³⁶ Soergel-Huber Rn. 124 vor § 459; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 378 Rn. 7

2.2.1.2. Der Kommissionsentwurf

§ 435 II KE stellte die Falschlieferungen sowohl beim bürgerlich-rechtlichen als auch beim Handelskauf dem Sachmangel gleich, da die Gleichbehandlung von aliud und peius aufgrund der übereinstimmenden Interessenlage sachgerecht sei.²³⁸ Anders als nach bislang herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur verzichtete der Kommissionsentwurf auch auf die Differenzierung zwischen genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud nach § 378 HGB a.F.

Eine völlige Gleichsetzung von aliud und peius enthielt die Vorschrift allerdings nicht. Nach § 435 II a.E. KE unterfielen solche Falschlieferungen nicht der Sachmängelhaftung, die als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kamen. Dieses Merkmal umfasste daher keine Erfüllungsversuche in Form von Extremabweichungen.²³⁹ Dabei sollte es sich um eine praktisch kaum vorkommende und deshalb zu vernachlässigende Einschränkung handeln.²⁴⁰ Dieser Ausnahmetatbestand war danach nur einschlägig, wenn es sich bei der Falschlieferung um offensichtliche Verwechslungen oder die bewusste Lieferung anderer Ware als neues Vertragsangebot handelte.²⁴¹ Somit wäre die Mehrzahl der Falschlieferungen, die bisher als genehmigungsunfähig den Nichterfüllungsregeln unterfielen, als erfüllungstauglich anzusehen gewesen. Allerdings ergaben sich aufgrund der Differenzierung in § 435 II a.E. KE kaum Besonderheiten für die Rechtsfolgen. Das bisherige erhebliche Abgrenzungsinteresse des geltenden Rechts war durch die Integrierung der Sachmängelgewährleistung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht entfallen. In beiden Fällen konnte der Käufer zunächst Nacherfüllung verlangen und nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten (§ 323 KE) oder Schadensersatz geltend machen (§§ 280, 283, 327 KE), entweder direkt oder über die Verweisung aus §§ 439 und 441 KE.

Im Übrigen sollte auch beim beiderseitigen Handelskauf die Unterscheidung zwischen genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud durch die Beschränkung auf Extremabweichungen ersetzt werden.²⁴² § 378 HGB wurde damit entbehrlich, da sich die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit wegen der Gleichstellung schon direkt aus § 377 HGB ergab. Die Vorschrift sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.²⁴³

2.2.1.3. Das CISG

Im CISG zählen auch Falschlieferungen zu den Vertragswidrigkeiten. Die Kaufsache ist gemäß Art. 35 I CISG nur dann vertragsmäßig, wenn eine Ware der „vertraglich vereinbarten Art“

²³⁷ Koller/ Roth/ Morck-Roth, HGB, § 378 Rn. 7; Soergel-Huber Rn. 125 vor § 459; so auch Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 90, 190 f.

²³⁸ Haas, NJW 92, S. 2391; ähnlich zum Handelskauf in der Begründung bereits RGZ 86, 90, 92f.

²³⁹ Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 196

²⁴⁰ Haas, NJW 92, S. 2391

²⁴¹ So auch Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 99

²⁴² Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 196

²⁴³ Abschlussbericht, S. 203

geliefert wurde.²⁴⁴ Auch bezüglich des CISG wird teilweise vertreten, dass eine krasse Falschlieferung als bloße Nichterfüllung anzusehen sei.²⁴⁵ Dies hätte den Wegfall der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers nach Art. 38 f. CISG zur Folge. Während sonst im Falle der Vertragswidrigkeit eine Befreiung von dieser Obliegenheit nur gemäß Art. 40 CISG bei Kenntnis bzw. grobfahrlässiger Unkenntnis des Verkäufers möglich ist. Die Gegenansicht meint daher, es werde ohnehin nur wenige Fälle geben, in denen der Verkäufer gutgläubig ein krasse aliud liefert.²⁴⁶ Sollte dies jedoch ausnahmsweise der Fall sein, so sei es dem Käufer zuzumuten, dass er eine ohne weiteres erkennbare Falschlieferung rügt.²⁴⁷ Zudem spreche gegen die Ausnahme, dass mit ihr die Schwierigkeiten in das CISG hinein getragen würden, die sich im deutschen Recht bei der Abgrenzung von genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud ergeben.²⁴⁸ Die herrschende Meinung im CISG sieht aus diesen Gründen auch in der krasse Falschlieferung eine Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 35 I.²⁴⁹

2.2.1.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Ob Art. 2 I RL 99/44/EG auch die aliud-Lieferung erfasst, ist umstritten. Jedenfalls werden die Falschlieferungen im Tatbestand der Richtlinie nicht ausdrücklich erwähnt. In der Literatur hat man daher teilweise die Auffassung vertreten, dass aliud-Lieferungen keine Vertragswidrigkeiten im Sinne der Richtlinie sind.²⁵⁰ Andere waren dagegen der Ansicht, das Prinzip der Vertragsmäßigkeit beziehe sich auf alle Fälle der tatsächlichen Lieferung und müsse daher auch die Falschlieferungen erfassen.^{251 252}

2.2.1.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf enthält keine ausdrücklichen Vorgaben zur Behandlung von Falschlieferungen. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stellt die aliud-Lieferung den Sachmängeln gleich, ohne darauf einzugehen, ob dies der Umsetzung von Art. 2 I RL 99/44/EG dient. § 434 III BGB knüpft mit dieser Gleichstellung an das Konzept des Kommissionsentwurfs an. Abweichend von § 435 II KE und § 434 III DiskE verzichtet § 434

²⁴⁴ Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 170 f.; Herber/Czerwenka Art. 35 Rn. 2; Honsell SJZ 92, 351; Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art 35 Rn. 5

²⁴⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 94, 506; Neumayer RIW 94, 99, 105; offen gelassen in BGH JZ 97, 35, 36; a.A. Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art 35 Rn. 6

²⁴⁶ Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art 40 Rn. 10

²⁴⁷ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 51; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 10

²⁴⁸ Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 9; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 51

²⁴⁹ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 80, Rn. 134; Honsell, SJZ 92, S. 351; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 10

²⁵⁰ Schäfer/Pfeiffer, ZIP 99, S. 1832; Ehmann/Rust, JZ 99, S. 856; vgl. auch Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXII

²⁵¹ Kircher, ZRP 97, S. 291; auch Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 300; Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 137; Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 34; Amtenbrink/Schneider, VuR 96, S. 372; Schwartze, ZEuP 00, S. 555; Gsell, JZ 01, S. 67; Jordan/Lehmann, JZ 01, S. 952 f.

III BGB nunmehr auch auf die Ausnahmeregelung für krasse Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit. Gegen die Ausnahme in § 434 III DiskE war vorgebracht worden, sie laufe auf eine Übernahme des Kriteriums der Genehmigungsfähigkeit aus § 378 HGB a.F. hinaus. Die Gleichstellung mit den Sachmängeln beschränke sich also auf genehmigungsfähige Falschliefereien.²⁵³ Zudem wurde befürchtet, die Richtlinie werde durch den Ausnahmetatbestand nicht korrekt umgesetzt, da diese krasse Abweichungen von der Gewährleistungshaftung nicht ausnehme.²⁵⁴ Für die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts auf die aliud-Lieferung spielt es nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keine Rolle mehr, ob diese als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt. Voraussetzung für § 434 III BGB ist aber, dass der Verkäufer die Leistung als Erfüllung seiner Pflicht aus dem Kaufvertrag erbringt.²⁵⁵ Lediglich, wenn die gelieferte Ware der Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit dient, soll § 434 III BGB nicht einschlägig sein. Wird demnach aufgrund einer Verwechslung ein anderer Gegenstand geliefert, gilt das allgemeine Leistungsstörungsrecht.²⁵⁶ Es liegt dann eine Nichterfüllung und keine Schlechterfüllung vor. Aufgrund der Gleichstellung von aliud und Sachmangel ergibt sich die handelsrechtliche Rügeobliegenheit nunmehr direkt aus § 377 HGB. § 378 HGB a.F. wurde entsprechend der Vorschläge von Kommissionsentwurf und Diskussionsentwurf gestrichen.

2.2.2. Mengenabweichung

2.2.2.1. Das bislang geltende deutsche Recht

Die Lieferung einer anderen als der vertraglich geschuldeten Menge war nach bisherigem deutschen Recht regelmäßig kein Fall der Sachmängelgewährleistung.²⁵⁷ Die Minderlieferung stellte eine teilweise Nichterfüllung dar.²⁵⁸ Der Käufer hatte die Rechte aus §§ 320 ff. BGB a.F. Er konnte insbesondere unter den Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Hinsichtlich der Rügeobliegenheit beim beiderseitigen Handelskauf wurde die Minderlieferung wegen § 378 HGB a.F. den Sachmängeln gleichgestellt. Auch hier musste danach differenziert werden, ob die Zuweniglieferung noch als genehmigungsfähig anzusehen war.²⁵⁹ Die Mehrlieferung war als Lieferung nicht bestellter Ware anzusehen. Der Käufer konnte daher die zuviel gelieferte Menge

²⁵² Dazu noch unter 2.2.3.1.2.

²⁵³ Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, S. 198; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, S. 118

²⁵⁴ Gsell, JZ 01, S. 67; Westermann, JZ 01, S. 534 Fn. 48

²⁵⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216

²⁵⁶ AnwK-Büdenbender § 434 Rn. 20

²⁵⁷ OLG Frankfurt MDR 71, 841; Jauernig-Vollkommer § 459 Rn. 14; Heilmann, *Mängelgewährleistung*, S. 173

²⁵⁸ Esser/Weyers, *Schuldrecht II/1*, § 5 II 1; Jauernig-Vollkommer 459 Rn. 14; Soergel-Huber § 459 Rn. 48; MüKo-Westermann § 459 Rn. 25; Basedow, *Reform des Kaufrechts*, S. 28

²⁵⁹ Heilmann, *Mängelgewährleistung*, S. 173

zurückweisen. Unter Umständen konnte die Mehrlieferung auch als Angebot auf eine entsprechende Änderung des Kaufvertrages aufzufassen sein.²⁶⁰ Beim beiderseitigen Handelskauf musste der Käufer nach § 378 HGB a.F. auch die Zuviellieferung rügen.

Schwieriger zu beurteilen waren diejenigen Fälle, in denen Quantitätsmängel zugleich auch Qualitätsmängel waren, wenn beispielsweise zu dicke oder zu dünne Bretter oder zu schmale Tuche geliefert wurden, der Feuchtigkeitsgehalt von Getreide über der Toleranzmarge lag, wenn eine bestimmte, als solche gekaufte Warenpartie, bspw. eine Schiffsladung, kleiner war, als vereinbart.²⁶¹ War die vertragliche Größenbezeichnung zugleich Beschaffenheitsangabe, diente sie also nicht lediglich der Orientierung und Identifizierung, und hatte die Abweichung von dieser Größenbezeichnung zur Folge, dass die Kaufsache nicht mehr dem Vertragszweck genügte, dann sollte Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommen.²⁶²

2.2.2.2. Der Kommissionsentwurf

Im Gegensatz zum bislang geltenden Recht stellte § 435 II KE die Zuweniglieferung dem Sachmangel gleich. § 378 HGB a.F. war daher auch hier entbehrlich.

2.2.2.3. Das CISG

Auch Abweichungen zwischen vertraglich vereinbarten und tatsächlich gelieferten Warenmengen begründen eine Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 35 I CISG. Dabei kann die Vertragswidrigkeit sowohl in einer Zuwenig- als auch in einer Zuviellieferung liegen.²⁶³ Anders als im Kaufrecht des BGB a.F. werden Quantitätsabweichungen damit nicht als Teilleistung nach allgemeinen Leistungsstörungsregeln behandelt, sie fallen vielmehr in den Anwendungsbereich des Art. 35 I CISG.²⁶⁴ Da das CISG keine Ausnahmeregelung bezüglich geringfügiger Abweichungen enthält, sind auch unbedeutende Mengenabweichungen, wie sie gerade bei der Lieferung von großen Warenmengen vorkommen, grundsätzlich als Vertragswidrigkeit einzustufen. Handelsübliche Abweichungen im Rahmen internationaler Handelsbräuche oder besonderer Gepflogenheiten der Parteien sind jedoch vom Käufer hinzunehmen.²⁶⁵ Die Erfassung der Mengenabweichungen durch Art. 35 I CISG ist vor allem in Bezug auf die Rügeobliegenheit des Art. 39 CISG von Bedeutung, die nur bei Vertragswidrigkeiten besteht. Für Zuviellieferungen gilt hinsichtlich der Rechtsfolgen die

²⁶⁰ Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 IV 3e; Soergel-Huber § 459 Rn. 53; Staub-Brüggemann, HGB, § 378 Rn. 57; Baumbach/Hopt, HGB, § 378 Rn. 9

²⁶¹ Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 29, siehe dazu auch schon unter 2.1.1.1.3.

²⁶² RGZ 98, 289, 292; Soergel-Huber Rn. 112 vor 459, § 459 Rn. 50, 56; BGH NJW 79, 33; Grunewald, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 84; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 173; BGH NJW 75, 2011; von Caemmerer, in: FS für M. Wolff, S. 20; Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 29

²⁶³ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 8

²⁶⁴ Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art. 35 Rn. 9

²⁶⁵ Honsell-Magnus Art. 35 Rn. 8; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 8; Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art. 35 Rn. 7

Sonderregel des Art. 52 II CISG, nach der der Käufer die Abnahme der zuviel gelieferten Menge verweigern kann, da er sie andernfalls bezahlen muss.

2.2.2.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Die Richtlinie nimmt nicht ausdrücklich dazu Stellung, ob Art. 2 RL 99/44/EG auch die Minderlieferungen erfasst. Wie bei der Falschlieferung ist dieses Problem daher Streitig.²⁶⁶

2.2.2.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stellt in § 434 III BGB auch die Zuweniglieferung dem Sachmangel gleich und unterwirft sie damit dem Gewährleistungsrecht. Vorausgesetzt wird wie bei den Falschlieferungen, dass der Verkäufer die Leistung in Erfüllung seiner Pflicht erbringt. Dies bedeutet für die Zuweniglieferung, dass es sich insbesondere nicht um eine Teilleistung handeln darf.²⁶⁷ Der Verkäufer muss also die Mindermenge als Erfüllung seiner ganzen Verpflichtung liefern.²⁶⁸ Eine bewusste Teillieferung unterfällt daher nicht dem § 434 III BGB.

2.2.3. Vergleich

2.2.3.1. Falschlieferungen

2.2.3.1.1. Das aliud als Unterfall vertragswidriger Lieferung

Die deutsche Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur differenzierten begrifflich zwischen mangelhafter und Falschlieferung. Die Notwendigkeit zu dieser Unterscheidung schien sich für das bisherige Recht aus § 378 HGB a.F. zu ergeben, der die Falschlieferungen hinsichtlich der kaufmännischen Rügeobliegenheit ausdrücklich der Lieferung mangelbehafteter Ware gleichstellte. Zudem war die deutsche Gewährleistungsregelung ursprünglich für den Stückkauf konzipiert worden, bei dem eine Abgrenzung zu den durch Vertauschung oder Verwechslung entstandenen Fällen des Identitätsaliud durchaus möglich ist. Ganz anders liegt der Fall beim Gattungskauf. Da Gattungsware zunächst nur aufgrund spezieller gattungstypischer Merkmale, nicht aber durch ihre Individualität bestimmt ist, kann es hier eine Vertauschung oder Verwechslung nicht geben. Eine begriffliche Unterscheidbarkeit von aliud und Sachmangel ist hier nicht möglich. Nach dem subjektiven Verständnis vom Sachmangel ist für die Gewährleistungshaftung grundsätzlich

²⁶⁶ Dagegen, da Art. 2 I nur Fälle tatsächlicher Lieferungen einschließlich Falschlieferungen erfasse, Kircher, ZRP 97, S. 291. Für eine Erfassung auch der Minderlieferung: Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 300; Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 137; Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 34; Amtenbrink/Schneider, VuR 96, S. 372; Schwartze, ZEuP 00, S. 555; Gsell, JZ 01, S. 67; Jorden/Lehmann, JZ 01, S. 952 f.

²⁶⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216

nur entscheidend, ob die gelieferte Ware von den im Vertrag im Hinblick auf ihre Eigenschaften getroffenen Vereinbarungen abweicht. Auch die Abweichung von der gattungsmäßigen Beschaffenheit ist eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit. Entspricht die gelieferte Sache nicht der vertraglichen Vereinbarung, ist sie deshalb immer beides: fehlerhaft und ein aliud.²⁶⁹ CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben diese Erkenntnis umgesetzt und die Falschliefungen in ihren Gewährleistungstatbestand eingegliedert, Art. 35 I CISG und §§ 435 II KE, 434 III BGB. Während Art. 35 I CISG Artabweichungen einfach als Vertragswidrigkeit begreift, stellen §§ 435 II KE, 434 III BGB die Falschliefungen dem Sachmangel lediglich gleich. Daraus ergeben sich jedoch begriffliche Ungenauigkeiten. So sollten schon nach Ansicht der Schuldrechtskommission auch die Fälle des Qualifikationsaliud beim Stückkauf gemäß § 435 II KE den Sachmängeln gleichgestellt werden.²⁷⁰ Ein Qualifikationsaliud war aber aufgrund des subjektiven Fehlerbegriffs bereits im bislang geltenden Recht als Sachmangel anzusehen, da die tatsächliche Beschaffenheit auch in diesen Fällen von der geschuldeten Beschaffenheit der Kaufsache abweicht.²⁷¹ Um so mehr müsste dies nach der Kodifizierung des subjektiven Fehlerbegriffs zutreffen und damit schon § 435 I KE bzw. § 434 I 1 BGB einschlägig sein. Eine Gleichstellung von Sachmangel und aliud ist hier also gar nicht mehr nötig, vielmehr ist ein Qualifikationsaliud ein Sachmangel. Ganz ähnlich liegen die Fälle der Falschliefung beim Gattungskauf. Allerdings hatte hier die Rechtsprechung für den bürgerlich-rechtlichen Kauf und bei Bejahung des weit verstandenen Kriteriums der Genehmigungsunfähigkeit das Vorliegen eines aliud angenommen und damit den Erfüllungsanspruch bejaht.²⁷² Nach dem Kommissionsentwurf sollten die meisten dieser Fälle²⁷³ dem Sachmangel gleichgestellt werden. Diese Formulierung legte auch hier eine Unterscheidbarkeit von Falschliefung und Sachmangel nahe. Dies ist aber im Hinblick auf die Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs und die Streichung des § 378 HGB a.F. nicht mehr zutreffend. Auch die Falschliefung beim Gattungskauf wird sprachlich nicht ganz konsequent §§ 435 II KE, 434 III BGB zugeordnet.²⁷⁴ Dabei hatte schon die Schuldrechtskommission die fehlende Möglichkeit einer begrifflichen Differenzierung zwischen aliud und peius hervorgehoben.²⁷⁵ Auch die Falschliefung beim Gattungskauf ist ein Sachmangel. Diese Ansicht wurde von einer Mindermeinung bereits zum bisherigen Recht vertreten.²⁷⁶ Mit der Streichung des § 378 HGB a.F. entfällt überdies das von der Gegenansicht angeführte Argument, das Gesetz gehe von einer

²⁶⁸ Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 496

²⁶⁹ Zutreffend Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 90; Priß, Begriff des Sachmangels, S. 63

²⁷⁰ Abschlussbericht, S. 202; ähnlich auch Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216

²⁷¹ Dazu schon unter 2.1.1.1.3.

²⁷² Siehe oben 2.2.1.1.2.

²⁷³ Zum Ausnahmetatbestand der Extremabweichung siehe oben unter 2.2.1.2.

²⁷⁴ Abschlussbericht, S. 202; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216

²⁷⁵ Vgl. Abschlussbericht, S. 202

²⁷⁶ Siehe oben 2.2.1.1.2.

Unterscheidbarkeit aus. Deshalb muss auch die Falschlieferung beim Gattungskauf regelmäßig bereits §§ 435 I KE, 434 I BGB unterfallen. Der Ansatz des CISG erscheint insoweit folgerichtiger. Falschlieferungen sind nach dem CISG ohne weiteres Vertragswidrigkeiten. Das CISG konnte zu dieser Einschätzung wohl auch leichter gelangen, da es den Gattungskauf in den Mittelpunkt seiner Regelung stellt und Fälle des Stückkaufs im Anwendungsbereich des CISG eher zu vernachlässigen sind.

2.2.3.1.2. Schlussfolgerungen für die Richtlinie 99/44/EG

Die in der deutschen Literatur streitige Frage, ob die Richtlinie auch die Falschlieferungen erfasst²⁷⁷, ist zu bejahen. Vertragswidrigkeiten und Falschlieferungen lassen sich bereits begrifflich nicht voneinander unterscheiden. Auch die historische und rechtsvergleichende Auslegung des Art. 2 I RL 99/44/EG spricht für eine Einbeziehung.²⁷⁸ Wie das CISG geht auch die Richtlinie vom Grundtatbestand der Vertragsmäßigkeit aus und unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen Lieferpflicht und Gewährleistung. Zudem hat sich die Kommission bei Schaffung des Art. 2 RL 99/44/EG erklärtermaßen am CISG als seinem Vorbild orientiert. Die offizielle Kommentierung des ersten Richtlinienvorschlages von 1995 nimmt wiederholt auf das CISG Bezug und hat die Parallelität der Lösungen sogar als eines der Ziele der Richtlinie bezeichnet.²⁷⁹ Allein aus der Tatsache, dass anders als im CISG, Art- und Mengenabweichungen im Tatbestand der Richtlinie keine Erwähnung finden, kann noch nicht geschlossen werden, dass diese Fallgruppen nicht erfasst sein sollen. Zwar könnte die Aussage der Kommission, die über die Vertragswidrigkeit hinausgehenden Arten der unzulänglichen Vertragserfüllung seien nicht von der Richtlinie erfasst²⁸⁰, gegen eine Einbeziehung von Falschlieferungen sprechen, aufgrund des subjektiven Verständnisses von der Sachmängelhaftung werden aber aliud-Lieferungen ohne weiteres vom Begriff der Vertragswidrigkeit erfasst.²⁸¹ Falschlieferungen sind einfach Vertragswidrigkeiten und damit nicht als über die Vertragswidrigkeit hinausgehende Art der unzulänglichen Vertragserfüllung im Sinne der Kommission anzusehen. Eine ausdrückliche Erwähnung der Falschlieferungen in der Richtlinie wäre allerdings unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung in allen Staaten der Europäischen Gemeinschaft wünschenswert gewesen. Die vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 434 III BGB vorgenommene Gleichstellung der Falschlieferung ist deshalb als Umsetzung der Richtlinie zu verstehen und aus den bereits genannten Gründen zu befürworten.

²⁷⁷ Vgl. 2.2.1.4. und 2.2.2.4.

²⁷⁸ Vgl. Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 300

²⁷⁹ KOM (95) 520 endg., Allgemeine Begründung A., ZIP 96, 1847; Staudenmayer, NJW 99, S. 2393 f.

²⁸⁰ KOM (95) 520 endg., Begründung des Vorschlags im Lichte des Subsidiaritätsprinzips II. d) sowie Allgemeine Begründung B., ZIP 96, 1847 f.

²⁸¹ Siehe 2.2.3.1.1.

2.2.3.1.3. Zur Angemessenheit der gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen

Der eigentliche Grund, warum sich die deutsche Rechtsprechung bislang trotz der auf der Hand liegenden Unmöglichkeit einer überzeugenden Unterscheidung nicht dazu durchringen konnte, eine über den Handelskauf und § 378 HGB a.F. hinausgehende Gleichbehandlung von aliud und peius vorzunehmen, lag in der Rechtsfolgen- und Verjährungsproblematik. Besonders misslich war die kurze Gewährleistungsfrist des § 477 BGB a.F., welche die Rechtsprechung immer wieder dazu veranlasste, mit Hilfe spitzfindiger Unterscheidungen und Abgrenzungen auf die großzügigere Verjährung für Nichterfüllungsansprüche des § 195 BGB a.F. auszuweichen. Die so erzielten Entscheidungen erwiesen sich als ergebnisorientiert und kaum vorhersehbar.²⁸²

CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz lösen dieses Problem in überzeugender Weise. Sie gehen von einer weitgehenden Gleichbehandlung von Nichterfüllungs- und Schlechterfüllungssachverhalten aus. Die Rechtsfolgenproblematik bei den Falschlieferungen wird für das deutsche Recht somit nicht zugunsten eines der beiden unterschiedlichen Haftungssysteme des BGB entschieden, sondern dadurch, dass die Gewährleistungshaftung weitgehend ihres Charakters als Sonderrecht entkleidet und in den Rechtsfolgen der Nichterfüllung angeglichen wird. Die aber gegenüber den eigentlichen Nichterfüllungsregeln verbleibenden Besonderheiten sind nicht nur für Sachmängel, sondern auch für aliud-Lieferungen angemessen. Die Ansicht, die Gleichbehandlung von aliud und peius sei im Hinblick auf die Rechtsfolgen interessegerecht²⁸³, stieß schon bei der Diskussion des Kommissionsentwurfs auf Widerspruch.²⁸⁴ In Bezug auf die Falschlieferungen beim Gattungskauf ergeben sich allerdings kaum Unterschiede zum bisher einschlägigen Erfüllungsanspruch.²⁸⁵ Der Ersatzlieferungsanspruch ist hier lediglich durch die Unverhältnismäßigkeitsklausel des §§ 438 III KE, 439 III BGB weiter eingeschränkt. In den Fällen des bisherigen Qualifikationsaliud stand die Angemessenheit der gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen schon bisher außer Zweifel.²⁸⁶

Probleme können sich aber hinsichtlich der Fälle des Identitätsaliud beim Stückkauf ergeben. Nach bislang geltendem Recht stand dem Käufer hier der Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache zu.²⁸⁷ Dieser ursprüngliche Erfüllungsanspruch sollte nach § 435 II a.E. KE nur noch in ganz engen Ausnahmefällen einer offensichtlichen Verwechslung bzw. einer Lieferung als neuem Vertragsangebot gegeben sein. Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird er

²⁸² Zur Kritik vgl. Abschlussbericht, S. 203; Haas, NJW 92, S. 2391; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216

²⁸³ Abschlussbericht, S. 202; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216; Boerner, ZIP 01, S. 2267 f.; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 118; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 957; Brüggemeier, JZ 00, S. 431

²⁸⁴ Vgl. Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 102 mit Verweis auf Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 94

²⁸⁵ Abschlussbericht, S. 202; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216

²⁸⁶ Siehe 2.1.1.1.3.

²⁸⁷ Siehe oben 2.2.1.1.1.

aufgrund der Abschaffung des Ausnahmetatbestands überhaupt nicht mehr gewährt.²⁸⁸ Sowohl im Abschlussbericht als auch in der offiziellen Begründung des Regierungsentwurfs des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes heißt es zur Behandlung des Identitätsaliud dann aber: „neben dem Anspruch auf Lieferung der gekauften Ware gibt es hier keine Möglichkeit der Nacherfüllung. Ein davon verschiedener Nacherfüllungsanspruch kommt nicht in Betracht.“²⁸⁹ Diese Ansicht steht im Widerspruch zu der vorgenommenen Gleichstellung in § 435 II KE bzw. § 434 III BGB. Sie lässt sich nur so interpretieren, dass die Gleichstellung der Falschlieferungen nur auf Gattungskäufe beschränkt sein soll.²⁹⁰ Dann wäre aber die Gleichsetzung von Gattungs- und Stückkäufen gescheitert. Dies ist abzulehnen. Die Gleichstellung nach § 435 II KE und § 434 III BGB ist nur konsequent, wenn auch für das Identitätsaliud die Rechtsfolgen für Sachmängel gelten. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist dabei grundsätzlich vom Nacherfüllungsanspruch aus §§ 438 KE, 439 BGB zu unterscheiden.²⁹¹ Auch bei Falschlieferungen kommt wegen der Gleichstellung allein § 438 KE bzw. § 439 BGB zur Anwendung. Gerade bei vertretbaren Sachen ist kein Grund ersichtlich, warum die Nachlieferung nicht in jeder Hinsicht (Lieferung der ursprünglich gekauften Sache oder Lieferung eines der gekauften Sache entsprechenden Stücks) möglich sein soll.²⁹² Im Kommissionsentwurf fand diese Auffassung ihre Stütze in § 438 I 2. Der Käufer wurde nach dem Kommissionsentwurf gerade auch beim Stückkauf nicht mehr auf das gekaufte Stück beschränkt, wenn es sich als mangelhaft erwies, sondern konnte auch hier unter der Voraussetzung, dass es sich um eine vertretbare Sache handelte, Nachlieferung verlangen. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthält in § 439 für den Nachlieferungsanspruch keine vergleichbare Regelung mehr. Dies ändert aber nicht viel, wenn man bedenkt, dass auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Unterscheidung in Stück- und Gattungskäufe aufgegeben werden soll.²⁹³ Es ist auch der Sache nach nicht einsichtig, warum in den Fällen, in denen einem versehentlich geliefertem Exemplar die vom ursprünglich ausgesuchten Stück erwarteten Merkmale fehlen, nicht wie bei anderen Sachmängeln auch der Nachlieferungsanspruch einschlägig sein kann. Ein Beispiel verdeutlicht dies: Der Käufer hat etwa einen bestimmten Fernseher im Geschäft des Verkäufers ausgesucht und gekauft. Der Verkäufer liefert aber in Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung versehentlich ein ähnliches Gerät einer anderen Marke. Kann der Käufer nun lediglich Lieferung des gekauften

²⁸⁸ Voraussetzung für die Gleichstellung nach § 434 III BGB ist aber, dass der Verkäufer der Ware in Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung liefert und nicht auf eine andere Schuld leisten will, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216.

²⁸⁹ Abschlussbericht, S. 202; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 216; so auch Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 494; Westermann, NJW 02, S. 246; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002; S. XXIII

²⁹⁰ Dafür Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 102; Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 94

²⁹¹ Vgl. Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 136: „Primärsatzpflicht“

²⁹² Beim Kauf einer unvertretbaren Sache ist die Erfüllung mit einer anderen als der gekauften Sache hingegen nach § 275 I BGB unmöglich.

²⁹³ Siehe dazu ausführlicher noch unter 4.2.7.4.

Fernsehers verlangen, so ist ihm nicht geholfen, wenn es ihm nur auf die bestimmte Marke ankam und nicht auf das zuerst ausgesuchte Exemplar, das der Verkäufer inzwischen vielleicht schon anderweitig verkauft hat. Ein Nachlieferungsanspruch auf einen dieser Marke entsprechenden Farbfernseher erscheint hier für beide Seiten interessengerecht. Der Käufer bekommt eine seinen Vorstellungen entsprechende Kaufsache und der Verkäufer geht nicht des erwarteten Gewinns aus dem Geschäft verlustig. Die Gewährung des Nacherfüllungsanspruchs aus §§ 438 KE, 439 BGB hat also für die Parteien in zweifacher Hinsicht Bedeutung. Zunächst einmal erweitern §§ 438 I KE, 439 I BGB den ursprünglichen Erfüllungsanspruch auf die Möglichkeit der Nachlieferung vertragsgemäßer Sachen, was für den Käufer, dessen Anspruch dadurch zuverlässiger befriedigt werden kann, von Vorteil ist. Die Regelung liegt aber auch im Verkäuferinteresse, da so in weiterem Umfang die Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages ermöglicht wird. Daneben begrenzen §§ 438 III KE, 439 III BGB aber die ursprüngliche Leistungsverpflichtung des Verkäufers über § 275 KE/BGB hinaus bei unverhältnismäßigen Aufwendungen, womit die Belastungen des Verkäufers, die sich durch die Erweiterung seiner Leistungspflichten ergeben, wieder ausgeglichen werden. Der Verkäufer kann hier also eher als im Falle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs die Erfüllung verweigern. Damit erweisen sich die gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen auch beim Identitätsaliud als im beiderseitigen Interesse liegend, so dass eine Gleichstellung entgegen der Kritik auch für den Stückkauf zu befürworten ist.

Überhaupt erscheint es fraglich, ob die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskäufen noch sinnvoll ist. Für die Abgrenzung Nichterfüllung (aliud) und Schlechterfüllung (Sachmängel) führt diese anhand der Umstände des einzelnen Vertragsschlusses getroffene Differenzierung unweigerlich zu zufälligen Ergebnissen. Für die Frage, welche Rechtsfolgen zur Anwendung kommen, sollte stattdessen maßgeblich sein, ob schon etwas geliefert wurde, also bereits ein Erfüllungsversuch unternommen wurde, oder ob die Lieferung ausgeblieben ist. Hat der Verkäufer in Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung „etwas“ geliefert, erscheint es sachgerecht, dies generell unter dem Gesichtspunkt der Vertragswidrigkeit zu behandeln. Auch hier zeigt der Begriff der Vertragswidrigkeit seine Vorzüge. Er vermag ohne weiteres auch Fälle der Lieferung andersartiger Ware zu erfassen, während der Begriff des Sachmangels die Erfassung von Artabweichungen nicht von vornherein impliziert.

Für das CISG ergibt sich keine im Vergleich zur Rechtsfolgenproblematik nach dem Kommissionsentwurf wesentlich veränderte Situation. Im Hinblick auf den Gattungskauf ist zu beachten, dass der Ersatzlieferungsanspruch nach CISG auch bei Falschlieferungen auf wesentliche Vertragsverletzungen beschränkt ist, während die Nachbesserung, sofern sie bei dem aliud die erforderliche Qualifikation herbeiführen könnte, unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit steht, Art. 46 II und III CISG. Die Fälle des Identitätsaliud beim Stückkauf bedürfen aber auch im CISG genauerer Betrachtung, da eine herrschende Meinung den

Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf versagt bzw. auf das gekaufte Stück beschränkt.²⁹⁴ Eine Ausnahme soll allerdings für Falschliefereien gelten²⁹⁵, so dass der Nachlieferungsanspruch nach dem CISG auch beim Identitätsaliud gegeben ist.

Unterschiede zwischen CISG und Kommissionsentwurf ergeben sich aber insoweit, als § 435 I a.E. KE eine Ausnahme zu der Gleichstellung von mangelhaften und aliud-Lieferungen vorsah. Art. 35 I CISG geht hingegen nicht von einer derartigen Beschränkung aus. Anders als der Kommissionsentwurf stellt das CISG die Falschliefereien nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen gleich, sondern begreift sie schon tatbestandlich als Vertragswidrigkeit. Eine Abstufung im Verhältnis zur Nichterfüllung ist deshalb schon begrifflich nicht veranlasst. Nach dem CISG trifft den Käufer die Rügeobliegenheit nach Art. 39 I deshalb auch bei krassen Falschliefereien. Hingegen sollte der Käufer nach dem Kommissionsentwurf bei Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufes nur dann rügen müssen, wenn eine nicht dem Ausnahmetatbestand unterfallende aliud-Lieferung zu bejahen war (§ 435 II a.E. KE i.V.m. § 377 HGB). § 434 III BGB beseitigt diese Unterschiede, da auch nach dieser Vorschrift Ausnahmen von der Gleichstellung nicht mehr gemacht werden.²⁹⁶ Ein Ausnahmetatbestand, wie eng er auch gefasst sein mag, ist letztlich immer mit Unsicherheiten verbunden. So hätte einer Übernahme von § 435 II a.E. KE in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz letztlich die Gefahr inne gewohnt, dass die problematische deutsche Differenzierung im reformierten Recht seine Fortsetzung findet.²⁹⁷ Die einheitliche Unterstellung der aliud-Fälle unter das Gewährleistungsrecht wie im CISG und im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist deshalb vorzugswürdig.

2.2.3.2. Mengenabweichungen

Im Vergleich zum deutschen Recht ist die Behandlung von Minderlieferungen im CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wesentlich vereinfacht. Die Minderlieferungen werden grundsätzlich als Vertragswidrigkeit (Art. 35 I CISG) bzw. als Sachmangel (§§ 435 II KE, 434 III BGB) behandelt. Damit vermeiden diese Regelungen die schwierigen Abgrenzungsprobleme zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung des bisherigen deutschen Rechts. Die Problematik liegt dort ähnlich wie bei den Falschliefereien. Eine klare Grenzlinie zwischen Nichterfüllung und Sachmangelhaftigkeit lässt sich gerade in denjenigen Fällen, in denen quantitative Abweichungen in die Qualität der Kaufsachen umschlagen, nicht

²⁹⁴ Siehe dazu noch 4.2.7.4.; Schlechtriem-Huber Art. 45 Rn. 16 und Art. 46 Rn. 23; Soergel-Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art. 46 Rn. 4; Reinhart Art. 46 Rn. 5

²⁹⁵ So Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 22

²⁹⁶ Wenn man § 435 II a.E. KE mit der Schuldrechtskommission als zu vernachlässigenden Ausnahmefall verstanden und nur dann für einschlägig erachtet hätte, wenn die gelieferte Ware nicht mehr als Erfüllung der übernommenen kaufvertraglichen Verpflichtung aufgefasst werden kann, wären die tatsächlichen Unterschiede zwischen CISG und Kommissionsentwurf allerdings nicht sehr groß gewesen.

²⁹⁷ Gsell, JZ 01, S. 67; Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 198; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 118; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 77 f.

ziehen. Auch die in CISG, im Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vorgesehenen Rechtsfolgen erscheinen sachgerecht. Wie bei den Falschlieferungen ist hier aber darauf hinzuweisen, dass die Gleichbehandlung von Minderlieferungen und mangelhaften Lieferungen nicht so gravierend ist, wie dies im bislang geltenden deutschen Recht der Fall wäre. Denn diese Regelungen haben das gewährleistungsrechtliche Sonderrecht abgeschafft und in die allgemeinen Leistungsstörungsregeln eingegliedert, wobei insbesondere an den allgemeinen Nacherfüllungsanspruch auch für den Stückkauf zu denken ist.

Anders als die Zuweniglieferung wird die Zuviellieferung schon jetzt in den Regelungen weitgehend gleich behandelt. Die Anwendung der für Vertragswidrigkeiten charakteristischen Rechtsfolgen wie Nacherfüllung, Minderung oder Vertragsauflösung ist hier nicht notwendig, um den Käufer vor Nachteilen zu schützen.²⁹⁸

2.2.3.3. Zusammenfassung

Die von CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vorgenommene Eingliederung der Falsch- und Minderlieferungen in ihren Gewährleistungstatbestand überzeugt. Da es sich hier häufig um Sachverhalte im Grenzbereich zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung handelt, war bisher eine klare Abgrenzung nicht möglich. Insbesondere in den Fällen der Falschlieferung steht die begriffliche Unterscheidung von aliud und peius im Widerspruch zum subjektiven Verständnis von der Gewährleistungshaftung. Zudem hat sich das im geltenden Recht überwiegend verwendete Abgrenzungskriterium der Genehmigungsfähigkeit als nicht praktikabel und für eine Differenzierung ungeeignet erwiesen. Aber auch in den Fällen der Minderlieferung lässt sich häufig nicht genau sagen, wann lediglich eine quantitative Abweichung anzunehmen ist und unter welchen Umständen diese aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Qualität der Kaufsache als Sachmangel zu qualifizieren ist. Die Abgrenzungsnotwendigkeit im bisherigen deutschen Recht fußte auf seinem System der Gewährleistung, das die Verpflichtung zur Lieferung und die Gewährleistung voneinander trennte. Mit der Aufgabe dieser Unterscheidung in CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz entfällt die Notwendigkeit zur Unterscheidung von aliud, minus und peius. Sie können daher einheitlich als Fälle nicht ordnungsgemäßer Leistung behandelt werden. Ein rechtsfolgenrelevanter Unterschied zum Sachmangel besteht für den Käufer weder bei der Falsch- noch bei der Minderlieferung. Die Unterstellung beider Fallgruppen unter Gewährleistungsrechtsfolgen ist angemessen. Die Unterschiede zwischen schlichter Nichterfüllung und Vertragswidrigkeiten bzw. Sachmängeln hinsichtlich der Rechtsfolgen im CISG und den deutschen Reformwerken sind weitgehend aufgehoben. Der Begriff der Vertragsmäßigkeit aus Art. 35 I CISG ist dem des Sachmangels auch hier überlegen. Er vermag ohne weiteres alle Unter- bzw. Grenzfälle der nicht ordnungsgemäßen, aber tatsächlich erfolgten Lieferung zu erfassen. Denn letztendlich ist auch bei Minder- und

Falschliefungen die Lieferung nicht „vertragsgemäß“ erfolgt. Eine Gleichstellung zu den Sachmängeln wie in § 435 II KE und § 434 III BGB erübrigt sich so.

2.3. Das Verhältnis zur Rechtsmängelhaftung

2.3.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Das bislang geltende deutsche Recht behandelte Sach- und Rechtsmängel verschieden. § 434 BGB a.F. beinhaltete die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die gekaufte Sache frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Anknüpfungspunkt für die Haftung gemäß §§ 459 ff. BGB a.F. war dagegen nicht die Verletzung einer Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache, sondern das Vorliegen eines Sachmangels. Ob eine derartige Pflicht zur sachmangelfreien Verschaffung bestand, war streitig. Jedenfalls wäre sie nach geltendem Recht nicht durchsetzbar gewesen.²⁹⁹ Darüber hinaus existierten für Sach- und Rechtsmängel jeweils erheblich voneinander abweichende Rechtsfolgen. So haftete der Verkäufer für Rechtsmängel wegen § 440 I BGB a.F. grundsätzlich nach den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Da er aber anfängliches Unvermögen auch ohne Verschulden zu vertreten hatte, kam hier zumeist die verschuldensunabhängige Garantiehaftung zur Anwendung. Für Sachmängel galt dagegen die sonderrechtliche Gewährleistung der §§ 459 ff. BGB a.F. mit ihrer strengen Begrenzung des Schadensersatzes auf die Fälle der Arglist und der Zusicherung, ergänzt durch das Institut der positiven Forderungsverletzung. Die Abgrenzung von Sach- und Rechtsmängeln erlangte daneben auch angesichts der unterschiedlichen Verjährungsfristen von sechs Monaten bei Sachmängeln (§ 477 BGB a.F.) und dreißig Jahren bei Rechtsmängeln (§ 195 BGB a.F.) eine besondere Bedeutung.

Wegen der für die Rechtsmängelhaftung charakteristischen Pflicht zur Beseitigung rechtlicher Nutzungsbeeinträchtigungen bezüglich der Kaufsache wurde die Grenze zur Sachmängelhaftung häufig danach gezogen, ob diese Beseitigungspflicht neben der Pflicht zur Leistung einer Speziessache selbständig bestehen konnte.³⁰⁰ Es war danach zu fragen, ob diese Beseitigungspflicht und die Verpflichtung zur Erfüllung sinnvoll voneinander getrennt werden konnten. Konnte die Ursache der Beeinträchtigung nicht durch eine solche Beseitigung oder Abgeltung von Rechten Dritter behoben werden, so lag ein Sachmangel vor. Auch wenn eine Nutzungsbeeinträchtigung nur durch Veränderung der Sache behoben werden konnte, war Sachmängelrecht einschlägig.³⁰¹ Daneben wurde zur Abgrenzung auch die Formel benutzt, dass nur solche Umstände, die an die individuelle Beschaffenheit der Sache anknüpfen und somit bei einer Prüfung bemerkbar waren, Sachmängel begründen konnten, während sich Rechtsmängel

²⁹⁸ Vgl. Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 175

²⁹⁹ Siehe dazu noch 4.1.1.

³⁰⁰ MüKo-Westermann § 434 Rn. 4

³⁰¹ MüKo-Westermann § 434 Rn. 4; Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 143

aus der „Vorgeschichte“ der Kaufsache ergeben sollten.³⁰² Die Rechtsprechung entschied bei der Abgrenzung außerdem unter dem Gesichtspunkt, dass sich rechtliche Verhältnisse der Kaufsache wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen als Sachmängel darstellen können.³⁰³ Insgesamt erwies sich die Unterscheidung anhand dieser Kriterien als problematisch und wenig vorhersehbar, zumal die Rechtsprechung die Abgrenzung mit Rücksicht auf die im Einzelfall angemessen erscheinende Rechtsfolge vornahm.³⁰⁴

2.3.2. Der Kommissionsentwurf

Der Kommissionsentwurf stellte anders als das bisher geltende deutsche Recht den Sachmangel dem Rechtsmangel gleich.³⁰⁵ An der als sachgerecht erkannten Definition des Rechtsmangels wollte § 436 KE nichts ändern.³⁰⁶ Gemäß § 434 KE sollte der Verkäufer aber nunmehr die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen. Die Statuierung dieser Pflicht zur Sachmängelfreiheit neben der bereits nach dem geltenden Recht bestehenden Pflicht zur rechtmängelfreien Verschaffung ermöglichte die Eingliederung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungsrecht des Kommissionsentwurfs mit der Folge, dass sowohl für Sachmängel als auch für Rechtsmängel die selben Rechtsfolgen zur Anwendung kommen sollten. Das nach bisherigem deutschem Recht bestehende Abgrenzungsbedürfnis entstand nach dem Kommissionsentwurf nicht, zumal auch die Verjährung für beide Mängelarten einheitlich geregelt werden sollte.³⁰⁷

2.3.3. Das CISG

Neben den Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit regelt das CISG in seinen Art. 41 f. außerdem die Freiheit der Ware von Rechten und Ansprüchen sowie gewerblichen Schutzrechten Dritter und behält damit tatbestandlich die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmängeln bei. Allerdings ist die Unterscheidung zwischen beiden aufgrund der weitgehenden Gleichstellung hinsichtlich der Rechtsbehelfe von erheblich geringerer Relevanz als im bisherigen deutschen Recht. Abweichungen verbleiben vor allem bei den Ausschlusstatbeständen.³⁰⁸ Wie auch bei den Vertragswidrigkeiten ergeben sich die Rechte des

³⁰² Grunewald, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 27; MüKo-Westermann § 434 Rn. 4

³⁰³ BGHZ 79, 183, 185; RGZ 161, 193, 194; RGZ 69, 429, 431f.; MüKo-Westermann § 434 Rn. 5

³⁰⁴ Vgl. Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 52; Rolland, in: FS für Medicus, S.483; Haas, BB 01, S. 1314

³⁰⁵ Haas, NJW 92, S. 2391: Lediglich die nur für Sachmängel geltende Rügeobliegenheit des § 443 KE sollte als Besonderheit bestehen bleiben.

³⁰⁶ Abschlussbericht, S. 204

³⁰⁷ Zur Verjährung siehe unten 3.3.2.

³⁰⁸ Nach Art. 35 III CISG ist die Sachmängelhaftung bei Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers ausgeschlossen, während bei Rechtsmängeln die Haftung nur bei Einwilligung des Käufers entfällt (Art. 41 I CISG). Zudem entfällt nach Art. 40 CISG die Rügepflicht für Sachmängel bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Verkäufers, bei Rechtsmängeln und Schutzrechtsbelastungen entfällt sie nur bei Kenntnis (Art. 43 II CISG). Nur bei Sachmängeln hat der Käufer außerdem die

Käufers bei Vorliegen eines Rechtsmangels aus den Art. 45 ff. CISG. Ausgenommen von der Parallelität sind aber Art. 46 II und III sowie Art. 50 CISG, die sich nur auf die Vertragswidrigkeit beziehen.³⁰⁹ Zu einer vollständigen Vereinheitlichung von Sach- und Rechtsmängelhaftung ist das CISG daher nicht gelangt.³¹⁰

Vor der Modernisierung des deutschen Schuldrechts war bei der Anwendung des CISG zudem auf die Verjährungsproblematik hinzuweisen. Sofern nämlich gemäß Internationalem Privatrecht deutsches Recht zur Anwendung kam³¹¹, übertrug sich die dortige beträchtliche Fristendifferenz der Verjährung bei Sach- und Rechtsmängeln³¹² auch auf nach dem CISG zu behandelnde Käufe. Schon aus diesem Grunde blieb eine Abgrenzung erforderlich.³¹³ Ähnlich den Abgrenzungskriterien des bisherigen deutschen Rechts war eine Haftung für Vertragswidrigkeit dann zu bejahen, wenn es sich um konkrete Eigenschaften der Ware oder der Verpackung handelte. Während Rechtsmängel ihre Grundlage in der Vorgeschichte der Ware oder eines Verhaltens des Verkäufers haben sollten.³¹⁴ Seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat die Verjährungsproblematik jedoch erheblich an Bedeutung verloren, da nunmehr gemäß § 438 BGB Sach- und Rechtsmängel grundsätzlich einer einheitlichen Verjährungsfrist unterworfen werden.³¹⁵

2.3.4. Die Richtlinie 99/44/EG

In der Richtlinie werden Rechtsmängel nicht ausdrücklich erwähnt. Art. 2 RL 99/44/EG knüpft nicht an den Begriff des Mangels an, sondern geht vom Grundtatbestand der Vertragswidrigkeit aus. Seinem Wortlaut ist nicht zu entnehmen, ob Rechtsmängel von diesem Grundtatbestand erfasst werden sollen. Denn auch im Falle der Lieferung von Waren, die mit Rechten Dritter belastet sind, entsprechen diese nicht der kaufvertraglichen Vereinbarung, sind also nicht vertragsgemäß. Dass die Richtlinie die Lieferung von mit Rechtsmängeln behafteten Waren in ihren Anwendungsbereich einbezieht, ist jedoch zu Recht bezweifelt worden. Gegen die Erfassung der Rechtsmängel spricht, dass der Begriff der Vertragswidrigkeit aus der Vorbildregelung des Art. 35 CISG entlehnt ist und dort nur Fallgestaltungen umfasst, die im deutschen Recht als Sachmängel qualifiziert werden. Die Rechtsmängel normiert das CISG in

Obliegenheit zur Untersuchung und auch die zweijährige Ausschlussfrist des Art. 39 II CISG hinsichtlich der Rüge gilt nur für Sachmängel., zur Problematik der Rüge unter 3.2.2.3.

³⁰⁹ Huber, RabelsZ 43 (1979), S. 413; ders., in: Schlechtriem Art. 50 Rn. 9; Schlechtriem-Schwenzer Art. 41 Rn. 20

³¹⁰ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rdn. 5; Schlechtriem, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, S. 132

³¹¹ Das CISG trifft selbst keine eigenständige Regelung über die Verjährung. Das Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf vom 14.06.1974 wurde aber von der BRD nicht ratifiziert. Deshalb richtet sich die Verjährung nach dem jeweiligen gemäß dem Internationalen Privatrecht zur Anwendung kommenden nationalen Recht, siehe unten 3.3.3.

³¹² § 477 BGB a.F. bei Sach-, § 195 BGB a.F. bei Rechtsmängeln; Lauf beginnt bei Sachmängeln, aber erst mit Mängelrüge, siehe unten 3.3.3.

³¹³ Herber/ Czerwenka Art. 3 VertragsG Rz. 6

³¹⁴ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 5

³¹⁵ Siehe dazu sogleich unter 2.3.5. und 3.3.6.2.2.

den besonderen Tatbeständen des Art. 41 f. Sie unterfallen nicht dem Begriff der Vertragswidrigkeit.³¹⁶ Auch die Begründung der Richtlinie enthält keinen Hinweis darauf, dass die Problematik der Rechtsmängel in der Richtlinie geregelt werden sollte. Die Rechtsmängelhaftung ist daher nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst.³¹⁷

2.3.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Obwohl aus der Richtlinie ein Erfordernis zur Angleichung von Sach- und Rechtsmängeln nicht zweifelsfrei erkennbar ist, hat sie das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vorgenommen.³¹⁸

Eine Änderung der bisherigen Rechtsmängeldefinition aus § 434 BGB a.F. ist hiermit jedoch nicht verbunden. Sie ist in § 435 BGB übernommen worden.³¹⁹

Die Angleichung wurde möglich, da die Freiheit der Kaufsache von Sachmängeln zur Vertragspflicht erhoben wurde.³²⁰ Dieses Konzept lag schon dem Kommissionsentwurf zugrunde. § 433 I 2 BGB nennt nunmehr neben der Verpflichtung des Verkäufers, die Sache frei von Rechtsmängeln zu verschaffen, auch die Pflicht zur Sachmängelfreiheit. Die frühere sonderrechtliche Behandlung der Sachmängel in den §§ 459 ff. BGB a.F. konnte deshalb entfallen. Die Haftung für Sachmängel wurde in das allgemeine Leistungsstörungenrecht eingegliedert. Damit entfällt der Unterschied zu den Rechtsmängeln, welche schon bisher den allgemeinen Haftungsregeln unterlagen. Die schwierigen Abgrenzungsprobleme des bisherigen Rechts werden so bedeutungslos.³²¹ Nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ergeben sich gleiche Rechtsfolgen für Sach- und Rechtsmängel. So setzt die für die Haftung des Verkäufers maßgebliche Verweisungsnorm des § 437 BGB nur voraus, dass die Sache „mangelhaft“ ist, womit sowohl Sach- als auch Rechtsmängel gemeint sind.³²² Auch im allgemeinen Leistungsstörungenrecht wird nicht weiter differenziert. § 281 I und § 323 I BGB enthalten das Erfordernis, dass die Leistung „nicht wie geschuldet“ bzw. „nicht vertragsgemäß“ erbracht wurde. Eine Differenzierung in Sach- und Rechtsmängel ist auch hier nicht erforderlich.

Innerhalb der Rechtsmängelhaftung ändert sich systematisch nicht viel. Neu ist im reformierten Recht, dass nunmehr auch bei Rechtsmängeln die Minderung in Betracht kommt, §§ 437 Nr. 2, 441 BGB. Zudem greift im Fall anfänglich unbehebbarer Rechtsmängel nicht ohne weiteres

³¹⁶ Vgl. auch die Überschrift in Abschnitt II des CISG: „Vertragsmäßigkeit der Ware sowie Rechte oder Ansprüche Dritter“

³¹⁷ So auch Jordan/ Lehmann, JZ 01, S. 952 Fn. 2; Brüggemeier, JZ 00, S. 530 und Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1411: Aus Entstehungsgeschichte und systematischem Konzept der Richtlinie ergibt sich, dass die Rechtsmängelhaftung vom Regelungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen ist.

³¹⁸ Dafür auch Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 301; Schäfer/ Pfeiffer, ZIP 99, S. 1832; Brüggemeier, JZ 00, S. 530; ablehnend Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1412

³¹⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 217

³²⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 209; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 113

³²¹ Zustimmend Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 16; Westermann, NJW 02, S. 246; ders. JZ 01, S. 532; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 474, 569; AnwK-Büdenbender § 435 Rn. 1

³²² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 209

eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers ein. Vielmehr steht dem Käufer nach § 311a II BGB ein Schadensersatzanspruch aus vermutetem Verschulden zu. Die frühere verschuldensunabhängige Haftung bleibt aber gemäß § 276 I BGB im Falle der Übernahme einer Garantie weiterhin möglich. Der Nacherfüllungsanspruch bei behebbaren Rechtsmängeln ergibt sich aus § 437 Nr. 1, 439 BGB. Auch der Haftungsausschluss wurde in § 442 BGB angeglichen. Danach entfällt eine Haftung für Rechtsmängel grundsätzlich bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers. Auch die Verjährung wurde in § 438 BGB für Sach- und Rechtsmängel einheitlich geregelt. Hiervon wurde jedoch in § 438 I Nr. 1a BGB eine gewichtige Ausnahme für diejenigen Fälle gemacht, bei denen der Rechtsmangel auf dinglichen Herausgabeansprüchen Dritter beruht. Dann läuft eine der Verjährung des dinglichen Herausgabeanspruchs nach § 197 I Nr. 1 BGB entsprechende Frist von dreißig Jahren.³²³

2.3.6. Vergleich

Am weitgehendsten hat das auf dem Kommissionsentwurf basierende Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Gleichstellung von Rechts- und Sachmängeln verwirklicht. Die Differenzierung des bisherigen deutschen Rechts, die vor allem auf der historisch bedingten sonderrechtlichen Behandlung der Sachmängel beruhte, hatte sich überholt.³²⁴ Die problematische Abgrenzung ist mit der Angleichung von Sach- und Rechtsmängeln entfallen. Auch das CISG hat versucht, eine Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln zu erreichen. Zwar gelten bei den Rechtsfolgen im CISG weitgehend einheitliche Vorschriften, bei Minderung, Nacherfüllung und den Haftungsausschlüssen bestehen jedoch noch einige Unterschiede.

2.4. Maßgeblicher Zeitpunkt und Beweislast

2.4.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Sache mangelfrei sein musste, war gemäß § 459 I 1 und II BGB a.F. der Moment des Gefahrübergangs. Diese Formulierung nahm Bezug auf die in §§ 446, 447 BGB a.F. geregelte Preisgefahr. Regelmäßig kam es danach auf den Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache an, § 446 I BGB a.F. Bis zu diesem Zeitpunkt behielt der Verkäufer die Möglichkeit, Mängel, die bei Vertragsabschluss vorlagen, noch zu beseitigen.³²⁵ Nach der Übergabe hatte der Käufer das Risiko für unverschuldete Verschlechterungen der Kaufsache zu

³²³ Damit wurde den Bedenken von vgl. Ernst/ Gsell ZIP 00, S. 1412 und 1812 und Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 203 gegen eine einheitliche kurze Regelverjährung von 3 Jahren im Falle der Rechtsmängelhaftung, wie sie noch im Kommissionsentwurf und dem Diskussionsentwurf enthalten war, Rechnung getragen, Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 227

³²⁴ Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 52

tragen. Der Verkäufer haftete zudem auch für versteckte Mängel, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs schon vorhanden waren, sich jedoch erst später gezeigt hatten. Der Mangel musste dabei zum maßgeblichen Zeitpunkt jedenfalls schon im Keim in der Sache angelegt gewesen sein.³²⁶ Im Falle des Versandkaufs genügte für den Gefahrübergang schon die Übergabe an die Transportperson, § 447 BGB a.F.

§ 463, S. 1 BGB a.F. enthielt eine Sonderregel für den Stückkauf. Danach musste die zugesicherte Eigenschaft der Ware sowohl bei Vertragsabschluss als auch bei Gefahrübergang gefehlt haben. Der Käufer konnte deshalb keinen Schadensersatz verlangen, wenn die zugesicherte Eigenschaft nicht im Zeitpunkt des Kaufs, sondern erst bei Gefahrübergang fehlte.³²⁷

Nach den allgemeinen Beweislastregeln hatte im bisherigen deutschen Recht diejenige Partei die relevanten Umstände zu beweisen, die sich auf eine ihr günstige Norm berief. Dies galt vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen.³²⁸ Eine solche spezielle Beweislastregel wurde für den Fall des Sachmangels in § 363 BGB gesehen.³²⁹ Diese Vorschrift nennt ausdrücklich nur die falsche und die unvollständige Leistung. Als unvollständige Leistung wurde nach der Rechtsprechung und h. M. auch die qualitativ unzureichende, also mangelhafte Leistungserbringung angesehen. Für die Bestimmung der Beweislast war danach darauf abzustellen, ob der Käufer die Sache als Erfüllung angenommen hatte.³³⁰ Deshalb trug bis zum Gefahrübergang der Verkäufer die Beweislast für die Fehlerfreiheit der Kaufsache.³³¹ Nach der Annahme der Kaufsache musste der Käufer die Mangelhaftigkeit beweisen.³³² Den Käufer traf auch die Beweislast für das Vorliegen einer Zusicherung.³³³ Wurde die Annahme durch den Käufer aber etwa unter gleichzeitiger Forderung mangelfreier Lieferung beim Gattungskauf verweigert, so musste wiederum der Verkäufer die Mangelfreiheit beweisen.³³⁴

2.4.2. Der Kommissionsentwurf

Der maßgebliche Zeitpunkt, in dem die Mangelfreiheit gegeben sein muss, wurde im Kommissionsentwurf nicht besonders geregelt. Beim Sachmangel musste das BGB bisher den maßgeblichen Zeitpunkt deshalb festlegen, weil die Sachmangelfreiheit nicht als Bestandteil der Leistungspflicht ausgestaltet war. Es war daher ein Zeitpunkt zu bestimmen, von dem ab das

³²⁵ Palandt-Putzo § 459 Rn. 6; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 48

³²⁶ MüKo-Westermann § 459 Rn. 30; Staudinger-Honsell § 459 Rn. 33; Jauernig-Vollkommer § 459 Rn. 18

³²⁷ Palandt-Putzo § 463 Rn. 8; BGH NJW-RR 87, 910

³²⁸ Musielak, Grundkurs ZPO, Rn. 414, 416

³²⁹ RGZ 57, 399, 400; 109, 295, 296; BGH NJW 85, 2328, 2329; Nierwetberg, NJW 93, S. 1747; Palandt-Heinrichs § 363 Rn. 1

³³⁰ BGH NJW 81, 2403, 2404; Soergel-Huber § 459 Rn. 91, 94; MüKo-Westermann § 459 Rn. 99

³³¹ Jauernig-Vollkommer § 459 Rn. 27; Palandt-Putzo § 459 Rn. 59

³³² Palandt-Putzo § 459 Rn. 60; BGH NJW 89, 2533

³³³ BGH NJW 91, 913; Palandt-Putzo § 459 Rn. 59

besondere Leistungsstörungsrecht anzuwenden war. Mit der Einführung der Pflicht zur Sachmangelfreiheit in § 434 KE entfiel diese Notwendigkeit.³³⁵ Maßgebend sollte der Zeitpunkt sein, in dem der Verkäufer seine Leistungspflicht zu erfüllen hat. Das ist in der Regel der Zeitpunkt der Übergabe. Der Verzicht auf die ausdrückliche Regelung eines maßgebenden Zeitpunkts führte daher nicht zu anderen als den bisherigen Ergebnissen.³³⁶

Durch den Kommissionsentwurf sollte die bisher geltende Beweislastregelung bei Gewährleistungstatbeständen analog § 363 BGB nicht geändert werden. Der Kommissionsentwurf sah es als sachgerecht an, dem Käufer die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln, die eine Gewährleistung nach sich ziehen, aufzuerlegen.³³⁷

2.4.3. Das CISG

Maßgebender Zeitpunkt für die Haftung des Verkäufers aus einer Vertragswidrigkeit ist gemäß Art. 36 I CISG der Gefahrübergang. Mit Gefahrübergang ist derjenige Zeitpunkt gemeint, von dem ab der Käufer den vollen Kaufpreis bezahlen muss, obwohl er die Sache infolge Zufalls überhaupt nicht oder nur in beschädigtem Zustand erhält. Sie entspricht der Preisgefahr im BGB.³³⁸ Wann die Gefahr übergeht, richtet sich, sofern die vertragliche Vereinbarung nichts Abweichendes ergibt, nach den Art. 67 bis 69 CISG.³³⁹ Zur Begründung der Haftung genügt es dabei ebenso wie im deutschen Recht, dass der Mangel bei Gefahrübergang bereits vorhanden war, auch wenn die Vertragswidrigkeit der Ware bei einem versteckten Mangel erst später erkennbar geworden ist (Art. 36 I a.E. CISG).³⁴⁰

Nach Art 36 II CISG können ausnahmsweise auch erst nach Gefahrübergang eintretende Vertragswidrigkeiten eine Haftung des Verkäufers auslösen. So haftet der Verkäufer auch für später eintretende Vertragswidrigkeiten, sofern sie auf eine Verletzung seiner Pflichten zurückzuführen sind, Art. 36 II, 1. HS CISG. Dies gilt insbesondere für die Verletzung einer von ihm gegebenen Garantie, dass die Ware für eine bestimmte Zeit für den üblichen oder einen bestimmten Zweck geeignet bleiben oder besondere Eigenschaften und Merkmale behalten wird, Art. 36 II, 2. HS CISG.³⁴¹

³³⁴ BGHZ 6, 224; Palandt-Putzo § 459 Rn. 60

³³⁵ Abschlussbericht, S. 197

³³⁶ Abschlussbericht, S. 197 f.

³³⁷ Abschlussbericht, S. 198; Amtenbrink/ Scheider, VuR 99, S. 299

³³⁸ Herber/ Czerwenka Art. 66 Rn.2; Ziegler, Leistungsstörungsrecht nach dem UN-Kaufrecht, S. 87

³³⁹ Schlechtriem-Schwenzer Art. 36 Rn. 3; vgl. dazu ausführlich Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 89 ff.

³⁴⁰ Herber/Czerwenka Art. 36 Rn. 2; Schlechtriem-Schwenzer Art. 36 Rn. 4; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 99

³⁴¹ Es handelt sich dabei um die sog. Haltbarkeitsgarantien; siehe dazu Schlechtriem-Schwenzer Art. 36 Rn. 7-11

Die Beweislast ist zwar im CISG nicht ausdrücklich geregelt, sie lässt sich aber dem dem CISG zugrunde liegenden Regel-Ausnahme-Prinzip entnehmen.³⁴² Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Käufer, der die Ware zunächst angenommen hat, die Vertragswidrigkeit beweisen muss.³⁴³ Verweigert der Käufer jedoch die Annahme oder zeigt er die Mängel rechtzeitig an, so trifft den Verkäufer die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit.³⁴⁴

2.4.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Über den maßgebenden Zeitpunkt für das Vorhandensein der Vertragswidrigkeit trifft die Richtlinie keine Aussage. Nach dem Wortlaut des Art. 3 I RL 99/44/EG haftet der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit, die im Zeitpunkt der Lieferung besteht. Eine Bestimmung des Gefahrübergangs sollte damit aber nicht getroffen werden. Vielmehr hat man den weiten Begriff der Lieferung absichtlich gewählt, damit die Mitgliedsstaaten ihre Regelungen des Gefahrübergangs beibehalten können.³⁴⁵

Gemäß Art. 5 III RL 99/44/EG wird widerleglich vermutet, dass ein binnen sechs Monaten nach Lieferung auftretender Mangel bereits im Zeitpunkt der Lieferung bestand. Anders als CISG, BGB a.F. und Kommissionsentwurf enthält Art. 5 III RL 99/44/EG damit eine Beweislastumkehr zugunsten des Käufers, mit welcher der für die Haftung maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Vertragswidrigkeit vorliegen muss, de facto erheblich hinausgeschoben wird. Die Umkehr der Beweislast innerhalb der ersten sechs Monate war eingefügt worden, weil der Beweis, dass ein Mangel bereits bei Lieferung bestand, für den Verbraucher oft eine unüberwindbare Schwierigkeit darstellt.³⁴⁶ Die Kritiker wenden gegen Art. 5 III RL 99/44/EG ein, dass derartige Beweiserleichterungen zu einer Mehrung der Streitfälle führen können, wenn der Käufer wegen später eintretender Defekte, Gebrauchsschäden und normalen Verschleißerscheinungen Gewährleistungsansprüche geltend macht.³⁴⁷ Jedoch ist andernfalls ein Missbrauch in der Weise zu befürchten, dass der Verkäufer dem sich in Beweisnot befindlichen Verbraucher berechnete Gewährleistungsansprüche verweigert. Insgesamt wird der Nachweis, dass die Vertragswidrigkeit infolge unsachgemäßen Gebrauches oder normalen Verschleißes erst nachträglich entstanden ist, vom Verkäufer leichter zu führen sein als der sonst dem Verbraucher obliegende Beweis, dass die Vertragswidrigkeit bereits bei Lieferung der Ware

³⁴² Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 49; Schlechtriem-Huber Art. 45 Rn. 12; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 21

³⁴³ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 21; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 49; OLG Frankfurt RIW 91, 591; Herber/Czerwenka Art. 35 Rn. 9;

³⁴⁴ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 49; Huber, RabelsZ 43 (1979), S. 480

³⁴⁵ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395; 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

³⁴⁶ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz III, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; so auch schon Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 54

³⁴⁷ BR-Drucks. 696/96 Ziff. 3; kritisch auch Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 857: Billigkeitsentscheidung, unzumutbare Belastung des Verkäufers

vorhanden war.³⁴⁸ Denn der Verkäufer wird gegenüber dem Verbraucher zumeist die bessere Sachkunde besitzen. Zudem enthält die Vorschrift zwei Ausnahmen, in denen die Beweislast nicht umgekehrt wird. Dies ist gemäß Art. 5 III RL 99/44/EG zum einen der Fall, wenn die Umkehr mit der Art des Gutes nicht zu vereinbaren ist. Zu denken ist hier insbesondere an verderbliche Waren.³⁴⁹ Zum anderen bleibt die Beweislast auch bei einer Nichtvereinbarkeit mit der Art der Vertragswidrigkeit beim Käufer, etwa wenn sich aufgrund technischer Gründe eindeutig sagen lässt, dass ein solcher Mangel nicht bei der Lieferung vorhanden gewesen sein kann.³⁵⁰

2.4.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Der für die Gewährleistungshaftung maßgebliche Zeitpunkt ist gemäß § 434 I 1 BGB derjenige des Gefahrübergangs. Dies entspricht der bisherigen Regelung des § 459 I 1 BGB a.F. Mit Art. 3 I RL 99/44/EG, der auf den Zeitpunkt der Lieferung abstellt, ist § 434 I 1 RE vereinbar, da die nationalen Gefahrtragungsregelungen durch die Richtlinie nicht berührt werden sollten. Die Vorschriften über den Gefahrübergang finden sich wie bisher in §§ 446, 447 BGB. Die Gefahr des zufälligen Untergangs geht also weiterhin regelmäßig mit Übergabe der Kaufsache auf den Käufer über, § 446, S. 1 BGB. Die Vorschrift des § 447 BGB ist wegen § 474 II BGB jedoch nicht auf Verbrauchsgüterkäufe anwendbar.³⁵¹

Im Hinblick auf die Beweislast wird die jetzige Rechtslage, insbesondere die Anwendbarkeit von § 363 BGB auf mangelhafte Leistungen, für den bürgerlich-rechtlichen und den Handelskauf nicht geändert.³⁵² Die Beweislastumkehr des Art. 5 III RL 99/44/EG für die ersten sechs Monate ab Gefahrübergang wird als eine Sondervorschrift für den Verbrauchsgüterkauf durch § 476 BGB eingefügt.

³⁴⁸ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz III, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 272; Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 302

³⁴⁹ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 272; Rieger, VuR 99, S. 289, Fn. 30; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 21

³⁵⁰ Staudenmayer, NJW 99, S. 2396; Rieger, VuR 99, S. 289, Fn. 31: bei typischen Bruchschäden

³⁵¹ Die Vorschrift über die Gefahrtragung beim Versandkauf war im ursprünglichen Diskussionsentwurf nicht enthalten, wurde dann aber in den Regierungsentwurf wieder aufgenommen, da sie für Kaufverträge außerhalb der §§ 474 ff. BGB zu sachgerechten Ergebnissen führt und selbst das CISG in Art. 67 I eigens eine Regelung für Handelskäufe enthält, vgl. Westermann, JZ 01, S. 536; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18, Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 240.

³⁵² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 217; Westermann, NJW 02, S. 250; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 133

2.4.6. Vergleich

Unterschiede hinsichtlich der Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Vertragswidrigkeit bzw. des Sachmangels bestehen zwischen den Regelungen nicht. Alle Regelungen stimmen darin überein, dass es sich dabei um den Moment des Gefahrübergangs handeln muss. Denn von diesem Zeitpunkt an soll der Käufer das Risiko für unverschuldete Verschlechterungen der Sache tragen und darf dieses auch nicht durch die Zufallshaftung der Gewährleistung wieder zurückwälzen.³⁵³ Das BGB a.F. und das CISG haben diesen Grundsatz in § 459 I 1 und II bzw. Art. 36 I festgeschrieben. Dass der Kommissionsentwurf auf eine ausdrückliche Erwähnung verzichten wollte, machte im Ergebnis keinen Unterschied. In § 434 I 1 BGB ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs lediglich aus Klarstellungsgründen wieder aufgenommen worden.³⁵⁴ Die Richtlinie 99/44/EG nennt in Art. 3 I zwar den Zeitpunkt der Lieferung. Dieser weite Begriff soll jedoch mit den Regeln über den Gefahrübergang nach nationalem Recht ausgefüllt werden.

Auch bezüglich der Beweislast gibt es kaum Unterschiede zwischen deutschem Recht, Kommissionsentwurf und CISG. Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass nach der Annahme der Kaufsache der Käufer die Beweislast für die abweichende Beschaffenheit trägt. Verweigert der Käufer dagegen die Annahme oder rügt er die vertragswidrige Beschaffenheit, kehrt sich die Beweislast um. Ganz anders ist die Beweislast gemäß Art. 5 III für die Richtlinie und in Umsetzung dieser Vorschrift in § 476 BGB für den Verbraucherkauf im deutschen Recht geregelt. Sie sieht eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verkäufers innerhalb der ersten sechs Monate nach Lieferung vor, welche der Regierungsentwurf lediglich für Verbrauchsgüterkäufe übernimmt. Wegen der bereits erwähnten Schwierigkeiten des Verbrauchers, das Vorliegen der Vertragswidrigkeit bei Gefahrübergang zu beweisen, ist diese Umkehr der Beweislast bei Verbraucherkäufen zu befürworten.³⁵⁵

³⁵³ Huber, Gutachten I, S. 867; Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 53

³⁵⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 213

³⁵⁵ Siehe 2.4.4.

Kapitel 3.....Ausschlussgründe

3.1. Mängelkenntnis bei Vertragsschluss

3.1.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Im bisherigen deutschen Recht war die Haftung für Sachmängel ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss kannte, § 460, S. 1 BGB a.F. Hatte sich der Verkäufer jedoch zur Beseitigung des dem Käufer bekannten Mangels bis zum Gefahrübergang verpflichtet, musste er trotz Kenntnis haften.¹ Gemäß § 460, S. 2 BGB a.F. war eine Haftung des Verkäufers auch dann ausgeschlossen, wenn der Mangel dem Käufer bei Kaufabschluss infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war. Grob fahrlässig war die Unkenntnis, die auf einer besonders schweren Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruhte.² Allerdings traf den Käufer grundsätzlich keine Untersuchungspflicht. Der Käufer handelte also in der Regel dann nicht grob fahrlässig, wenn er sich auf die Angaben des Verkäufers verlassen und keine Untersuchung der Sache vorgenommen hatte.³ Lediglich wenn die Umstände zu besonderer Vorsicht mahnten oder der Käufer gegenüber dem Verkäufer eine besondere Sachkunde besaß, konnte von ihm eine Untersuchung verlangt werden.⁴ § 460, S. 2 BGB a.F. enthielt zwei Ausnahmen: Der Verkäufer haftete trotz grober Fahrlässigkeit des Käufers für arglistig verschwiegene Fehler und wenn er die Abwesenheit von Fehlern zugesichert hatte.

3.1.2. Der Kommissionsentwurf

Nach § 442 KE musste der Verkäufer nicht haften, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsabschluss kannte. Im Gegensatz zu § 460 BGB a.F. griff der Haftungsausschluss also nur bei positiver Kenntnis des Käufers ein. Grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel sollte für einen Haftungsausschluss nicht genügen, da den Käufer vor Vertragsschluss keine Untersuchungspflicht treffe und es deshalb auf eine grob fahrlässige Nichtkenntnis selbst in evidenten Fällen nicht ankommen könne.⁵ Die Schuldrechtskommission stellte so die Sachmängel den Rechtsmängeln, für die der lediglich bei positiver Kenntnis gegebene Haftungsausschluss gemäß § 439 I BGB a.F. ohnehin schon galt, gleich.

¹ Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 50; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I 2 d; Palandt-Putzo § 460 Rn. 8; Staudinger- Honsell § 460 Rn. 6 m.w.N.

² Köhler, JZ 89, 767; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rn. 73; Palandt-Putzo § 460 Rn. 11

³ Staudinger-Honsell § 460 Rn. 7; Palandt-Putzo § 460 Rn.11; Jauernig-Vollkommer § 460 Rn. 6

⁴ Staudinger- Honsell § 460 Rn. 8; RGZ 131, 343, 345; Jauernig-Vollkommer § 460 Rn. 6; Palandt-Putzo § 460 Rn. 12

⁵ Abschlussbericht, S. 226

3.1.3. Das CISG

Gemäß Art. 35 III CISG haftet der Verkäufer nicht für eine Vertragswidrigkeit im Sinne der Art. 35 II lit. a bis d CISG, wenn der Käufer die vorhandenen Mängel bei Vertragsschluss kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Wie weit die Mitverantwortung des Käufers im Rahmen des Nicht-in-Unkenntnis-sein-könnens geht, ist streitig. Jedenfalls trifft den Käufer wie im deutschen Recht keine Untersuchungspflicht vor Vertragsschluss.⁶ Das Kennenmüssen des Art. 35 III CISG wird überwiegend im Sinne grober Fahrlässigkeit verstanden.⁷ Nach anderer Ansicht soll dagegen die Haftung nur in evidenten Fällen ausgeschlossen sein.⁸ Zumindest kann dem CISG nicht die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte Kasuistik zur groben Fahrlässigkeit zugrunde gelegt werden. Das gemäß Art. 7 I CISG international einheitlich auszulegende CISG muss vielmehr einer autonomen Interpretation unterliegen. Allerdings meinen die Vertreter der herrschenden Auffassung, dass die im deutschen Recht als Fälle grober Fahrlässigkeit zu behandelnden Sachverhalte auch der Formulierung des Art. 35 III CISG „nicht in Unkenntnis sein konnte“ unterfallen werden.⁹

Eine Einschränkung des Art. 35 III CISG muss für den Fall angenommen werden, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Aus dem Grundgedanken des Art. 40 CISG, wonach der Verkäufer sich nicht auf ein Verhalten des Käufers berufen kann, wenn ihn selbst ein größerer Vorwurf trifft, in Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 7 I CISG ergibt sich, dass der arglistig handelnde Verkäufer auch dann haften muss, wenn der Käufer nicht in Unkenntnis von der Vertragswidrigkeit sein konnte. Der grob fahrlässig unwissende Käufer erscheint schutzwürdiger als der arglistig handelnde Verkäufer.¹⁰ Dies entsprach schon der Rechtslage nach § 460, S. 2 BGB a.F.

Nach seinem Wortlaut gilt der Haftungsausschluss des Art. 35 III CISG nicht für die Fälle der vertraglichen Vereinbarung nach Art. 35 I CISG. Gleichwohl wird teilweise eine analoge Anwendung des Abs. III auf vertragliche Vereinbarungen nach Absatz I befürwortet.¹¹ Denn der Käufer dürfe keine Rechtsbehelfe geltend machen können, wenn er bereits bei Vertragsschluss von einer vertragswidrigen Leistung ausging und für ihn von vornherein keine Hoffnung auf vertragsgemäße Erfüllung bestand.¹² Andere lehnen eine analoge Anwendung ab¹³, da in Betracht gezogen werden müsse, dass der Käufer die Mangelhaftigkeit der Ware zwar kannte,

⁶ Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639

⁷ Herber/ Czerwenka Art. 35 Rn. 10; Reinhart Art. 35 Rn. 9; Honsell, SJZ 92, S. 351; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 20 ff.; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639

⁸ Huber, RabelsZ 43 (1979), S. 413, 479; Honnold, Uniform Law, Rdn. 229; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 34 „ins Auge springende Vertragswidrigkeiten“

⁹ Vgl. Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 55 Fn. 31

¹⁰ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 211; Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 37; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639

¹¹ Reinhard Art. 35 Rn. 10; Enderlein/ Maskow/ Strohbach Art. 35 Anm. 19; Herber/Czerwenka Art. 35 Rn. 11; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 46

¹² Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 46

¹³ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 38; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 55; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 80 f.; Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2.9.2.

aber der Verkäufer die der Leistungsbeschreibung entsprechenden Eigenschaften noch bis zur Lieferung herzustellen gedachte.¹⁴ Dann dürfe die Kenntnis des Käufers den Verkäufer nicht von seiner vertraglichen Verpflichtung befreien.¹⁵ Sofern der Käufer die Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit nur deshalb erwirbt, um dann den Verkäufer wegen Vertragswidrigkeit in Anspruch zu nehmen, so sei er schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht schutzwürdig. Einer Analogie bedürfe es daher nicht.¹⁶

3.1.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Gemäß Art. 2 III RL 99/44/EG soll die Gewährleistungshaftung des Verkäufers ausgeschlossen sein, wenn der Verbraucher bei Vertragsschluss die Vertragswidrigkeit kannte oder über sie vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein konnte. In einem solchen Falle kann nach Ansicht der Kommission keine Vertragswidrigkeit vorliegen, da der Verbraucher die Sache, so wie sie ist, gekauft habe und diese damit vertragsgemäß sei.¹⁷ Die Formulierung „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein konnte“ statuiert keine Untersuchungspflicht des Verbrauchers.¹⁸ Ähnlich wie bei Art. 35 III CISG ist auch hier streitig, welche Intensität die dem Käufer obliegende Aufmerksamkeit gemäß Art. 2 III RL 99/44/EG haben muss. So ist der Formulierung des Art. 2 III RL 99/44/EG entnommen worden, dass schon einfache Fahrlässigkeit zum Haftungsausschluss führen könne.¹⁹ Nach anderer Ansicht wird grob fahrlässiges Verhalten gefordert.²⁰ Eine dritte Ansicht hält einen strengeren Maßstab als grobe Fahrlässigkeit für erforderlich. Es gehe nur um diejenigen Fälle, in denen der Verbraucher gar nicht anders konnte, als die Vertragswidrigkeit wahrzunehmen.²¹

¹⁴ Schlechtriem-Schwenzer Art. 35 Rn. 38; Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 81

¹⁵ Bianca/ Bonell-Bianca Art. 35 Anm. 2. 9.2.

¹⁶ Aue, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 81

¹⁷ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz I, abgedruckt in: ZIP 96, 1850

¹⁸ Reich, NJW 99, S. 2402; Staudenmayer, NJW 99, S. 2394; ders., in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 36; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639; Grundmann/ Bianca-Grundmann EU-Kaufrechtsrichtlinie Art. 2 Rn. 52; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 207, 209; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 279; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn 24

¹⁹ Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 857; ähnlich Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 261; Medicus, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 225 f.

²⁰ Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 374; Reich, NJW 99, S. 23402; Schäfer/ Pfeiffer, ZIP 99, S. 1832; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 245; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639

²¹ Staudenmayer, NJW 99, S. 2394 in Anlehnung an die von Schlechtriem- Schwenzer Art. 35 Rn. 34 zu Art. 35 III CISG vertretene Auffassung; Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 306 und Fn. 85; Rieger, VuR 99, S. 290; Schäfer/ Pfeiffer, ZIP 99, S. 1834; Schwartz, ZEuP 2000, S. 562; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 279; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm.

3.1.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Der Ausschlussgrund der Mängelkenntnis bei Vertragsschluss hat im Laufe der Reformüberlegungen eine erstaunliche Entwicklung erfahren. Die Schuldrechtskommission hatte den ursprünglichen § 460 BGB a.F. zunächst dahingehend verändert, dass ein Ausschluss der Mängelrechte nur noch bei positiver Kenntnis von der Mangelhaftigkeit in Betracht kommen sollte (§ 442 KE). § 441 I 1 BGB führte demgegenüber den Ausschlussgrund der groben Fahrlässigkeit wieder ein. § 442 I BGB kehrt nun der Sache nach wieder zur ursprünglichen Regelung des § 460 BGB a.F. zurück, indem er die Gegenausnahmen in den Fällen der Arglist und der Zusicherung übernimmt. Allerdings spricht § 441 I 2 BGB nunmehr wegen des Wegfalls des Sondertatbestands der Zusicherung von der Übernahme einer Garantie für bestimmte Eigenschaften, deren weiteres Fortbestehen sich aus § 276 I 1 BGB ergibt.²² § 442 BGB soll, wie dies bereits im Kommissionsentwurf vorgesehen war, auch für Rechtsmängel gelten.

Mit der Vorschrift des § 442 BGB wird Art. 2 III RL 99/44/EG in das deutsche Recht umgesetzt.²³ § 442 I 1 BGB, der eine Haftung bei positiver Kenntnis der Mangelhaftigkeit ausschließt, entspricht dabei Art. 2 III Fall 1 der Richtlinie. Mit § 442 I 2 BGB wird Art. 2 III Fall 2 umgesetzt. Das Merkmal „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis“ aus der Richtlinie wird dabei als Ausdehnung des Haftungsausschlusses auf die Fälle der grob fahrlässigen Unkenntnis verstanden.²⁴

3.1.6. Vergleich

3.1.6.1. Mitverantwortung des Käufers bei Vertragsschluss: Kenntnis und Kennenmüssen wegen Evidenz

Die Kenntnis des Käufers von der vertragswidrigen Beschaffenheit der Kaufsache ist in allen Regelungen ein Ausschlussgrund für die Gewährleistungshaftung: § 460, S. 1 BGB a.F., § 442 KE, Art. 35 III CISG, Art. 2 III RL 99/44/EG und § 442 I BGB. Der von der abweichenden Beschaffenheit wissende Käufer erscheint hier nicht schutzwürdig, da er schon bei Vertragsschluss auf die vorliegenden Mängel hätte hinweisen können. Mit dem Haftungsausschluss soll für den Käufer ein Anreiz gesetzt werden, die ihm zur Verfügung stehenden Informationen bereits in den Vertrag einzubringen, statt diese erst nachträglich auf dem kostenträchtigen Weg der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen offen zu legen.²⁵ Daneben lassen es Art. 35 III CISG und Art. 2 III RL 99/44/EG für einen Haftungsausschluss auch genügen, wenn der Käufer über die Vertragswidrigkeit nicht in

17.17; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 24; Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 335

²² Siehe oben 2.1.5.1.

²³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 236

²⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 236; siehe dazu noch 3.1.6.1.

Unkenntnis sein konnte. Dem ähnelt § 460, S. 2 BGB a.F., der die Verkäuferhaftung bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers entfallen lässt. Anders als in § 460, S. 2 BGB a.F. lässt der Wortlaut der Art. 2 III RL 99/44/EG und Art. 35 III CISG nicht zweifelsfrei erkennen, welche Intensität an Mitverantwortlichkeit hier beim Käufer zu fordern ist. Einigkeit besteht zumindest darin, dass den Käufer keine Untersuchungsobliegenheit trifft. Aus diesem Grund wollte die Schuldrechtskommission den von ihr vorgeschlagenen Haftungsausschluss auf die positive Kenntnis vom Mangel beschränken, § 442 KE. Wenn der Käufer die Kaufsache vor Vertragsschluss nicht untersuchen muss, könne die Gewährleistung bei grob fahrlässiger Unkenntnis nicht einmal in evidenten Fällen ausgeschlossen sein.²⁶ Diese Ansicht ist nicht zutreffend, da gerade evidente, offen zu Tage tretende Mängel vom Käufer auch ohne Untersuchung zu erkennen sind. Die Ablehnung einer Untersuchungsobliegenheit des Käufers zwingt daher nicht von vornherein zur Beschränkung des Haftungsausschlusses auf positive Kenntnis. Bei der Formulierung des § 442 KE hat daneben auch das Bestreben der Schuldrechtskommission, einheitliche Regeln für Sach- und Rechtsmängel aufzustellen, eine Rolle gespielt. Bei Rechtsmängeln ist die Situation jedoch insoweit anders, als diese regelmäßig nicht an der Sache selbst evident werden.²⁷ Zudem würde die Beschränkung des Haftungsausschlusses auf positive Kenntnis die Motivation des Käufers beseitigen, solche Informationen über die Kaufsache offen zu legen, die er sich leichter beschaffen kann als der Verkäufer.²⁸ Und auch über die hier untersuchten Regelungen hinaus steht der Vorschlag der Schuldrechtskommission international eher in einer Außenseiterposition.²⁹ Die Regelung des § 442 KE ist daher abzulehnen.

Andererseits ist aber auch die zu Art. 2 III RL 99/44/EG vertretene Auffassung, dem Käufer schade schon einfache Fahrlässigkeit³⁰, nicht zu befürworten. Zunächst ist Art. 2 III RL 99/44/EG dem Art. 35 III CISG bewusst nachgebildet worden.³¹ Im CISG wird aber ein grobe Fahrlässigkeit unterschreitender Haftungsausschluss nicht in Betracht gezogen. Gegenüber Art. 35 III CISG ist die Formulierung der Richtlinie allerdings um den Begriff „vernünftigerweise“ („reasonably“) ergänzt worden. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 III RL 99/44/EG ergibt sich jedoch, dass Art. 2 III RL 99/44/EG nur diejenigen Fälle erfassen sollte, bei denen

²⁵ Schwartz, ZEuP 2000, S. 561; Köhler, JZ 89, S. 763

²⁶ Abschlussbericht, S. 226; zustimmend Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18

²⁷ Dass Rechtsmängel nicht durch eine Untersuchung der Sache feststellbar sind, ist hier, anders als bei der späteren Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, nicht maßgeblich, da der Käufer die Kaufsache auch auf Sachmängel nicht zu untersuchen hat; anders Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 245

²⁸ Vgl. Schwartz, ZEuP 2000, S. 562; Schwartz, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 130

²⁹ Vgl. Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 58; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 245; Schwartz, ZEuP 2000, S. 561

³⁰ Siehe oben 3.1.4.

³¹ Staudenmayer, NJW 99, S. 2394 f.; ders., in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 36; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 245 ; Rieger, VuR 99, S. 290

sich dem Käufer die Vertragswidrigkeit geradezu aufdrängt.³² In ihrer Begründung zum Richtlinienvorschlag von 1996 machte die Kommission deutlich, dass es sich um offenkundige Mängel handeln muss.³³ Diese Entstehungsgeschichte spricht aber nicht nur gegen eine Auslegung im Sinne einfacher Fahrlässigkeit, sondern auch gegen einen Haftungsausschluss wegen grob fahrlässiger Nichtkenntnis, da die Offensichtlichkeit von Vertragswidrigkeiten höhere Anforderungen stellt. Für eine Interpretation sowohl des Art. 2 III RL 99/44/EG als auch des Art. 35 III CISG im Sinne lediglich evidenter Vertragswidrigkeiten spricht daneben, dass nur sie mit dem Grundsatz, dass den Käufer vor Vertragsschluss keine Obliegenheit zur Untersuchung der Ware treffen soll³⁴, vereinbar ist. Nach dem Richtlinienwortlaut müssen die Mängel dem Verbraucher „offenbar“ werden.³⁵ Ohne Untersuchung sind aber nur offensichtliche, „ins Auge springende“ Vertragswidrigkeiten durch den Käufer erkennbar. Zu beachten ist außerdem, dass es hier um die Zeit vor Vertragsschluss geht, wo sich die Kaufsache regelmäßig noch in der Verfügungsgewalt des Verkäufers befindet. Mehr als eine Inaugenscheinnahme kann vom Käufer zu diesem Zeitpunkt noch nicht erwartet werden. Auf diese Weise erkennbar sind aber lediglich evidente Mängel. Die Auslegung im Sinne evidenter Vertragswidrigkeiten empfiehlt sich auch aus beweisrechtlichen Gründen. Denn die Kenntnis des Käufers hat der Verkäufer nachzuweisen.³⁶ Eine positive Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit wird aber nur schwer nachzuweisen sein, jedenfalls schwerer als der Umstand, dass der Käufer den Mangel gerade wegen seiner Offensichtlichkeit zumindest hätte kennen müssen. Das Kriterium des Kennenmüssens aus Art. 2 III RL 99/44/EG, 35 III CISG ist deshalb im Sinne einer Beweiserleichterung als eine Art objektivierter oder vermuteter Kenntnisstand zu verstehen³⁷: Aus der Evidenz der Vertragswidrigkeit darf regelmäßig auf die Kenntnis des Käufers geschlossen werden. Dieses Merkmal hätte dann hauptsächlich die Funktion, die Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes durch die Ausräumung von Beweisschwierigkeiten zu vereinfachen.

3.1.6.2. Zur Umsetzung der Richtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

§ 442 I BGB nimmt eine von dieser Ansicht abweichende Umsetzung des Art. 2 III RL 99/44/EG vor, indem er die Haftung des Verkäufers schon bei grober Fahrlässigkeit des Käufers ausschließt. Unter grober Fahrlässigkeit wird eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden, wenn also das ganz Naheliegende nicht beachtet

³² Staudenmayer, NJW 99, S. 2395; Reich, NJW 99, S. 2402; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 206

³³ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz I, abgedruckt in: ZIP 96, 1850

³⁴ Siehe oben 3.1.4.

³⁵ Vgl. Art. 5 I 1 RL 99/44/EG; Jorden, Verbrauchergarantien, S. 207; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.17

³⁶ Für das deutsche Recht Palandt-Putzo § 460 Rn. 5; RGZ 102, 394, 395

³⁷ Vgl. Schwartze, ZEuP 2000, S. 562, Fn. 117; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 279

wird, das jedem einleuchten muss.³⁸ Eine allgemeine Obliegenheit zur Untersuchung der Ware vor Vertragsschluss wurde daraus im bisherigen Recht zwar nicht gefolgert³⁹, unter bestimmten Umständen traf den Käufer aber doch eine solche Obliegenheit, insbesondere wenn der Käufer im Gegensatz zum Verkäufer eine besondere Sachkunde aufwies sowie beim Verkauf von Häusern, Gebrauchtwagen, Kostbarkeiten und Kunstwerken.⁴⁰ Diese Auslegung stimmt nicht mit den Wertungen der Richtlinie überein. Nach der Richtlinie soll den Verbraucher gerade keine Untersuchungspflicht treffen. Lediglich Mängel, die sich ihm geradezu aufdrängen mussten, mithin offensichtliche Mängel, sollen zu einem Haftungsausschluss führen.⁴¹ Die Formulierung „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis“ stellt damit geringere Anforderungen an den Grad der Aufmerksamkeit des Verbrauchers als das Kriterium der groben Fahrlässigkeit in § 442 BGB. Unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines effektiven Verbraucherschutzes kann § 442 BGB insoweit nicht als richtlinienkonform angesehen werden.⁴² Das Merkmal der groben Fahrlässigkeit ist daher in § 442 BGB richtlinienkonform in der Weise auszulegen, dass ein grob fahrlässiges Handeln des Käufers nur dann zu bejahen ist, wenn er aus dem, was er gesehen hat oder was ihm vor Augen war, gegen alle Vernunft nicht auf den Mangel schließt.⁴³

3.1.6.3. Keine Vertragswidrigkeit bei Kenntnis oder Kennenmüssen?

Aus der Formulierung des Art. 2 III RL 99/44/EG und der Begründung zum Richtlinienvorschlag geht hervor, dass die Kommission bei Kenntnis bzw. unvernünftiger Unkenntnis eine Vertragswidrigkeit nicht als gegeben ansieht. Die Kaufsache sei dann sehr wohl vertragsgemäß.⁴⁴ Die Ansicht erfasst aber lediglich eine Fallgestaltung des Art. 2 III RL 99/44/EG und greift deshalb zu kurz. Dass die Sache im wörtlichen Sinne vertragsgemäß ist, hat zur Voraussetzung, dass beide Seiten, also auch der Verkäufer, Kenntnis von der tatsächlichen Beschaffenheit der Kaufsache haben. Um vertragsgemäß sein zu können, muss das betreffende Beschaffenheitsmerkmal auch wirklich Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung gewesen sein. Dem Haftungsausschluss aus Art. 2 III RL 99/44/EG unterfallen aber noch andere Sachverhalte. Es kann auch vorkommen, dass der Käufer zwar Kenntnis hat, der Verkäufer aber von der tatsächlichen Beschaffenheit der Kaufsache nichts weiß, etwa wenn dem Käufer

³⁸ Palandt-Heinrichs § 277 Rn. 2

³⁹ Staudinger-Honsell § 460 Rn. 7

⁴⁰ Staudinger-Honsell § 460 Rn. 9 f.; Soergel-Huber § 460 Rn. 20

⁴¹ Siehe oben 3.1.6.1.

⁴² So auch Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 335; Micklitz, EuZW 99, S. 492; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 2 Rn. 24; Schwartze, ZeuP 00, S. 561 f.; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 279; a.A. Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 212; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 159 f.; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 442 Rn. 4 f.

⁴³ Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 279

⁴⁴ So wörtlich KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz I, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; Art. 2 III; auch Hänlein, DB 99, S. 1643

weitergehende Informationen zur Verfügung stehen und der Mangel nicht offensichtlich ist.⁴⁵ Dann ist das betreffende Merkmal nicht in die vertragliche Vereinbarung einbezogen worden, kann also auch nicht vertragsgemäß im Sinne der Kommission sein. Daneben widersprechen auch zwei weitere von Art. 2 III RL 99/44/EG erfasste Fallgestaltungen dem Verständnis der Kommission. Dies ist zum einen die Fallgruppe der sog. unvernünftigen Unkenntnis. Denn ohne die positive Kenntnis des Käufers kann eine Beschaffenheit nicht vertraglich vereinbart werden.⁴⁶ Schließlich trifft die Ansicht der Kommission auch in den Fällen nicht zu, in denen die Beschaffenheit der Kaufsache nicht in allen Einzelheiten vertraglich festgelegt worden ist. Bei der Einbeziehung objektiver Kriterien in die Bestimmung der Sollbeschaffenheit ist die Sache gerade nicht vertragsgemäß im streng wörtlichen Sinne.⁴⁷ Eine darauf bezogene vertragliche Abrede ist gerade nicht getroffen worden. Die Formulierung des Art. 2 III RL 99/44/EG ist daher missverständlich. Zu Recht hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz daher den Passus aus Art. 2 III RL 99/44/EG „es liegt keine Vertragswidrigkeit ... vor“ nicht übernommen und stattdessen die Haftung trotz Vorliegens eines Sachmangels für ausgeschlossen erklärt.

Aus den soeben genannten Gründen ist der Haftungsausschluss gemäß Art. 35 III CISG auch nicht auf Art. 35 I zu erstrecken.⁴⁸ In Art. 35 I CISG ist ein Haftungsausschluss wegen Kenntnis nicht erforderlich, da dann ohnehin schon keine Vertragswidrigkeit vorliegt. Anders ist dies bei fehlender vertraglicher Vereinbarung, hier gibt es keinen von den Parteien festgelegten Standard für die Vertragsmäßigkeit. Er muss gesetzlich festgeschrieben werden, Art. 35 II CISG. Daher ist hier eine ausdrückliche Nennung der Ausschlussgründe erforderlich.

3.2. Mitverantwortung des Käufers ab Lieferung

3.2.1. Mängelkenntnis bei Lieferung

3.2.1.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Kannte der Käufer im bislang geltenden deutschen Recht den Mangel der Kaufsache bei Übergabe, musste er sich seine Rechte gemäß § 464 BGB a.F. vorbehalten.⁴⁹ Nahm er die Ware an, ohne einen Vorbehalt zu erklären, galt dies als Verzicht des Käufers auf seine

⁴⁵ Vgl. Köhler, JZ 89, S. 763; Schwartze, ZEuP 2000, S. 561; Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 125

⁴⁶ Dies zeigt sich schon in der Formulierung des Art. 2 III: keine Vertragswidrigkeit bei Kenntnis oder wenn der Käufer „darüber“ hätte nicht in Unkenntnis sein können; „darüber“ kann nur im Sinne von Vertragswidrigkeit verstanden werden, was voraussetzt, dass zunächst einmal eine Vertragswidrigkeit vorliegt; darauf hatte auch Medicus, ZIP 96, S. 1926 hingewiesen

⁴⁷ Dies musste in Art. 2 II RL 99/44/EG deshalb auch gesetzlich festgelegt werden und ergibt sich nicht schon aus Abs. I.

⁴⁸ Zum Streit siehe oben 3.1.3.

⁴⁹ Beim Handelskauf sind §§ 377 f. HGB zu beachten

Mängelrechte.⁵⁰ Anders als nach § 460 BGB a.F. war hier grob fahrlässige Unkenntnis für den Verlust der Rechte nicht ausreichend, erforderlich war positive Kenntnis.⁵¹

3.2.1.2. Der Kommissionsentwurf

Ebenso wie nach § 464 BGB a.F. sollten auch nach § 443 KE die Gewährleistungsrechte ausgeschlossen sein, wenn der Käufer die Kenntnis vom Mangel zwischen Vertragschluss und Übergabe erlangte und den Mangel bei Annahme der Sache nicht rügte. Grob fahrlässige Unkenntnis reichte auch hier nicht.⁵² § 443 KE sollte dabei anders als der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende § 442 KE nur für Sachmängel gelten.⁵³

3.2.1.3. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist eine dem §§ 464 BGB a.F., 443 KE entsprechende Regelung nicht mehr enthalten. Sie wäre mit Art. 2 III RL 99/44/EG nicht vereinbar gewesen. Art. 2 III RL 99/44/EG sieht einen Ausschluss der Käuferrechte nur bei Kenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor. Ein Ausschluss auch bei späterer Kenntniserlangung hätte eine nach der Richtlinie nicht unzulässige Schlechterstellung des Verbrauchers bedeutet.⁵⁴

3.2.2. Die spätere Rügeobliegenheit

3.2.2.1. Das bisher geltende deutsche Recht

§ 377 HGB⁵⁵ enthält eine Rügeobliegenheit für den Käufer. Die Vorschrift bezog sich auf Sachmängel im Sinne der § 459 ff. BGB a.F.. Sie gilt nur für den Handelskauf und damit gemäß § 343 HGB nur für Kaufleute untereinander.⁵⁶ Für den bürgerlich-rechtlichen Kauf sah das deutsche Recht keine Rügeobliegenheit vor. § 377 I HGB erfordert grundsätzlich zwei Tätigkeiten vom Käufer: die unverzügliche Untersuchung und eine unverzügliche Anzeige der Mängel. Jedoch hat nur die Rüge selbst, nicht die Untersuchung, Bedeutung gegenüber dem Verkäufer. Die Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge entfiel bei krassen Art- oder Mengenabweichungen, wenn die gelieferte Ware offensichtlich so erheblich von der bestellten abwich, dass eine Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachtet werden musste, § 378 HGB a.F.

⁵⁰ BGHZ 50, 366; a.A. Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I d 3

⁵¹ Palandt-Putzo § 464 Rn. 5

⁵² Abschlussbericht, S. 227

⁵³ Haas, NJW 92, S. 2391

⁵⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 205; so schon Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1416

⁵⁵ Der § 377 HGB wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht geändert, dazu sogleich unter 3.2.2.5.

⁵⁶ Auch für Minderkaufleute; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 10; Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 14

3.2.2.1.1. Die Untersuchung der Ware

Im Interesse der schnellen Abwicklung der Geschäfte im Handelsverkehr hat der Käufer die Ware nach Ablieferung unverzüglich zu untersuchen. Unverzüglich bedeutet gemäß § 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Maßgeblich sind hierfür die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns im Sinne des § 347 HGB. Ob eine schuldhafte Verzögerung vorliegt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei sind insbesondere die Art des Kaufes, die Natur der Ware sowie die im Geschäftszweig bestehende allgemein übliche Handhabung zu berücksichtigen.⁵⁷ Auch der Umfang und die Methoden der Untersuchung orientieren sich an der Art des Kaufes und dem Vertragszweck, begrenzt durch die Zumutbarkeit. Bei großen Mengen ist die Untersuchung eines Teils der Ware in vernünftiger Zeit, insbesondere die Entnahme von Stichproben aus der Gesamtlieferung zumutbar.⁵⁸ Es muss also je nach Einzelfall entschieden werden, welche Anforderungen an die Dauer der Untersuchung zu stellen sind. So kann bei geringer Stichprobenzahl und einfacher Untersuchungsweise die Untersuchung innerhalb weniger Tage oder einer Woche beendet sein. Bei umfassenderen Stückzahlen mit einfachen Analysen werden dagegen ein bis zwei Wochen, bei komplizierten oder sehr umfangreichen Kontrollen sogar mehrere Wochen angemessen sein.⁵⁹

3.2.2.1.2. Die Anzeige der Mangelhaftigkeit

Die Anzeige soll den Verkäufer genau über die Art und den Umfang der Mangelhaftigkeit informieren, damit der Verkäufer entsprechend auf die Ansprüche des Käufers reagieren kann.⁶⁰ Die Anzeige muss also die Mängel substantiiert aufzeigen. Eine ganz allgemein gehaltene Anzeige, die Ware sei mangelhaft, reicht daher nicht aus. Eine besondere Form ist für die Anzeige aber nicht einzuhalten.⁶¹

Ganz entscheidend für die Ordnungsmäßigkeit der Anzeige ist die Bemessung der Frist. Diese richtet sich danach, ob es sich um offene oder verborgene Mängel handelt. Bei den offenen Mängeln kann es sich zunächst um offen zu Tage liegende Mängel handeln. Dies sind solche, die durch sinnliche Wahrnehmung auch ohne Probe und Untersuchung feststellbar sind.⁶² Sie sind unverzüglich nach Ablieferung zu rügen, denn eine Frist für die Untersuchung entfällt. Offene Mängel im Sinne des § 377 HGB sind zudem solche, die bei ordnungsgemäßer Untersuchung entdeckt werden oder hätten entdeckt werden können.⁶³ In diesem Falle sind für die Rechtzeitigkeit der Rüge zwei Fristen einzuhalten: die Untersuchung der Ware unverzüglich nach Ablieferung und die Rüge der Mangelhaftigkeit unverzüglich nach Ablauf dieser

⁵⁷ RGZ 59, 45; Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 83; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 67; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 293

⁵⁸ Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 81; Baumbach/ Hopt, HGB, § 377 Rn. 25; Marburger, JuS 83, S.

6

⁵⁹ Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 125

⁶⁰ Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 57; BGH WM 86, 1286, 1287

⁶¹ Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 55

⁶² Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 64

Untersuchungsfrist.⁶⁴ Das Erfordernis der Unverzüglichkeit der Anzeige nach erfolgter Untersuchung wird dabei streng ausgelegt.⁶⁵ Je nach den Umständen des Einzelfalls sind zwar auch hier gewisse Schwankungen möglich. Diese sind aber nicht so groß wie bei der Untersuchungsdauer. Damit hat die Anzeige, die ihre Formulierung und Absendung umfasst, grundsätzlich in wenigen Tagen, bei leicht verderblichen Waren und bei offen zu Tage liegenden Mängeln sogar in Stunden zu erfolgen.⁶⁶ Etwas anderes gilt für verborgene Mängel, die bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht entdeckt worden sind oder mit Sicherheit nicht zu entdecken gewesen wären.⁶⁷ Hier kann vom Käufer eine Rüge erst nach Entdeckung des Mangels erwartet werden, die dann aber ebenfalls unverzüglich erfolgen muss, § 377 III HGB. Nach § 377 IV HGB trägt der Verkäufer die Gefahr des verspäteten Zugangs, denn die rechtzeitige Absendung der Mängelrüge ist für deren Ordnungsmäßigkeit ausreichend. Die Gefahr des Verlustes soll dagegen nach herrschender Ansicht der Käufer tragen, da die Anzeige eine zugangsbedürftige Mitteilung ist.⁶⁸

3.2.2.1.3. Die Rechtsfolgen bei Rügeversäumung

Bei nicht ordnungsgemäßer Rüge „gilt die Ware als genehmigt“, §§ 377 II, 378 HGB a.F.. Der Käufer muss die mangelhafte Ware als vertragsgemäß ansehen.⁶⁹ Der Käufer, der es versäumt hat, rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Weise zu rügen, kann aus Qualitäts-, Art- oder Quantitätsabweichungen der gelieferten Ware keinerlei Rechte herleiten. Bei der Schlechtlieferung muss er danach die Ware behalten und den Kaufpreis zahlen. Gewährleistungsrechte stehen ihm nicht zu. Bei einer Falschlieferung hat der Käufer ebenfalls keine Ansprüche mehr.⁷⁰ Die Genehmigungsfiktion wirkt sich auch auf den Kaufpreis aus. Ist das aliud weniger wert, muss der Käufer trotzdem den vereinbarten Kaufpreis zahlen. Denn die Rügelast soll nur für den Käufer und nicht für den Verkäufer nachteilig wirken. Ist das aliud wertvoller als die bestellte Ware, hat der Käufer einen entsprechend höheren Preis zu zahlen.⁷¹ Handelt es sich schließlich um eine Mengenabweichung in Form der Minderlieferung ist dem Käufer der Anspruch auf (Rest-) Erfüllung verwehrt. Gleichwohl muss er den vollen Kaufpreis zahlen, denn die Lieferung ist als vertragsgemäß anzusehen.⁷² Eine Mehrlieferung darf der

⁶³ Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 65

⁶⁴ Vgl. Brox, Handelsrecht, Rn. 393; Marburger, JuS, S. 7; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 65

⁶⁵ Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 74; Staub- Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 107; BGH NJW 54, 1871; 55, 1560, 1561; BGHZ 93, 338, 348

⁶⁶ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 322

⁶⁷ Brox, Handelsrecht, Rn. 394; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 62

⁶⁸ Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 76; Staub-Brüggemann, HGB, § 377 Rn. 142; BGHZ 101, 49, 51; BGH NJW 75, 39

⁶⁹ Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 82

⁷⁰ Bei ordnungsgemäßer Rüge wäre nach der herrschenden Meinung beim Gattungskauf in erweiternder Auslegung des § 378 HGB a.F. auch hier Gewährleistungsrecht einschlägig gewesen, siehe oben 2.2.1.1.2.; anders beim Stückkauf, siehe 2.2.1.1.1.

⁷¹ Brox, Handelsrecht, Rn. 398; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 378 Rn. 10

⁷² Staub-Brüggemann, HGB, § 378 Rn. 52; BGHZ 91, 293, 298

Käufer nicht zurückweisen. Bezüglich des Kaufpreises sieht die herrschende Meinung bei versäumter Rüge den Kaufvertrag als durch die Mehrlieferung erweitert an, so dass der Käufer die gesamte gelieferte Menge bezahlen muss.⁷³

Der Verkäufer kann sich ausnahmsweise nicht auf das Fehlen einer ordnungsgemäßen Rüge berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Eigenschaft arglistig vorgespiegelt hat, § 377 V HGB. Der Käufer behält dann alle seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Ware.

3.2.2.2. Der Kommissionsentwurf

Die Schuldrechtskommission hat sich gegen die Einführung einer allgemeinen Rügeobliegenheit ausgesprochen.⁷⁴ Die Rügeobliegenheit beim Handelskauf sollte dagegen nach dem Kommissionsentwurf unverändert bleiben. Da Falsch- und Zuweniglieferungen gemäß § 435 II KE dem Sachmängelrecht unterstellt werden sollten, konnte § 378 HGB a.F. gestrichen werden. § 377 HGB war auf diese Fälle direkt anwendbar. Das Kriterium der Genehmigungsfähigkeit sollte durch den Ausnahmetatbestand der Extremabweichung ersetzt werden, so dass die meisten bisher als nicht genehmigungsfähig angesehenen aliud-Lieferungen nunmehr der Rügeobliegenheit des § 377 HGB unterfallen sollten.⁷⁵

3.2.2.3. Das CISG

Zur Erhaltung seiner Rechte muss der Käufer gemäß Art. 39 CISG dem Verkäufer Vertragswidrigkeiten innerhalb angemessener Frist, spätestens aber innerhalb von 2 Jahren anzeigen. Das Anzeigeeerfordernis gilt für sämtliche Vertragswidrigkeiten im Sinne des Art. 35 CISG, also für Quantitäts-, Qualitäts- und Verpackungsmängel ebenso wie für Falschlieferungen.⁷⁶ Auch krasse aliud-Lieferungen sind im Gegensatz zum bislang geltenden deutschen Recht zu rügen.⁷⁷ Zuvor hat der Käufer gemäß Art. 38 I CISG die Ware zu untersuchen. Die Untersuchung als solche ist aber keine förmliche Voraussetzung der Anzeige nach Art. 39 CISG.⁷⁸ Ihre Unterlassung führt für den Käufer nicht unmittelbar zu Rechtsverlusten.⁷⁹ In Abweichung zum deutschen Recht können die Obliegenheiten zur Untersuchung und Anzeige auch den Nichtkaufmann treffen, soweit der abgeschlossene Kaufvertrag ausnahmsweise vom Anwendungsbereich des CISG erfasst wird.

⁷³ Staub-Brüggemann, HGB, § 378 Rn. 57; Baumbach/ Hopt, HGB, § 378 Rn. 9

⁷⁴ Abschlussbericht, S. 48; Medicus, ZIP 96, S. 1928

⁷⁵ Siehe oben 2.2.1.2.

⁷⁶ Herber/Czerwenka Art. 39 Rn. 4; Honsell, SJZ 92, S. 353; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 47; Honsell-Magnus Art. 39 Rn. 6

⁷⁷ Aicher, in Hoyer/Posch (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 120 ff.

⁷⁸ Honsell-Magnus Art. 38 Rn. 12

⁷⁹ Herber/Cerwenka Art. 38 Rn. 2; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 48

3.2.2.3.1. Die Untersuchung der Ware

Gemäß Art. 38 I CISG ist der Käufer gehalten, die Ware innerhalb kurzer Frist auf Vertragswidrigkeiten zu untersuchen. Die konkrete Bemessung der Frist richtet sich wie im deutschen Handelsrecht nach den maßgebenden Umständen des Einzelfalles und den Möglichkeiten der Parteien, wobei insbesondere der jeweilige Kauftyp und die Art der zu untersuchenden Ware zu berücksichtigen sind.⁸⁰ So ist bei verderblichen Waren eine rasche Untersuchung geboten.⁸¹ Auch aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes, etwa bei beschädigter Verpackung, oder wegen bereits vorangegangener vertragswidriger Lieferungen kann eine umgehende Überprüfung veranlasst sein.⁸² Im Regelfall wird die Untersuchung innerhalb eines Zeitraums von drei bis sieben Tagen vorzunehmen sein.⁸³ Der Umfang der vom Käufer vorzunehmenden Untersuchung richtet sich ebenfalls nach der Art der Ware und ihrer Verpackung sowie den Geschäftsbeziehungen der Parteien.⁸⁴ Stichproben sind generell auch bei langjähriger Geschäftsverbindung und dem Verkauf großer Warenmengen zumutbar.⁸⁵

3.2.2.3.2. Die Anzeige der Vertragswidrigkeit

Nach Art. 39 CISG hat der Käufer Vertragswidrigkeiten innerhalb angemessener Frist dem Verkäufer anzuzeigen. Die angemessene Frist ist dabei großzügiger zu bemessen als die unverzügliche Rügefrist des § 377 I HGB.⁸⁶ Trotzdem stehen dem Käufer regelmäßig nur einige Tage für die Anzeige zur Verfügung. Als Orientierungsgröße wird im deutschen Schrifttum überwiegend ein Zeitraum von vier bis sieben Arbeitstagen zugrunde gelegt.⁸⁷ Fristbeginn ist gemäß Art. 39 I CISG der Zeitpunkt, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit entweder festgestellt hat oder hätte feststellen müssen. Hierbei ist, ähnlich wie im deutschen Recht, nach der Erkennbarkeit der Vertragswidrigkeit zu differenzieren. Für offen zu Tage liegende Vertragswidrigkeiten beginnt die Frist mit Aushändigung der Ware an den Käufer. Einer zusätzlichen Untersuchungsfrist bedarf es dann nicht. Bei Abweichungen, die zwar nicht erkannt wurden, aber aufgrund der Untersuchung hätten aufgedeckt werden müssen, beginnt die Anzeigefrist im Anschluss an die kurze Untersuchungsfrist des Art. 38 CISG. Da es lediglich

⁸⁰ Reinhart Art. 38 Rn. 2; Honsell-Magnus Art. 38 Rn. 14, Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 48

⁸¹ Honsell-Magnus Art. 38 Rn. 22

⁸² Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 52; LG Stuttgart RIW 89, 984

⁸³ Honsell-Magnus Art. 38 Rn. 24, 5 Tage; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 52; Asam, RIW 89, S. 944; Herber/Czerwenka Art. 38 Rn. 7; Enderlein/Maskow/ Strohbach 38 Anm. 1 f.; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 57

⁸⁴ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 56; Herber/Czerwenka Art. 38 Rn. 5

⁸⁵ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 56; Honsell-Magnus Art. 38 Rn. 16, 17

⁸⁶ Schlechtriem-Huber Art. 39 Rn. 15

⁸⁷ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 59; Asam, RIW 89, S. 944 f.; Herber/Czerwenka Art. 39 Rn. 9; LG Stuttgart RIW 89, 984 f.; LG Aachen RIW 89, 491f.; a.A. Schlechtriem-Huber Art. 39 Rn. 17: 1 Monat, OLG Stuttgart Iprax 96, 139 1 Monat bei Maschine; aber länger als ein Monat in jedem Falle verspätet: BGHZ 129, 75, 85f.; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 56: 3-4 Tage; Reinhart Art. 39 Rn. 5: „wenige Tage“; strenger LG Stuttgart Iprax 90, 317: „alsbald“; zur ausländischen Rechtsprechung: Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 55, Fn. 194

auf die rechtzeitige Information des Verkäufers ankommt, kann der Käufer aber auch eine nachlässige Überprüfung oder eine übermäßig in Anspruch genommene Untersuchungszeit bis zum Ablauf der angemessenen Rügefrist durch eine besonders kurzfristige Anzeige auffangen.⁸⁸

Die Untersuchungsfrist ist insoweit nur eine Rechnungsgröße innerhalb der Gesamtfrist, die letztlich für die Erhaltung der Rechte entscheidend ist.⁸⁹ Für Vertragswidrigkeiten, die auch durch eine Untersuchung nicht erkennbar geworden sind, beginnt die Anzeigefrist in dem Moment, in dem der Käufer die Abweichung entweder tatsächlich aufgedeckt hat oder für ihn die Möglichkeit hierzu bestand.⁹⁰ Spätestens muss die Anzeige der Vertragswidrigkeit jedoch innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe der Ware erfolgen, Art. 39 II CISG.

Gemäß Art. 39 I CISG muss der Käufer die Vertragswidrigkeit in der Anzeige genau bezeichnen. Die Vertragswidrigkeit ist dabei so zu substantiieren, dass der fachkundige Verkäufer weiß, was gemeint ist. Des Weiteren muss der Käufer angeben, in welchem Umfang die Ware von der Vertragswidrigkeit betroffen ist.⁹¹ Er muss aber nicht dafür einstehen, dass die Anzeige rechtzeitig bei dem Verkäufer eintrifft. Er hat lediglich dafür zu sorgen, dass sie rechtzeitig abgesandt wird. Die Anzeige „reist“ auf Risiko des Verkäufers (Art. 27 CISG). Da der Verkäufer letztlich für die Vertragswidrigkeit verantwortlich ist, trägt er, anders als nach der herrschenden Meinung zu § 377 HGB, sowohl die Verzögerungsgefahr als auch die Verlustgefahr. Erforderlich ist aber, dass der Käufer ein nach den Umständen geeignetes Mittel für die Überbringung der Anzeige wählt.⁹²

3.2.2.3.3. Die Rechtsfolgen bei Rügeversäumung

Durch eine nicht ordnungsgemäße oder unterbliebene Rüge verliert der Käufer alle Mängelrechte, die ihm aus den Art. 45 ff. CISG zustehen würden.⁹³ Zudem muss der Käufer seine Vertragspflichten weiter voll erfüllen. Er muss also die mangelhafte Ware abnehmen und bezahlen, Art. 53 CISG. Bei ungerügter Zuweniglieferung hat der Käufer den Preis für die vollständige Lieferung zu zahlen.⁹⁴ Bei Mehrlieferungen hat er wie im internen deutschen Recht ohne wirksame Rüge den entsprechenden Mehrpreis zu zahlen, Art. 52 II 2 CISG.

Ausnahmen von der Wirkung des Art. 39 I CISG sehen die Art. 40 bis 44 CISG vor. Gemäß Art. 40 CISG kann sich der Verkäufer nicht auf das Fehlen einer ordnungsgemäßen Rüge berufen, wenn er selbst um die die Vertragswidrigkeit ausmachenden Umstände wusste oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte und diese gleichwohl dem Käufer nicht offen gelegt

⁸⁸ Vgl. Herber/Czerwenka Art. 38 Rn. 2; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 63

⁸⁹ Honsell-Magnus Art. 38 Rn.13; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 640

⁹⁰ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 64;

⁹¹ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 68; Herber/Czerwenka Art. 39 Rn. 7; an Spezifizierungspflicht keine zu hohen Anforderungen stellen, nicht deutsche Auslegung übernehmen und insbesondere kulturelle Unterschiede beachten, Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 59 f.

⁹² Schlechtriem-Huber Art. 27 Rn. 2 f.

⁹³ Honsell-Magnus Art. 39 Rn. 27; Schlechtriem-Huber Art. 39 Rn. 30; Herber/Czerwenka Art. 39 Rn. 14; Honnold, Uniform Law, Rn. 259

⁹⁴ Honsell-Magnus Art. 39 Rn.27; Herber/Czerwenka Art. 39 Rn. 15

hat.⁹⁵ Nach Art. 40 CISG behält der Käufer dann sämtliche Mängelrechte. Darüber hinaus hat der Käufer nach Art. 44 CISG die Möglichkeit, den Verlust seiner Mängelrechte abzuwenden, indem er für seine Versäumung der Anzeige eine vernünftige Entschuldigung vorbringt. Anders als nach Art. 40 CISG führt die Entschuldigung gemäß Art. 44 CISG aber nicht dazu, dass dem Käufer alle Rechtsbehelfe erhalten bleiben. Der entschuldigte Käufer kann nur noch Minderung gemäß Art. 50 CISG oder – alternativ - Schadensersatz gemäß Art. 45 lit. b i.V.m. Art. 74 ff. CISG geltend machen. Der entgangene Gewinn bleibt dabei aber außer Betracht.

3.2.2.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Die Richtlinie sieht keine zwingende Regelung der Mängelrüge vor. Nach Art. 5 II 1 RL 99/44/EG bleibt es den Mitgliedsstaaten überlassen, eine Rügeobliegenheit innerhalb einer zweimonatigen Frist nach Feststellung der Vertragswidrigkeit einzuführen. Eine Untersuchungspflicht wie nach § 377 HGB und Art. 38 CISG darf den Käufer jedoch nicht treffen.⁹⁶ Der Richtlinienvorschlag der Kommission hatte dagegen noch vorgesehen, dass der Verbraucher die Vertragswidrigkeit innerhalb eines Monats ab Feststellung bzw. Feststellenmüssen rügen muss. Die nunmehr favorisierte Variante, den Mitgliedsstaaten die Einführung der Rüge freizustellen, ist zu Recht als Schwachpunkt der Richtlinie kritisiert worden.⁹⁷ Sie widerspricht dem Ziel der Binnenmarktharmonisierung. Ein Verbraucher, der die Rügeobliegenheit aus seinem nationalen Recht nicht kennt, aber in einem anderen Mitgliedsland, das die Rügeobliegenheit eingeführt hat, ein Verbrauchsgut kauft, wird dazu neigen, einen Mangel auch dort nicht zu rügen, was zum Verlust seiner Rechte führt. Die Kommission will deshalb die Auswirkungen der unterschiedlichen Anwendung der Bestimmung überwachen und ein Jahr nach Ablauf der Umsetzungsfrist darüber berichten.⁹⁸ Angesichts dessen erscheint eine spätere Harmonisierung der Rügeobliegenheiten durchaus denkbar. Bis dahin ist beabsichtigt, die negativen Folgen der unterschiedlichen Einführung der Rüge dadurch zu mildern, dass die von den einzelnen Mitgliedsstaaten gewählten Lösungen den übrigen Mitgliedsstaaten, den Verbrauchern und den Verbraucherorganisationen gemeinschaftsweit zugänglich gemacht werden sollen.⁹⁹ An der Praktikabilität dieser Notlösung muss aber gezweifelt werden.¹⁰⁰

⁹⁵ Reinhart Art. 40 Rn. 2

⁹⁶ Rieger, VuR 99, S. 290; Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 300, Rn. 28; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 246; Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 274; Honsell, JZ 01, S. 280; vgl. auch KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 4 Absatz I, abgedruckt in: ZIP 96, 1851

⁹⁷ Staudenmayer, NJW 99, S. 2396; ders., in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 41

⁹⁸ Art. 5 II 2 und 3 RL 99/44/EG; 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2422

⁹⁹ 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2422

¹⁰⁰ Zu Recht Staudenmayer, NJW 99, S. 2396

3.2.2.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Während § 441 I 2 DiskE noch eine Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge binnen zwei Monaten nach ihrer Entdeckung vorgesehen hatte, macht das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von der gemäß Art. 5 II 1 RL 99/44/EG bestehenden Möglichkeit der Einführung der Rügeobliegenheit keinen Gebrauch. Dies entspricht der Entscheidung des Kommissionsentwurfs. Auch zukünftig muss demnach nur der gewerbliche Käufer die Mangelhaftigkeit der Ware zum Erhalt seiner Rechte rügen, § 377 HGB.

3.2.3. Vergleich

3.2.3.1. Die Rügeobliegenheit im Handelsverkehr

Auch in der Zeit nach Abschluss des Vertrages trägt der Käufer eine gewisse Mitverantwortung für den Fall, dass er durch den Zustand der Kaufsache enttäuscht wird. Anders als bei der Frage der Mängelkenntnis bei Vertragsschluss bestehen hier jedoch erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen.

So musste sich gemäß §§ 464 BGB a.F., 443 KE der Käufer bei Annahme der Kaufsache seine Rechte vorbehalten, wenn er zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis vom Mangel hatte. Für die Zeit nach der Annahme der Ware traf den Käufer nach bisherigem deutschen Recht nur beim beiderseitigen Handelskauf eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, § 377 HGB. Daran hat auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert. Anders als nach §§ 464 BGB a.F., 443 KE beim bürgerlich-rechtlichen Kauf kommt es beim Handelskauf auf die Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit nicht an, so dass der Rechtsverlust auch dann eintritt, wenn der Mangel bei der vorzunehmenden Untersuchung hätte erkannt werden können. Das deutsche Recht behandelt damit den gewerblichen Käufer weitaus strenger als den Käufer nach bürgerlichem Recht. Eine dem § 377 HGB vergleichbare Regelung treffen Art. 38 I, 39 I CISG. Die Rügeerfordernisse nach CISG und deutschem Handelsrecht verfolgen dabei den gleichen Zweck: die schnelle Abwicklung der Geschäfte im Handelsverkehr. Dem Verkäufer soll schnellstmöglich Klarheit darüber verschafft werden, ob der Käufer seine Lieferung akzeptiert oder ob er mit weiterer Inanspruchnahme rechnen muss.¹⁰¹ Jedoch sind die Maßstäbe für die Anforderungen, die an den Käufer für die Erfüllung dieser Obliegenheit zu stellen sind, durchaus verschieden. Gegenüber dem deutschen Handelsrecht stellt sich das CISG dabei als käuferfreundlicher dar. Während § 377 HGB mit der Obliegenheit zur unverzüglichen Untersuchung und unverzüglichen Rüge einen sehr strengen zeitlichen Rahmen zieht, ist das CISG mit seiner kurzen Untersuchungs- und der angemessenen Rügefrist bei der Bemessung der Fristen großzügiger. Gemeinsam ist beiden Regelungen aber, dass sie keine bestimmten

¹⁰¹ Herber/Czerwenka Art. 39 Rn.2; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 49, für das deutsche Recht etwa Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 377 Rn. 1

Rügefristen festgeschrieben haben. Dies verbietet sich schon im Hinblick auf die Vielfalt der Kaufgegenstände und der möglichen Vertragswidrigkeiten, die wiederum unterschiedliche Untersuchungsmethoden und -zeiträume bedingen, so dass letztlich die Umstände des Einzelfalls die Länge der Frist prägen. Daneben ist das CISG für den Käufer auch deshalb günstiger, weil es bei versäumter oder nicht ordnungsgemäßer Rüge die Möglichkeit der Entschuldigung eröffnet. Art. 44 CISG soll gerade unerfahrene und schwach organisierte Käufer schützen und so unbillige Härten vermeiden.¹⁰² Und auch Art. 40 CISG, nach dem der Käufer trotz nicht ordnungsgemäßer Rüge seine Rechte behält, wenn der Verkäufer die Vertragswidrigkeit kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte, zeigt eine käuferfreundliche Tendenz, denn nach § 377 HGB nützt dem Käufer nur das arglistige Verschweigen des Mangels, der Erhalt seiner Rechte ist deshalb hier seltener möglich. Käuferfreundlicher ist das CISG aber auch im Hinblick auf die Risikoverteilung bei Absendung der Mängelanzeige. So trägt der Verkäufer anders als nach herrschender Meinung im geltenden deutschen Recht nicht nur das Verzögerungs- sondern auch das Verlustrisiko für die Anzeige. Dass sich das CISG als käuferfreundlicher erweist, ist sicher zu einem gewissen Teil Konsequenz aus seiner Internationalität, da man für Staaten mit sehr unterschiedlichen Vorschriften auf diesem Gebiet einen akzeptablen Kompromiss finden musste. Außerdem ist im CISG stärker als im deutschen Handelsrecht berücksichtigt worden, dass mit einer vertragswidrigen Lieferung der Verkäufer und nicht der Käufer seine Vertragspflichten verletzt. Die Rügeobliegenheit soll unter dem CISG deshalb nicht dazu führen, die Lage faktisch umzukehren und die aus der vertragswidrigen Leistung resultierenden Nachteile weitgehend dem Käufer zuzuweisen.¹⁰³

3.2.3.2. Die Rügeobliegenheit für Verbraucher

Vor diesem Hintergrund erscheint es auf den ersten Blick verwunderlich, dass Art. 5 II RL 99/44/EG den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, sogar dem kaufenden Verbraucher eine Rügeobliegenheit aufzuerlegen. Der Verbraucher würde damit schlechter gestellt als nach bisherigem deutschen bürgerlichen Recht. Nach der Richtlinie wäre nunmehr der Verbraucher gezwungen, für den Erhalt seiner Rechte tätig zu werden. Ein Vergleich mit den Art. 38 I, 39 I CISG und § 377 HGB passt allerdings nicht so recht, da Art. 5 II RL 99/44/EG erheblich niedrigere Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Rüge stellt. So muss der Verbraucher die Vertragswidrigkeit binnen zwei Monaten nach ihrer Feststellung gegenüber dem Verkäufer anzeigen. Diese Frist ist im Vergleich zu den handelsrechtlichen Anforderungen recht lang. Denn selbst bei dem in dieser Hinsicht als käuferfreundlich erkannten CISG darf die Rügefrist

¹⁰² Schlechtriem-Huber Art. 44 Rn. 2; Honnold, Uniform Law, Rn. 261

¹⁰³ Honsell-Magnus Art. 39 Rn. 2; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 306; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 49; Staudinger-Magnus Art. 39 Rn. 4

keinesfalls mehr als einen Monat, regelmäßig sogar nur ca. vierzehn Tage betragen.¹⁰⁴ Auch soll den Käufer nach der Richtlinie keine Untersuchungsobliegenheit treffen. Gerade die Pflicht zur Untersuchung begründet aber die eigentliche Schärfe der handelsrechtlichen Vorschriften. Die Schwierigkeiten und Kosten, die sich für den Käufer daraus ergeben, dass er sich sofort mit der Ware beschäftigen muss, entfallen also für den Verbraucher. Nur wenn er die Vertragswidrigkeit tatsächlich erkannt hat, muss er rügen. Die Vorteile einer Rügeobliegenheit liegen für den Verkäufer vor allem in der Kalkulierbarkeit der Gewährleistungshaftung. Die Anzeige der Vertragswidrigkeit beseitigt für den Verkäufer Unsicherheiten über seine mögliche Inanspruchnahme. Sie dient damit der schnellen Abwicklung der Vertragsstörung. Aus diesen Gründen ist die Rüge auch über den Handelsverkehr hinaus sinnvoll, zumal die niedrig gesteckten Anforderungen selbst für den Verbraucher zumutbar sind.¹⁰⁵ Bereits bisher ließ § 11 Nr. 10 e AGBG a.F.¹⁰⁶ die Vereinbarung einer Anzeigefrist für offensichtliche Mängel durch AGB zu, wobei die Rechtsprechung die Absendung der Anzeige sogar innerhalb einer Woche für den bürgerlichen Käufer als angemessen im Sinne des § 9 AGBG a.F.¹⁰⁷ angesehen hatte.¹⁰⁸ Die Vorgaben der Richtlinie sind insoweit für den Käufer deutlich günstiger.

Gegen die Einführung einer Rügeobliegenheit selbst für den bürgerlich-rechtlichen Käufer hatte sich die Schuldrechtskommission bei der Erarbeitung des Kommissionsentwurfs ausgesprochen. Der Schuldner solle aufgrund seiner Pflichtverletzung nicht in eine bessere Situation als gegenüber dem einfachen Erfüllungsanspruch, bei dem es eine ab Kenntnis beginnende Frist nicht gibt, gebracht werden.¹⁰⁹ Die Situation hat sich aber gegenüber der schlichten Nichterfüllung der Lieferpflicht verändert, weil der Verkäufer bereits etwas geliefert und damit zur Erfüllung seiner Pflichten einen Beitrag geleistet hat. Mit erfolgter Lieferung ist der Käufer aufgerufen, Mitverantwortung zu übernehmen und aktiv zu werden.¹¹⁰ Eine gewisse Besserstellung des Verkäufers gegenüber der Nichterfüllung erscheint deshalb grundsätzlich gerechtfertigt, zumal die Sorgfaltsmaßstäbe gegenüber den Handelsgeschäften variiert und somit für nichtgewerbliche Käufer niedriger angesetzt werden können. Bedenken gegen die Einführung einer Rügeobliegenheit für Nichtkaufleute sind zudem im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten geäußert worden, denn bei schwer zu findenden Mängeln wird die für

¹⁰⁴ Siehe oben 3.2.2.3.

¹⁰⁵ So auch Schlechtriem, JZ 97, S. 445; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 862; Rieger, VuR 99, S. 290; Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 308; ders. Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 300, Rn 28; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 246; Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 275; Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 852; Schwartz, ZEuP 2000, S. 572 f.; Gsell, JZ 01, S. 70; Honsell, JZ 01, S. 21

¹⁰⁶ Nunmehr § 309 Nr. 8 b BGB

¹⁰⁷ Nunmehr § 307 BGB

¹⁰⁸ NJW 98, 3120

¹⁰⁹ Abschlussbericht, S. 48; Medicus, ZIP 96, S. 1928

¹¹⁰ Vgl. Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 51

den Beginn der Rügefrist erforderliche Kenntniserlangung kaum nachzuweisen sein.¹¹¹ Darum geht es bei Art. 5 II RL 99/44/EG primär auch nicht. Neben der Beschleunigung der Streiterledigung verfolgt die Richtlinie mit ihrer Rügeobliegenheit noch ein weiteres Ziel. Sie soll zur Abfederung der längeren Gewährleistungsfrist dienen. Ein nicht zu billiges Hinauszögern der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen auf das Ende der Verjährungsfrist soll so verhindert werden. Dem Käufer, der die Mängel schon bei Lieferung entdeckt, darf nicht der gesamte Zeitraum von zwei Jahren für die Unterrichtung des Verkäufers zur Verfügung stehen. Letztendlich soll die Rügepflicht also zwar auch den säumigen, vor allem aber denjenigen Käufer abwehren, der rechtsmissbräuchlich Gewährleistungsansprüche geltend macht.

3.2.3.3. Zur Umsetzung der Richtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Gerade wegen dieser Möglichkeit der Milderung der im Vergleich zu § 477 I 1 BGB a.F. erheblich längeren Verjährungsfristen hatte Deutschland bei den Beratungen zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie besonderen Wert auf die Einführung der Rüge gelegt.¹¹² Von einer Umsetzung sieht das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nun aber ab. Diese Entscheidung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist wenig verständlich. Denn inzwischen wird kaum mehr bezweifelt, dass auch geschäftsunerfahrene Verbraucher ohne weiteres in der Lage sind, bekannte Mängel innerhalb von zwei Monaten anzuzeigen.¹¹³ Zudem gilt das Erfordernis rascher Klarheit im Geschäftsverkehr auch im bürgerlich-rechtlichen und im Verbrauchsgüterkauf.¹¹⁴ Der Einwand, die zusätzliche Härte für den Verbraucher, aufgrund der Unkenntnis der Rügeobliegenheit seine Rechte zu verlieren, wiege die Vorteile der raschen Abwicklung der Kaufgeschäfte nicht auf¹¹⁵, ist nur ein zeitlich begrenztes Argument gegen die Rügeobliegenheit. Ein entsprechendes Rechtsbewusstsein ließe sich nämlich herausbilden. Eine Information des Verbrauchers über seine Rechte wäre ihm auch zuzumuten gewesen. Diesen Härten im Einzelfall steht die Situation des Verkäufers gegenüber, der sich auf die Geltendmachung von Mängelansprüchen zwei Jahre lang einrichten muss. So könnte der Käufer die mangelhafte Sache noch bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist gebrauchen und dann im Wege der Nachlieferung ein neues unbenutztes Exemplar fordern. Gerade derartigen Fällen sollte Art. 5 II 1 RL 99/44/EG entgegenwirken. Der Verbraucher, der keinen derartigen

¹¹¹ Abschlussbericht, S. 48; Medicus, ZIP 96, S. 1928; für die Richtlinie: Reich, NJW 99, S. 2401; für § 441 I 2 DisKE: Honsell, JZ 01, S. 21 und S. 280; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18

¹¹² Vgl. Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 852; ders., ZEuP 99; S. 295; Hoffmann, ZRP 01, S. 348

¹¹³ Vgl. Schlechtriem, JZ 97, S. 445; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 862; Rieger, VuR 99, S. 290; Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 308; ders. Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 300, Rn 28; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 246; Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 275; Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 852; Schwartze, ZEuP 2000, S. 572 f.; Gsell, JZ 01, S. 70 und insbesondere Honsell, JZ 01, S. 21, der sogar eine allgemein übliche Untersuchung der Kaufsache seitens des Verbrauchers für zumutbar erachtet.

¹¹⁴ Honsell, JZ 01, S. 21

¹¹⁵ So Gsell, JZ 01, S. 72; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1426; Ernst, ZRP 01, S. 8

Missbrauch beabsichtigt, wird wohl kaum länger als zwei Monate warten, um sich mit seinem Begehren nach Reparatur oder Ersatzlieferung an den Verkäufer zu wenden. Es liegt vorrangig in seinem Interesse, möglichst schnell eine gebrauchstaugliche Sache zu erhalten. Insoweit greift auch der Einwand nicht, der Verkäufer erhalte so eine zusätzliche Ausflucht, um berechnete Mängelansprüche des Käufers abzuwehren.¹¹⁶ Denn nach einem so langem Zuwarten sind die Mängelansprüche des Käufers gerade nicht mehr gerechtfertigt. Der Verzicht auf die Rügeobliegenheit im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist deshalb nicht zu befürworten.

3.3. Ausschluss- und Verjährungsfristen

3.3.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Gemäß § 477 I 1 BGB a.F. betrug die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche Wandlung und Minderung sowie für den Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB mit Ausnahme arglistig verschwiegener Mängel sechs Monate. Gleiches galt gemäß § 480 I 2 BGB a.F. auch für die Gewährleistungsansprüche beim Gattungskauf einschließlich des Nachlieferungsanspruchs. Daneben hat die Rechtsprechung § 477 I 1 BGB a.F. auch bei Ansprüchen auf den Mangelfolgeschaden aus positiver Forderungsverletzung entsprechend angewandt, sofern der Schaden auf der Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst beruhte.¹¹⁷ Bezog sich das Verschulden des Verkäufers nicht auf den Sachmangel, dann galt die dreißigjährige Regelverjährung.¹¹⁸ Auch Falschlieferungen verjährten nicht in sechs Monaten, für sie galt § 195 BGB a.F.¹¹⁹

Die Verjährungsfrist des § 477 I 1 BGB a.F. begann mit Ablieferung der Kaufsache. Dem lag der Gedanke zugrunde, der Käufer sei mit Ablieferung in der Lage, die gekaufte Sache zu untersuchen und etwaige Mängel festzustellen. Es kam aber nicht selten vor, dass sich ein Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Ablieferung noch gar nicht erkennen ließ und deshalb die Sachmängelansprüche bereits verjährt waren, bevor der Mangel überhaupt sichtbar wurde.¹²⁰ Die Rechtsprechung versuchte dem Käufer, dessen Gewährleistungsansprüche bereits verjährt waren, bevor er sie geltend machen konnte, auf verschiedene Weise zu helfen.¹²¹ Aus der Absicht, die Anwendung des § 477 I 1 BGB a.F. zu umgehen, erklärte sich etwa die großzügige Annahme nicht genehmigungsfähiger aliud-Lieferungen beim Handelskauf.¹²² Auch das Vorliegen eines Rechtsmangels war von der Rechtsprechung manchmal nur deshalb bejaht

¹¹⁶ Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 202

¹¹⁷ BGHZ 60, 9, 12; 66, 315, 317; 77, 219 f.; 87, 93; 88, 139 f.; Soergel-Huber Rn. 69 vor § 459

¹¹⁸ BGH ZIP 92, 695, 698

¹¹⁹ BGH NJW 84, 1955; 86, 661

¹²⁰ Beispiele werden im Abschlussbericht, S. 23 genannt

¹²¹ Dazu Abschlussbericht, S. 24; Peters/ Zimmermann, Gutachten I, S. 188

¹²² Siehe oben 2.2.1.1.2.

worden, um § 477 I 1 BGB a.F. nicht anwenden zu müssen.¹²³ Insgesamt erwachsen aus dieser Tendenz der Rechtsprechung erhebliche Abgrenzungsprobleme zu den Ansprüchen aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, für die gemäß § 195 BGB a.F. eine dreißigjährige Verjährungsfrist galt. Die Rechtsprechung wich aber nicht nur auf die Verjährung für Nichterfüllungssachverhalte aus. Der BGH bediente sich unter bestimmten Voraussetzungen auch des Auswegs über die dreijährige Frist des § 852 I BGB a.F. für deliktische Ansprüche. So gewährte der BGH einen Schadensersatzanspruch aus §§ 823 I, 852 BGB a.F. in den Fällen, in denen durch den Mangel eines Einzelteils der an sich mangelfreie Rest der Kaufsache zerstört wurde. Voraussetzung dafür war, dass sich der Mangel zunächst auf einen abgegrenzten Teil der Sache beschränkte und später zur Zerstörung der gesamten Sache geführt hatte (sog. weiterfressender Mangel).¹²⁴

3.3.2. Der Kommissionsentwurf

Die Schuldrechtskommission sah eine für alle auf Vertrag beruhenden Ansprüche einheitliche Verjährung von drei Jahren vor, § 195 KE. Darunter sollten neben den originären Erfüllungsansprüchen auch alle Ansprüche aufgrund der Verletzung vertraglicher Pflichten fallen. Da § 434 KE den Verkäufer zur sachmangelfreien Lieferung verpflichtete, verjährten auch Ansprüche aufgrund der mangelhaften Beschaffenheit der Kaufsache innerhalb von drei Jahren. Wie schon das BGB knüpfte auch der Kommissionsentwurf den Fristbeginn an die Übergabe der Sache, § 196 IV KE.

3.3.3. Das CISG

Art. 39 II CISG setzt für Ansprüche aus vertragswidriger Ware eine absolute Ausschlussfrist¹²⁵ von zwei Jahren fest, die mit der Übergabe der Kaufsachen beginnt.¹²⁶ Nach ihrem Ablauf verliert der Käufer seine Rechte auch hinsichtlich verdeckter Mängel. Solche Mängel, die durch die Untersuchung erkannt werden können, müssen allerdings dem Verkäufer binnen angemessener Frist angezeigt werden. Hier darf der Käufer also nicht den Ablauf der Frist aus Art. 39 II CISG abwarten.

Eine eigenständige Regelung über die Verjährung trifft das CISG demgegenüber nicht. Vielmehr wurde das Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf vom 14.06.1974¹²⁷ mittels eines auf der Wiener Konferenz verabschiedeten Protokolls¹²⁸ angepasst. Dieses Übereinkommen trat zwar am 11.08.1988 völkerrechtlich in Kraft, wurde aber bisher

¹²³ Siehe oben 2.3.1.

¹²⁴ BGHZ 67, 359; 86, 256; NJW 83, 812; 85, 2420; zur Kritik siehe Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 103 m.w.N.

¹²⁵ Honsell-Magnus Art. 39 Rn. 29

¹²⁶ Honsell-Magnus Art. 39 Rn. 30; Bianca/ Bonell-Sono Art. 39 Anm. 2.7; Enderlein/Maskow/Strohbach Art. 39 Anm. 7; Honnold, Uniform Law, Rn. 258; Schlechtriem-Schwenzer Art. 39 Rn. 24

¹²⁷ Deutsche Übersetzung bei Herber/ Czerwenka Anh. 2

von der BRD nicht ratifiziert. Deshalb richtet sich die Verjährung nach dem jeweiligen gemäß dem Internationalen Privatrecht zur Anwendung kommenden nationalen Recht.¹²⁹

3.3.4. Die Richtlinie 99/44/EG

Art. 5 I 1 RL 99/44/EG normiert eine Ausschlussfrist von zwei Jahren. Die Vertragswidrigkeit muss also innerhalb von zwei Jahren ab Lieferung der Kaufsache zu Tage getreten sein. Die in Art. 5 I 1 RL 99/44/EG festgelegte Frist ist keine Verjährungs-, sondern eine materielle Frist.¹³⁰ Eine Bestimmung über die Verjährung enthält Art. 5 I 2 RL 99/44/EG. Danach wird den Mitgliedsstaaten die Einführung von Verjährungsfristen, die mindestens ebenso lang wie die Ausschlussfrist des Art. 5 I 1 RL 99/44/EG sein müssen, zur Wahl gestellt. Insgesamt darf also die Gesamtdauer der national festgelegten Verjährungsfrist einen Zeitraum von zwei Jahren ab Lieferung nicht unterschreiten¹³¹, damit die Ausschlussfrist des Art. 5 I 1 RL 99/44/EG nicht umgangen werden kann.

3.3.5. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Nach § 438 I Nr. 3 BGB verjähren Ansprüche, die aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache resultieren, regelmäßig in zwei Jahren. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wählt damit das von der Richtlinie vorgegebene Modell der Verjährungsfristen nach Art. 5 I 2 RL 99/44/EG und führt keine Ausschlussfrist ein.

§ 438 BGB bezieht sich dabei nur auf die in § 437 Nr. 1 und 3 BGB aufgeführten Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen.¹³² Da der Rücktritt und die Minderung zu Gestaltungsrechten werden sollen, unterliegen sie nicht mehr wie bisher der Verjährung.¹³³ Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf, der diese Besonderheit nicht berücksichtigt hatte, trägt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dieser Tatsache in § 218 I 1, 438 IV, V BGB Rechnung. Nach § 218 I 1 BGB ist der Rücktritt wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und sich der Schuldner hierauf beruft. Die Ankoppelung an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs setzt somit auch dem Rücktrittsrecht eine den übrigen gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfen entsprechende zeitliche Grenze. Auch auf die

¹²⁸ Herber/ Czerwenka Anh. 3

¹²⁹ Ist hierbei deutsches Recht einschlägig, so bestimmte bisher Art. 3 VertragsG a.F. für den Anspruch des Käufers nach Art. 45 CISG wegen Vertragswidrigkeit der Ware die Anwendung des § 477 BGB a.F. Dabei begann der Lauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist jedoch erst mit der Anzeige der Vertragswidrigkeit, da sonst die Regelung des Art. 39 II CISG ausgehöhlt worden wäre, vgl. die Begründung der Bundesregierung zum VertragsG BT-Drucks. 11/3076, S. 6. Zur Verjährung seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes siehe unter 3.3.6.2.2.

¹³⁰ Staudenmayer, NJW 99, S. 2396; **Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 32**

¹³¹ 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2422

¹³² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 226

¹³³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 228; Westermann, NJW 02, S. 250; Wagner, ZIP 02, S. 790

Minderung kann sich der Käufer nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr berufen. § 438 V BGB erklärt insoweit die allgemeine Rücktrittsvorschrift des § 218 BGB für entsprechend anwendbar.¹³⁴

§ 438 I Nr. 3 BGB unterwirft auch den Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen, welche in der Richtlinie nicht erwähnt sind, der zweijährigen Verjährung. Eine einheitliche Verjährungsregelung für alle Ansprüche der Kaufgewährleistung war hier notwendig, um Wertungswidersprüche zwischen den Rechtsbehelfen zu vermeiden.¹³⁵ § 438 I Nr. 3 BGB ist dabei für sämtliche Schadensersatzansprüche die maßgebliche Verjährungsnorm. Somit unterfallen nicht nur Mangelschäden, sondern auch Mangelfolgeschäden dem gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregime.¹³⁶ Die problematische Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden ist somit auch hier entbehrlich.¹³⁷

Der Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn ist entsprechend § 477 I 1 BGB a.F. die Ablieferung der Sache, § 438 II BGB.¹³⁸ Ebenfalls dem geltenden Recht entlehnt ist die Einschränkung des § 438 III BGB, nach dem im Falle des arglistigen Verschweigens der Mangelhaftigkeit die regelmäßige Verjährungsfrist, die jedoch gemäß § 195 BGB nur noch 3 Jahre beträgt, zu laufen beginnt.¹³⁹

3.3.6. Vergleich

3.3.6.1. Zur Länge der Frist

Die in § 477 I 1 BGB a.F. normierte Verjährungsfrist von sechs Monaten für Gewährleistungsansprüche des Käufers ist zu kurz. Sie hatte ihren Ursprung im römischen Recht und galt dort zunächst nur für den Marktkauf und überdies nur für lebende Kaufobjekte.¹⁴⁰ Die kurze Verjährung war ursprünglich also für ganz andere Bedürfnisse als die einer Industrienation entwickelt worden. Den Erfordernissen des modernen Wirtschaftsverkehrs wurde die Verjährungsregelung des § 477 I 1 BGB a.F. jedoch nicht gerecht.¹⁴¹ So treten gerade bei der Lieferung zusammengesetzter oder weiterverarbeiteter Produkte Mängel typischerweise

¹³⁴ Der Regierungsentwurf hatte den Verweis auf § 218 I für die Minderung noch in § 441 V RE normiert, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 228 f.

¹³⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 229; AnwK-Büdenbender § 438 Rn. 10 Fn. 9; Gegen eine Einbeziehung der Verschuldenshaftung in die gewährleistungsrechtliche Verjährung des § 438 BGB hatten sich Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst, in: JZ 01, S. 689; Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 318 und Eidenmüller, in: JZ 01, S. 285 gewandt.

¹³⁶ Dies entsprach schon der bisherigen Rechtsprechung, vgl. BGHZ 77, 215, 219; 87, 88, 92 f.

¹³⁷ Westermann, NJW 02, S. 250; AnwK-Büdenbender § 438 Rn. 10 Fn. 9; kritisch hierzu Canaris, ZRP 01, S. 335 f., der den Vorschlag gemacht hatte, die Mangelfolgeschäden von der kurzen Verjährung des § 438 I Nr. 3 BGB auszunehmen. Dem ist der Gesetzgeber zu Recht nicht gefolgt, da sonst die Abgrenzungsprobleme des bisherigen deutschen Rechts in das reformierte Recht hineingetragen worden wären.

¹³⁸ Zu den Gründen für das objektive System siehe unter 3.3.6.2.3.

¹³⁹ Im Falle der Arglist gilt für den Verjährungsbeginn zudem das subjektive System des § 199 I BGB, vgl. Westermann, NJW 02, S. 250; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 962.

¹⁴⁰ Siehe 1.1.

¹⁴¹ Abschlussbericht, S. 26; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 228

erst nach langer Zeit offen zu Tage. Nach bisherigem deutschem Recht waren dann die Gewährleistungsansprüche oftmals schon verjährt.

Die sechsmonatige Frist war ins BGB aufgrund der Erwägung aufgenommen worden, dass die Feststellung von Sachmängeln nach längerer Zeit kaum noch möglich und für den Verkäufer das Zurückgreifen auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend sei.¹⁴² Die kurze Verjährung des § 477 I 1 BGB a.F. bezweckte also, den Verkäufer vor Beweisnöten zu bewahren und ihm seine Dispositionsfreiheit zurückzugeben, damit er sich ohne Risiko anderen Geschäften zuwenden konnte.¹⁴³ Es ist jedoch nachgewiesen worden, dass sich zum einen die Beweissituation des Verkäufers nicht, wie bei Schaffung des BGB offenbar angenommen, durch Zeitablauf verschlechtert - sie bleibt vielmehr konstant niedrig - und dass zum anderen das Schutzbedürfnis des Verkäufers keineswegs derartig groß ist, um eine solche Besserstellung als gerechtfertigt erscheinen zu lassen.¹⁴⁴ Demgegenüber fanden die Interessen des Käufers, die vor allem darin liegen, dass er hinreichend Gelegenheit bekommt, seine Ansprüche zu erkennen, zu prüfen und zu verfolgen, keine Berücksichtigung.¹⁴⁵ Aufgrund der Kürze der Frist und ihres frühzeitigen Beginns mit der Übergabe der Kaufsache hatte der Käufer nicht selten bei Verjährungseintritt noch gar keine Chance zur Wahrnehmung seiner Rechte gehabt.¹⁴⁶ Die Regelung des § 477 I 1 BGB a.F. stellte danach nichts anderes als eine einseitige Risikoverteilung zu Lasten des Käufers dar.¹⁴⁷ Die einseitige Bevorzugung der Verkäuferinteressen ist nicht gerechtfertigt und deshalb abzulehnen. Sämtliche neuere Regelwerke halten einen weitaus längeren Zeitraum für angemessen.

Die Schuldrechtskommission plante, auch Mängelansprüche der dreijährigen Verjährung des § 195 KE, die einheitlich für alle auf Vertragsverhältnissen beruhenden Ansprüche gelten sollte, zu unterwerfen. Diese Dreijahresfrist war in § 195 DiskE als Regelverjährung, die auch die Ansprüche aus der Gewährleistungshaftung erfassen sollte, übernommen worden. Im Zuge der Reformdiskussion war die dreijährige Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche zu Recht als zu lang kritisiert worden.¹⁴⁸ Die Funktion der Gewährleistungsfrist liegt nicht nur in der Bewahrung des Verkäufers vor Beweisschwierigkeiten und der Herstellung des Rechtsfriedens. Sie ist zugleich eine Garantiefrist.¹⁴⁹ Sie hat deshalb die weitere, spezifisch gewährleistungsrechtliche Aufgabe, das Risiko der Verschlechterung der in den Händen des Käufers befindlichen Kaufsache angemessen auf die Vertragsparteien zu verteilen. Der Verkäufer hat nach der Übergabe keinen Einfluss mehr auf die Kaufsache und deren Benutzung

¹⁴² Mot. II 238

¹⁴³ Abschlussbericht, S. 34 f., 43; Peters/Zimmermann, Gutachten I, S. 227

¹⁴⁴ Peters/Zimmermann, Gutachten I, S. 227, 228

¹⁴⁵ Peters/Zimmermann, Gutachten I, S. 188; Abschlussbericht, S. 34, 43; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 228; Jorden/ Lehmann, JZ 01, 962

¹⁴⁶ Siehe dazu 3.3.1. und Abschlussbericht, S. 28

¹⁴⁷ Peters/Zimmermann, Gutachten I, S. 227, 188

¹⁴⁸ Honsell, JZ 01, S. 21; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 4; Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst, JZ 01, S. 689

¹⁴⁹ Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 4

durch den Käufer. Dieses Veränderungsrisiko soll mithilfe der Gewährleistungsfrist begrenzt und für den Verkäufer kalkulierbar gemacht werden.¹⁵⁰ Dies erfordert kürzere Fristen. Die Dreijahresfrist der Reformentwürfe führt hier zu einer Benachteiligung des Verkäufers und ist nicht einmal durch die Richtlinie, die dem besonderen Schutz des kaufenden Verbrauchers dient, veranlasst. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat auf diese Kritik reagiert, indem es in § 438 I Nr. 3, II BGB eine Frist von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache statuiert. Auch international hat sich ein gewisser Trend zu einer Zweijahresfrist abgezeichnet. Für die Frist des Art. 5 I RL 99/44/EG ist neben ihrer Entsprechung mit Art. 39 II CISG angeführt worden, dass es sich hierbei um einen Kompromiss auch zwischen den in den mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen geltenden Fristen handelt.¹⁵¹ Indem das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 438 BGB eine zweijährige Verjährungsfrist vorsieht, liegt es auf der Linie der internationalen Entwicklung und belastet den Verkäufer nicht über das von der Richtlinie vorgegebene Maß hinaus.

3.3.6.2. Die Fristensysteme

3.3.6.2.1. Das Fristensystem der Richtlinie und seine Umsetzung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die Richtlinie lässt den Mitgliedsstaaten hinsichtlich des Fristensystems für die Gewährleistung viel Freiheit. Sie können sowohl eine absolute Ausschluss- als auch eine Verjährungsfrist einführen, möglich ist auch eine Kombination beider Fristen. Daneben steht die Festlegung einer relativen Frist ab positiver Kenntnis von der Vertragswidrigkeit zur Wahl. Somit sind nach der Richtlinie verschiedene Fristenmodelle denkbar. Auch ist Art. 5 I 1 RL 99/44/EG schon im Hinblick auf die Ausschlussfrist anders als Art. 39 II CISG formuliert. Diese wird nach dem Wortlaut der Vorschrift allein dadurch unterbrochen, dass die Vertragswidrigkeit offenbar wird. Danach könnte der Verbraucher jede Vertragswidrigkeit, die innerhalb der Zweijahresfrist auftritt, noch nach Ablauf dieser Frist geltend machen, sofern er deren Offenbarwerden innerhalb der Ausschlussfrist beweist.¹⁵² Dies würde bedeuten, dass für den Verkäufer nach Fristablauf erhebliche Unsicherheiten bestehen blieben. Zur Rückerlangung der verkäuferlichen Dispositionsfreiheit enthält die Richtlinie zwei Varianten, die auch kombiniert werden können. Möglich ist danach die Statuierung einer Rügeobliegenheit, wie Art. 5 II RL 99/44/EG es vorsieht. Sie würde im Falle der Kenntniserlangung des Käufers von der Vertragswidrigkeit die zweijährige Frist beenden und damit die Interessen des Verkäufers an einer zügigen Vertragsabwicklung schützen. Vorrangig soll die Rüge jedoch einen Rechtsmissbrauch des

¹⁵⁰ Honsell, JZ 01, S. 21; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 4; Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst, JZ 01, S. 688; Wagner, ZIP 02, S. 791; Eidenmüller, JZ 01, S. 285 f.; Ernst, ZRP 01, S. 7

¹⁵¹ KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 3 Absatz I und IV, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; Brüggemeier, JZ 00, S. 532

¹⁵² Schwartze, ZEuP 2000, S. 570; Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 272

Käufers abwehren, daher ist die Anzeigefrist von zwei Monaten zugunsten des Verbrauchers sehr großzügig bemessen. Wenn neben der Ausschluss- auch eine Verjährungsfrist gilt, hat der Käufer in jedem Falle Zeit, nach der Rüge der Vertragswidrigkeit noch bis zum Ablauf der zwei Jahre mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zu warten. Die andere Möglichkeit, die Geltendmachung von Ansprüchen durch den Käufer zeitlich zu begrenzen, ist die Einführung einer Verjährungsfrist gemäß Art. 5 I 2 RL 99/44/EG, die aber mindestens ebenso lang wie die Ausschlussfrist sein muss.¹⁵³ Letzteres ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil sich so die Stellung des Verbrauchers gerade bei am Ende der Zweijahresfrist auftretenden Vertragswidrigkeiten verschlechtert. Ihm bleibt dann weniger Zeit zur Prüfung und Geltendmachung seiner Ansprüche als nach Art. 5 I 1 RL 99/44/EG eigentlich vorgesehen.¹⁵⁴ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat sich für das Verjährungsmodell der Richtlinie entschieden und nimmt insoweit eine gewisse Verkürzung des Zeitraums, in welchem der Käufer seine Rechte geltend machen kann, im Vergleich zum Modell der Ausschlussfrist in Kauf. Für den Nacherfüllungsanspruch wird Art. 5 I RL 99/44/EG durch § 438 I Nr. 3 BGB umgesetzt, während für Rücktritt und Minderung die richtlinienkonforme Umsetzung über § 438 I Nr. 3, IV, V i.V.m. § 218 I 1 BGB erfolgt.¹⁵⁵

3.3.6.2.2. Das Fristensystem des CISG und die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

Das CISG kombiniert die absolute zweijährige Ausschlussfrist mit der relativen Frist für die Rüge. Während die absolute Frist Käuferinteressen schützt, indem diesem die Möglichkeit gegeben wird, auch schwer zu findende oder erst nach längerer Zeit auftretende Vertragswidrigkeiten zu erkennen, soll die relative ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen laufende Rügefrist die Interessen des Verkäufers an der schnellen Abwicklung und Klärung von Streitfällen wahren. Sofern nach Internationalem Privatrecht bislang deutsches Verjährungsrecht einschlägig war, wurde mit der Rüge zudem noch eine sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 477 BGB a.F. in Gang gesetzt.¹⁵⁶ Durch sie erhielt der Käufer die Gelegenheit zur Prüfung und Wahrnehmung seiner Ansprüche. Diese in Art. 3 VertragsG festgeschriebene Regelung vermied für grenzübergreifende Verträge die Probleme des damaligen deutschen Rechts hinsichtlich verborgener Mängel. So war die Frist des Art. 39 II CISG zum einen erheblich länger als die für im internen deutschen Recht bestehende Ansprüche geltende, zum anderen hatte der Käufer selbst nach Kenntniserlangung noch einen beachtlichen Zeitraum für die Prüfung seiner

¹⁵³ Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 272; Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 852: Verjährungs- und Ausschlussfrist sind gleich lang und beginnen mit dem gleichen Zeitpunkt

¹⁵⁴ Vgl. Schwartze, ZEuP 2000, S. 571; Westermann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 272; Staudenmayer, NJW 99, S. 2396: Verkürzung bewusst in Kauf genommen

¹⁵⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 228 f.

¹⁵⁶ Siehe oben 3.3.3.

Ansprüche, wodurch die Rügeobliegenheit des Käufers wieder relativiert wurde. Insgesamt blieben dem Käufer damit bei schwer erkennbaren Mängeln maximal zweieinhalb Jahre zur Verfolgung seiner Interessen. Diese Regelung war besonders käuferfreundlich.

Die Verlängerung der Fristen im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat nunmehr auch Konsequenzen für die Anwendung des CISG auf Verträge mit deutscher Beteiligung. Gemäß Art. 5 Absatz 30 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist Art. 3 VertragsG, der die Verjährung der Ansprüche des Käufers nach dem CISG betrifft, geändert worden. Nach Art. 3, S. 1 VertragsG in seiner Neufassung führt die entsprechende Anwendbarkeit der BGB-Vorschriften zur Gewährleistungsfrist des § 438 BGB. Angesichts der Verlängerung der Verjährungsfrist auf 2 Jahre wird der Beginn der Frist nicht mehr auf den Zeitpunkt der Mängelanzeige hinausgeschoben. Daher ist nun auch für Ansprüche aus dem CISG der Zeitpunkt der Ablieferung maßgeblich, da eine Unterschreitung der Ausschlussfrist des Art. 39 II CISG nicht mehr zu befürchten ist.¹⁵⁷

3.3.6.2.3. Zur Notwendigkeit einer gewährleistungsrechtlichen Sondernorm im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Kommissionsentwurf und Diskussionsentwurf gliederten die Verjährung von kaufrechtlichen Mängelansprüchen dem allgemeinen Verjährungsrecht ein. Auf eine gewährleistungsrechtliche Sonderregelung, wie sie § 477 BGB a.F. enthielt, verzichteten die Reformentwürfe. So sah die Schuldrechtskommission in § 195 KE eine einheitlich für alle vertraglichen Ansprüche geltende Verjährungsfrist von drei Jahren vor, die auch für die Ansprüche aus Kaufgewährleistung einschlägig sein sollte. Hinsichtlich des Verjährungsbeginns hatte man ein objektives System vorgeschlagen, das auf die Fälligkeit der vertraglichen Ansprüche sowie im Sachmängelrecht auf die Übergabe der Kaufsache abstellte, § 196 I, IV KE. Der Diskussionsentwurf orientierte sich weitgehend an den Vorschlägen aus dem Abschlussbericht. Er behielt die einheitliche Dreijahresfrist und die objektive Anknüpfung für den Fristbeginn bei, §§ 195, 198 DiskE. Anders als im Kommissionsentwurf gab man jedoch die Differenzierung in vertragliche und deliktische Ansprüche auf und sah in § 196 DiskE wieder eine Regelverjährung vor. Diese Regelung galt auch für Sachmängelansprüche, für die § 198 IV DiskE lediglich den Verjährungsbeginn gesondert festlegte. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das Verjährungskonzept der Reformentwürfe nicht übernommen. Diesen war insbesondere vorgeworfen worden, dass unter Geltung eines objektiven Systems für den Verjährungsbeginn eine dreijährige Regelverjährung zu kurz sei.¹⁵⁸ Dieser Kritik trug das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Rechnung, indem es für den Verjährungsbeginn in § 199 I BGB ein subjektives System, das an die Kenntnis bzw. an die Erkennbarkeit des Anspruchs

¹⁵⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 284

¹⁵⁸ Ernst, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform), S. 581 und ZRP 01, S. 8; Honsell, JZ 01, S. 20 und 282; Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst, JZ 01, S. 689

anknüpft, und in § 199 II, III BGB bestimmte Höchstfristen als Begrenzung einführte. Mit § 438 BGB wurde auch wieder eine Sondernorm für die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche aufgenommen.

Das gewährleistungsrechtliche Verjährungsmodell des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist zu befürworten. Ziel der Reformentwürfe war es, eine weitgehende Vereinheitlichung der Verjährungsfristen zu erreichen. Damit sollten die bisher bestehenden erheblichen Abgrenzungsprobleme zwischen Sachmängelrecht und allgemeinen Leistungsstörungen vermieden werden.¹⁵⁹ Kommissionsentwurf und Diskussionsentwurf berücksichtigten dabei jedoch die funktionalen Besonderheiten der Gewährleistungsfristen nicht hinreichend. Während im allgemeinen Verjährungsrecht das subjektive System unbillige Ergebnisse der angestrebten Verkürzung der Regelverjährung zu vermeiden hilft, ist im Gewährleistungsrecht ein auf objektive Kriterien abstellender Fristbeginn unverzichtbar.¹⁶⁰ Ein subjektiver Verjährungsbeginn ab Kenntnis bzw. ab Erkennbarkeit des Sachmangels wäre mit der besonderen gewährleistungsrechtlichen Funktion der Verjährungsfrist als Garantiefrist nicht vereinbar. Die Gewährleistungsfrist soll auch für eine gerechte Verteilung des Mängelrisikos zwischen den Vertragsparteien sorgen. Eine subjektive Anknüpfung würde dieses Risiko aber einseitig dem Verkäufer aufbürden, der sonst unter Umständen bis zum Ablauf der jeweiligen Höchstfristen mit einer Inanspruchnahme wegen Mängeln der Kaufsache rechnen müsste. Eine Vereinheitlichung der Verjährungsfristen von Ansprüchen aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungshaftung war danach nicht mehr sinnvoll. Ohne eine Angleichung des Verjährungsbeginns war ein Gleichlauf der Fristen nicht zu erreichen. Unter Aufgabe des Zieles der Vereinheitlichung konnte das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 438 BGB auch die Länge der Verjährungsfrist den gewährleistungsrechtlichen Erfordernissen anpassen und damit auf zwei Jahre verkürzen.

¹⁵⁹ Medicus, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 227

¹⁶⁰ Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst, JZ 01, S. 689; Ernst, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S.587 und ZRP 01, S. 2 f.; Jorden/Lehmann, JZ 01, S. 962 Fn. 110; Eidenmüller, JZ 01, S. 285 f.; vgl. auch Abschlussbericht, S. 63

Kapitel 4.....Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Mangelhaftigkeit

4.1. Sachmängelfreiheit als Leistungspflicht

4.1.1. Das bisher geltende deutsche Recht

In der bisherigen deutschen Regelung des Stückkaufs traten die römisch-rechtlichen Traditionen noch deutlich hervor. Während der Schadensersatzanspruch des § 463 BGB seinen Ursprung in der vertraglichen actio empti hatte, entstammte die Haftung für Fehler der Kaufsache auf Wandlung und Minderung den öffentlich-rechtlichen Edikten der Ädilen.¹ Aus diesem Nebeneinander von Rechtsbehelfen mit verschiedenen Haftungsgrundlagen folgten die differierenden Ansichten über Wesen und Rechtsgrund der Sachmängelgewährleistung beim Stückkauf. Die Sachmängelhaftung war in den §§ 459 ff. BGB a.F. als von den allgemeinen Rechten und Pflichten aus dem Kaufvertrag gemäß §§ 433 I 1, 434 BGB a.F. abweichendes Sonderrecht ausgestaltet worden. Dem Verkäufer oblag nach dem Kaufvertrag nur die Pflicht, die Sache dem Käufer frei von Rechten Dritter zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. Hatte der Verkäufer diese Verpflichtungen erfüllt, bestand für den Käufer auch bei mangelhafter Beschaffenheit der übereigneten Sache kein Anspruch auf Nacherfüllung.

Hieraus folgerten die Anhänger der Gewährleistungstheorie, dass auch bei der Lieferung einer mangelbehafteten Sache Erfüllung eingetreten sein müsse. Die §§ 459 ff. BGB a.F. regelten eine reine Gewährleistungspflicht, die mit dem Anspruch auf Erfüllung einer Leistungspflicht nichts gemein habe.² Diese Gewährleistungspflicht beruhe vielmehr auf der Enttäuschung der vom Käufer gehegten Erwartung, eine mangelfreie Sache zu erhalten, mithin auf der fehlenden subjektiven Äquivalenz zwischen Preis und Ware.³ Nach Auffassung der Gewährleistungstheorie waren Sachmängelhaftung und Leistungsstörungenansprüche zweierlei.⁴ Die Vertreter der Erfüllungstheorie waren hingegen der Ansicht, der Verkäufer sei auch beim Stückkauf zur mangelfreien Lieferung verpflichtet. Die Sachmängelhaftung habe ihre Grundlage im Kaufvertrag, weshalb jede Nichtübereinstimmung der Ware mit dem Kaufvertrag als Vertragsbruch zu charakterisieren sei.⁵ Die Sonderregeln in den §§ 459 ff. BGB seien somit

¹ Siehe oben 1.1.

² Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 48 ff.; Knöpfle, Der Fehler beim Kauf, 1989, S. 7ff.

³ Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 55 ff., Larenz, SchuldR II/1, § 41 II e

⁴ Palandt-Putzo Vorbem. 5 vor § 459; Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 7, 50

⁵ Soergel-Huber Rn. 170 vor § 459.; Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB; S. 87; Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 43 ff.

lediglich „Ersatzerfüllungsansprüche“.⁶ Folglich könnten die §§ 320 ff. BGB zumindest im Grundsatz ergänzend angewendet werden.

Dieser Streit hatte allerdings kaum praktische Relevanz.⁷ Die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften waren aufgrund ihres Charakters als Sonderrecht ohnehin aus sich heraus auszulegen, da die Sachmängelhaftung beim Stückkauf grundlegende Unterschiede im Vergleich zur Erfüllungshaftung aufwies.⁸

Aus historischer Sicht war außerdem Folgendes zu beachten: Bereits im nachklassischen römischen Recht hatten die Rechtsfolgen der *actio empti* die Wandlung und Minderung erfasst.⁹ Die Haftung für Fehler erfolgte danach unmittelbar aufgrund des Kaufvertrages, womit die Fehlerfreiheit der Kaufsache schon damals zum Vertragsinhalt gehörte. Allerdings entschied sich Justinian, der das nachklassische Recht kodifizierte, nicht in eindeutiger Weise für die vertragliche Variante, sondern nahm daneben auch die ädilitischen Edikte in sein Gesetzbuch auf. Die beiden unterschiedlichen Haftungssysteme blieben deshalb bestehen und wurden so auch rezipiert. Eine überzeugende Auflösung des Konflikts gelang auch nach der Rezeption in neuerer Zeit nicht, mal überwog die vertragliche, mal die sonderrechtliche Sichtweise.¹⁰ Auch den Verfassern des BGB war eine Klärung nicht gelungen und konnte angesichts der widersprüchlichen Quellenlage auch nicht gelingen, wenn man den römischen Traditionen treu bleiben wollte. Zur Auflösung des Konflikts bedurfte es daher einer Reform des gewährleistungsrechtlichen Haftungskonzepts.

4.1.2. Der Kommissionsentwurf

Die Schuldrechtskommission schlug vor, die Gewährleistungshaftung weitgehend in das ebenfalls überarbeitete allgemeine Leistungsstörungenrecht einzugliedern. Das Sachmängelrecht sollte damit seine bisherige Eigenständigkeit und den Charakter als Sonderrecht verlieren.¹¹ § 434 KE verpflichtete den Verkäufer, die Sache frei von Mängeln zu verschaffen. Für Rechtsmängel bedeutete dies gegenüber dem bisherigen § 434 BGB a.F. keine Neuerung. Für die Sachmängelhaftung war dagegen das Vorhandensein eines Sachmangels ausschlaggebend, für den der Verkäufer aufgrund der gewährleistungsrechtlichen Sonderregelung einzustehen hatte. Der Streit über die Rechtsnatur der Sachmängelgewährleistung sollte nach dem Kommissionsentwurf im Sinne der Nichterfüllungstheorie entschieden werden.¹² Die in § 434 KE geregelte Pflicht zur mangelfreien Verschaffung wurde zur „eigentlichen Schaltstelle für die

⁶ Brox, SchuldR BT, Rn. 58

⁷ Vgl. Staudinger- Honsell Vorbem. 10 vor §§ 459 ff.; Soergel-Huber Rn. 166 vor § 459; MüKo-Westermann § 459 Rn. 1 ff.; Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 262

⁸ Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 262

⁹ Daneben bestanden die ädilitischen *actiones* fort, wurden aber weitgehend entbehrlich, dazu oben 1.1.

¹⁰ Ausführlich dazu Huwiler, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, S. 249 ff.

¹¹ Abschlussbericht, S. 32 und 195

¹² Vgl. hierzu 4.1.1.

Integration der Mängelgewährleistung¹³ in das allgemeine Schuldrecht. Mit der Statuierung einer allgemeinen Pflicht zur Sachmängelfreiheit wurde auch beim Stückkauf die Lieferung mangelhafter Ware zur Pflichtverletzung, die den Haftungstatbestand des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach §§ 280 I, 323 KE erfüllte. Da die Mangelhaftigkeit danach lediglich ein Unterfall des allgemeinen Grundtatbestands der Pflichtverletzung war, galten für sie die Rechtsfolgen aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht gemäß §§ 280 I, 283, 323, 327 KE.

4.1.3. Das CISG

Auch das CISG unterscheidet nicht zwischen Sachmängelgewährleistung und der Haftung für die schlichte Nichterfüllung kaufvertraglicher Pflichten. Es erhebt die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware zu einer mit der Lieferung am rechten Ort und zur rechten Zeit auf gleicher Stufe stehenden Pflicht des Verkäufers.¹⁴ Dadurch wird es möglich, beide Arten von Leistungsstörungen einem einheitlichen Haftungsregime zu unterwerfen.

Die Vertragsverletzung als zentraler Begriff des CISG bezieht dabei jede Art der nicht ordnungsgemäßen Leistung in einen einheitlichen Begriff der Leistungsstörungen ein.¹⁵ Auch die Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware wird von ihr erfasst. Daher stehen dem Käufer auch im Falle der Vertragswidrigkeit die allgemeinen Rechtsbehelfe aus Art. 45 I lit. a CISG i.V.m. Art. 46 bis 52 CISG ergänzt durch den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 I lit. b i.V.m. Art. 74 bis 77 CISG zu.

4.1.4. PECL und PICC

Die *Principles* enthalten Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Spezielle Vorschriften für gewährleistungsrechtliche Sachverhalte beinhalten sie nicht. Trotzdem ist das von PECL und PICC bereitgestellte Rechtsbehelfssystem auch in diesen Fällen anwendbar.¹⁶ Ihr Haftungskonzept ähnelt dem des CISG, wo auf sämtliche Arten von Leistungsstörungen, also auch auf Vertragswidrigkeiten, die allgemeinen Rechtsbehelfe Anwendung finden. Die *Principles* haben dieses im CISG nur für Kaufverträge geltende Haftungssystem weiterentwickelt und verallgemeinert, so dass es auf sämtliche Vertragsarten angewendet werden kann. Anders als im CISG heißt der Grundtatbestand nicht Vertragsverletzung, sondern wird in den *Principles* als Nichterfüllung (*non-performance*) bezeichnet. Die Nichterfüllung stellt den zentralen Begriff des Leistungsstörungsrechts von PECL und PICC dar.¹⁷ Grundlage des Haftungssystems der *Principles* ist die *remedy approach*. Im Gegensatz zur *cause approach*

¹³ Haas, NJW 92, S.2391

¹⁴ Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 12; Herber/ Czerwenka Art. 35 Rn. 2

¹⁵ Aicher, in: Hoyer/ Posch (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 113

¹⁶ Einleitend dazu schon 1.3.2.1.

¹⁷ Hartkamp, ERPL 2 (1994), S. 349; ders., in: Liber amicorum D. Kokkini-Iatridou, S. 93; Furmston, AmJCompL 40 (1992), S. 671

wird dabei im Bereich der *causes*, der Ursachen für die Leistungsstörung, nicht weiter differenziert.¹⁸ PECL und PICC definieren den Tatbestand der Nichterfüllung entsprechend weit. Nach Art. 7.1.1 PICC liegt eine Nichterfüllung vor, wenn eine Partei irgendeine ihrer Vertragspflichten nicht erfüllt, einschließlich einer mangelhaften oder einer verspäteten Erfüllung. Die Definition der Nichterfüllung in Art. 1:301 (4) PECL ist nahezu identisch. Die *defective performance* ist somit lediglich ein Unterfall des umfassenden Grundtatbestandes der *non-performance*. Aus dieser Definition ergibt sich zugleich, dass die *Principles* die mangelfreie Leistung als Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung ansehen. Andernfalls könnte die mangelhafte Leistung nicht als Nichterfüllung der Vertragspflicht behandelt werden. Die *Comments* beider Regelwerke bestätigen ausdrücklich, dass sämtliche Formen von Störungen der Leistungspflicht von dem Begriff der Nichterfüllung erfasst sind.¹⁹ Als Beispiel für eine Nichterfüllung wird in den PECL der Fall genannt, dass Waren der vertraglichen Vereinbarung hinsichtlich Qualität, Quantität, Verpackungsmethoden oder anderweitig nicht entsprechen.²⁰ Da die Mangelhaftigkeit in den Grundtatbestand der Nichterfüllung eingegliedert wurde, können die allgemeinen Rechtsbehelfe auf die mangelhafte Leistung Anwendung finden. Dies regelt Art. 8:101 (1) PECL. Wenn eine Vertragspartei eine ihrer Vertragspflichten nicht erfüllt, kann sie regelmäßig ohne weiteres die bereitgestellten Rechtsbehelfe geltend machen.²¹

4.1.5. Die Richtlinie 99/44/EG

Gemäß Art. 2 I RL 99/44/EG trifft den Verkäufer die Pflicht zur Lieferung vertragsgemäßer Ware. Damit kann die traditionelle Unterscheidung zwischen Verpflichtung zur Lieferung und gesetzlicher Garantie für Mängel, wie sie dem bisherigen BGB a.F. zugrunde lag, für den Verbraucherkauf aufgegeben werden.²² Auch die Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware durch den Verkäufer bedeutet so eine Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflichten.²³ Die Richtlinie entspricht damit dem Haftungskonzept von CISG, *Principles* und Kommissionsentwurf.

¹⁸ Lando, in: Liber Memorialis Laurent, S. 566 f.; Beale, in: Weick (Hrsg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, S. 187; Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment D.* zu Art. 1.105 (Art. 1:301 n.F.); Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment Art. 7.1.1*

¹⁹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment D.* zu Art. 1.105 (Art. 1:301 n.F.); Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment Art. 7.1.1*; Beale, in: Weick (Hrsg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, S. 187; Tallon, *AmJCompL* 40 (1992), S. 677

²⁰ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment D.* zu Art. 1.105 (Art. 1:301 n.F.)

²¹ Die besonderen Voraussetzungen der einzelnen Rechtsbehelfe, insbesondere die entschuldigte (*excused*) und wesentliche (*fundamental*) Nichterfüllung werden in den folgenden Abschnitten, insbesondere in 4.4.4. und 5.4., gesondert behandelt.

²² KOM (95) 520 endg., Begründung zu Art. 2 Absatz I, abgedruckt in: ZIP 96, 1850; Micklitz, *EuZW* 97, 231; Schlechtriem, *JZ* 97, 444; Coester-Waltjen, *Jura* 97, 641; Jorden/ Lehmann, *JZ* 01, S. 952 f.

²³ Schäfer/ Pfeiffer, *ZIP* 99, 1831

4.1.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat die Haftung für Sachmängel im Anschluss an die Vorschläge der Schuldrechtskommission in das Haftungssystem des allgemeinen Leistungsstörungenrechts integriert. Dies wurde dadurch möglich, dass den Verkäufer nunmehr gemäß § 433 I 2 BGB eine Pflicht zur Verschaffung mangelfreier Kaufgegenstände trifft.²⁴ Die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache ist damit eine Pflichtverletzung, die den Grundtatbestand des allgemeinen Leistungsstörungenrecht erfüllt. Dies hat zur Folge, dass nunmehr die allgemeinen Rechtsfolgen nach §§ 280 f., 323 BGB auch auf gewährleistungsrechtliche Sachverhalte Anwendung finden.

4.1.7. Vergleich

Die Lieferung von Waren mangelhafter Beschaffenheit unterlag im bisherigen deutschen Recht einem stark von den allgemeinen Regeln abweichenden Sonderrecht, dessen Rechtsnatur weder im Sinne der Verletzung einer besonderen Gewährleistungspflicht noch als Sonderfall der Nichterfüllung eindeutig geklärt werden konnte. Die Trennung der Gewährleistungsrechte von den allgemeinen Rechten und Pflichten aus dem Kaufvertrag war historisch begründet und auf den Einfluss der ädilitischen Edikte auf die Denktraditionen zur Zeit der Schaffung des BGB zurückzuführen. Demgegenüber gehen CISG, Richtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz davon aus, dass die Verschaffung sachmangelfreier Ware zum vertraglichen Pflichtenprogramm des Verkäufers gehört.²⁵ Gleiches lässt sich für PECL und PICC aus ihrer Definition der Nichterfüllung von Vertragspflichten, welche die Mangelhaftigkeit ausdrücklich erwähnt, entnehmen.²⁶ Darauf aufbauend stellen CISG, *Principles* und die deutschen Reformwerke ein einheitliches Haftungskonzept für die Fälle der Nichterfüllung der kaufvertraglichen Lieferpflicht und der zwar erfolgten, jedoch mangelhaften Ware bereit. Dadurch wird die weitgehende Eingliederung der Sachmängelgewährleistung in das allgemeine System der Leistungsstörungen möglich. Im Rahmen dieses einheitlichen Haftungskonzepts ist die Mangelhaftigkeit der Kaufsache lediglich ein Unterfall eines umfassenden Grundtatbestands, der in § 280 I BGB/ KE als Pflichtverletzung, im CISG als Vertragsverletzung²⁷ sowie in den *Principles*²⁸ als Nichterfüllung bezeichnet wird. Sämtliche neuere Regelwerke charakterisieren die Mangelhaftigkeit als Nichterfüllung einer kaufvertraglichen Verpflichtung. Damit wird nicht nur die alte, historisch begründete Streitfrage über den Rechtsgrund der Sachmängelgewährleistung geklärt, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit der weitgehenden Vereinheitlichung der Rechtsfolgen von allgemeinem

²⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 208 f.; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 952 f.; P.Huber, NJW 02, S. 1005

²⁵ Vgl. §§ 433, 434 KE, 433 I 1, 2 BGB und Art. 35, 45 I CISG, 2 I RL 99/44/EG

²⁶ Art. 7.1.1 PICC, 1:301 (4) PECL

²⁷ Vgl. Art. 45, 25 CISG und die Überschrift über Teil III, Abschnitt III

²⁸ Art. 7.1.1 PICC, 1:301 (4), 8:101 (1) PECL

Nichterfüllungsrecht und Gewährleistung eröffnet. Dieser in allen modernen Regelungen vorhandene Ansatz ist die Bedingung für die Herausbildung eines einheitlichen, jegliche Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten erfassenden Haftungskonzepts, wie es den *Principles* und nunmehr auch dem reformierten deutschen Recht zugrunde liegt. Für ein solches System mit einem umfassenden Grundtatbestand auf der Seite der Haftungsvoraussetzungen spricht dessen, gerade im Vergleich zum komplizierten, ausdifferenzierten System der Leistungsstörungen des BGB a.F. ins Auge fallende strukturelle Klarheit und die damit verbundene Vereinfachung der Rechtsanwendung.

4.2. Der Nacherfüllungsanspruch

4.2.1. Das bisher geltende deutsche Recht

4.2.1.1. Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch beim Stückkauf

Nach bisher geltendem deutschen Recht stand dem Käufer ein Anspruch auf Nachbesserung nicht zu.²⁹ In der Praxis vereinbarten die Vertragsparteien hingegen sehr häufig ein Recht und eine Pflicht zur Nachbesserung.³⁰ Oft war hiermit zugleich der Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsrechte aus § 462 BGB a.F. verbunden. Damit der vertragliche Nachbesserungsanspruch nicht ausgehöhlt werden konnte, hatte nach § 476 a BGB a.F. der Verkäufer die erforderlichen Aufwendungen zu tragen. War die Nachbesserungsklausel in AGB enthalten, musste dem nichtkaufmännischen Käufer gemäß § 11 Nr. 10 b ABGB für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung ausdrücklich vorbehalten werden, wieder Wandlung oder Minderung beanspruchen zu können.

Diese Situation wurde vielfach kritisiert: Nirgendwo sei die Kluft zwischen geschriebenem Recht und der Praxis so groß wie bei der Sachmängelhaftung.³¹ Aber auch die meisten Kritiker verwiesen lediglich auf die Möglichkeit, einen Nachbesserungsanspruch vertraglich zu vereinbaren. Aufgrund der eindeutigen Wertung des Gesetzes musste de lege lata an der Versagung des Nachbesserungsanspruchs festgehalten werden.³²

²⁹ Ganz h.M. Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, S. 35, 39; Herberger, *Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB*, S. 75 ff.; Köhler, *JZ* 84, S. 395; Staudinger-Honsell § 462 Rn. 13; MüKo-Westermann § 462 Rn. 9; Soergel-Huber Rn. 147 vor § 459 und § 462 Rn. 74; Larenz, *Schuldrecht II/1*, § 41 II e; Wendel, *Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung*, S. 167

³⁰ Auf den vereinbarten Nachbesserungsanspruch fanden mangels eigenständiger Regelung die werkvertraglichen Vorschriften aus §§ 633, 634 BGB a.F. analog Anwendung, BGH *NJW* 71, 1793; 76, 234, 235; 90, 901; MüKo-Westermann § 462 Rn. 11; Staudinger-Honsell § 462 Rn. 20

³¹ Staudinger-Honsell vor § 459 Vorbem. 4

³² Staudinger-Honsell § 462 Rn. 13; Soergel-Huber § 462 Rn. 74; Köhler *JZ* 84, S. 397

4.2.1.2. Besonderheiten beim Gattungskauf: Der Nachlieferungsanspruch

Beim Stückkauf schied nach bisherigem Recht ein Anspruch auf Nachlieferung schon deshalb aus, weil man nur die vertraglich individualisierte Sache als erfüllungstauglich ansah. Da beim Gattungskauf die Merkmale des Kaufgegenstands zunächst nur gattungsmäßig bestimmt sind, konnte der Kaufvertrag mit sämtlichen, diesen Gattungsmerkmalen entsprechenden Stücken erfüllt werden. Deshalb hatte der Käufer schon nach bisherigem Recht einen Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware, § 480 I 1 BGB a.F.

4.2.1.2.1. Zur Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften

Weil der Verkäufer beim Gattungskauf Sachen von mittlerer Art und Güte im Sinne des § 243 I BGB schuldet, hat er, wenn er mangelhafte Ware liefert, nicht das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan. Eine Konkretisierung des Schuldverhältnisses auf die gelieferte Sache nach § 243 II BGB findet nicht statt. Der Erfüllungsversuch des Verkäufers scheitert.³³ Eigentlich hätte dann der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Käufers nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts unverändert fortbestehen müssen.³⁴ Dies verhinderte im bisherigen deutschen Recht § 480 I 2 BGB a.F., der den Nachlieferungsanspruch den meisten Regeln des Gewährleistungsrecht unterstellte.³⁵ Insbesondere erlangten die §§ 465, 477 BGB a.F. Geltung, weshalb das Wahlrecht des Käufers mit der Zustimmung des Verkäufers zur Nachlieferung endete und der Nachlieferungsanspruch in der kurzen sechsmonatigen Frist verjährte.³⁶

4.2.1.2.2. § 480 I 1 BGB a.F. und Konkretisierung

Da der Verkäufer durch die Lieferung mangelhafter Ware seine Gattungsschuld nicht erfüllen konnte, fasste die herrschende Meinung des bisherigen Rechts den Nachlieferungsanspruch gemäß § 480 I 1 BGB a.F. als fortbestehenden, jedoch modifizierten Erfüllungsanspruch auf.³⁷ Die Modifizierung sollte sich aus der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts gemäß § 480 I 2 BGB a.F. ergeben, der den Erfüllungsanspruch einer formellen Umgestaltung unterwarf.³⁸ Nach § 480 I 1 BGB konnte der Käufer neben Nachlieferung wahlweise auch Wandlung oder Minderung verlangen. Diese Rechtsbehelfe setzten jedoch voraus, dass sich das Schuldverhältnis zuvor auf eine bestimmte Sache konkretisiert hatte. Denn nur eine bestimmte individualisierte Sache konnte zurückgegeben oder im Preis herabgesetzt werden. Mangelhaft

³³ MüKo-Westermann § 480 Rn. 1

³⁴ Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 515; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 77

³⁵ Den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hatte der Käufer nur, wenn er die Ware als nicht vertragsgerecht zurückwies und auf Erfüllung bestand. Die weiteren Rechte des Käufers ergaben sich dann aus den allgemeinen Regeln, §§ 320, 323 ff. BGB a.F..

³⁶ Geriet der Verkäufer jedoch mit dem Nachlieferungsanspruch in Verzug oder wurde er hierzu unvermögend (§ 279 BGB a.F.), blieb § 326 BGB anwendbar, BGH NJW 99, 2884; Palandt-Putzo § 480 Rn. 6; Staudinger-Honsell § 480 Rn. 8.

³⁷ BGH NJW 67, 33; WM 85, 975, 978; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 III; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 118 f.

³⁸ Esser/ Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 IV 2.; Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 516

im Sinne der §§ 459 ff. BGB a.F. konnte daher nur eine konkrete, den Kaufgegenstand darstellende Sache sein.³⁹ Die Konkretisierung nach § 243 II BGB war aber bei Lieferung einer mangelhaften Sache gerade nicht eingetreten. Die herrschende Meinung schrieb deshalb der gewährleistungsrechtlichen Regelung des Nachlieferungsanspruchs Rückwirkungen auf die Konkretisierung zu. Wenn der Käufer sich endgültig gegen die Nachlieferung entschieden habe, müsse die Konkretisierung trotz des Sachmangels eingetreten sein.⁴⁰ Denn entweder behält der Käufer die Sache dann gegen einen geringeren Kaufpreis (Minderung) oder der Käufer gibt die Sache zurück und erhält den Kaufpreis (Wandlung). In jedem Falle könne der Vertrag nicht mehr mit einer anderen mangelfreien Sache aus der Gattung erfüllt werden.⁴¹ Von den Vertretern der Nichterfüllungstheorie⁴² wurde teilweise auch die Auffassung vertreten, da die Gewährleistung eine Haftung für Nichterfüllung sei, brauche gerade nicht erfüllt worden zu sein, um Wandlung bzw. Minderung zu verlangen. Eben dieses Nebeneinander verdeutliche § 480 I BGB a.F. Des Umwegs der Konkretisierung, der Umwandlung in eine Stückschuld, bedurfte es darum nicht.⁴³

4.2.2. Der Kommissionsentwurf

§ 438 I 1 KE sah bei Mängeln der Kaufsache einen Anspruch auf Nacherfüllung vor. Damit wollte man das geltende Recht wieder an die Rechtswirklichkeit heranführen.⁴⁴ Die Interessenlage sprach nach Ansicht der Schuldrechtskommission für die Verankerung eines Anspruchs auf Nacherfüllung im Kommissionsentwurf, da im Rechtsbewusstsein des Käufers Reparatur und Umtausch im Vordergrund stünden.⁴⁵ Der Anspruch des Käufers war unabhängig vom Verschulden des Verkäufers⁴⁶ und grundsätzlich in zwei Varianten, als Nachbesserung oder als Neulieferung, denkbar. Die Wahl zwischen diesen beiden Möglichkeiten sollte gemäß Art. 438 I 2 KE dem Verkäufer zustehen. Er hatte gemäß § 438 II KE auch die Kosten für die Nacherfüllung zu tragen. Dies entsprach dem bisherigen § 476 a BGB a.F. für den vertraglichen Nachbesserungsanspruch.

Nach § 438 I 2 KE war eine Nachlieferung bei vertretbaren Sachen grundsätzlich zulässig. Anders als im bisherigen deutschen Recht sollte nicht mehr die Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf, sondern die Vertretbarkeit im Sinne des § 91 BGB das

³⁹ Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 513

⁴⁰ BGH NJW 99, 2884; MüKo- Westermann § 480 Rn. 1; Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 516; Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB, S. 108 f.; Jauernig-Vollkommer § 480 Rn. 9; Palandt-Putzo § 480 Rn. 4; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 78

⁴¹ Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 78

⁴² Siehe dazu unter 4.1.

⁴³ Soergel-Huber vor § 459 Rn. 162, 165 und § 480 Rn. 12; ähnlich Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 123 ff.

⁴⁴ Abschlussbericht, S. 211

⁴⁵ Abschlussbericht, S. 210

⁴⁶ Abschlussbericht, S. 212; Haas, NJW 92, S. 2392

maßgebliche Kriterium für die Gewährung des Nachlieferungsanspruchs sein. Eine Ersatzlieferung kam daher auch beim Stückkauf in Betracht.

Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers wurde gemäß § 438 III KE in den Fällen beschränkt, in denen die Nacherfüllung zu einer unangemessenen Belastung des Verkäufers führte. § 438 III KE sollte eine Grenze für die Leistungspflicht des Verkäufers ähnlich der des § 275 KE enthalten. Beide Normen waren jedoch nicht gleichzusetzen.⁴⁷ Vielmehr sollte in § 438 III KE die Grenze für die „Primärerersatzpflicht“⁴⁸ Nacherfüllung deutlich enger⁴⁹ gezogen werden. So konnte der Verkäufer schon dann seine Nacherfüllungspflicht verweigern, wenn diese unverhältnismäßige Aufwendungen von ihm gefordert hätte. Die Schuldrechtskommission bezweckte damit vor allem den Schutz von nichtgewerblichen Verkäufern und Händlern ohne Reparaturwerkstatt.⁵⁰

4.2.3. Das CISG

Art. 46 I CISG gibt dem Käufer grundsätzlich für alle Arten von Pflichtverletzungen einen Anspruch auf Nacherfüllung. Art. 28 CISG macht für die Länder des *Common Law* insoweit eine Ausnahme, als ein dort angerufenes Gericht den Erfüllungsanspruch nur in den Fällen gewähren muss, in denen das eigene materielle Recht *specific performance* gewährt. Für die Fälle der Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware im Sinne des Art. 35 CISG modifizieren und beschränken die Sondervorschriften Art. 46 II und III CISG den Erfüllungsanspruch, indem sie die Ersatzlieferung und Nachbesserung bei Sachmängeln an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen.

4.2.3.1. Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Absatz II CISG

Nicht jede Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 35 CISG wird mit einem Anspruch auf Ersatzlieferung nach Art. 46 II CISG sanktioniert. Der Ersatzlieferungsanspruch setzt vielmehr voraus, dass es sich um eine wesentliche Vertragsverletzung handelt. Nach Art. 25 CISG ist diese gegeben, wenn dem Käufer im Wesentlichen das entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Der Käufer muss in seinen nach dem Vertragsinhalt berechtigten Erwartungen erheblich enttäuscht worden sein. Zu berücksichtigen ist dabei, ob die Vertragsverletzung voraussehbar war, ob sie von erheblichem Gewicht ist und inwieweit sie ein Element der Leistung betrifft, das für den Gläubiger erkennbar von ausschlaggebender Bedeutung war.⁵¹ Eine wesentliche Vertragsverletzung im Rahmen des Art. 35 CISG kommt demnach in

⁴⁷ § 275 KE soll jedoch neben § 438 III KE insoweit anwendbar bleiben, als der Käufer Nacherfüllung auch dann nicht verlangen kann, wenn diese unmöglich ist, vgl. Schlechtriem, ZEuP 93, S. 226 f.

⁴⁸ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 136

⁴⁹ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 136; Abschlussbericht, S. 213; a.A. Schlechtriem, ZEuP 93, S. 227

⁵⁰ Abschlussbericht, S. 213

⁵¹ Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 58; Honnold, Uniform Law, Rn. 183; Reinhart Art. 25 Rn. 5, 6

Betracht, wenn es sich um gravierende Mängel handelt, die weder mit zumutbarem Aufwand in angemessener Zeit zu beheben sind, noch eine anderweitige, wenn auch verlustbringende Verwendung der Ware erlauben.⁵² So soll es dem Käufer in der Regel zuzumuten sein, die mangelbehaftete Ware zu Schleuderpreisen zu verkaufen und seinen Verlust als Schadensersatzanspruch geltend zu machen.⁵³ Dieser Ersatzlieferungsanspruch weicht damit erheblich von denjenigen gemäß § 480 I 1 BGB a.F. und § 438 I KE ab, die eine Begrenzung auf wesentliche Sachmängel nicht kennen. Zusätzlich muss der Käufer nach Art. 46 II CISG sein Verlangen der Ersatzlieferung dem Verkäufer mit oder binnen angemessener Frist nach der Rüge des Art. 39 CISG anzeigen, wobei für die Fristdauer der gleiche Maßstab wie in Art. 39 CISG zu beachten ist.⁵⁴

4.2.3.2. Nachbesserung gemäß Art. Absatz 46 III CISG

Wahlweise zu seinem Anspruch auf Ersatzlieferung kann der Käufer eine Nachbesserung der vertragswidrigen Ware gemäß Art. 46 III CISG verlangen. Der Nachbesserungsanspruch ist anders als der Anspruch aus Art. 46 II CISG unabhängig von der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung. Die Nachbesserung muss jedoch für den Verkäufer⁵⁵ zumutbar sein. Die subjektive Sicht des Verkäufers ist dabei unerheblich, maßgeblich ist ein objektiver Maßstab.⁵⁶ Entscheidendes Kriterium ist dabei, ob die Nachbesserung für den Verkäufer unverhältnismäßig kostspielig ist.⁵⁷ Unzumutbarkeit ist also zu bejahen, wenn der erforderliche Nachbesserungsaufwand die Kosten einer Ersatzbeschaffung übersteigt oder sonst in einem objektiven Missverhältnis zum Vorteil des Verkäufers steht⁵⁸ sowie wenn die Beseitigung des geringfügigen Mangels dem Käufer leichter fällt als dem weit entfernten Verkäufer⁵⁹. Auch das Nachbesserungsverlangen des Käufers ist dem Verkäufer binnen angemessener Frist anzuzeigen.

⁵² Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115, S. 71 und Rn. 186, S.102; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 32, 33; Magnus, ZEuP 95, S. 210 f.; BGH NJW 96, 2364, 2366; OLG Frankfurt NJW 94, 984; Herber/ Czerwenka Art. 25 Rn.7

⁵³ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115, S. 71 und Rn. 186, S.102

⁵⁴ Staudinger-Magnus Art. 46 Rn. 43; hinsichtlich der Anforderungen an die Rüge nach Art. 39 CISG vgl. 3.2.2.3.

⁵⁵ ; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 58

⁵⁶ Honsell-Schnyder/Straub Art. 46 Rn. 94; Enderlein/ Maskow/ Strohbach Art. 46 Anm. 8; Staudinger-Magnus Art. 46 Rn. 60

⁵⁷ ; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 58; Staudinger-Magnus Art. 46 Rn. 61

⁵⁸ Staudinger-Magnus Art. 46 Rn. 61; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 58; Bianca/ Bonell-Will Art. 46 Anm. 2.2.2.2.

⁵⁹ Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 58; Vahle, ZVglRWiss 98 (1999), S. 54 ff., 70; Ziegler, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, S. 146 Herber/ Czerwenka Art. 46 Rn. 10

4.2.4. PECL und PICC

4.2.4.1. Reparatur und Ersatzlieferung

Der in den PECL gewährte Erfüllungsanspruch gemäß Art. 9:102 I PECL erfasst auch den Fall der mangelhaften Leistung. Es geht hierbei nicht mehr um den originären Leistungsanspruch, sondern um den Anspruch des Gläubigers auf Nacherfüllung, der bei kaufrechtlichen Sachverhalten zum einen durch Reparatur und zum anderen durch Ersatzlieferung befriedigt werden kann.⁶⁰ Die PICC enthalten für den Nacherfüllungsanspruch bei mangelhafter Erfüllung mit Art. 7.2.3 eine eigene Norm. Als Unterfälle der Nacherfüllung⁶¹ nennt Art. 7.2.3 PICC ausdrücklich Reparatur und Lieferung eines Ersatzes. Die grundsätzliche Zuerkennung des Erfüllungsanspruchs hat nach Ansicht der Verfasser den Vorteil, dass der Gläubiger durch die Nacherfüllung so weit wie möglich das erhält, was ihm nach dem Verträge gebührt. Auch der Schuldner profitiert von der Nacherfüllung, da er den vollen Preis für seine Leistung behalten darf. Darüber hinaus wird gemäß dem Grundsatz *pacta sunt servanda* die bindende Kraft vertraglicher Verpflichtungen betont.⁶²

4.2.4.2. Beschränkungen des Nacherfüllungsanspruchs

Der Nacherfüllungsanspruch wird aber nach beiden Regelwerken durch Ausnahmen, insbesondere Art. 9:102 (2) lit. a bis d und (3) PECL, Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2. lit. a bis e PICC eingeschränkt.⁶³ Diese Ausnahmetatbestände sind in den PICC und den PECL übereinstimmend geregelt.

4.2.4.2.1. Unmöglichkeit

Art. 9:102 (2) lit. a PECL und Art. 7.2.3 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. a PICC schließen den Nacherfüllungsanspruch bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit aus. Ein Nacherfüllungsverlangen ist hier offensichtlich ohne Sinn.⁶⁴ Andere Rechtsbehelfe, insbesondere eine mögliche Pflicht zum Schadensersatz, bleiben davon unberührt.⁶⁵

⁶⁰ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment C.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁶¹ Die PICC-Terminologie „cure“ hat eine doppelte Bedeutung, da dieser Begriff auch für das Recht des Verkäufers auf Nacherfüllung verwendet wird.

⁶² Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B. und C.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁶³ Es gelten dieselben Ausnahmen wie beim ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment C.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.); Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3.* zu Art. 7.2.3

⁶⁴ Schwenger, EJLR 1998/99, S. 296

⁶⁵ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment E.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.); Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3.a* zu Art. 7.2.2

4.2.4.2.2. Unangemessene Anstrengungen oder Kosten

Der Nacherfüllungsanspruch kann auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn dieser vom Schuldner unangemessene Anstrengungen oder Kosten verlangen würde.⁶⁶ Eine präzise Regel, wann dies der Fall ist, lässt sich hier nicht aufstellen.⁶⁷ Die Kommentierung der PICC nennt etwa das Beispiel, dass kleine unbedeutende Mängel nur mit unverhältnismäßig hohem Kostenaufwand beseitigt werden können.⁶⁸ Bei Gattungskäufen soll deshalb eher eine Beschränkung auf einen Nachlieferungsanspruch anzunehmen sein.⁶⁹ Eine Unangemessenheit in diesem Sinne kann auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer keine Möglichkeiten zur Reparatur hat, weil er keine Werkstatt besitzt.⁷⁰ Hingegen muss sich der Gläubiger mit einer Reparatur der Sache und der Geltendmachung von Schadensersatz zufrieden geben, wenn eine Ersatzlieferung für den Schuldner unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde und der Gläubiger die Sache nach der Reparatur wie geplant benutzen kann.⁷¹ Insgesamt ist dieser Ausnahmeregelung die Grundwertung zu entnehmen, dass dem Gläubiger die Wahl der Rechtsbehelfe nicht allein überlassen werden soll, dass sie vielmehr auf der Basis der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der Interessen der anderen Vertragspartei getroffen werden muss.⁷²

4.2.4.2.3. Zerstörtes Vertrauensverhältnis

Art. 9:102 (2) lit. c PECL bzw. Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. d PICC werden als Beschränkung des kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruch kaum eine Rolle spielen. Dass der Verkauf von Waren eine persönliche Beziehung oder so spezielle Fähigkeiten voraussetzt, dass die Nachlieferung nur durch einen einzigen Verkäufer erfolgen kann, wird jedenfalls außerhalb von unternehmerischen Geschäften, bei denen dauerhafte Geschäftsbeziehungen von Bedeutung sein können, weniger häufig sein.⁷³

4.2.4.2.4. Zumutbares Deckungsgeschäft

Der Gläubiger kann darüber hinaus keine Nacherfüllung beanspruchen, sofern er vernünftigerweise die Leistung aus anderer Quelle erlangen kann, Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. c PICC, Art. 4.102 (2) lit. d PECL. Sinn dieses Kriteriums ist es, unter mehreren geeigneten Rechtsbehelfen den zu wählen, den der Gläubiger am einfachsten erhalten kann. In

⁶⁶ Art. 9:102 (2) lit. b PECL; Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC: "unzumutbar beschwerlich oder kostspielig"

⁶⁷ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment F* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁶⁸ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3* zu Art. 7.2.3

⁶⁹ Drobnič, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 54

⁷⁰ Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 73

⁷¹ Schwenger, *EJLR* 1998/ 99, S. 301

⁷² Schwenger, *EJLR* 1998/ 99, S. 301

⁷³ Die Principles gelten für sämtliche Vertragsarten, vgl. die Beispiele zum Anwendungsbereich dieser Ausnahmvorschrift in Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment G* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.).

der Praxis befriedigten oft der Schadensersatzanspruch und unter Umständen auch die Vertragsaufhebung die Interessen des Gläubigers leichter und schneller, als wenn er die Erfüllung erzwingen müsste.⁷⁴ Ist die Schuldnerpartei jedoch nicht in der Lage, Schadensersatz zu leisten, greift die Vorschrift nicht ein.⁷⁵ Nach dem Willen der Lando-Kommission soll diese Ausnahmegesetz dann in Betracht kommen, wenn der Käufer die Reparatur der defekten Sache anderweitig problemlos durchführen lassen kann⁷⁶ und im Fall des Ersatzlieferungsanspruchs, wenn der Käufer die Waren selbst ohne weiteres auf dem Markt kaufen kann⁷⁷. Dabei kommt der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs allerdings nur dann in Frage, wenn die Tötung eines Deckungsgeschäfts dem Gläubiger nicht nur möglich war, sondern wenn es von ihm nach den Umständen „vernünftigerweise“ erwartet werden konnte. Entscheidend ist hier die Zumutbarkeit für den Gläubiger.⁷⁸

4.2.4.2.5. Entlastung aufgrund eines externen Hinderungsgrundes

Die Befreiung von der Erfüllungspflicht gemäß Art. 7.1.7 (1) und (4) PICC bzw. Art. 8:108 i.V.m. Art. 8:101 (3) PECL in den Fällen, in denen die Nichterfüllung auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht, den dieser weder in Betracht ziehen noch vermeiden konnte, wird in den Fällen der Mangelhaftigkeit weniger bedeutsam sein, weil kaum Hinderungsgründe außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers denkbar sind, die nachträglich Einfluss auf die Beschaffenheit der Ware haben können.⁷⁹ Bemerkenswert ist, dass anders als nach Art. 79 I, V CISG hier der (Nach-)Erfüllungsanspruch und nicht nur der Schadensersatzanspruch wegen Entschuldigung (excuse) ausgeschlossen ist. PECL und PICC verhindern so die nach dem CISG theoretisch bestehende Möglichkeit, trotz eines bestehenden dauerhaften Hindernisses und damit endgültiger Unerfüllbarkeit der Leistung auf Erfüllung verurteilt zu werden.⁸⁰

4.2.4.2.6. Erklärung binnen angemessener Frist

Der Nacherfüllungsanspruch kann gemäß Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. d PICC, Art. 9:102 (3) PECL nur binnen angemessener Frist verlangt werden. Dieses Erfordernis findet sich auch in Art. 46 II, III CISG. Zweck dieser zeitlichen Beschränkung des Erfüllungsanspruchs ist es, den Schuldner vor Härten im Zusammenhang mit einer verspäteten Geltendmachung des

⁷⁴ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 3. zu Art. 7.2.2; Schwenger, EJLR 1998/ 99, S. 297; vgl. auch Schlechtriem, ZEuP 93, S. 225

⁷⁵ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part I, Comment H. zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁷⁶ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part I, Comment C. zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁷⁷ Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 73

⁷⁸ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 3. zu Art. 7.2.2 PICC; Schwenger, EJLR 1998/ 99, 298

⁷⁹ Siehe dazu noch 5.3.2. und 5.4.2.; vgl. auch Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 74

⁸⁰ Schlechtriem, ZEuP 93, S. 225; dazu noch unter 4.2.7.2.1.

Erfüllungsanspruchs zu schützen.⁸¹ Nach Ansicht der Verfasser sind die Interessen des Gläubigers hier nicht allzu weitgehend betroffen, da er ja immer noch einen anderen Rechtsbehelf wählen kann, insbesondere ist der Schadensersatzanspruch hierdurch nicht ausgeschlossen.⁸² Zudem dient es der zügigen Abwicklung von Störungen im Vertragsverhältnis, die auch im Interesse des Käufers liegt.

4.2.5. Die Richtlinie 99/44/EG

Die Richtlinie ist durch eine Hierarchisierung der Rechtsbehelfe gekennzeichnet.⁸³ Gemäß Art. 3 III RL 99/44/EG hat der Käufer bei Vorliegen einer Vertragswidrigkeit vorrangig einen Nacherfüllungsanspruch gegen den Verkäufer, er kann „zunächst“ Nacherfüllung verlangen. Der Verbraucher darf grundsätzlich zwischen unentgeltlicher Nachbesserung der vertragswidrigen Kaufsache⁸⁴ und der ebenfalls unentgeltlichen Ersatzlieferung vertragskonformer Ware wählen.⁸⁵ Die Wahlmöglichkeit steht jedoch unter der Voraussetzung der Möglichkeit und der Verhältnismäßigkeit der geforderten Nacherfüllungsvariante, Art. 3 III 1 a.E. RL 99/44/EG.⁸⁶

Der Zentralbegriff für das Verhältnis der beiden Abhilfemöglichkeiten untereinander ist die Verhältnismäßigkeit, die Art. 3 III 2 RL 99/44/EG näher erläutert.⁸⁷ Sie wird durch eine objektive, nicht auf die Sicht des Verkäufers oder Verbrauchers abstellende Abwägung bestimmt.⁸⁸ Es ist ein Vergleich der beiden Abhilfevarianten vorzunehmen. Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Frage, ob die eine Nacherfüllungsmöglichkeit verglichen mit der anderen unzumutbare Kosten verursachen würde.⁸⁹ Art. 3 III 2 Spiegelstriche 1 bis 3 RL 99/44/EG nennt hierfür mehrere Kriterien, nämlich den Wert des Verbrauchsguts, die Bedeutung der Vertragswidrigkeit und ob die andere Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer durchführbar wäre. Diese Faktoren müssen jedoch nicht immer berücksichtigt werden. Sie betreffen lediglich verschiedene Fallgruppen.⁹⁰ So kann sich der in Spiegelstrich 1 genannte Wert des Verbrauchsguts zugunsten des Verkäufers auswirken,

⁸¹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment J.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁸² Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment J. und K.* zu Art. 4.102 (Art. 9:102 n.F.)

⁸³ Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 851; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 99, S. 1831; Micklitz, EuZW 99, S. 492; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 4; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.23.; Rolland in: FS für Schlechtriem, S. 643

⁸⁴ Die Nachbesserung wird in Art. 1 II lit. f RL 99/44/EG als die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsguts legal definiert.

⁸⁵ Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1416; Schwartze, ZeuP 00, S. 569; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.25.; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 6; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 153

⁸⁶ Vgl. Westermann, JZ 01, S. 537

⁸⁷ Vgl. auch 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

⁸⁸ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395

⁸⁹ Art. 3 III 2 RL 99/44/EG; 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

⁹⁰ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395

wenn dieser bereits ohne Vertragswidrigkeit gering ist, während die vom Verbraucher geforderte Reparatur im Vergleich dazu unverhältnismäßig teuer ist. Die unter Spiegelstrich 2 und 3 aufgeführten Kriterien der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und der Unannehmlichkeiten für den Verbraucher beeinflussen die Abwägung insoweit, als dem Verkäufer bei einer groben Vertragswidrigkeit oder erheblichen Nachteilen des Verbrauchers höhere Kosten zuzumuten sind.⁹¹

4.2.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Gemäß § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 I BGB hat der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache einen verschuldensunabhängigen⁹² Anspruch auf Nacherfüllung. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 433 I 2 BGB, der den Verkäufer zur Leistung mangelhafter Ware verpflichtet. Aus der Pflicht zur Mangelfreiheit folgt also ein Anspruch auf Mangelbeseitigung.⁹³ Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ist nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die vorrangige Rechtsfolge bei mangelhafter Lieferung.⁹⁴ Er ist den Rechtsbehelfen Rücktritt und Minderung vorgeschaltet, da der Käufer dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben haben muss (§§ 281, 323 BGB). Für die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs als solchem ist eine Fristsetzung aber nicht erforderlich. Er besteht kraft Gesetzes allein aufgrund der Mangelhaftigkeit.⁹⁵ Dieses Primat der Nacherfüllung entspricht der Hierarchisierung der Rechtsbehelfe in Art. 3 III RL 99/44/EG. Darüber hinaus hatte bereits die Schuldrechtskommission ein derartiges Rechtsbehelfssystem vorgeschlagen.

Der Anspruch auf Nacherfüllung kann gemäß § 439 I BGB durch Beseitigung des Mangels oder durch die ersatzweise Lieferung einer mangelfreien Sache erfüllt werden. In Abweichung von § 438 I 2 KE steht die Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung nunmehr dem Käufer zu. Dies hatte Art. 3 III 1 RL 99/44/EG für Verbrauchsgüterkäufe zwingend vorgeschrieben. Das Wahlrecht des Käufers soll darüber hinaus auch für Nichtverbraucherkäufe übernommen werden.⁹⁶

§ 439 II BGB bestimmt, dass die Nacherfüllung durch den Verkäufer unentgeltlich zu erfolgen hat. Mit dieser Vorschrift wird Art. 3 IV RL 99/44/EG umgesetzt. Eine entsprechende Regelung

⁹¹ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395; Reich/ Micklitz-Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, § 17 Anm. 17.26.; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 9 bis 11

⁹² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 231; Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 130; P.Huber, NJW 02, S. 1005; Haas, BB 01, S. 1315; AnwK-Büdenbender § 437 Rn. 16; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 437 Rn. 6

⁹³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 209; P.Huber, NJW 02, S. 1005; AnwK- Büdenbender § 437 Rn. 5; Lorenz, JZ 01, S. 743; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 37; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 434 Rn. 9

⁹⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 230; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18; Westermann, NJW 02, S. 248; Schulze/ Schulte-Nölke, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 14; P.Huber, NJW 02, S. 1005; Lorenz, JZ 01, S. 743

⁹⁵ Schubel, in: Einführung in das neue Schuldrecht, S. 132; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 230; Gsell, JZ 01, S. 67; Westermann, NJW 02, S. 248; AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 11

⁹⁶ Siehe zum Wahlrecht noch ausführlich unter 4.2.7.3.

existierte schon in § 476 a, S. 1 BGB a.F. für den vertraglich vereinbarten Nacherfüllungsanspruch und in § 438 II KE.

Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten zu bewerkstelligen ist. Die Vorschrift soll vor allem kleinere und nichtgewerbliche Verkäufer schützen.⁹⁷ Hingegen können sich Händler nicht schon deshalb auf § 439 III BGB berufen, weil sie keine Reparaturwerkstatt besitzen.⁹⁸ Der Verkäufer muss die Mängelbeseitigung nicht persönlich vornehmen. So ist dem Verkäufer die Beauftragung eines Fremdunternehmers oder die Inanspruchnahme des Kundendienstes des Herstellers zuzumuten. Dass er weder Ersatzteillager noch Reparaturwerkstatt unterhält, darf den Verkäufer nicht schon von seiner Pflicht zur Mangelfreiheit nach § 433 I 2 BGB befreien.⁹⁹ Um eine bessere Anpassung an Art. 3 III 2 RL 99/44/EG zu erreichen, wurde der Tatbestand der unverhältnismäßigen Aufwendungen, wie er noch in § 438 III KE und § 437 III DiskE vorgesehen war, durch den der unverhältnismäßigen Kosten ersetzt.¹⁰⁰ Damit wird die Entlastungsmöglichkeit des Verkäufers weiter eingeschränkt. Zwar beinhaltet das Tatbestandsmerkmal der unverhältnismäßigen Aufwendungen ebenfalls eine Kostenprüfung¹⁰¹, jedoch konnten diesem Begriff auch andere Faktoren, wie beispielsweise der benötigte zeitliche Aufwand, unterfallen. Diese Auslegung zu Lasten des Verbrauchers wäre mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren gewesen.¹⁰²

Während nach § 437 III DiskE noch zweifelhaft war, ob der Verkäufer die Nacherfüllung schon dann vollständig verweigern darf, wenn sich nur eine Art der Nacherfüllung als unverhältnismäßig erweist¹⁰³, nimmt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 439 III 3 BGB diesbezüglich eine Klarstellung vor. Danach kann der Käufer weiter auf der Nacherfüllung bestehen, wenn sich nur eine Art der Nacherfüllung als unverhältnismäßig herausstellt. Sein Nacherfüllungsanspruch beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Nacherfüllungsvariante.¹⁰⁴

⁹⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232

⁹⁸ Schubel, in: Einführung in das neue Schuldrecht, S. 131; AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 8; Die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232, hatte im Anschluss an die Formulierung im Abschlussbericht, S. 213, noch Händler ohne Reparaturwerkstatt als regelmäßig vom Schutzzweck des § 439 III BGB erfasst angesehen. Unstreitig war aber schon damals, dass die Mängelbeseitigung auch durch Dritte erfolgen könne. In seiner Stellungnahme in: BT-Drucks. 14/6857, S. 27, hatte der Bundesrat darauf hingewiesen, dass auch Händlern ohne Reparaturwerkstatt eine Mängelbeseitigung zugemutet werden könne, wenn sie diese in der Werkstatt eines Fremdunternehmers vornehmen lassen. Die Kosten dafür müssten nicht höher sein als bei einer Selbstvornahme. Dem hat sich die Bundesregierung angeschlossen, BT-Drucks. 14/6857, S. 61.

⁹⁹ Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 131; Haas, BB 01, S. 1316

¹⁰⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232; vgl. 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

¹⁰¹ Siehe 4.2.7.2.2.

¹⁰² Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 125

¹⁰³ Vgl. Gsell, JZ 01, S. 69

¹⁰⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232; AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 2; P.Huber, NJW 02, S. 1007; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 439 Rn. 11, 14, 16

§ 439 III BGB enthält eine Einrede, auf die sich der Verkäufer gegenüber dem Nacherfüllungsverlangen des Käufers berufen muss.¹⁰⁵ Diese Umsetzung ist mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar. Die Richtlinie normiert zwar Unmöglichkeit und Verhältnismäßigkeit als Voraussetzungen der vom Käufer zu wählenden Art der Nacherfüllung.¹⁰⁶ Im Vergleich dazu werden durch § 439 III 1 BGB aber die Käuferrechte gestärkt. Dem Käufer wird die Möglichkeit gegeben, die gewählte, eigentlich unverhältnismäßig teure Nacherfüllungsvariante durchsetzen zu können, wenn sich der Verkäufer auf seine Einrede nicht beruft. Die Regelung des § 439 III BGB wird aber auch den Verkäuferinteressen gerecht, da diese im Einzelfall in der Erfüllung eines überteuerten Nacherfüllungsverlangens liegen können, wenn der Verkäufer etwa den Käufer als Kunden nicht verlieren möchte oder wenn er die Entziehung der Gewährleistungsrechte der zweiten Stufe verhindern will.¹⁰⁷

Entsprechend Art. 3 III 2 RL 99/44/EG nennt § 439 III 2 BGB verschiedene Kriterien, anhand derer die Unverhältnismäßigkeit zu beurteilen ist. Zu berücksichtigen sind danach der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage, ob die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer durchzuführen wäre. Der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand soll etwa Berücksichtigung finden, wenn bei geringwertigen Sachen des Alltags eine Nachbesserung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.¹⁰⁸ Die Bedeutung des Mangels und die Einbeziehung der anderen Nacherfüllungsform können demgegenüber zum Ausschluss der Nachlieferung bei qualitativ hochwertigen, komplizierten Kaufsachen führen, sofern durch Auswechslung lediglich eines Einzelteils nachgebessert werden könnte.¹⁰⁹ Anders als der Regierungsentwurf nimmt § 439 III 1 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausdrücklich auf die Einreden des § 275 II, III BGB Bezug. Die Nacherfüllung ist auch dann unverhältnismäßig, wenn diese Vorschriften einschlägig sind. Diese Leistungsverweigerungsrechte greifen nur bei einem groben Missverhältnis zwischen Aufwand und Leistungsinteresse und decken daher lediglich die Ausnahmefälle der bisherigen faktischen bzw. praktischen Unmöglichkeit ab.¹¹⁰ Die Einrede des § 439 III 1 BGB beinhaltet aber eine vergleichsweise niedrigere Schwelle für die

¹⁰⁵ AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 6; Boerner, ZIP 01, S. 2269; P.Huber, NJW 02, S. 1007

¹⁰⁶ Westermann, JZ 01, S. 537

¹⁰⁷ Jorden/Lehmann, JZ 01, S. 958

¹⁰⁸ Nach Huber, in: FS für Schlechtriem, S. 541, soll dieses Kriterium unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzinteresses die absolute Obergrenze für die vom Verkäufer aufzuwendenden Reparaturkosten bilden. Sind die Reparaturkosten höher als der Wert, werde das Äquivalenzinteresse dadurch gewahrt, dass der Käufer zurücktreten kann; ähnlich Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 41, die jedoch ein Überschreiten dieser Grenze bei Vertretenmüssen des Verkäufers befürworten.

¹⁰⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 232; siehe dazu auch schon oben 4.2.5. sowie den 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; P.Huber, NJW 02, S. 1007; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 158

¹¹⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 129 f., 232; Boerner, ZIP 01, S. 2269

Verweigerung der Nacherfüllung, so dass für die Anwendung von § 275 II, III BGB kaum ein Bedürfnis bestehen wird.¹¹¹

Der in Art. 3 III 1 RL 99/44/EG genannte Ausnahmetatbestand der Unmöglichkeit wird, wie schon in §§ 438 III KE, 437 III DiskE, § 439 III RE, nicht gesondert aufgeführt, da sich hier der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs bereits aus der allgemeinen Vorschrift des § 275 I BGB ergibt.¹¹²

4.2.7. Vergleich

4.2.7.1. Zur Versagung des Nacherfüllungsanspruchs im bisherigen deutschen Recht

Im bislang geltenden deutschen Recht wurde das Fehlen eines Nachbesserungsanspruchs beim Stückkauf damit begründet, dass Inhalt des Kaufvertrages lediglich die Lieferung eines fertigen Gegenstandes sei. Wenn den Verkäufer keine Herstellungslast treffe, so könne man nicht davon ausgehen, dass er zur Reparatur in der Lage sei.¹¹³ Vor allem kleinere Händler, argumentierte man, seien organisatorisch und finanziell durch eine solche Nachbesserungspflicht überfordert, da diese sie zur Einrichtung von Werkstätten und zur Einstellung von Fachpersonal zwänge.¹¹⁴ Zudem seien Sachmängel typischerweise unbehebbar. Nachbesserungsfähig seien in der Regel Erzeugnisse von Industrie und Handwerk, die aber vorrangig durch Gattungskäufe oder Werklieferungsverträge veräußert würden.¹¹⁵ Diese Argumentation lässt aber unberücksichtigt, dass auch beim Gattungskauf kein Anspruch auf Nachbesserung bestand.¹¹⁶ Zudem stimmt diese Sichtweise mit den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht mehr überein. Bei Schaffung des BGB herrschte noch eine agrarisch-handwerkliche Wirtschaftsstruktur vor, in der der Verkauf landwirtschaftlicher Erzeugnisse und einfach beschaffener Gegenstände, deren Mängel zumeist unbehebbar waren, dominierte. Hochwertigere Kaufsachen für den langfristigen Gebrauch wurden früher häufig handwerklich gefertigt und über den Abschluss von Werkverträgen angeschafft. Kaufrecht kam dann nicht zur Anwendung. Wurden derartige Gegenstände gekauft, hatte ihre Herstellung meist trotzdem in Handarbeit stattgefunden. Aufgrund dessen hatten diese Sachen viele individuelle Merkmale, so dass ein Austausch durch eine Ersatzsache nicht in Betracht kam. Demgegenüber werden heute vor allem komplizierte und in Massenproduktion hergestellte Produkte veräußert. Diese Waren sind überwiegend durch

¹¹¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 511; AnWK-Büdenbender § 438 Rn. 7 Fn. 6; P.Huber, NJW 02, S. 1007; Bitter/ Meidt, ZIP 01, S. 2120; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 439 Rn. 10; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 41

¹¹² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232; Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 219

¹¹³ Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 167; Soergel-Huber Rn. 16 vor § 459

¹¹⁴ Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 167

¹¹⁵ Soergel-Huber Rn. 147 vor § 459

¹¹⁶ Vgl. nur Palandt-Putzo § 480 Rn. 4

gattungstypische und nicht durch individuelle Merkmale gekennzeichnet. Dadurch ist in den meisten Fällen die Lieferung einer Ersatzsache möglich geworden. Auch kommt bei zusammengesetzten Kaufsachen eine Reparatur häufiger in Betracht.¹¹⁷ Der Nacherfüllungsanspruch entspricht daher besser den gegenwärtigen ökonomischen Gegebenheiten und den Realitäten der modernen Massenproduktion. Bestätigt wird diese Sichtweise durch die deutsche Vertragspraxis, in der schon bisher die traditionellen Rechtsbehelfe Wandlung und Minderung zugunsten der beiden moderneren Rechtsbehelfe Nachbesserung und Ersatzlieferung abbedungen wurden.¹¹⁸

Auch das Argument, der normale Händler sei zur Reparatur nicht imstande, da er nicht zugleich Hersteller sei, überzeugt nicht. So sind immer weniger Warenverkäufer Kleinhändler. Viele größere Betriebe haben Kundendienststellen oder Ersatzteillager, die vor allem bei technischen Geräten eine Mängelbeseitigung ermöglichen. Zudem hatte man diejenigen Kaufverträge nicht berücksichtigt, mit denen die Hersteller an den Handel oder die Endverbraucher verkaufen, und außer Acht gelassen, dass der Händler die Nachbesserungsansprüche seines Kunden weiterleiten, also die Reparatur durch den Hersteller oder durch Dritte vornehmen lassen kann. Dann muss der Verkäufer selbst nicht die Fähigkeiten und die Mittel zur Nachbesserung besitzen.¹¹⁹

Die Versagung des Nacherfüllungsrechts im bisherigen deutschen Recht hatte damit vorwiegend historische Gründe.¹²⁰ Die traditionelle römisch-rechtliche Sichtweise konnte angesichts der agrarisch-handwerklichen Wirtschaftsverhältnisse zur Zeit der Schaffung des BGB übernommen werden. Mit der fortschreitenden Industrialisierung und Technisierung sind die Gründe, die zur Ablehnung der Nacherfüllung führten, jedoch in den Hintergrund getreten.¹²¹ Sämtliche neuere Regelwerke, wie CISG, Kommissionsentwurf, Richtlinie und nunmehr das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, sehen einen Nacherfüllungsanspruch vor. Auch Art. 9:102 I PECL und Art. 7.2.3 PICC gewähren dem Käufer einen Nacherfüllungsanspruch bei mangelhafter Leistung. Anders als nach Art. 28 CISG sind die *Principles* sogar zur vollen Vereinheitlichung des Erfüllungsanspruchs gelangt.¹²² Die Gewährung von *specific performance* soll nämlich nicht davon abhängen, welcher Rechtsordnung das erkennende Gericht verpflichtet ist. Die internationalen Vertragsrechtsprinzipien bestätigen damit das Konzept der modernen Gewährleistungsregelungen, nach dem der Käufer die nachträgliche Herstellung der Vertragsmäßigkeit der Waren beanspruchen können muss.

¹¹⁷ Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 20 f.; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 957 f.

¹¹⁸ Staudinger-Honsell Vorbem. 4 vor §§ 459 ff.; Abschlussbericht, S. 25

¹¹⁹ Dies räumt auch Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 167 ein

¹²⁰ Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 22; Abschlussbericht, S. 25; siehe oben unter 1.1.

¹²¹ Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 89

¹²² Drobnič, FS für Steindorff, S. 1152

4.2.7.2. Die Ausnahmetatbestände

Sämtliche Regelwerke, die einen Nacherfüllungsanspruch vorsehen, beschränken diesen durch Ausnahmetatbestände.¹²³ Die Beschränkungen sollen das Risiko eines Missbrauchs durch den Käufer verringern und dadurch den Verkäufer schützen. Gerade für nicht gewerbliche Verkäufer kann sich die allgemeine Pflicht zur Nacherfüllung sehr gravierend auswirken, da sie zur Mängelbeseitigung häufig nicht in der Lage sein werden.¹²⁴ Die zu erwartenden Härten sollen mit den Ausnahmetatbeständen aufgefangen werden.

4.2.7.2.1. Unmöglichkeit

Nach Art. 3 III 1 RL 99/44/EG schließt die Unmöglichkeit der Nacherfüllung den hierauf gerichteten Anspruch des Käufers aus.¹²⁵ Gleiches gilt für den Kommissionsentwurf und für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, bei denen eine Vorschrift aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, § 275 KE bzw. § 275 I BGB, den Schuldner im Falle der Unmöglichkeit¹²⁶ von seiner Nacherfüllungspflicht befreit. Auch Art. 9:102 (2) lit. a PECL und Art. 7.2.3 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. a PICC schließen den Nacherfüllungsanspruch bei Unmöglichkeit aus. Das CISG hat für Art. 46 keinen entsprechenden Ausschlussgrund formuliert. Jedoch besteht auch für das CISG Einigkeit, dass der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung, obwohl dies im Wortlaut des Übereinkommens nicht ausdrücklich angeordnet ist, bei Unmöglichkeit entfällt.¹²⁷ Allerdings befreien außerhalb des Verantwortungsbereichs des Schuldners liegende Umstände, die zu einer dauerhaften Unmöglichkeit der Leistungserbringung führen, den Verkäufer gemäß Art. 79 I, V CISG nur von seiner Verpflichtung zum Schadensersatz, nicht aber von seiner Pflicht zur Nacherfüllung. Eine Verurteilung des Verkäufers zu einer unmöglichen Leistung bliebe demnach im CISG theoretisch möglich.¹²⁸ Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung ist aber auch in diesen Fällen offensichtlich ohne Sinn.¹²⁹ Auch wenn der Verkäufer zur Nacherfüllung verurteilt werden würde, könnte der Käufer seinen Anspruch nicht durchsetzen. Ihm bliebe letztlich doch nur die Geltendmachung der anderen Rechtsbehelfe. Daher ist vorgeschlagen worden, diesem unbefriedigenden Ergebnis in der Praxis über Art. 28 CISG, nach dem die nationalen Gerichte den Erfüllungsanspruch nur zuzusprechen brauchen, wenn sie dies nach

¹²³ Vgl. §§ 438 III KE, 439 III BGB und § 275 KE/BGB, Art. 3 III RL 99/44/EG; 46 II, III CISG sowie Art. 9:102 (2) lit. a bis d, (3) PECL, Art. 7.2.3 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. a bis d PICC

¹²⁴ vgl. Abschlussbericht, S. 213; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232

¹²⁵ Der Nacherfüllungsanspruch ist aber nur dann vollständig ausgeschlossen, wenn beide Nacherfüllungsvarianten unmöglich sind, sonst verbleibt dem Käufer noch der Anspruch auf die andere Nacherfüllungsart.

¹²⁶ Trotz der gegenüber § 275 BGB abweichenden Formulierung in § 275 KE sollten auch bei diesem gerade die Fälle der Unmöglichkeit einen Hauptanwendungsbereich darstellen, vgl. Schlechtriem, ZEuP 93, S. 224.

¹²⁷ Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 15, 21

¹²⁸ Schlechtriem, ZEuP 93, S. 225; siehe 4.2.4.2.5.

¹²⁹ Schwenger, EJLR 1998/99, S. 296; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 21; Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 180

eigenem nationalen Recht ebenfalls tun würden, auszuweichen. Die Anwendung von Art. 28 CISG hätte nach bisherigem deutschen Recht, das einen allgemeinen gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch nicht vorsah, erhebliche Probleme bereitet. Die deutschen Gerichte hätten sich darauf berufen können, dass sie einen Nachbesserungsanspruch nach nationalem Recht in keinem Falle und nicht nur bei Unmöglichkeit zusprechen müssten. Dies hätte die Aushebelung des gesamten Rechtsbehelfssystems des CISG zur Folge gehabt. Nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, welches in § 439 I BGB einen umfassenden Nacherfüllungsanspruch gewährt, ist dies zwar nicht mehr zu befürchten. Zu bedenken ist aber, dass Art. 28 CISG nach seinem Sinn und Zweck nicht dazu geschaffen wurde, als tatbestandliche Einschränkung des Nacherfüllungsanspruchs zu dienen.¹³⁰ Art. 28 CISG sollte vielmehr den Ländern aus dem Rechtskreis des *Common Law* die Zustimmung zu dem Übereinkommen erleichtern, indem diese nicht gezwungen sein sollten, einen der eigenen Rechtsordnung unbekanntem Nacherfüllungsanspruch zu gewähren.¹³¹ Die Anwendung von Art. 28 CISG in diesen Fällen ist deshalb abzulehnen. Vielmehr ist Art. 79 V CISG für Sachverhalte, in denen die Erfüllung für den Verkäufer durch von ihm nicht zu vertretende Umstände unmöglich wird, in der Weise berichtend auszulegen, dass nicht nur der Schadensersatzanspruch, sondern auch der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist.¹³² Diesen Grundsatz haben Art. 7.1.7 (1) und (4) PICC bzw. Art. 8:108 i.V.m. Art. 8:101 (3) PECL ausdrücklich normiert. Sie schließen damit die in der Vorbildregelung des CISG existierende Regelungslücke.

4.2.7.2.2. Unverhältnismäßigkeit

§ 438 III KE versagt den Nacherfüllungsanspruch bei unverhältnismäßigen Aufwendungen für den Verkäufer. Art. 46 III CISG stellt auf das Kriterium der Zumutbarkeit für den Verkäufer ab, welche insbesondere dann überschritten sein soll, wenn der erforderliche Nachbesserungsaufwand die Kosten einer Ersatzbeschaffung übersteigt oder sonst in einem Missverhältnis zum Vorteil des Verkäufers steht.¹³³ Art. 3 III RL 99/44/EG versagt die Abhilfe, sofern sie unverhältnismäßig ist. Dies ist gemäß Art. 3 III 2 RL 99/44/EG dann der Fall, wenn die Kosten für die Nacherfüllung für den Verkäufer unzumutbar sind. § 439 III BGB stellt schon seinem Wortlaut nach auf das Kriterium der unverhältnismäßigen Kostenbelastung für den Verkäufer ab. Auch die *Principles* enthalten eine ähnliche Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs. So ist nach Art. 9:102 (2) lit. b PECL und Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC maßgeblich, ob die Nacherfüllung unzumutbare Kosten und Anstrengungen

¹³⁰ Schlechtriem-Huber Art. 28 Rn. 30

¹³¹ Siehe oben unter 4.2.3.; Schlechtriem-Huber Art. 28 Rn. 5, 25

¹³² Schlechtriem-Huber Art. 28 Rn. 31 und Art. 46 Rn. 11; beim Nacherfüllungsanspruch kommt die Anwendung von Art. 79 V CISG jedoch nur selten in Betracht, siehe 5.3.2. und 5.4.2

¹³³ Siehe oben 4.2.3.2.

vom Verkäufer fordern würde bzw. ob sie für ihn unzumutbar beschwerlich oder kostspielig wäre.

Gemein ist allen Regelungen, dass sie besonderes Gewicht auf die für den Verkäufer anfallenden Kosten der Nacherfüllung legen. Dieser Ausnahmetatbestand beinhaltet in erster Linie eine Wirtschaftlichkeitsprüfung. Der Verkäufer darf die Nacherfüllung ablehnen, wenn ihre Kosten sowohl im Vergleich zum eigentlichen Wert der Kaufsache als auch zur anderen Nacherfüllungsvariante unverhältnismäßig hoch sind.¹³⁴ Sonst kann der Verkäufer nur die übermäßig teure Nacherfüllungsvariante verweigern. Bezweckt wird damit ein Ausgleich zwischen dem Kosteninteresse des Verkäufers und dem Interesse des Käufers, die Mängel an der Kaufsache behoben zu bekommen. Das Kriterium der Verhältnismäßigkeit wirkt sich dabei zugunsten des Verkäufers aus. Dieser soll durch die Lieferung mangelhafter Waren nicht ruinösen Nacherfüllungsverlangen ausgesetzt werden und damit seine wirtschaftliche Existenz gefährden müssen.

Ein Unterschied in der Auslegung der verschiedenen Ausnahmetatbestände besteht darin, dass nach § 439 III BGB und Art. 3 III RL 99/44/EG die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung allein anhand einer Kostenprüfung festgestellt werden kann. Alle anderen Regelungen haben ihre Ausnahmetatbestände offener formuliert. So nennt der Kommissionsentwurf unverhältnismäßige Aufwendungen, das CISG die Zumutbarkeit für den Verkäufer und auch die *Principles* erwähnen über die Kosten hinausgehende unzumutbare Anstrengungen. Die engere Formulierung in der Richtlinie ist durch ihren verbraucherschützenden Charakter bedingt. Da der Ausnahmetatbestand der Unverhältnismäßigkeit dem Schutz des Verkäufers dient, wurde er zugunsten der kaufenden Verbraucher möglichst begrenzt. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat in § 439 III BGB diese zwingende Vorgabe richtlinien-treu umgesetzt. Neben den Kosten können aber auch andere Gründe, wie etwa ein übermäßiger zeitlicher Aufwand, zu einer unzumutbaren Belastung des Verkäufers führen. Kommissionsentwurf, CISG und *Principles* enthalten hier verkäuferfreundlichere Regelungen. Zum Schutz des Verkäufers ist auch für § 439 III BGB eine entsprechend weite Auslegung vorgeschlagen worden.¹³⁵ Allerdings werden gewerbliche Verkäufer einen unverhältnismäßigen Aufwand an Arbeitszeit zumeist auch als unzumutbare Kostenbelastung geltend machen können, da sich die benötigten Arbeitsstunden als Lohnzahlungen oder auch im Sinne eines Verdienstausfalls bei eigenhändiger Nacherfüllung beziffern lassen. Der unterschiedliche Wortlaut der Regelungen wird sich daher nicht sehr schwerwiegend für den Verkäufer auswirken.

Der Vergleich ergibt zudem, dass sämtliche Ausnahmetatbestände auf unbestimmte Rechtsbegriffe, nämlich die „Unverhältnismäßigkeit“ bzw. „Unzumutbarkeit“, abstellen. Im

¹³⁴ Im CISG gilt dies nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass es sich um eine wesentliche Vertragsverletzung handelt, sonst käme eine Ersatzlieferung von vornherein nicht in Betracht.

¹³⁵ P.Huber, NJW 02, S. 1005

Hinblick darauf wurde in der deutschen Literatur kritisiert, die Ausnahmetatbestände seien so weit und unbestimmt, dass ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Nacherfüllung nicht erkennbar sei.¹³⁶ Für die Existenz eines klaren Regel-Ausnahme-Verhältnisses spricht aber die heute überwiegende Vertragspraxis, nach der schon bisher in dem meisten Fällen ein Recht auf Nacherfüllung vereinbart wurde. Die Unbestimmtheit ist außerdem notwendig, um eine flexible Grenze für die Belastungen des Verkäufers ziehen zu können. Ob die Nacherfüllung für den Verkäufer unverhältnismäßige Kosten verursacht, lässt sich nur durch eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls feststellen.¹³⁷ Die mit der Einführung unbestimmter Rechtsbegriffe zunächst verbundene Rechtsunsicherheit¹³⁸ wird von der Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen überwunden werden.¹³⁹ Für eine sichere Handhabbarkeit sprechen insoweit die bereits in der Literatur ausgearbeiteten Konkretisierungsvorschläge bezüglich der Unverhältnismäßigkeit.¹⁴⁰

4.2.7.2.3. Wesentlichkeit

Nach Art. 46 II CISG soll der Käufer die Ersatzlieferung nur bei Wesentlichkeit der Vertragsverletzung verlangen dürfen. Diese Vorschrift findet in den anderen Regelwerken keine Entsprechung. Im CISG wird die strenge Begrenzung der Ersatzlieferung mit den Besonderheiten des internationalen Warenverkehrs begründet. Der Verkäufer soll durch das Erfordernis der Wesentlichkeit vor den besonderen Kosten und Transportrisiken, die die Rücknahme im grenzüberschreitenden Warenverkehr verursacht, zumindest im Falle weniger gravierender Mängel geschützt werden.¹⁴¹ Richtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mussten diesen Aspekt aufgrund ihres auf nationales Recht begrenzten Anwendungsbereiches nicht berücksichtigen.

Die Beschränkung des Ersatzlieferungsanspruchs auf wesentliche Vertragsverletzungen gemäß Art. 46 II CISG ist aber auch von den *Principles*, die sich im Übrigen häufig an der Lösung des CISG orientiert haben, nicht übernommen worden.¹⁴² Die PECL sollen vor allem auf europäische und damit auf Geschäfte im Binnenmarkt Anwendung finden. Sie betreffen also vorwiegend ein räumlich begrenztes Territorium mit guten Transportwegen und -mitteln, in dem sich die Kosten des grenzüberschreitenden Verkehrs nicht gravierend von den Aufwendungen für die Übermittlung von Waren innerhalb eines Landes unterscheiden werden. Ein Verzicht auf das den Verkäufer schützende Wesentlichkeitskriterium kam hier eher in Betracht, als bei den auf jegliche Handelsverträge weltweit anwendbaren PICC. Trotzdem

¹³⁶ Ehmann/Rust, JZ 99, S. 858; Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 99

¹³⁷ P.Huber, NJW 02, S. 1008

¹³⁸ Vgl. Boerner, ZIP 01, S. 2269; Honsell, JZ 01, S. 281; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 124

¹³⁹ Boerner, ZIP 01, S. 2269

¹⁴⁰ Siehe das „Zwei-Stufen-Modell“ zur Konkretisierung des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit von Bitter/ Meidt, ZIP 01, S. 2120 f.; vgl. auch P.Huber, NJW 02, S. 1008

¹⁴¹ Huber, Die Haftung des Verkäufers, S.14; Herber/Czerwenka Art. 46 Rn. 6

¹⁴² Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 73

enthalten auch die PICC keine Beschränkung der Ersatzlieferung auf wesentliche Fälle. Vielmehr sollen für das Ersatzlieferungsbegehren die allgemeinen Ausnahmetatbestände gelten. Dies ist zu befürworten. Das Wesentlichkeitserfordernis im CISG schränkt den Ersatzlieferungsanspruch zu sehr ein. Es wirkt sich für den Käufer ungünstig aus, da ihm in vielen Fällen, in denen eine Reparatur nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, die Möglichkeit genommen wird, eine vertragsgemäße Sache vom Verkäufer zu bekommen. Der durch das CISG bezweckte, der Situation im internationalen Warenhandel geschuldete Schutz vor Transport- und Kostenrisiken bei einer Rücknahme der zunächst gelieferten Kaufsache lässt sich auch unter Rückgriff auf die allgemeinen Ausnahmetatbestände gewährleisten. Speziell das in Art. 9:102 (2) lit. b PECL und Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC geregelte Kriterium der unangemessenen Anstrengungen und Kosten vermag auch die Risiken des Warenverkehrs über größere Distanzen abzudecken. In Übereinstimmung mit Art. 46 III CISG, 3 III 2 RL 99/44/EG, § 438 III KE und § 439 III BGB finden bei diesem Kriterium die für den Verkäufer entstandenen Kosten besondere Berücksichtigung. Darüber hinaus sind auch sonstige dem Verkäufer unzumutbare Anstrengungen berücksichtigungsfähig. Sind die Kosten für eine Ersatzlieferung bei grenzüberschreitenden Geschäften aufgrund des besonderen Transport- und Verpackungsaufwands unverhältnismäßig hoch, darf der Verkäufer diese Nacherfüllungsvariante schon aufgrund des Merkmals der unangemessenen Kosten und Anstrengungen nach Art. 9:102 (2) lit. b PECL und Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC ablehnen. Vor den besonderen Transport- und Kostenrisiken des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs ist der Verkäufer also auch nach den international anwendbaren PICC ausreichend über den allgemeinen Ausnahmetatbestand in Art. 9:102 (2) lit. b PECL, Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC geschützt.

4.2.7.2.4. Zumutbares Deckungsgeschäft

Für Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. c PICC, Art. 9:102 (2) lit. d PECL findet sich in den Gewährleistungsregelungen keine entsprechende Norm. Nach diesen Vorschriften kann Erfüllung nicht verlangt werden, wenn der Gläubiger ein zumutbares Deckungsgeschäft abschließen kann. Solche Fälle sind aber bei Vertragswidrigkeiten nicht selten. Trotzdem enthält auch das CISG keine solche Regelung. Zwar erfasst das Kriterium der Zumutbarkeit in Art. 46 III CISG einen Teilaspekt dieses Gedankens, indem er den Käufer auf die selbstveranlasste Nachbesserung verweist, wenn diese ihm leichter fällt als dem weit entfernten Verkäufer.¹⁴³ Und auch in der Voraussetzung der Wesentlichkeit für die Ersatzlieferung nach Art. 46 II CISG spiegelt sich dieser Grundsatz teilweise wieder, da bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten der Käufer auch hier auf eine Selbstvornahme beschränkt wird, wenn er

¹⁴³ Siehe oben 4.2.3.2.

sich nicht mit dem Mangel abfinden möchte.¹⁴⁴ Darüber hinaus ist die Verweisung des Käufers auf den Abschluss eines zumutbaren Deckungsgeschäfts jedoch abzulehnen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass das vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Geltendmachung von Erfüllungsanspruch und Vertragsaufhebung außer Kraft gesetzt wird. In den meisten Fällen wird es dem Käufer nämlich ohne weiteres möglich sein, selbst eine Reparatur zu veranlassen oder sich ein neues Exemplar anderweitig zu verschaffen. Dies liegt aber regelmäßig nicht im Interesse des Verkäufers, zu dessen Schutz die Ausnahmetatbestände eigentlich geschaffen wurden. Der Verkäufer verliert dann den Kunden, er muss Schadensersatz zahlen und sein Gewinn geht auch verloren. Wenn der Käufer sich anderweitig eine mangelfreie Sache beschafft, muss der Verkäufer die Sache zurücknehmen und erhält den Kaufpreis nicht. Dies kommt einer Vertragsaufhebung gleich. Allein die Nacherfüllung des Vertrages belässt dem Verkäufer den erhofften Nutzen aus dem Vertrag. Das Kriterium des zumutbaren Deckungsgeschäfts bedeutet letztlich nichts anderes, als dass der Käufer eine vereinfachte Möglichkeit zur Vertragsaufhebung erhält, ohne sich an das Prinzip des Vorrangs der Vertragserfüllung und an das in den PECL und PICC statuierte Wesentlichkeitserfordernis¹⁴⁵ halten zu müssen. Das CISG, das in Art. 49 ebenfalls die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung für eine Vertragsaufhebung voraussetzt, begegnet dieser Gefahr in Art. 75 CISG. Diese Vorschrift betrifft den Umfang eines Schadensersatzanspruchs, wenn ein Deckungsgeschäft getätigt wurde. Art. 75 CISG lässt ein solches Deckungsgeschäft aber nur zu, sofern der Käufer zuvor berechtigterweise die Vertragsaufhebung erklärt hat. Eine Umgehung des Wesentlichkeitserfordernisses ist deshalb nicht möglich. Die *Principles* enthalten keine derartige Beschränkung der Zulässigkeit von Deckungsgeschäften. Die Regelung der Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. c PICC, Art. 9:102 (2) lit. d PECL, welche die Tätigkeit eines Deckungsgeschäfts unabhängig von der Beachtung der Voraussetzungen der Vertragsaufhebung zulassen, sind deshalb abzulehnen.

4.2.7.3. Das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung

Wer zwischen den Nacherfüllungsvarianten, Nachbesserung und Ersatzlieferung, wählen kann, ist in den untersuchten Regelwerken unterschiedlich geregelt. So sollte das Wahlrecht nach dem Kommissionsentwurf dem Verkäufer zustehen, § 438 I 2 KE. Nach Ansicht der Schuldrechtskommission sollte der Verkäufer trotz des dem Käufer zustehenden Rechts auf eine mangelfreie Sache selbst entscheiden können, wie er die Beseitigung der Mängel realisiere.¹⁴⁶ Dafür spreche die größere Sachnähe des Verkäufers.¹⁴⁷ Zudem würde sonst das Risiko, dass die Nacherfüllung durch die frühzeitige Festlegung auf eine Nacherfüllungsvariante scheitere, dem

¹⁴⁴ Siehe oben 4.2.3.1.

¹⁴⁵ Zur Bewertung des Wesentlichkeitskriteriums noch unten bei 4.5.2.

¹⁴⁶ Abschlussbericht, S. 212; Huber, Gutachten I, S. 876

¹⁴⁷ Haas, NJW 92, S. 2392

Käufer aufgebürdet.¹⁴⁸ Anders als im Kommissionsentwurf wird nach Art. 3 III RL 99/44/EG das Wahlrecht dem Käufer eingeräumt. Dies hat man damit begründet, dass die Partei, die eine Vertragsverletzung, nämlich in Form der Lieferung eines nicht vertragsgemäßen Gegenstands, begangen hat, nicht auch noch dadurch belohnt werden soll, dass sie zwischen den gesetzlichen Rechten der anderen Partei wählen kann.¹⁴⁹ Diese Sichtweise ist zu einseitig. Eine ausgewogene Regelung muss die Interessen beider Vertragsparteien berücksichtigen. Sie soll eine ungerechtfertigte Bevorzugung einer Partei verhindern und einen gerechten Ausgleich der gegenläufigen Interessen bieten. Der Käufer hat aber gerade kein berechtigtes Interesse an der Ausübung dieses Wahlrechts gegen den Willen des Verkäufers. Das Käuferwahlrecht der Richtlinie ist daher in der deutschen Literatur zu Recht nahezu einhellig kritisiert worden. Die Entscheidung, wie der Anspruch auf Nacherfüllung zu befriedigen ist, hätte dem Verkäufer überlassen bleiben sollen.¹⁵⁰ Für den Käufer kann nur entscheidend sein, dass er eine mangelfreie Sache erhält. Der Verkäufer hingegen trägt das Risiko des Fehlschlagens der Nacherfüllung. Zudem kann es für ihn erhebliche finanzielle Folgen haben, ob er eine gebrauchte, mangelhafte Sache zurücknimmt oder eine Reparatur durchführt. Letztlich kann nur der Verkäufer beurteilen, welche Art der Nacherfüllung ihm leichter fällt.

§ 439 I BGB gesteht das Wahlrecht entsprechend der zwingenden Vorgabe der Richtlinie dem Käufer zu und erstreckt es über den Verbraucherkauf hinaus auf alle anderen Kaufverträge. In der Regierungsbegründung wird diese Entscheidung damit gerechtfertigt, dass dem Wahlrecht kein typischer verbraucherschützender Charakter zukomme und schließlich der Verkäufer durch die Lieferung einer mangelhaften Sache seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt habe.¹⁵¹ Diese Begründung überzeugt nicht. Wie bereits dargelegt, hat der Verkäufer ein berechtigtes Interesse daran, selbst zu entscheiden, wie er den Mangel an der Kaufsache beheben will, da die Nacherfüllung in seiner Verantwortung liegt und er aufgrund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse die sachnähere Entscheidung zu treffen vermag.¹⁵² Die Erstreckung des Käuferwahlrechts auf alle Kaufverträge ist jedoch im Hinblick auf sonst zu befürchtende Probleme beim Regress des Letztverkäufers gerechtfertigt. Wenn dem Verbrauchsgüterverkäufer das Wahlrecht gegenüber seinem Vorlieferanten versagt wird, sind Situationen denkbar, in denen er zur Nachlieferung verpflichtet ist, ohne einen entsprechenden Anspruch gegenüber seinem Vorlieferanten zu haben, oder die Kaufsache nachbessern muss, obwohl er dies von seinem Vorlieferanten nicht

¹⁴⁸ Abschlussbericht, S. 212

¹⁴⁹ Staudenmayer, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 38; so auch Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 321; KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 439 Rn. 3

¹⁵⁰ So auch Medicus, ZIP 96, S. 1927; Junker, DZW 97, S. 279; Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 281; ders. ZRP 97, S. 292; Schlechtriem, JZ 97, S. 445; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 858; Schwartze, ZEuP 00, S. 568; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1416; Honsell, JZ 01, S. 281; Boerner, ZIP 01, S. 2268

¹⁵¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 231

¹⁵² Die Ausweitung des Käuferwahlrechts auf alle Kaufverträge ist von Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 199; Westermann, JZ 01, S. 536; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Honsell, JZ 01, S. 281 kritisiert worden.

fordern kann.¹⁵³ Die Ausdehnung des Wahlrechts ist deshalb im Interesse einer einheitlichen kaufrechtlichen Regelung gerechtfertigt.¹⁵⁴ Zudem können die mit dem Wahlrecht für den Verkäufer einhergehenden Belastungen durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Nacherfüllungsart erheblich verringert werden.¹⁵⁵ Aufgrund ihrer Auslegung im Sinne einer Wirtschaftlichkeitsprüfung ist Schmidt-Räntsch sogar zu der Einschätzung gekommen, dass dem Käufer nur ein scheinbar freies Wahlrecht zustehe. Grundsätzlich habe der Käufer nur den Nachbesserungsanspruch, während Ersatzlieferung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen soll.¹⁵⁶ Während bei höherwertigen Gütern tatsächlich die Nachbesserung die ökonomischere, weniger kostenträchtige Alternative ist, kann dies bei nicht so hochwertigen Massenartikeln gerade nicht angenommen werden. Hier wird im Gegenteil die Ersatzlieferung im Regelfall die für den Verkäufer kostengünstigere Abhilfevariante darstellen.¹⁵⁷ Aus diesem Grunde ist ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Nachbesserung nicht von vornherein erkennbar. Vielmehr muss die Abwägung in jedem Einzelfall gesondert vorgenommen werden, um interessengerechte Ergebnisse erzielen zu können.

Die von Schmidt-Räntsch vertretene Ansicht ähnelt der rechtlichen Situation im CISG. Wegen der Begrenzung der Ersatzlieferung auf wesentliche Fälle nach Art. 46 II CISG kann der Käufer hier tatsächlich nur ein beschränktes Wahlrecht ausüben.¹⁵⁸ Eine weitere Beschränkung erfährt dieses grundsätzlich dem Käufer zustehende Wahlrecht durch das in Art. 48 CISG normierte Recht des Verkäufers auf Nacherfüllung. Denn solange der Verkäufer die Vertragswidrigkeit sogleich und für den Käufer belästigungsfrei behebt, bleibt es ihm überlassen, in welcher Weise das geschieht.¹⁵⁹ In diesem Fall könnte der Käufer bei abweichender Ausübung seines Wahlrechts ohnehin nur missbräuchlich handeln.¹⁶⁰ Innerhalb seiner Befugnisse aus Art. 48 CISG hat der Verkäufer also die Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung.

Insgesamt hätte man den Verkäufer auch im deutschen Recht grundsätzlich selbst entscheiden lassen müssen, in welcher Weise er die Vertragswidrigkeit behebt, wenn diese in einem

¹⁵³ Westermann, JZ 01, S. 536; ders., in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 124; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 958; Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 199, hat deshalb vorgeschlagen, ein Käuferwahlrecht nur beim Verbrauchsgüterkauf und darüber hinaus bei einem nach einem solchen Verbrauchsgüterkauf in der Lieferkette aufwärts stattfindenden Regress zuzuerkennen.

¹⁵⁴ Haas, BB 01, S. 1315; AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 1 Fn. 2; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 958

¹⁵⁵ Art. 3 III 1 a.E. RL 99/44/EG; Hänlein, DB 99, S. 1643; Gass, in: FS für Rolland, S. 131; Staudenmayer, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 38; Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 240; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1416; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 958; P.Huber, NJW 02, S. 1005

¹⁵⁶ ZIP 98, S. 851

¹⁵⁷ AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 8; P.Huber, NJW 02, S. 1007; vgl. auch Schmidt-Räntsch, ZEuP 99, S. 295; AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 10; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 37; Zerres, VuR 02; S. 8

¹⁵⁸ Siehe 4.5.2. zur Kritik am Wesentlichkeitserfordernis

¹⁵⁹ Siehe unten 4.2.8.3.2.1.; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 71; Herber/ Czerwenka Art. 48 Rn. 2; Schlechtriem-Huber, Art. 46 Rn. 56 und Art. 48 Rn. 9

¹⁶⁰ Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 305

angemessenen Zeitraum und ohne Unannehmlichkeiten für den Käufer durchführbar ist. Da die Vorgabe der Richtlinie aber für das deutsche Recht zwingend ist, bleibt dem Verkäufer zu seinem Schutz nur die Möglichkeit, auf die Wahl des Käufers mit dem Unverhältnismäßigkeitseinwand gemäß § 439 III BGB zu reagieren.

4.2.7.4. Ersatzlieferung auch beim Stückkauf

Im deutschen Recht hielt man die Erfüllung der Leistungspflicht durch Ersatzlieferung beim Stückkauf nicht für möglich, da Gegenstand des Kaufvertrages gerade nur die bestimmte, individualisierte Sache war. Lediglich beim Gattungskauf hatte der Käufer gemäß § 480 I BGB a.F. einen Anspruch auf Nachlieferung vertragsgemäßer Ware. Anders als das bisherige deutsche Recht, das den Stückkauf in den Mittelpunkt seiner gewährleistungsrechtlichen Regelung stellt, geht das CISG vom Gattungskauf als Normalfall aus. Fälle des Stückkaufs kommen in seinem Anwendungsbereich selten vor. Eine Differenzierung zwischen beiden Kaufarten wird nicht ausdrücklich getroffen. Deshalb verwundert es, dass die herrschende Meinung im deutschen Schrifttum den Ersatzlieferungsanspruch nach Art. 46 II CISG als prinzipiell auf Gattungsschulden begrenzt ansieht.¹⁶¹ Nur ausnahmsweise, wenn ein aliud geliefert wurde, soll die Ersatzlieferung auch bei einer Stückschuld möglich sein.¹⁶² Diese Auffassung wird auch für die Richtlinie, die ebenfalls nicht zwischen Stück- und Gattungskäufen differenziert, vertreten. Auch dort wird eine Nachlieferung bei Stückkäufen für unmöglich im Sinne des Art. 3 III 1 CISG gehalten.¹⁶³ Ausdrücklich nennt die Richtlinienbegründung aber nur Gebrauchsgüter als Fall, bei dem der Unmöglichkeitseinwand greift.¹⁶⁴ Nach dem Kommissionsentwurf sollte die Differenzierung zwischen Stück- und Gattungskäufen zugunsten des Begriffspaares vertretbar/nicht vertretbar aufgegeben werden. Sofern es sich um eine vertretbare Sache handelte, war daher eine Ersatzlieferung auch bei als Stückkauf einzuordnenden Verträgen zulässig, § 438 I 2 KE. Nur bei unvertretbaren Gegenständen sollte eine Nachlieferung weiter ausgeschlossen sein. Diese Lösung überzeugt. Die Vorstellung, ein Stückkauf könne nur mit einer einzigen Sache erfüllt werden, stimmt nicht mehr mit den tatsächlichen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten unserer Gesellschaft überein. Vielfach ist die industrielle Massenproduktion an die Stelle handwerklicher Fertigung getreten. Die verkauften Gegenstände sind überwiegend industriell in Serienproduktion hergestellte Ware, bei der ein Produkt dem anderen gleicht. Fast immer gibt es neben der gekauften Sache noch andere Produkte, die dem Käufer genau die gleichen Eigenschaften bieten können, die die zunächst ausgesuchte haben sollte. Der einzelne Kaufgegenstand ist damit bis auf Ausnahmen ersetzbar geworden. Diese veränderten

¹⁶¹ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 155; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 20, 23; Reinhart, Art.46 Rn. 5

¹⁶² Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 22, 40; siehe dazu schon oben 2.2.3.1.3.

¹⁶³ Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 374; Schlechtriem, JZ 97, S. 445

¹⁶⁴ 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421

Verhältnisse müssen sich auch auf die rechtliche Bewertung des Kaufvertrages auswirken. Für die Lieferung vertragswidriger Ware sollten die veralteten Kategorien des Stück- und Gattungskaufs aufgegeben werden. Ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt, wurde im bisherigen Recht anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt.¹⁶⁵ Die Bedeutung der Parteivereinbarung, die eine bewusste Entscheidung für eine der beiden Kaufarten nahe legt, sollte nicht überschätzt werden. Häufig dürfte es zufällig sein, in welche Kategorie das jeweilige Kaufgeschäft einzuordnen ist. Wann dem Käufer ein Ersatzlieferungsanspruch zustehen soll, wird so in Abhängigkeit davon entschieden, ob der Käufer eine bestimmte Sache ergreift oder der Verkäufer ein Produkt aus dem identischen Warensortiment entnimmt und übergibt. Bei austauschbaren, also vertretbaren Gegenständen führt eine solche Beurteilung zu willkürlichen Ergebnissen. Diese können vermieden werden, indem man die Gewährung des Ersatzlieferungsanspruchs, wie von der Schuldrechtskommission vorgeschlagen, an objektive Kriterien knüpft. Ob es sich um eine vertretbare Sache handelt, ist nach § 91 BGB anhand der Verkehrsanschauung mithin objektiv zu bestimmen.¹⁶⁶ Wenn es von einer Sache noch andere gleichwertige Exemplare gibt, ist ein Anspruch auf Lieferung eines derartigen Austauschemplars zuzulassen. Ein Nachlieferungsanspruch steht dem Käufer nur dann nicht zu, wenn vergleichbare Sachen nicht existieren, der Kaufgegenstand also unvertretbar im Sinne des § 91 BGB ist. Dies wird hauptsächlich auf gebrauchte Sachen, Kunstwerke oder maßgefertigte Gegenstände zutreffen.

Deshalb zwingt die in den Erwägungsgründen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie getroffene Feststellung, für Gebrauchtwaren sei eine Ersatzlieferung in der Regel unmöglich, nicht zur Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskäufen. Dass bei gebrauchten Sachen eine Nachlieferung zumeist nicht in Betracht kommen wird, ergibt sich ebenso aus ihrer Einordnung als unvertretbare Sachen. Nicht entschieden ist damit aber, ob in den Fällen des Stückkaufs über vertretbare Sachen, wie es zum Teil angenommen wird, ebenfalls der Unmöglichkeitseinwand aus Art. 3 III 1 RL 99/44/EG greift. Die Behauptung, beim Stückkauf könne „naturgemäß“ nicht nachgeliefert werden¹⁶⁷, ist nicht zutreffend. Nur beim Kauf unvertretbarer Sachen scheidet eine Nachlieferung von vornherein aus. Solange entsprechende gleichwertige Exemplare existieren, ist eine Nachlieferung durchaus möglich.

Anders als in § 438 I 2 KE wird in § 439 I BGB das Kriterium der Vertretbarkeit nicht erwähnt. Dies ist bedauerlich, weil dadurch die angestrebte Aufgabe der Unterscheidung von Stück- und Gattungskäufen¹⁶⁸ in Frage gestellt wird. § 439 I BGB wird teilweise so ausgelegt, dass der Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf auch nach neuem Recht nicht verlangt werden

¹⁶⁵ Palandt-Heinrichs § 243 Rn.2

¹⁶⁶ Siehe nur Palandt-Heinrichs § 91 Rn. 1

¹⁶⁷ Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 374

¹⁶⁸ Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 230; auch Dauner-Lieb, JZ 01, S. 13

kann.¹⁶⁹ Eine dem § 438 I 2 KE entsprechende Regelung wäre deshalb wünschenswert gewesen. Es ist bereits erörtert worden, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskäufen nicht gebietet. Angesichts der hierdurch bedingten Einschränkung des Ersatzlieferungsanspruchs ist eher fraglich, ob die Übernahme dieser Differenzierung aus dem bisherigen deutschen Recht noch als richtlinienkonform angesehen werden kann. Dem Käufer stünde dann beim Stückkauf nur der Nachbesserungsanspruch zu, obwohl nach der Richtlinie beide Nacherfüllungsvarianten zu gewähren sind.¹⁷⁰ Aus dem Wortlaut des § 439 I BGB und der Regierungsbegründung geht jedenfalls nicht hervor, dass die Nachlieferung beim Stückkauf ausgeschlossen sein muss.¹⁷¹ Ausdrücklich als Beispiel für die Unmöglichkeit genannt wird dort nur der Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache, bei der auch schon nach der Richtlinie und dem Kommissionsentwurf eine Nachlieferung ausgeschlossen sein sollte. Eine dem § 438 I 2 KE entsprechende Interpretation ist danach möglich. Angesichts der zu befürchtenden Auslegung in oben genanntem Sinne wäre eine Klarstellung aber angebracht gewesen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Nacherfüllungsanspruch sowohl in Form der Nachlieferung als auch der Nachbesserung bei allen Käufen zugelassen werden sollte.¹⁷² Die Unterscheidung in Gattungs- und Stückkäufe ist überholt. Lediglich bei unvertretbaren Sachen bleibt die Nachlieferung ausgeschlossen, was dann aber auch für Gattungskäufe zu gelten hat.

4.2.7.5. Der Nacherfüllungsanspruch: Modifizierter Erfüllungsanspruch oder Rechtsbehelf?

Wenn die Ersatzlieferung bei vertretbaren Sachen grundsätzlich zugelassen und die Differenzierung in Stück- und Gattungskäufe aufgegeben wird, könnte sich dies auch auf die Rechtsnatur des Nachlieferungsanspruchs auswirken. Im deutschen Recht wird bislang der Erfüllungsanspruch als das natürliche Gegenstück zur Leistungsverpflichtung des Verkäufers verstanden. Der Nacherfüllungsanspruch ist damit nichts anderes als die zeitliche Erstreckung des primären Erfüllungsanspruchs über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus.¹⁷³ Er ist die modifizierte Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs, der mit dem Eingreifen von

¹⁶⁹ So Wiesner, NJW 01, S. 123 für die gleichlautende Vorschrift im Diskussionsentwurf; Lorenz, JZ 01, S. 744; Schwab, JuS 02, S. 6; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 505; P.Huber, NJW 02, S.1006; AnwK-Büdenbender § 437 Rn. 9; Ackermann, JZ 02, S. 379; Huber in: FS für Schlechtriem, S. 523 Fn. 9; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 20

¹⁷⁰ AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 8; Zerres, VuR 02, S. 3; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIV

¹⁷¹ Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 232: „Das Interesse des Käufers kann in den meisten Fällen - auch beim Stückkauf - durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden.“

¹⁷² Ebenso Ziegler, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, S. 143; Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 174; Prieß, Begriff des Sachmangels, S. 74 f.; für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 131 f.; Bitter/ Meidt, ZIP 01, S. 2119; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1417; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 958; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 150; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIV f.

¹⁷³ Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 63

Gewährleistungsrecht besonderen Regelungen unterliegt.¹⁷⁴ Diese Bewertung aus dem bisherigen geltenden Recht hat man auch für den Nacherfüllungsanspruch des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, § 439 I BGB, übernommen.¹⁷⁵ Wenn man aber beim Stückkauf eine Ersatzlieferung zulässt und die Differenzierung in Stück- und Gattungskäufe aufgibt, stößt dieses Verständnis auf Schwierigkeiten. Im Falle der Ersatzlieferung beim Stückkauf leistet man gerade nicht das ursprünglich zum Vertragsgegenstand gemachte Objekt, sondern lediglich ein Äquivalent.¹⁷⁶ Dies führt bei Mangelfreiheit des Ersatzexemplars dazu, dass man ursprünglich nicht geschuldete Ware leisten kann und dadurch erfüllt. Beim Stückkauf würde man mit der Ersatzlieferung gerade nicht im eigentlichen Wortsinn „modifiziert erfüllen“, wie dies beim Gattungskauf oder auch bei der Nachbesserung denkbar ist, sondern den geschuldeten Gegenstand einfach ersetzen. Rust spricht insoweit treffender von einer „Primäersatzpflicht“.¹⁷⁷ Dieses Problem stellt sich für CISG und *Principles* nicht, da sie den Nacherfüllungsanspruch als Rechtsbehelf (*remedy*) behandeln.¹⁷⁸ Für die Erfüllung wird hier nicht die Leistung der im Einzelfall ausgesuchten Sache zum Maßstab gemacht, sondern die Leistung einer vertragsgemäßen Sache. Dem Verträge gemäß kann aber nicht nur das durch den Käufer selbst ausgewählte Stück sein, sondern, sofern es an Nebenabreden, die den Vertrag auf das konkrete Exemplar beschränken, fehlt, auch ein Gegenstand mit entsprechenden Merkmalen und gleicher Qualität. Ist Vertragsmäßigkeit zu bejahen, ist auch Erfüllung zu bejahen. Die Ersatzlieferung wird durch ihre Qualifikation als Rechtsbehelf vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch unabhängig. Die Aufgabe der Unterscheidung in Stück- und Gattungskäufe ließe sich so konsequenter umsetzen.

¹⁷⁴ Für das bisher geltende Recht: Esser/ Weyers, Schuldrecht II/1, § 5 IV 2.; Reinicke/ Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 516; BGH NJW 67, 33; WM 85, 975, 978; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 III; für den KE: Haas, NJW 92, S. 2391

¹⁷⁵ Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 130; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 504; P.Huber, NJW 02, S. 1005; AnwK-Büdenbender § 437 Rn. 16; Haas, BB 01, S. 1315; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 11; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXV; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 143

¹⁷⁶ Deshalb lehnen die Vertreter dieser Ansicht zumeist auch einen Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf ab. Anders Canaris, in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIV, und Haas, in: Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 143, die die Möglichkeit der Erfüllung mit einer anderen als der geschuldeten Sache als Teil der Modifikation als solcher verstehen.

¹⁷⁷ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 136

¹⁷⁸ Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 3 für das CISG; für die *Principles*: Lando, in: Liber Memorialis Laurent, S. 566 f.; Beale, in: Weick (Hrsg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, S. 187; Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment D.* zu Art. 1.105 (Art. 1:301 n.F.); Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment Art. 7.1.1* und siehe unter 4.1.4.

4.2.8. Exkurs: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers

4.2.8.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Nach bislang geltendem Recht konnte der Verkäufer Mängel der Kaufsache nur bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beseitigen. Danach hatte der Verkäufer nicht mehr das Recht, sich den Gewährleistungsansprüchen des Käufers durch Nachbesserung zu entziehen.¹⁷⁹ Ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers war gesetzlich nicht vorgesehen. Der Käufer konnte sofort die Rechte aus § 462 BGB a.F. ausüben. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ließ die Rechtsprechung nur ausnahmsweise unter Berufung auf §§ 157, 242, 226 BGB a.F., 346 HGB zu.¹⁸⁰ Der Verkäufer war nach Gefahrübergang auch nicht berechtigt, durch Lieferung eines Ersatzexemplars Abhilfe zu schaffen. Beim Stückkauf wurde dies damit begründet, dass Gegenstand des Vertrages allein die gelieferte individualisierte Sache sei. Mit einer anderen gleichwertigen Sache könne der Verkäufer den Vertrag nicht erfüllen. Aber beim Gattungskauf stand dem Verkäufer ein „Recht zur zweiten Andienung“ ebenfalls nicht zu. Denn der Käufer musste keine Nachfrist setzen, um die weitergehenden Rechte aus § 480 BGB a.F. geltend machen zu können.¹⁸¹

4.2.8.2. Der Kommissionsentwurf

4.2.8.2.1. Abwendungsbefugnis durch Nachfristsetzung

Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und zur Mängelbeseitigung wurde im Kommissionsentwurf nicht ausdrücklich geregelt. Es ergab sich aus dem Erfordernis der Nachfrist, von deren Setzung die Geltendmachung aller anderen Rechtsbehelfe abhängen sollte.¹⁸² Für den Rücktritt und Ersatz des Mangelschadens folgte die Pflicht zur Nachfristsetzung aus der Verweisung auf das allgemeine Schuldrecht, § 439 I i.V.m. § 323 I KE sowie § 441 I i.V.m. § 283 I 1 KE. Auch die Kaufpreisminderung als speziellen gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelf konnte der Käufer erst geltend machen, wenn er dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Vertragserfüllung gegeben hatte, § 440 I KE.

Teilweise wurde kritisiert, die Setzung einer angemessenen Nachfrist gerade durch den Käufer sei problematisch, da er keinen Einblick in die relevanten Umstände habe, aus denen sich die zur Nacherfüllung mindestens benötigte Frist ergibt. Deshalb hatte man vorgeschlagen, dem Verkäufer die Bestimmung einer nach den Umständen zumutbaren Frist und deren Mitteilung an den Käufer zu überlassen.¹⁸³ Dies hätte jedoch innerhalb des Systems des

¹⁷⁹ Staudinger-Honsell § 462 Rn. 10

¹⁸⁰ RGZ 61, 92, 94; BGH WM 71, 1382, 1383; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 166

¹⁸¹ Soergel-Huber Rn. 13 vor § 459

¹⁸² Abschlussbericht, S. 211; Rolland, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 21; Haas, NJW 92, S. 2392

¹⁸³ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 264; auch Schubel, ZIP 94, S. 1339, der jedoch diese Ansicht im Zusammenhang mit einem eigenen Lösungsansatz vertritt, welcher eine unmittelbare

Kommissionsentwurfs erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich gebracht. Ohne Änderungen am Entwurfskonzept hätte der Käufer zunächst eine in der Länge von ihm noch gar nicht bestimmbare Frist setzen müssen. Dann hätte wiederum der Verkäufer diese Frist konkretisieren und dem Käufer mitteilen müssen. Eine solche Vorgehensweise wäre umständlich und zeitraubend gewesen. Zumal nach dem Kommissionsentwurf eine vom Käufer gesetzte zu kurze Frist ohnehin eine angemessene Frist in Lauf setzen sollte.¹⁸⁴ Eine solche Verkomplizierung des Fristensystems war deshalb nicht erforderlich.

4.2.8.2.2. Einschränkungen des Nacherfüllungsrechts

Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers wurde durch eine Reihe von Ausnahmen, insbesondere durch die §§ 323 II Nr. 1 bis 3, 283 II, 439 II, 441 I 2, 440 I 2 KE beschränkt. Nach diesen Vorschriften sollte der Käufer, ohne dem Verkäufer zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz geltend machen können. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers, das sich gerade aus dem Erfordernis der Fristsetzung ableitete, war damit ausgeschlossen. Die Abwendungsbefugnis bestand gemäß §§ 281 II Alt. 1, 323 II Nr. 1 KE nicht bei offensichtlicher Erfolglosigkeit der Nacherfüllung. Hiermit waren die Fälle der ernsthaften Erfüllungsverweigerung seitens des Verkäufers, der Unmöglichkeit sowie der unüberwindbaren Leistungerschwerung gemeint.¹⁸⁵ Die Nacherfüllung sollte auch bei Vorliegen eines relativen Fixgeschäfts¹⁸⁶ entfallen, § 323 II Nr. 2 KE. Eine spezielle gewährleistungsrechtliche Grenze der Nacherfüllungsbefugnis enthielten §§ 439 II, 440 I 2, 441 I 2 KE im Falle des Fehlschlagens der Nacherfüllung. Für den Begriff des Fehlschlagens wurde im Abschlussbericht auf die Terminologie zu § 11 Nr. 10 b AGBG a.F. Bezug genommen.¹⁸⁷ Ein Fehlschlagen sollte danach zu bejahen sein, wenn die Sachmängelbeseitigung objektiv oder subjektiv unmöglich ist, unberechtigt verweigert oder ungebührlich verzögert wird oder dem Käufer nicht zumutbar ist.¹⁸⁸ Schließlich durfte der Verkäufer gemäß §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 KE auch dann nicht nacherfüllen, wenn eine Abwägung der beiderseitigen Interessen die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ergab. Gegen diese letztgenannte Einschränkung des verkäuferlichen Nacherfüllungsrechts hatte man vorgebracht, die Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen sei im Falle der mangelhaften Beschaffenheit der Kaufsache nicht angemessen. Vielmehr müssten die Interessen des Käufers an einer sofortigen Geltendmachung seiner Rechte Vorrang vor den Interessen des vertragsbrüchigen Verkäufers haben. Zumal in § 438 III KE, nach dem der Verkäufer die Nacherfüllungsansprüche des Käufers verweigern

Geltendmachung der Rechtsbehelfe durch den Käufer, beschränkt durch eine explizite Abwendungsbefugnis für den Verkäufer, vorsieht. Dem entspricht die Regelung im CISG.

¹⁸⁴ Abschlussbericht, S. 134

¹⁸⁵ Abschlussbericht, S. 135, 168

¹⁸⁶ Abschlussbericht, S. 168

¹⁸⁷ Abschlussbericht, S. 217

¹⁸⁸ Abschlussbericht, S. 217; BGHZ 93, 29, 62 f.; Hensen, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 36 ff.; Wolf, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 18, 26 bis 29

konnte, ebenfalls einseitig auf die Interessen des Verkäufers abgestellt wurde.¹⁸⁹ Dieses Problem ließ sich jedoch lösen, wenn man §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 KE nur als Auffangtatbestand¹⁹⁰ interpretierte und vorrangig auf §§ 439 II, 440 I 2, 441 I 2 KE als spezielle Normen für Gewährleistungsfälle abstellte.¹⁹¹ Nach Ansicht der Schuldrechtskommission umfasste die Definition des Fehlschlagens auch das Merkmal der Zumutbarkeit.¹⁹² Für die Frage, ob die Abhilfebemühungen des Verkäufers dem Käufer zuzumuten waren, konnten so die Käuferinteressen maßgebliche Berücksichtigung finden.

4.2.8.3. Das CISG

4.2.8.3.1. Nacherfüllung bei vorzeitiger Lieferung

Art. 37 CISG räumt dem vorzeitig liefernden Verkäufer die Möglichkeit ein, die Vertragswidrigkeit der Ware noch bis zum Liefertermin zu beheben. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ist gemäß Art. 37, S. 1 CISG auf solche Maßnahmen beschränkt, die dem Käufer im Hinblick auf die Kosten und sonstige Unannehmlichkeiten zumutbar sind. Die Kosten der Nacherfüllung muss allerdings ohnehin der Verkäufer tragen.¹⁹³ Hat der Verkäufer ordnungsgemäß nacherfüllt, entfallen für den Käufer alle Mängelansprüche wegen der ursprünglichen Vertragswidrigkeit der Ware. Nach Art. 37, S. 2 CISG kann der Käufer aber weiter denjenigen Schaden ersetzt verlangen, der durch die ursprüngliche Vertragsverletzung verursacht worden ist und ihm trotz korrekter Nacherfüllung verblieben ist. Hierunter fallen insbesondere Folgeschäden und Mehraufwendungen, die der ursprüngliche Mangel ausgelöst hat.¹⁹⁴

4.2.8.3.2. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 CISG

4.2.8.3.2.1. *Voraussetzungen und Wirkung*

Auch nach dem Liefertermin hat der Verkäufer gemäß Art. 48 CISG ein Recht zur Nacherfüllung, sofern dies dem Verkäufer zuzumuten ist. In welcher Weise der Verkäufer den vertragswidrigen Zustand behebt, ist ihm überlassen. Es kommt nur auf die vollständige Behebung des Mangels an.¹⁹⁵ Die Kosten der Nacherfüllung hat der Verkäufer zu tragen, Art. 48 I 1 CISG.¹⁹⁶ Maßgeblich für die Zumutbarkeit ist die anhand objektiver Kriterien zu ermittelnde

¹⁸⁹ Schubel, ZIP 94, S. 1339; Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 129

¹⁹⁰ Abschlussbericht, S. 169; Medicus, NJW 92, S. 2388

¹⁹¹ So auch Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 131 "extensive Auslegung"

¹⁹² Abschlussbericht, S. 217; so auch BGHZ 93, 29, 62 f.; Hensen, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 36 ff.; Wolf, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 18, 26 bis 29

¹⁹³ Bianca/ Bonell-Bianca Art. 37 Anm. 2.5; Herber/ Czerwenka Art. 37 Rn. 9; Staudinger-Magnus Art. 37 Rn. 17

¹⁹⁴ Herber/ Czerwenka Art. 37 Rn. 10; Staudinger-Magnus Art. 37 Rn. 25

¹⁹⁵ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 71; Herber/ Czerwenka Art. 48 Rn. 2

¹⁹⁶ Damit korrespondiert das Erfordernis, dass der Verkäufer schon dann nicht nacherfüllen darf, wenn der Käufer keine ausreichende Sicherheit für den Ersatz seiner Auslagen hat.

Interessenlage des Käufers.¹⁹⁷ Dabei soll das Nacherfüllungsrecht nicht erst bei völlig unerträglichen, sondern bereits bei gravierenden und nicht bloß geringfügigen Beeinträchtigungen des Käufers ausgeschlossen sein.¹⁹⁸ Eine unzumutbare Verzögerung im Sinne des Art. 48 I 1 CISG ist deshalb nicht erst dann anzunehmen, wenn der Zeitverzug zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führen würde, vielmehr kann im Einzelfall auch eine Verzögerung der Nacherfüllung unter dieser Schwelle zur Unzumutbarkeit und damit zum Ausschluss der Abwendungsbefugnis führen.¹⁹⁹ Gemäß Art. 48 I 1 CISG darf die Durchführung der Nacherfüllung außerdem keine unzumutbaren Unannehmlichkeiten für den Käufer verursachen. Zu denken ist hier an erhebliche Beeinträchtigungen des reibungslosen Geschäftsablaufs oder auch an mehrere Mängelbeseitigungsversuche.²⁰⁰ Hat der Verkäufer erfolgreich nacherfüllt²⁰¹, so behält der Käufer gemäß Art. 48 I 2 CISG nur sein Recht auf Schadensersatz, soweit die Schäden nicht schon durch die Nacherfüllung beseitigt werden können.²⁰²

4.2.8.3.2.2. *Das Verhältnis zur Vertragsaufhebung*

Sehr umstritten ist das Verhältnis zwischen Nacherfüllungsrecht und Vertragsaufhebung. Es betrifft die Frage, ob dem Verkäufer eine generelle Befugnis zur Nacherfüllung einzuräumen ist oder der Käufer den Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung sofort ausüben kann. Nach dem Wortlaut des Art. 48 I 1 CISG wird das Recht des Verkäufers auf Nacherfüllung „vorbehaltlich“ des Art. 49 CISG gewährt. Zum Teil wird deshalb angenommen, das Vertragsaufhebungsrecht habe immer den Vorrang. Wenn eine schwere Vertragsverletzung vorliegt und der Käufer den Vertrag aufheben will, dann dürfe ihm dieses Recht nicht durch das Angebot einer zweiten Andienung genommen werden.²⁰³ Gegen ein solches sofortiges Vertragsaufhebungsrecht lässt sich aber einwenden, dass es zu einer Reihe von Systemwidrigkeiten innerhalb des CISG führen würde. Zum einen käme es zu einer völlig unterschiedlichen Behandlung von Nichtlieferung und Schlechtlieferung.²⁰⁴ Wird nämlich termingerecht gar nichts geliefert und stellt nicht schon

¹⁹⁷ Herber/ Czerwenka Art. 48 Rn. 3; Honsell-Schnyder/ Straub Art. 48 Rn. 20

¹⁹⁸ Honsell-Schnyder/ Straub Art. 48 Rn. 21; Staudinger-Magnus Art. 48 Rn. 14 f.; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 61, Fn. 63

¹⁹⁹ Staudinger-Magnus Art. 48 Rn. 14

²⁰⁰ Staudinger-Magnus Art. 48 Rn. 15

²⁰¹ Bei Unklarheiten über die Berechtigung zur Nacherfüllung, kann der Verkäufer durch zugangsbedürftige Mitteilung gemäß Art. 48 IV CISG dem Käufer erklären, dass er innerhalb einer bestimmten Frist nacherfüllen werde. Widerspricht der Käufer nicht binnen angemessener Frist, erhält der Verkäufer das Recht, innerhalb der von ihm gesetzten Frist nachzuerfüllen, selbst wenn die Voraussetzungen für das Nacherfüllungsrecht ursprünglich nicht vorlagen (vgl. Art. 48 II 1, III CISG; Enderlein/ Maskow/ Strohbach Art. 48 Anm. 10). Während dieser Frist kann der Käufer keinen mit der Erfüllung unvereinbaren Rechtsbehelf mehr ausüben, Art. 48 II 2 CISG. Hat der Käufer jedoch rechtzeitig widersprochen, richtet sich das Nacherfüllungsrecht nach den Voraussetzungen des Art. 48 I CISG.

²⁰² Schlechtriem-Huber Art. 48 Rn. 25

²⁰³ Reinhart Art. 48 Rn. 4; Enderlein/ Maskow/ Strohbach Art. 48 Anm. 10; Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware, S. 71

²⁰⁴ Darauf hatte bereits Huber, in: RabelsZ 43 (1979), S. 491 hingewiesen: „Die... Entscheidung des (New Yorker) Entwurfs lässt sich in sein Sanktionensystem nicht widerspruchsfrei einordnen; sie beruht

die Verzögerung als solche einen wesentlichen Vertragsbruch dar²⁰⁵, so kann der Käufer nur zur Aufhebung des Vertrages gelangen, indem er dem Verkäufer gemäß Art. 49 I lit. b CISG eine Nachfrist für die Erfüllung seiner Pflichten setzt. Der Sache nach erhält der Verkäufer hier also ein Recht zur zweiten Andienung. Wird jedoch termingerecht, wenn auch wesentlich mangelhaft geliefert, soll der Käufer immer zur sofortigen Vertragsaufhebung berechtigt sein. Dies bedeutet einen auffälligen Widerspruch gerade in einem System, das die Unterscheidung zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung weitgehend zugunsten eines einheitlichen Konzepts der Vertragsverletzungen aufgegeben hat. Zum anderen würde auch innerhalb der Mängelhaftung ein sofortiges Vertragsaufhebungsrecht Widersprüche hervorrufen. Der Käufer könnte unter Umständen leichter den Vertrag aufheben, nämlich nach Art. 49 I lit. a CISG sofort, als den Kaufpreis mindern. Denn nach Art. 50, S. 2 CISG darf die Minderung nicht gegen den Willen des zur Nacherfüllung bereiten Verkäufers erfolgen. Mit dem Ziel des CISG, die Vertragsaufhebung nach erfolgter Lieferung weitgehend einzuschränken, wäre dies nicht in Einklang zu bringen.²⁰⁶ Aus diesen Gründen ist vorgeschlagen worden, die Frage der Behebbarkeit in die Bewertung der nach Art. 49 I lit. a CISG im Falle mangelhafter Lieferung für die Aufhebung erforderlichen wesentlichen Vertragsverletzung einzubeziehen.²⁰⁷ Die prompte Behebbarkeit soll nach dieser Ansicht die Einordnung einer wesentlich mangelhaften Lieferung als wesentliche Vertragsverletzung regelmäßig hindern, es sei denn, dass die Art des Mangels das Vertrauensverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner erschüttert hat oder die aus dem Vertrag erkennbare Zeitsituation die Nacherfüllung als unzumutbar erscheinen lässt.²⁰⁸ Dieser Auffassung ist entgegengehalten worden, sie gerate in einen Konflikt mit Art. 46 II CISG. Der Ersatzlieferungsanspruch des Käufers gemäß Art. 46 II CISG setzt eine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Dann sei es widersprüchlich, die „Wesentlichkeit“ gerade in den Fällen möglicher Ersatzlieferung zu verneinen.²⁰⁹ Dieser vermeintliche Widerspruch löst sich

entweder auf einem Denkfehler oder auf einem Versehen.“, zustimmend Karollus, ZIP 93, S. 492; Aicher, in: Hoyer/ Posch (Hrsg.) Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 138 f.

²⁰⁵ Was bei normalen Termingeschäften regelmäßig nicht der Fall sein dürfte

²⁰⁶ Vgl. auch Aicher, in: Hoyer/ Posch (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 141

²⁰⁷ Schlechtriem, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, S. 131 und 136 f.; ders. JZ 88, S. 1037, 1045; Aicher, in: Hoyer/ Posch (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 141; Honnold, Uniform Law, Rn. 184, 296; Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 70; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 62; Schlechtriem-Huber Art. 46 Rn. 32; i.E. wohl auch Magnus, in: FS für Schlechtriem, S. 608 ff.: die Aufhebungserklärung des Käufers sollte im Falle leicht behebbarer Mängel regelmäßig so verstanden werden, dass sie unter dem Vorbehalt erklärt ist, dass die Mängel nicht zeitnah behoben werden

²⁰⁸ Aicher, in: Hoyer/ Posch (Hrsg.) Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 141 f.

²⁰⁹ Karollus, ZIP 93, S. 496, will deswegen den Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung in Art. 46 II und Art. 49 I lit. a CISG unterschiedlich interpretieren. Die Behebungsmöglichkeit soll danach nur in Art. 49 I lit. a CISG berücksichtigt werden. Huber, in: Die Haftung des Verkäufers, S. 14 und in: Schlechtriem, Art. 48 Rn. 16 ff., will deshalb die Wesentlichkeit des Mangels bloß bei möglicher Nachbesserung und nicht bei möglicher Ersatzlieferung einschränken. Dies dürfte aber nicht einleuchten, da die Ersatzlieferung häufig die rascheste und einfachste Art der Behebung der Vertragswidrigkeit sein wird.

jedoch auf, wenn man auf das Angebot der Nacherfüllung abstellt.²¹⁰ Hat der Verkäufer die Ersatzlieferung bereits angeboten, kommt es auf ein entsprechendes Ersatzlieferungsrecht des Käufers gar nicht mehr an. Der Verkäufer ist hier an sein Angebot aufgrund einer Nacherfüllungsvereinbarung oder nach Treu und Glauben gemäß Art. 7 II CISG gebunden. Bietet der Verkäufer Nachbesserung an, kommt es auf ein Ersatzlieferungsrecht ebenfalls nicht mehr an, weil dem Verkäufer das Wahlrecht hinsichtlich der Behebung des Mangels zusteht. Will der Verkäufer dagegen den Mangel nicht von sich aus beheben, so verbleibt es bei einer wesentlichen Vertragsverletzung gemäß Art. 46 II und Art. 49 I lit. a CISG. Im Ergebnis kann der Verkäufer somit sämtliche Rechtsbehelfe des Käufers durch Nacherfüllung bzw. deren umgehendes Angebot abwenden.

4.2.8.4. PECL und PICC

4.2.8.4.1. Die Abwendungsbefugnis nach Art. 7.1.4 PICC und Art. 8:104 PECL

Das Recht, bei mangelhafter Leistung nachzuerfüllen, ist in den PECL und den PICC unterschiedlich geregelt. Während Art. 7.1.4 PICC ein grundsätzliches Nacherfüllungsrecht statuiert, lässt Art. 8:104 PECL die Nacherfüllung nur in engen Grenzen zu.²¹¹ Nach Art. 8:104 PECL kommt ein neues vertragsgemäßes Angebot nur dann in Betracht, wenn noch Zeit dazu ist, die Leistung also noch nicht fällig oder die Verzögerung nicht derart ist, dass sie eine wesentliche Nichterfüllung darstellt. Demgegenüber kann der Schuldner gemäß Art. 7.1.4 I PICC grundsätzlich jede Nichterfüllung auf eigene Kosten heilen. Damit soll die vertragliche Vereinbarung geschützt werden. Zudem sahen die Verfasser der PICC in der Zulassung eines allgemeinen Nacherfüllungsrechts einen Ausfluss des in Art. 7.4.8 niedergelegten Prinzips der Geringhaltung wirtschaftlicher Verluste und des Grundprinzips von Treu und Glauben aus Art. 1.7 PICC.²¹² So hat der Schuldner ein berechtigtes Interesse daran, die Art und Weise der Behebung der Vertragswidrigkeit nach seinen wirtschaftlichen und technischen Möglichkeiten selbst zu bestimmen oder wenigstens zu beeinflussen.²¹³ Die Kommentierung zu Art. 7.1.4 nennt als Formen der Nacherfüllung ausdrücklich Reparatur und Leistung eines Ersatzes.²¹⁴ Es ist also bei dieser Vorschrift auch und gerade an gewährleistungsrechtliche Sachverhalte zu denken. Eine Reparatur soll als Nacherfüllung aber nur in Betracht kommen, wenn sie keine Spuren hinterlässt und den Wert oder die Qualität der Sache nicht beeinträchtigt.²¹⁵

²¹⁰ So Schlechtriem, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, S. 131 und 136 f.; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 62 Fn. 64; Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 242 f., 244; Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 645

²¹¹ Vgl. Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 244 f.

²¹² Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 1. zu Art. 7.1.4

²¹³ Drobnig, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 56; siehe noch 4.2.8.7.1. und 4.5.1.

²¹⁴ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 6. zu Art. 7.1.4

²¹⁵ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 6. zu Art. 7.1.4

4.2.8.4.2. Die Ausnahmetatbestände nach Art. 7.1.4 Absatz 2 PICC

Das Recht zur Nacherfüllung nach den PICC unterliegt den einschränkenden Voraussetzungen aus Art. 7.1.4 (2) lit. a bis d PICC. So muss der nacherfüllungswillige Schuldner zunächst unverzüglich seine Absicht zur Nacherfüllung anzeigen, lit. a. Die Art und Weise der Nacherfüllung und den zeitlichen Ablauf muss er darin dem Gläubiger mitteilen. Des Weiteren ist eine Nacherfüllung nur zulässig, wenn sie nach den Umständen geeignet ist, lit. b. Die Eignung wird dabei nicht durch das Vorliegen einer wesentlichen Nichterfüllung ausgeschlossen.²¹⁶ Kriterien zur Feststellung der Geeignetheit sind dabei zum einen die Frage, ob die notwendige Verzögerung unangemessen wäre oder selbst eine wesentliche Nichterfüllung darstellte, und zum anderen die Erfolgchancen der Nacherfüllung.²¹⁷ Nach lit. c darf die geschädigte Partei zudem kein berechtigtes Interesse an der Zurückweisung der Nacherfüllung haben. Grundsätzlich soll allerdings, sofern die Nacherfüllung richtig angezeigt wurde und sie auch zur Mängelbeseitigung geeignet ist, die Befugnis zur Nacherfüllung vermutet werden. Ein berechtigtes Interesse des Gläubigers ist aber anzunehmen, wenn ein möglicher Erfüllungsversuch wahrscheinlich Personen- oder Sachschaden verursachen würde. Dass der Gläubiger die vertraglichen Beziehungen einfach nicht mehr aufrechterhalten möchte, reicht hingegen nicht aus.²¹⁸ Schließlich muss die Nacherfüllung gemäß lit. d umgehend vorgenommen werden. Insbesondere rechtfertigt sich eine Verzögerung bei der Nacherfüllung auch nicht aus der Tatsache, dass der geschädigten Partei dadurch keine Unannehmlichkeiten entstehen.²¹⁹

4.2.8.4.3. Wirkungen der Nacherfüllungsanzeige des Verkäufers gemäß Art. 7.1.4 PICC

Die Wirkung der ordnungsgemäßen Nacherfüllungsanzeige besteht darin, dass sie die anderen Rechtsbehelfe für diese Zeit suspendiert, Art. 7.1.4 (3) PICC. Ausdrücklich geregelt ist das Verhältnis zur Vertragsaufhebung in Abs. 2. Das Nacherfüllungsrecht ist nicht einmal durch die Erklärung der Vertragsaufhebung ausgeschlossen. Deshalb sind die Wirkungen der Vertragsaufhebung durch eine ordnungsgemäße Anzeige der Nacherfüllung selbst dann ausgesetzt, wenn die geschädigte Partei den Vertrag berechtigterweise aufgehoben hat.²²⁰ Ist die Nacherfüllung erfolgreich, bleibt die Aufhebungserklärung unwirksam. Wurde der Zeitraum für die Nacherfüllung überschritten und die wesentliche Nichterfüllung nicht geheilt, erlangt die Aufhebung ihre Wirksamkeit zurück.²²¹ Trotz Nacherfüllung verbleibende Schäden muss der Schuldner in jedem Falle ersetzen, Abs. 5.

²¹⁶ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 3. zu Art. 7.1.4

²¹⁷ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 3. zu Art. 7.1.4

²¹⁸ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 4. zu Art. 7.1.4

²¹⁹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 5. zu Art. 7.1.4

²²⁰ Hartkamp, ERPL 2 (1994), 351

²²¹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 8. zu Art. 7.1.4

4.2.8.5. Die Richtlinie 99/44/EG

Das Recht des Verkäufers auf Nacherfüllung folgt aus der Hierarchisierung der Rechtsbehelfe.²²² Dem Käufer steht zunächst nur der Nacherfüllungsanspruch gemäß Art. 3 III 1 RL 99/44/EG zu. Mit seinem Nacherfüllungsverlangen beginnt eine angemessene Frist zu laufen, innerhalb derer der Verkäufer zur Beseitigung der Vertragswidrigkeit berechtigt ist.²²³ Allerdings ist der Verkäufer dabei auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung beschränkt.

Nur unter den Voraussetzungen des Art. 3 V RL 99/44/EG kann der Käufer von seinem Anspruch auf Nacherfüllung auf die Rechte der zweiten Stufe, Minderung und Vertragsauflösung, übergehen. Die Vorschrift begrenzt damit die Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers. Sind die Anforderungen des Art. 3 V RL 99/44/EG erfüllt, braucht der Käufer die Nacherfüllungsbemühungen des Verkäufers nicht mehr zu dulden. Das Recht des Verkäufers zur Abhilfe endet dann.

Gemäß Art. 3 V 1. Spiegelstrich RL 99/44/EG kann der Käufer die weitergehenden Rechte Vertragsauflösung und Minderung geltend machen, wenn ihm ein Anspruch auf Nacherfüllung nicht zusteht. Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ist nach Art. 3 III RL 99/44/EG ausgeschlossen, wenn sowohl Nachbesserung als auch Ersatzlieferung nicht möglich oder übermäßig teuer sind.²²⁴ Trifft dies nur auf eine Abhilfevariante zu, kann der Verkäufer immer noch mit der verbleibenden Variante nacherfüllen. Der Verkäufer kann die Rechte der zweiten Stufe gemäß Art. 3 V 2. Spiegelstrich RL 99/44/EG auch dann nicht mehr abwenden, wenn er nicht innerhalb angemessener Frist nacherfüllt hat. Diese Vorschrift schließt damit das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nicht vollständig aus, sondern begrenzt es nur in zeitlicher Hinsicht. Denn zuvor hatte der Verkäufer Gelegenheit, die Vertragsmäßigkeit der Ware herzustellen. Art. 3 V 3. Spiegelstrich RL 99/44/EG bezieht sich auf die nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten durchführbare Abhilfe. Auch hier wird der Verkäufer zumeist bereits die Möglichkeit gehabt haben, eine Nacherfüllung zu versuchen, bevor sich herausstellt, dass diese dem Käufer übermäßig zur Last fällt. Nur wenn von vornherein klar ist, dass eine Nacherfüllung nur mit erheblichen Belästigungen für den Käufer durchführbar wäre, ist die Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers ganz ausgeschlossen.

²²² Siehe 4.2.5.; Schmidt-Räntsch, ZIP 98, S. 851; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 99, S. 1831; Micklitz, EuZW 99, S. 492; Ehmman/ Rust, JZ 99, S. 858; Gsell, JZ 01, S. 67; a.A. Westermann, JZ 01, S. 536; ders., in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 124: Richtlinie gibt kein Recht zur zweiten Andienung

²²³ Rieger, VuR 99, S. 291; Grundmann, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 306 ; Reich, NJW 99, S. 2402; Schäfer/ Pfeiffer, ZIP 99, S. 1832

²²⁴ Siehe 4.2.5.

4.2.8.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

4.2.8.6.1. Abwendungsbefugnis durch Nachfristsetzung

Nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz kann der Verkäufer die Gewährleistungsrechte des Käufers durch Nacherfüllung abwenden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz folgt damit der Regelung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die eine Stufenlösung für die Rechtsbehelfe vorsieht und den Käufer zunächst auf den Nacherfüllungsanspruch festlegt.²²⁵ Eine Abwendungsbefugnis des Verkäufers war auch schon im Kommissionsentwurf enthalten.²²⁶ An dessen Konzept hat sich das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bei der Ausgestaltung der verkäuferlichen Nacherfüllungsberechtigung orientiert. Das Nacherfüllungsrecht ergibt sich aus dem Erfordernis der Nachfristsetzung.²²⁷ Erst nach dem erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung kann der Käufer die weitergehenden Rechtsbehelfe, Rücktritt, Schadensersatz und Minderung, geltend machen. Dies ist für den Rücktritt in § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 I 1 BGB und für den Schadensersatz in § 437 Nr. 3 i.V.m. § 281 I BGB geregelt. Auch die Minderung erfordert eine Fristsetzung. Dies bringt § 441 I 1 BGB zum Ausdruck, wonach der Käufer „statt“ des Rücktritts die Minderung erklären kann. Für die Herabsetzung des Kaufpreises müssen deshalb die Voraussetzungen des Rücktritts gemäß § 323 I 1 BGB vorliegen.²²⁸

4.2.8.6.2. Einschränkungen des Nacherfüllungsrechts

Die Nacherfüllungsberechtigung steht dem Verkäufer nicht unbegrenzt zu. In den §§ 281 II, 283 I, 311a II, 323 II, 326 I 2, V, 440 BGB sind eine Reihe von Ausnahmen geregelt, in denen sich der Käufer weitere Nacherfüllungsversuche des Verkäufers nicht gefallen lassen muss.

4.2.8.6.2.1. *Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit*

Die Fristsetzung ist gemäß § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 326 I 2, V, 275 I BGB im Falle des Rücktritts entbehrlich, wenn dem Verkäufer die Nacherfüllung unmöglich ist. Für die Minderung gilt Gleiches über § 441 I 1 BGB. Eine Aufforderung zur Nacherfüllung ist hier von vornherein ohne Sinn.²²⁹ Der Ausschluss der Nacherfüllungsbefugnis des Verkäufers entspricht Art. 3 III 1 Alt. 1, V 1. Spiegelstrich RL 99/44/EG. Auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung kann bei Unmöglichkeit sofort und ohne Nachfristsetzung geltend gemacht werden. Besteht ein unbehebbarer Mangel bereits bei Vertragsschluss, ergibt sich der Wegfall der

²²⁵ Wegen Art. 8 II RL 99/44/EG wäre es dem Gesetzgeber auch möglich gewesen, den neu einzuführenden Nacherfüllungsanspruch neben die übrigen Gewährleistungsrechte des Käufers zu stellen, weil der Käufer so günstiger als nach der Richtlinie stünde, vgl. Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 957; Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 132; Gsell, JZ 01, S. 67.

²²⁶ Siehe oben 4.2.8.2.1.

²²⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 220 f.; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Palandt-Putzo Ergbd. § 439 Rn. 1; Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 132; Boerner, ZIP 01, S. 2269; Lorenz, JZ 01, 743

²²⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 235

²²⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222, 234; Boerner, ZIP 01, S. 2269

verkäuferlichen Nacherfüllungsbefugnis aus § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311a II BGB. Wird die Nacherfüllung später unmöglich, ist § 437 Nr. 3 i.V.m. § 283 BGB einschlägig. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Unmöglichkeit hätte sich auch aus dem Kriterium des Fehlschlagens gemäß § 440, S. 1 Alt. 2 BGB, dessen Definition aus dem bisher geltenden Recht übernommen werden soll²³⁰, ergeben. Eines Rückgriffs hierauf bedarf es aber nicht, da sich die Auswirkungen der Unmöglichkeit auf die Fristsetzung bereits aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht entnehmen lassen.²³¹

Eine Fristsetzung durch den Käufer muss gemäß § 440, S. 1 Alt. 1 BGB auch dann nicht erfolgen, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung unter Berufung auf § 439 III BGB verweigert, wenn sie also unverhältnismäßige Kosten erfordern würde. Damit wird Art. 3 III 1 Alt. 2, V 1. Spiegelstrich RL 99/44/EG umgesetzt. Die Fristsetzung ist aber nur entbehrlich, sofern der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung verweigern kann.²³² Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 439 III BGB, der den Verkäufer vor überkauften Nacherfüllungsverlangen des Käufers schützen soll, braucht der Käufer schon dann keine Frist zu setzen, wenn sich der Verkäufer unberechtigterweise auf § 439 III BGB beruft.²³³ Denn dann verzichtet der Verkäufer freiwillig auf den Schutz, den ihm sein Nacherfüllungsrecht bietet.

4.2.8.6.2.2 *Fehlschlagen und Unzumutbarkeit*

4.2.8.6.2.2.1 *Die vorrangige Berücksichtigung der Käuferinteressen*

Nach § 440, S. 1 Alt. 2 BGB ist eine Fristsetzung durch den Käufer nicht erforderlich, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Diese gewährleistungsrechtliche Ergänzung zu den Ausnahmetatbeständen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts wird damit begründet, dass sonst gemäß §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 BGB auf die Fristsetzung nur unter Abwägung der beiderseitigen Interessen verzichtet werden könnte.²³⁴ Das Entfallen der Nacherfüllungsbefugnis wäre dann auch von den Interessen des Verkäufers abhängig. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz reagiert damit auf die bereits zum Kommissionsentwurf geäußerte Kritik, dies stelle im Hinblick auf die Wertung des § 439 III BGB, bei dem es allein auf die Verkäuferinteressen ankommt, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Käufers dar.²³⁵ Nach der Regierungsbegründung soll der Rückgriff auf das Fehlschlagen die vorrangige Berücksichtigung der Käuferinteressen ermöglichen.²³⁶ Allerdings enthält § 440, S. 1 Alt. 3 BGB noch das Kriterium der Zumutbarkeit für den Käufer. Im Kommissionsentwurf konnten aber gerade anhand dieses Merkmals die Interessen des Käufers vorrangig berücksichtigt

²³⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222, 233; siehe dazu schon 4.2.8.2.2.

²³¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222, 234; Haas, BB 01, S. 1316; AnwK-Büdenbender § 440 Rn. 6 Fn. 1; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 512

²³² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 234; AnwK-Büdenbender § 440 Rn. 4; siehe dazu noch 4.2.8.6.2.3.

²³³ AnwK-Büdenbender § 440 Rn. 5; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 960

²³⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233

²³⁵ Siehe oben 4.2.8.2.2.

²³⁶ Dies wurde unter 4.2.8.2.2. bereits für den Kommissionsentwurf vorgeschlagen.

werden. Die Schuldrechtskommission sah die Zumutbarkeit nämlich als Unterfall des Fehlschlagens.²³⁷ Nach der Regierungsbegründung ist die Zumutbarkeit jedoch nicht zweifelsfrei von dessen Definition erfasst. Das Zumutbarkeitskriterium soll deshalb als selbständige Grenze der Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers eingeführt werden.²³⁸ Letztlich kommt es hierauf nicht an. Ob die Zumutbarkeit nun als Teil des Fehlschlagens verstanden oder neben diesem eigenständig aufgeführt wird, macht im Ergebnis keinen Unterschied.²³⁹ Die ausdrückliche Erwähnung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist aber als Klarstellung zu befürworten. Nunmehr sind unzweifelhaft die Käuferinteressen vorrangig heranzuziehen für die Beurteilung, ob der Käufer dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung geben muss. Die in der Regierungsbegründung geäußerte Ansicht, der Begriff des Fehlschlagens werde dies in Abgrenzung zu §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 BGB gewährleisten, trifft aber nicht zu, weil die vorrangige Berücksichtigung der Käuferinteressen durch das Merkmal der Zumutbarkeit und nicht durch das Fehlschlagen ermöglicht wird.

4.2.8.6.2.2.2. *Der Begriff der Unzumutbarkeit*

Mit dem Kriterium der Unzumutbarkeit soll Art. 3 V 3. Spiegelstrich RL 99/44/EG umgesetzt werden. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer Rücktritt und Minderung geltend machen, wenn die Nacherfüllung für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist. Die Zumutbarkeit bemisst sich nach den Interessen des Käufers.²⁴⁰ Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung kann dabei von vornherein feststehen, wenn Art und Weise des Mangels das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit und Eignung des Verkäufers entfallen lassen.²⁴¹ In diesem Fall erhält der Verkäufer nicht einmal die Chance zur Nacherfüllung, der Käufer muss keine Frist setzen. Allerdings wird die mangelhafte Leistung als solche nur selten das Vertrauen des Käufers in die Kompetenz des Verkäufers entfallen lassen, da den Verkäufer keine Untersuchungspflicht trifft. In Betracht kommt hier nur ein besonders sorgloses, nachlässiges Verhalten des Verkäufers oder dass der Käufer berechtigterweise sein Vertrauen in die generelle Funktionsfähigkeit der Sache verloren hat.²⁴² Die Nacherfüllung kann aber auch später, insbesondere aufgrund der Art ihrer Durchführung, unzumutbar für den Käufer werden.²⁴³ Dann ist eine Fristsetzung seitens des Käufers zwar schon erfolgt, weitere Nacherfüllungsversuche bzw. die Fortführung der unzumutbar gewordenen Nacherfüllung muss sich der Käufer aber

²³⁷ Abschlussbericht, S. 217; vgl. auch BGH NJW 96, 2506 und BGHZ 93, 29, 62 f.; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10b Rn. 36 ff.; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10b Rn. 18, 26 bis 29

²³⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 233

²³⁹ Jorden/Lehmann, JZ 01, S. 959 Fn. 75; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 512; Haas, BB 01, S. 1316 Fn. 24

²⁴⁰ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 512; Palandt-Putzo Ergbd. § 440 Rn. 8

²⁴¹ Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 29; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 45; BGHZ 93, 29; Bitter/Meidt, ZIP 01, S. 2123

²⁴² Schubel, in: Schwab/Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 138

²⁴³ Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 45

dann nicht mehr gefallen lassen, so dass mit der Unzumutbarkeit die Beendigung des Verkäuferrechts auf Nacherfüllung eintritt.²⁴⁴

4.2.8.6.2.2.3 *Der verbleibende Anwendungsbereich des Fehlschlagens*

Da im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Unmöglichkeit und die Unzumutbarkeit eigenständig geregelt werden, verengt sich der Anwendungsbereich des § 440, S. 1 Alt. 2 BGB entsprechend. Die von der Definition des Fehlschlagens ebenfalls erfasste unberechtigte Verweigerung der Nacherfüllung²⁴⁵ wird durch § 323 II Nr. 1 BGB bereits im allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelt. Ein Fehlschlagen im Sinne von § 11 Nr. 10 b AGBG²⁴⁶ ist darüber hinaus bei einer ungebührlichen Verzögerung der Nacherfüllung gegeben.²⁴⁷ Nach der Regierungsbegründung unterfallen dem Begriff des Fehlschlagens außerdem die Fälle der Unzulänglichkeit und der misslungene Versuch der Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung.²⁴⁸ Das zuletzt genannte Kriterium wird in § 440, S. 2 BGB ausdrücklich aufgegriffen. Ein Fehlschlagen soll danach in der Regel beim zweiten erfolglosen Versuch der Nacherfüllung zu bejahen sein. Mit § 440, S. 1 Alt. 2 BGB wird Art. 3 V 2. Spiegelstrich RL 99/44/EG umgesetzt.²⁴⁹

4.2.8.6.2.3. *Entfallen der Nacherfüllungsberechtigung beim Scheitern einer oder beider Nacherfüllungsvarianten?*

Nach § 440, S. 1 Alt. 1 BGB muss der Käufer dem Verkäufer nur dann keine Frist zur Nacherfüllung einräumen, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigert. Ebenso entfällt die Abwendungsbefugnis des Verkäufers nach § 275 I BGB nur, wenn sowohl Nachbesserung als auch Ersatzlieferung unmöglich sind. Denn nur dann kann davon gesprochen werden, dass die „Leistung“, also die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs unmöglich ist.²⁵⁰ Der Grundsatz, dass die sekundären Rechtsbehelfe erst geltend gemacht werden können, wenn beide Formen der Nacherfüllung gescheitert sind, ist Folge des Vorrangs der Nacherfüllung, der in §§ 323 I, 281 I i.V.m. §§ 437, 441 I 1 BGB zum Ausdruck kommt.²⁵¹ Er bietet dem Verkäufer einen Ausgleich für die Nachteile, die dieser durch das Wahlrecht des

²⁴⁴ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 131

²⁴⁵ Wolf, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 27; Hensen, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 44; BGH NJW 96, 2506; Abschlussbericht, S. 217; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233

²⁴⁶ Nunmehr § 309 Nr. 8 b) bb) BGB

²⁴⁷ Wolf, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 28; Hensen, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 44; BGH NJW 96, 2506; Abschlussbericht, S. 217; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 184

²⁴⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233, 222; BGH NJW 94, 1004, 1005; BGHZ 93, 29, 62, 63; Hensen, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rn. 35; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 184

²⁴⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233

²⁵⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 234

²⁵¹ Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 960

Käufers nach § 439 I BGB hinnehmen muss.²⁵² So hat zwar anfänglich der Käufer die Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, kann der Verkäufer aber eine Nacherfüllungsvariante verweigern oder ist diese unmöglich, wird er auf die verbleibende Art der Nacherfüllung verwiesen. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers setzt sich gegenüber den Käuferinteressen durch. Denn der Verkäufer kann trotz Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit einer Form der Nacherfüllung die Entstehung der sekundären Rechtsbehelfe abwenden.

Eine Einschränkung erfährt die Nacherfüllungsbefugnis des Verkäufers aber durch § 440, S. 1 Alt. 2 und 3 BGB. Ist die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung²⁵³ fehlgeschlagen oder unzumutbar, entfällt das Erfordernis zur Nachfristsetzung und das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers endet. Dies ist sachgerecht. Kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Nacherfüllungsvariante nicht verweigern, so genügt bereits ihr Scheitern. Andernfalls könnte der Verkäufer den Käufer selbst dann auf die andere Nacherfüllungsform verweisen, wenn er zur Verweigerung nach § 439 III BGB gar nicht berechtigt wäre. Letztlich könnte so der Verkäufer die Form der Abhilfe bestimmen. Dadurch würde aber das von der Richtlinie zwingend vorgegebene Wahlrecht des Käufers ausgehöhlt.²⁵⁴

4.2.8.6.2.4. *Keine Abwendungsbefugnis bei Alltagsgeschäften?*

In Bezug auf das Erfordernis der Nachfristsetzung wurde ein sofortiges Rücktrittsrecht für Alltagsgeschäfte diskutiert. Es könne dem Käufer nicht zugemutet werden, mehr als einmal in das Geschäft des Verkäufers zu kommen, um einen solchen Artikel ersetzt zu bekommen. Dafür lohne schon der Zeitaufwand nicht.²⁵⁵ Bereits die Schuldrechtskommission beschäftigte sich im Abschlussbericht mit der Frage, ob dem Verkäufer in diesem Falle eine unbeschränkte Abwendungsbefugnis zustehen solle.²⁵⁶ Auch die Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nimmt hierzu Stellung.²⁵⁷ Nach beiden spricht gegen eine Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis, dass die Gruppe der Alltagsgeschäfte nicht hinreichend bestimmt und sachgerecht definiert werden könne. Außerdem werde sonst die erstrebte Einheit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Kauf- und Werkvertragsrecht erheblich gestört. Es wurde daher eine Lösung dieses Problems über die Angemessenheit der Frist vorgeschlagen. Bei Geschäften alltäglicher Art sei häufig eine kurzfristige Reparatur oder

²⁵² Zum Wahlrecht siehe 4.2.7.3.

²⁵³ Die gemäß Art. 440, S. 1 BGB dem Käufer „zustehende Art“ der Nacherfüllung ist die vom Käufer gewählte, für die dem Verkäufer kein Verweigerungsrecht zusteht, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 233; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 512; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 69

²⁵⁴ Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 960

²⁵⁵ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 127 f.; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 126

²⁵⁶ Abschlussbericht, S. 216

²⁵⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 234

ein sofortiger Umtausch angemessen. Im Übrigen könne § 323 II Nr. 3 BGB Anwendung finden.²⁵⁸ Die Ablehnung des sofortigen Rücktrittsrechts für Alltagsgeschäfte und die daraus resultierende konsequente Gewährleistung des Vorrangs der Nacherfüllung ist zu befürworten. Es ist schon fraglich, ob der Käufer tatsächlich, wie angenommen, im Falle der sog. Alltagsgeschäfte regelmäßig ein berechtigtes Interesse an einer sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses hat. Ein entsprechender Grundsatz lässt sich nicht allgemein aufstellen. Das Interesse des Käufers an einer gebrauchsfähigen Sache ist durch die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands nicht entfallen. Mit einer Auflösung des Vertrages ist dem Käufer nicht gedient. Denn er erhält dadurch kein fehlerfreies Exemplar und muss nach der Rückgabe der ursprünglich gekauften Sache noch ein weiteres Geschäft aufsuchen, was für ihn mit einem zusätzlichen Aufwand an Zeit verbunden ist. Eine umgehende Nacherfüllung oder ein Umtausch dauert kaum länger. Gerade das Argument, der Zeitaufwand sei bei Gewährung des Nacherfüllungsrechts zu groß, hatten die Kritiker aber für ein sofortiges Rücktrittsrecht angeführt. Es ist auch nicht zu befürchten, dass der Verkäufer das Nacherfüllungsbegehren des Käufers unangemessen verzögert. Die zügige Nacherfüllung liegt im Interesse des Verkäufers, der das Entstehen der sekundären Rechtsbehelfe verhindern will. Zudem kann der Verkäufer nicht eigenmächtig eine unter Umständen zeitaufwändige Reparatur vornehmen, da dem Käufer das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zusteht. Dem Ersatzlieferungsverlangen wird sich der Verkäufer bei Alltagsgeschäften aber kaum unter Berufung auf § 439 III BGB verweigern können, da bei Geschäften über Dinge des täglichen Bedarfs zumeist eine größere Anzahl gleichwertiger Produkte vorhanden sind. Eine Ersatzlieferung, also der Umtausch mangelhafter Ware, kann demnach das Interesse des Käufers an einer mangelfreien Sache am schnellsten und einfachsten befriedigen. Auch sonst ist es dem Käufer zumutbar, dem Verkäufer sein Nacherfüllungsbegehren vorzutragen. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer besteht bei Geschäften dieses Umfangs regelmäßig nicht und kann deshalb auch nicht gestört sein.²⁵⁹ Die Fälle, in denen der Käufer sein Interesse an der Durchführung des Vertrages verloren hat und ihm eine Auseinandersetzung mit dem Verkäufer nicht zuzumuten ist, können schon über das in geregelte § 440, S. 1 BGB Kriterium der Zumutbarkeit im Sinne eines sofortigen Rücktritts gelöst werden, ohne dass es dazu einer besonderen Ausnahmvorschrift bedürfte.

²⁵⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 234; Abschlussbericht, S. 216 zum gleichlautenden § 323 II Nr. 3 KE; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 193

²⁵⁹ So auch Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 138; Bitter/ Meidt, ZIP 01, S. 2123; anders Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 210: Vertrauen in die Qualität der betreffenden Warengattung gestört

4.2.8.7. Vergleich

4.2.8.7.1. Das Wesen des Nacherfüllungsrechts

Der Sinn der Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers besteht grundsätzlich darin, die Durchführung des Vertrages, also die Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen zu gewährleisten. Für den Verkäufer hat das Nacherfüllungsrecht aber noch eine weitergehende Bedeutung. Sein vorrangiges Interesse besteht darin, den Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache an der Vertragsauflösung hindern bzw. den Kaufpreis in voller Höhe behalten zu können. Der Verkäufer ist die mangelhafte Ware mit der Lieferung losgeworden und hat häufig schon den Kaufpreis für die Sache erhalten. In dieser Situation ist der Verkäufer an einer korrekten Vertragserfüllung allenfalls sekundär interessiert. Er hat seinen Vorteil aus dem Geschäft bereits gezogen. Eine Beseitigung des Mangels ist für ihn immer mit zusätzlichen Kosten verbunden. Das berechnete Interesse des Käufers an einer den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Kaufsache ist aber mit Druckmitteln, den Rechtsbehelfen bewehrt. Je weitreichender diese Rechtsbehelfe sind, umso stärker ist dem Verkäufer daran gelegen, diese durch eine nachträgliche korrekte Erfüllung abzuwenden. Das Wesen des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers erschließt sich daher erst im Hinblick auf die Rechtsbehelfe des Käufers. Es ist in erster Linie eine Abwendungsbefugnis.²⁶⁰ Deren Wirkung liegt darin, dass der Käufer seine Rechtsbehelfe regelmäßig nicht geltend machen darf, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit gegeben zu haben, die Mängel zu beseitigen. Daraus ergibt sich wiederum, dass sowohl die Auflösung der Vertragsbeziehungen als auch die Minderung nur subsidiär gegenüber der Nacherfüllung sind.

4.2.8.7.2. Die Gewährung des Nacherfüllungsrechts

Kommissionsentwurf, CISG, Richtlinie 99/44/EG und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geben dem Verkäufer das Recht, an der Kaufsache aufgetretene Mängel nach erfolgter Lieferung zu beheben. Gleiches gilt für den erklärtermaßen an Art. 37, 48 CISG angelehnten²⁶¹ Art. 7.1.4 PICC. Demgegenüber enthielt das bisherige deutsche Recht keine Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers nach Gefahrübergang. Und auch nach den PECL ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers stark eingeschränkt. Gemäß Art. 8:104 PECL kann er nur nacherfüllen, wenn die Leistung noch nicht fällig oder die Verzögerung nicht derart ist, dass sie eine wesentliche Nichterfüllung darstellt. Später steht dem Verkäufer keine Abwendungsbefugnis mehr zu. Eine derartige Beschränkung des Nacherfüllungsrechts ist abzulehnen. Der Verkäufer hat grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, die Rechtsbehelfe des Käufers abzuwenden und sich so das abgeschlossene Geschäft und den Gewinn daraus zu erhalten. Die Nacherfüllungsbefugnis ist daher als vertragserhaltendes Instrument zu

²⁶⁰ Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 64

²⁶¹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 1. zu Art. 7.1.4

befürworten.²⁶² Für ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers spricht außerdem, dass die vertraglichen Verpflichtungen zwischen den Parteien wegen der Vertragswidrigkeit noch nicht durch Erfüllung erloschen sind, so dass nach wie vor der Gläubiger die Leistung annehmen muss und der Schuldner so ein Recht zur zweiten Andienung hat.²⁶³

Bei einem Vergleich von Art. 48 I CISG und Art. 7.1.4 PICC fällt positiv auf, dass in den PICC eine eindeutige Klärung des Verhältnisses der Nacherfüllung zu den anderen Rechtsbehelfen des Gläubigers, insbesondere zur Vertragsaufhebung stattgefunden hat. Es wird in den PICC ausdrücklich zugunsten des Nacherfüllungsrechts aufgelöst. Damit erübrigt sich der zum CISG geführte Streit. Nach Art. 7.1.4 PICC schließt demnach, wie bereits zu Art. 48 I CISG vorgeschlagen, eine ordnungsgemäße und umgehende Nacherfüllung die Aufhebung des Vertrages aus.²⁶⁴

4.2.8.7.3. Die Grenzen der Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers

Das Recht des Verkäufers, den Einsatz von Rechtsbehelfen durch den Käufer zu vereiteln, wird nicht ausnahmslos gewährt. Ebenso wie der Nacherfüllungsanspruch des Käufers wird das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers durch Ausnahmetatbestände begrenzt. Für den Käufer geht es hier um die Frage, unter welchen Bedingungen er direkt weitergehende Rechtsbehelfe geltend machen kann bzw. wann er weitere Nacherfüllungsversuche des Verkäufers ablehnen darf. Ein Vergleich ergibt bei drei Tatbeständen eine weitgehende inhaltliche Übereinstimmung. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers besteht nicht, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist. Für den Kommissionsentwurf ergibt sich das aus § 323 II Nr. 1 KE, für die Richtlinie aus Art. 3 V 1. Spiegelstrich. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verweist in § 437 Nr. 2 BGB auf § 326 I 2, V BGB, der die Fälle der Unmöglichkeit speziell für den Rücktritt regelt und der über § 441 I BGB auch für die Minderung gilt. Die §§ 437 Nr. 3, 283, 311a II BGB enthalten die entsprechenden Vorschriften für den Schadensersatz. Im CISG wird die Unmöglichkeit der Nacherfüllung zwar nicht ausdrücklich geregelt, doch muss diese auch hier zu einem Ausschluss der Nacherfüllungsbefugnis des Verkäufers führen. Ist die nachträgliche Erfüllung unmöglich, kann ein derartiges Begehren des Verkäufers nur rechtsmissbräuchlich, weil allein auf die Verzögerung der weiteren Rechtsbehelfe des Käufers gerichtet, sein. Ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers hat in diesem Falle keine Berechtigung. In den PICC ist die Unmöglichkeit ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt. Der Ausschluss der verkäuferlichen Abwendungsbefugnis ergibt sich aber schon aus Art. 7.1.4 (2) lit. b PICC. Denn die dort für die Nacherfüllungsberechtigung vorausgesetzte Eignung der Nacherfüllung zur Mängelbeseitigung

²⁶² Siehe dazu ausführlich unter 4.5.1.

²⁶³ Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, S. 184

²⁶⁴ Siehe oben 4.2.8.3.2.2.

beurteilt sich insbesondere nach ihren Erfolgchancen.²⁶⁵ Eine unmögliche Nacherfüllung kann aber von vornherein keinen Erfolg haben.

Übereinstimmend wird eine Abwendungsbefugnis des Verkäufers auch dann verneint, wenn die Nacherfüllung ungebührlich verzögert wird, § 48 I 1 CISG, Art. 3 V 2. Spiegelstrich RL 99/44/EG. Auch nach Art. 7.1.4 (2) lit. d PICC muss die Nacherfüllung umgehend und ohne Verzögerung erfolgen. Die PICC sind dabei für den Verkäufer noch strenger, indem sie in lit. a dazu das Erfordernis der unverzüglichen Mitteilung gegenüber dem Gläubiger statuieren. Im Kommissionsentwurf und im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ergibt sich der Ausnahmetatbestand der ungebührlichen Verzögerung aus dem Begriff des Fehlschlagens gemäß §§ 439 II, 441 I 2 KE, 440, S. 1 Alt. 2 BGB, dessen zu § 11 Nr. 10 b AGBG a.F. entwickelte Definition vom geltenden Recht übernommen werden soll. In vielen Fällen ist der Käufer dann schon mit einem Nacherfüllungsbegehren an den Verkäufer herangetreten, eine Fristsetzung also bereits erfolgt. Der Tatbestand der ungebührlichen Verzögerung schließt das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers daher häufig nicht von vornherein aus. Erst wenn dessen Ausübung eine gewisse zeitliche Grenze überschritten hat, wird es dem Verkäufer versagt. Der Käufer kann dann die sekundären Rechtsbehelfe geltend machen, ohne weitere Nacherfüllungsbemühungen dulden zu müssen.

Als letzten Ausnahmetatbestand verweigern alle Regelwerke dem Verkäufer das Recht auf Nacherfüllung, wenn diese nicht ohne unzumutbare Unannehmlichkeiten für den Käufer durchführbar ist, Art. 48 I 1 CISG, Art. 3 V 3. Spiegelstrich RL 99/44/EG. Für den Kommissionsentwurf ergibt sich dies wiederum aus der Definition des Fehlschlagens gemäß §§ 439 II, 441 I 2 KE. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthält in § 440, S. 1 Alt. 3 BGB eine ausdrückliche Erwähnung der Zumutbarkeit. Dieses Kriterium findet sich in den PICC in Art. 7.1.4 (2) lit. c wieder, der den berechtigten Interessen des Nacherfüllungsgläubigers Rechnung trägt. Innerhalb dieses Kriteriums sind die Interessen des Käufers vorrangig zu berücksichtigen. Dies erscheint auch gerechtfertigt, da dem Verkäufer bei der Prüfung des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers ebenfalls eine vorrangige Berücksichtigung seiner Interessen zugestanden wird.²⁶⁶ Hat der Käufer unzumutbare Belästigungen bei der Durchführung zu erwarten, tritt das Verkäuferinteresse an einer Abwendung der weiteren Rechtsbehelfe zurück.

²⁶⁵ Siehe 4.2.8.4.2.

²⁶⁶ Siehe 4.2.8.6.2.2.1.

4.3. Die Rückgängigmachung des Vertrages

4.3.1. Das bisher geltende deutsche Recht

4.3.1.1. Voraussetzungen und Wirkung der Wandelung

Wandelung bedeutete nach der Legaldefinition des § 462 BGB a.F. die Rückgängigmachung des Kaufes. Ihr historisches Vorbild war die actio redhibitoria des römischen und gemeinen Rechts.²⁶⁷ Der Käufer konnte bei Mangelhaftigkeit im Sinne des § 459 BGB a.F. sofort wandeln, ohne dass weitere Voraussetzungen vorliegen mussten (§ 462 BGB a.F.). Ausgeschlossen war die Wandelung gemäß § 459 I 2 BGB a.F. nur, wenn die durch die Fehlerhaftigkeit bedingte Minderung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache unerheblich war. Dies wurde bejaht, wenn der Fehler innerhalb kürzerer Frist von selbst verschwand oder mit lediglich geringfügiger Mühe oder unbedeutendem Kostenaufwand beseitigt werden konnte.²⁶⁸

Nach erfolgter Wandelung hatte der Käufer die mangelhafte Sache Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzübereignen.²⁶⁹ Ein noch nicht vollzogener Kauf blieb unausgeführt. Wegen der Einzelheiten der Rückabwicklung verwies § 467 BGB a.F. auf das Rücktrittsrecht in §§ 346 ff. BGB a.F.

4.3.1.2. Anspruch oder Gestaltungsrecht?

Anders als der Rücktritt im allgemeinen Leistungsstörungenrecht war die kaufrechtliche Wandelung kein Gestaltungsrecht. Aus historischen Gründen²⁷⁰ hatte man die Wandelung im BGB a.F. als Anspruch ausgestaltet.²⁷¹ Die schon im bisherigen Recht überholte Vertragstheorie²⁷² war deshalb davon ausgegangen, dass der Käufer zunächst nur einen Anspruch auf Abschluss eines Wandelungsvertrages hatte. Die Rückgewähransprüche sollten dem Käufer erst aufgrund des Wandelungsvertrages zustehen. Verweigerte der Verkäufer die Einverständniserklärung, musste der Käufer danach zweimal klagen: auf Abgabe des Einverständnisses und auf Rückgewähr. Dieses Ergebnis erschien jedoch als ausgesprochen umständlich und unpraktikabel. In der Literatur wurde deshalb versucht, die Wandelung auf andere Weise dogmatisch zu begründen. Nach der Herstellungstheorie²⁷³ zielte die Wandelung

²⁶⁷ Siehe 1.1.

²⁶⁸ Jauernig-Vollkommer § 459 Rn. 17; Palandt-Putzo § 459 Rn. 13; KG NJW-RR 89, 972; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rn. 65

²⁶⁹ §§ 467, 348 BGB a.F.

²⁷⁰ Dazu MüKo-Westermann § 462 Rn. 4

²⁷¹ Nach § 465 BGB a.F. war die Wandelung nicht schon mit ihrer Erklärung durch den Käufer vollzogen, sondern erst mit der Einverständniserklärung des Verkäufers. Auch § 462 BGB a.F. sagte, der Käufer könne Wandelung „verlangen“. Ebenso sprach § 477 I 1 BGB a.F. vom „Anspruch auf Wandelung“ und § 467 BGB a.F. übergang bei seiner Verweisung auf das Rücktrittsrecht gerade den die gestaltende Rücktrittserklärung betreffenden § 349 BGB a.F.

²⁷² Leonhard, Oertmann, Nachweise bei Staudinger-Honsell § 465 Rn. 2

²⁷³ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 369, Blomeyer, AcP 151 (1950/51), S. 97 ff.; Erman, JZ 60, S. 44 ff.; Kupisch, AcP 170 (1970), S. 499 ff.

aus § 462 BGB a.F. sogleich auf Herstellung des früheren Zustands, also auf Rückzahlung des Kaufpreises, ohne dass der Käufer den Verkäufer auf Abgabe seines Einverständnisses in Anspruch nehmen musste. Die Problematik der Herstellungstheorie lag darin, dass sie entgegen dem Wortlaut des Gesetzes der Wandelungserklärung eine Gestaltungswirkung unterlegte, um die ohne weiteres eintretende Umgestaltung bzw. Aufhebung des Kaufvertrages zu erklären.²⁷⁴ Demgegenüber hielt die Theorie des richterlichen Gestaltungsakts²⁷⁵ daran fest, dass zunächst eine einverständliche Aufhebung des Kaufvertrages notwendig sei, um die Rückgewähransprüche entstehen zu lassen.²⁷⁶ Bei fehlendem Einverständnis des Verkäufers sollte der Käufer jedoch nicht erst auf Einwilligung klagen müssen. Er konnte vielmehr sofort auf Rückgewähr klagen. Die Umgestaltung des Vertrages erfolgte dabei implizit durch richterliche Gestaltung.²⁷⁷ Diese Theorie stieß vor allem auf prozessrechtliche Schwierigkeiten, etwa bei der Teilklage²⁷⁸ oder der verteidigungsweise erhobenen Wandlungseinrede.²⁷⁹ Die Rechtsprechung ging von Anfang an davon aus, dass eine doppelte Klage nicht notwendig sei. Sie ließ den Käufer sofort auf die Folgen der Wandelung klagen.²⁸⁰ Da sich die Wandelung nach Auffassung der Rechtsprechung jedoch nicht durch einseitige Erklärung vollziehen konnte²⁸¹, räumte sie dem Käufer die Möglichkeit ein, den Verkäufer auch lediglich auf Abgabe seines Einverständnisses zu verklagen.²⁸²

4.3.2. Der Kommissionsentwurf

4.3.2.1. Rücktritt nach den allgemeinen Vorschriften

Der Kommissionsentwurf verzichtete auf eine eigenständige gesetzliche Regelung der Wandelung. Vielmehr sollte der Rücktritt als im allgemeinen Leistungsstörungsrecht geregeltes Institut zur Vertragsaufhebung auch auf die Fälle mangelhafter Lieferung beim Kauf anwendbar sein. § 439 I KE verwies dementsprechend auf die allgemeine Rücktrittsvorschrift des § 323 KE. Anders als nach bisherigem deutschem Recht war der Rücktritt nach dem Kommissionsentwurf allgemein von einem Vertretenmüssen unabhängig.²⁸³ Gemäß § 439 I i.V.m. § 323 I 1 KE konnte der Käufer regelmäßig erst dann vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn eine dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos abgelaufen war. Ein

²⁷⁴ Blomeyer, AcP 151 (1950/51), S. 110: durch allgemeine Praxis geltendes Recht; Kupisch, AcP 170 (1970), S. 492: Umgestaltung nicht nötig

²⁷⁵ Auch modifizierte Vertragstheorie genannt, Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, S. 8; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II a, b; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 722; Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB, S. 116

²⁷⁶ Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, S. 8

²⁷⁷ Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II; Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB, S. 123 f.

²⁷⁸ Vgl. Erman, JZ 60, S. 44

²⁷⁹ MüKo-Westermann § 462 Rn. 6

²⁸⁰ RGZ 58, 423, 425; BGHZ 29, 148

²⁸¹ RGZ 59, 97, 98

²⁸² RG JW 13, 736

²⁸³ Abschlussbericht, S. 166

unmittelbares Rücktrittsrecht sollte dem Käufer in den Ausnahmefällen der §§ 439 II, 323 II Nr. 1 bis 3 KE zustehen. Eine Fristsetzung war nach § 439 II KE insbesondere bei Fehlschlagen der Nacherfüllung entbehrlich.²⁸⁴ Die Rückabwicklung des Vertrages richtete sich nach den §§ 346 ff. KE.

4.3.2.2. Gestaltungsrecht

Im Gegensatz zur Wandelung des bisherigen Rechts hatte die Schuldrechtskommission die Rückgängigmachung des Kaufvertrages nicht als Anspruch, sondern als Gestaltungsrecht konzipiert.²⁸⁵ Danach konnte der Kaufvertrag durch die einseitige Willenserklärung des Käufers in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt werden. Der Käufer war an seine einmal abgegebene Erklärung gebunden und konnte sich nicht mehr für einen anderen Gewährleistungsanspruch entscheiden. Das *ius variandi* aus § 465 BGB a.F. entfiel.

4.3.2.3. Kein Rücktritt bei unerheblicher Pflichtverletzung

Der Rücktritt aufgrund eines Sachmangels wurde nach dem Kommissionsentwurf aber nicht ausnahmslos gewährt. So sollte der Rücktritt gemäß § 323 III Nr. 1 i.V.m. § 439 I KE insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn die Pflichtverletzung unerheblich war. Als Auslegungshilfe für die Bestimmung der Erheblichkeit sollte § 459 I 2 BGB a.F. herangezogen werden.²⁸⁶ So wurde in den Erläuterungen des Abschlussberichts zu § 323 III Nr. 1 KE ausdrücklich der Fall der unerheblichen Schlechterfüllung nach bisherigem Recht beispielhaft erwähnt.²⁸⁷ Auf die weiterhin mögliche Zusicherung²⁸⁸ war § 323 III Nr. 1 KE jedoch nicht anwendbar. Wie schon nach bislang geltendem Recht sollte hier selbst bei einer geringfügigen Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der Kaufsache nicht von einer unerheblichen Pflichtverletzung ausgegangen werden.²⁸⁹ Die Bemessung der Erheblichkeitsgrenze sah die Schuldrechtskommission mit dem Rechtsbehelf der Nacherfüllung verknüpft. Von der Erheblichkeit der Pflichtverletzung sollte regelmäßig ausgegangen werden, wenn die Nacherfüllungsfrist erfolglos verstrichen war.²⁹⁰ Verweigerte der Verkäufer nämlich gegen ein objektiv vorhandenes wirtschaftliches Interesse²⁹¹ die Nacherfüllung, musste es sich um eine nicht zu rechtfertigende Willkürentscheidung handeln, weshalb ein Ausschluss des Rücktritts im Wege des § 323 III Nr. 1 KE auch bei noch so geringen Sachmängeln nicht in Betracht kommen

²⁸⁴ Die Ausnahmetatbestände, in denen die Fristsetzung entbehrlich war, wurden bereits unter 4.2.8.2.2. behandelt, da sie die Frage betreffen, ob dem Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht zusteht oder nicht. Zum Begriff des Fehlschlagens siehe 4.2.8.6.2.2.

²⁸⁵ Abschlussbericht, S. 217; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 198

²⁸⁶ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 154; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 640
²⁸⁷ S. 169

²⁸⁸ Siehe 2.1.2.2.

²⁸⁹ Abschlussbericht, S. 216

²⁹⁰ Abschlussbericht, S. 166

²⁹¹ Der Rücktritt ist gegenüber den anderen Rechtsbehelfen der wirtschaftlich nachteiligere, dazu ausführlich unter 4.5.1.

konnte. Damit sollte das nicht schutzwürdige Verhalten des Verkäufers sanktioniert und gleichzeitig der Nacherfüllungsanspruch des Käufers in seiner Durchsetzbarkeit gestärkt werden.

4.3.3. Das CISG

4.3.3.1. Vertragsaufhebung nur bei Wesentlichkeit

Im CISG kann der Käufer den Vertrag durch einseitige rechtsgestaltende Erklärung aufheben.²⁹² Dies muss gemäß Art. 26 CISG durch Mitteilung gegenüber dem Verkäufer geschehen.²⁹³ Hat der Verkäufer vertragswidrige Ware im Sinne des Art. 35 CISG geliefert, so ist gemäß Art. 49 I lit. a CISG Vertragsaufhebung nur unter der Voraussetzung der Wesentlichkeit nach Art. 25 CISG möglich. Wesentlichkeit ist danach anzunehmen, wenn ein aliud geliefert wurde und eine Ersatzlieferung nicht durchführbar ist, ohne dass die dafür nötige Lieferfristüberschreitung zur wesentlichen Vertragsverletzung wird.²⁹⁴ Insgesamt hängt die Wesentlichkeit auch bei weniger gravierenden Vertragswidrigkeiten davon ab, ob eine Nachbesserung möglich erscheint und vom Verkäufer innerhalb einer zumutbaren Frist zu erwarten ist, sofern nicht die durch die Nachbesserung bewirkte Verzögerung der Erfüllung selbst wieder eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt.²⁹⁵ Die Wesentlichkeit kann auch fehlen, wenn der Käufer die Ware zumutbar verwerten kann.²⁹⁶ Auf ein Verschulden des Verkäufers kommt es für die Vertragsaufhebung nicht an.²⁹⁷

4.3.3.2. Erklärung innerhalb angemessener Frist

Um sein Aufhebungsrecht nicht zu verlieren, muss der Käufer die Aufhebung des Vertrages innerhalb einer angemessenen Frist erklären, Art. 49 II lit. b CISG.²⁹⁸ Der Beginn der Fristen ergibt sich aus Art. 49 II lit. b (i) bis (iii) CISG. Gemäß Art. 49 II lit. b (i) CISG beginnt die Frist grundsätzlich, wenn der Käufer die Vertragsverletzung kannte oder kennen musste. Diese Regel wird in Abs. II lit. b (ii) und (iii) um zwei Ausnahmen ergänzt.²⁹⁹ Hat der Käufer dem Verkäufer gemäß Art. 47 I CISG eine Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten gesetzt, beginnt die angemessene Erklärungsfrist erst nach Ablauf dieser Frist (ii). Gleiches gilt, wenn der Verkäufer den Käufer gemäß Art. 48 II CISG aufgefordert hat, ihm mitzuteilen, ob der Käufer

²⁹² Honnold, Uniform Law, Rn. 303

²⁹³ Honnold, Uniform Law, Rn. 302; Schlechtriem-Huber Art. 49 Rn. 28

²⁹⁴ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 197, S. 108

²⁹⁵ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn 197, S. 108; zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung siehe unter 4.2.3.1.; zum Verhältnis von Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers und Vertragsaufhebung gemäß Art. 48 I CISG siehe 4.2.8.3.2.2.

²⁹⁶ OLG Frankfurt NJW 94, 1013 f.; Lohs/ Nolting, ZVglRWiss 97 (1998), S. 13; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn 197, S. 108

²⁹⁷ Schlechtriem-Huber Art. 49 Rn. 4

²⁹⁸ Entsprechend der Auslegung in Art. 39 CISG, Bianca/ Bonell-Will Art. 49 Anm. 2.2.2.1.; Enderlein/ Maskow/ Strohbach Art. 49 Anm. 7 a.E.

²⁹⁹ Schlechtriem-Huber Art. 49 Rn. 43

die Nacherfüllung annehmen wolle (iii). Wenn jedoch durch Erklärung des Verkäufers (ii) oder des Käufers (iii) schon vorher die Vergeblichkeit der jeweiligen Fristsetzung deutlich geworden ist, beginnt die Frist zur Erklärung der Vertragsaufhebung entsprechend früher.

4.3.3.3. Wirkungen der Vertragsaufhebung

Die Wirkungen der Aufhebung ergeben sich aus den Art. 81 ff. CISG. Der Vertrag wird in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt, Art. 81 I 1 CISG. Da der Vertrag zwar umgewandelt, nicht aber beendet wird, bleiben andere Rechte des Käufers, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz, bestehen.

4.3.4. PECL und PICC

4.3.4.1. Rechtsgrundlagen

In Bezug auf das Recht des Gläubigers, bei Vorliegen einer mangelhaften Erfüllung den Vertrag aufzuheben, enthalten PECL und PICC ähnliche Regelungen. Die maßgeblichen Vorschriften sind Art. 9:301 (1) i.V.m. Art. 8:103 PECL und Art. 7.3.1 (1) und (2) PICC, welche über die Fälle der *defective performance* hinaus ein allgemeines Prinzip der Vertragsaufhebung enthalten, das für alle Arten der Nichterfüllung gelten soll.³⁰⁰ Danach ist die Vertragsaufhebung nur zulässig, wenn die zugrunde liegende Nichterfüllung wesentlich ist. Die Vertragsaufhebung ist ein sehr weitgehender, für den Gläubiger günstiger Rechtsbehelf. Für den Schuldner kann die Vertragsaufhebung hingegen ernsthafte Nachteile mit sich bringen, etwa wenn er im Rahmen der Erfüllung Ausgaben getätigt hat, die nun umsonst sind oder weil es sich um Waren handelt, für die außerhalb des konkreten Vertrages kein Markt existiert.³⁰¹ Deshalb sollte die Vertragsaufhebung nach Ansicht der Verfasser der *Principles* möglichst vermieden werden, sofern noch andere Rechtsbehelfe wie Schadensersatz oder Minderung die Interessen des Gläubigers sichern können.³⁰² Aus diesem Grund muss es sich um eine wesentliche, d. h. um eine grundlegende Nichterfüllung von nicht lediglich untergeordneter Bedeutung handeln. Ein Verschulden ist jedoch für die Vertragsaufhebung nicht erforderlich.

4.3.4.2. Vertragsaufhebung nur bei Wesentlichkeit

Unter welchen Umständen eine Nichterfüllung wesentlich ist, bestimmt für die PECL Art. 8:103 PECL. Die Wesentlichkeit wird danach im Rahmen der allgemeinen Regeln für die Nichterfüllung definiert. Die PICC hingegen regeln die Wesentlichkeit innerhalb des maßgeblichen Aufhebungstatbestands Art. 7.3.1 (2). Dabei enthalten die PICC keine

³⁰⁰ Schlechtriem, EJLR 1998/99, S. 306

³⁰¹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.301 (Art. 9:301 n.F.) und Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 2.* zu Art. 7.3.1

³⁰² Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.301 (Art. 9:301 n.F.); siehe dazu 5.2.

abschließende Definition der Wesentlichkeit, sondern lediglich einen Katalog von Abgrenzungskriterien.³⁰³ Diese Kriterien stimmen inhaltlich allerdings weitgehend mit denen der PECL überein.

4.3.4.2.1. Genaue Einhaltung der Pflicht grundlegend

Die Wesentlichkeit einer Nichterfüllung wird gemäß Art. 8:103 lit. a PECL, Art. 7.3.1 (2) lit. b PICC bejaht, wenn die genaue Einhaltung der Verpflichtung für den Vertrag entscheidend ist. Relevantes Kriterium ist hier nicht die wirkliche Schwere des Vertragsbruches, sondern die Vereinbarung der Parteien, die ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen kann. Kommen die Vertragspartner überein, dass eine Abweichung von einer speziellen Verpflichtung so schwerwiegend ist, dass sie die Grundlagen des Vertrages berührt, ist auch eine geringfügige Verletzung dieser Pflicht wesentlich und berechtigt zur Vertragsaufhebung.³⁰⁴

4.3.4.2.2. Schwere des Vertragsbruchs

Wesentlichkeit ist des Weiteren anzunehmen, wenn die Nichterfüllung der geschädigten Partei in erheblichem Maße das nimmt, was sie nach dem Vertrag erwarten durfte.³⁰⁵ Dabei wird auf die Schwere der Konsequenzen der Nichterfüllung für den Gläubiger abgestellt.³⁰⁶ Bei geringfügigen Mängeln kommt eine Vertragsaufhebung danach nicht in Betracht.³⁰⁷ Besteht die Wirkung der Nichterfüllung darin, dass die geschädigte Partei um den Nutzen ihres Geschäfts gebracht wird und so ihr Interesse an der Vertragserfüllung verliert, dann ist grundsätzlich von einer Wesentlichkeit auszugehen.³⁰⁸ Als Korrektiv enthalten beide Regelungen die einschränkende Voraussetzung, dass die andere Partei dies vorausgesehen hat oder es vernünftigerweise hätte voraussehen können.

4.3.4.2.3. Vorsätzliche Nichterfüllung und Zweifel an der Erbringung künftiger Leistungen

Die PECL gehen außerdem von einer wesentlichen Nichterfüllung aus, wenn die Nichterfüllung vorsätzlich begangen wurde und sie der betroffenen Partei Anlass zu der Annahme gibt, sie könne sich auf die künftige Leistung nicht mehr verlassen, Art. 8:103 lit. c. Auch eine an sich

³⁰³ Schlechtriem, in: Bonell/ Bonelli (Hrsg.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, S. 257; Hartkamp, ERPL 2 (1994), S. 353; Karollus, *RabelsZ* 61 (1997), S. 590

³⁰⁴ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B.* zu Art. 3.103 (Art. 8:103 n.F.); Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 73; Zimmermann, *JZ* 95, S. 484; Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, S. 261

³⁰⁵ Art. 8:103 lit. b PECL; Art. 7.3.1 (2) lit. a PICC

³⁰⁶ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment C.* zu Art. 3.103 (Art. 8:103 n.F.); Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 73; Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3.a* zu Art. 7.3.1

³⁰⁷ Drobniq, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 56

³⁰⁸ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment C.* zu Art. 3.103 (Art. 8:103 n.F.)

geringfügige Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die für die geschädigte Partei nicht von grundlegender Bedeutung ist, kann bei Vorsatz zur Wesentlichkeit führen. Nach den PECL gilt dies jedoch nicht, wenn zukünftige Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien, abgesehen von den Rechtsbehelfen für die bereits begangene Nichterfüllung, nicht bestehen oder wenn es keine Zweifel an der zukünftigen ordnungsgemäßen Erfüllung gibt.³⁰⁹ Die beiden Erfordernisse gelten kumulativ. In den PICC werden die Kriterien in Art. 7.3.1 (2) lit. c und d getrennt behandelt, so dass schon die vorsätzliche und gemäß lit. c sogar die leichtfertige Verletzung vertraglicher Pflichten für sich alleine eine wesentliche Nichterfüllung darstellen können. In diesem Punkt lassen die PICC die Vertragsaufhebung unter geringeren Voraussetzungen zu als die PECL.

4.3.4.2.4. Gegenindikation zur Wesentlichkeit

Die PICC enthalten in lit. e noch eine Gegenindikation³¹⁰ zur Wesentlichkeit. Die Wesentlichkeit entfällt nämlich, wenn die nichterfüllende Partei aufgrund ihrer Vorbereitungen oder ihrer erbrachten Leistungen unverhältnismäßige Verluste bei Aufhebung des Vertrages erleiden würde. Zu denken ist insbesondere an aufwendige Sonderanfertigungen, die trotz ihrer Mangelhaftigkeit noch zu gebrauchen sind, während sie der verkaufende Hersteller nicht anders verwerten kann.³¹¹ In diesen Fällen muss sich der Käufer mit einem Schadensersatzanspruch zufrieden geben.

4.3.4.3. Erklärung innerhalb angemessener Frist

Die Vertragsaufhebung erfolgt gem. Art. 9:303 (1) PECL und Art. 7.3.2 (1) PICC durch rechtsgestaltende Erklärung gegenüber der anderen Vertragspartei.³¹² Für den Fall vertragswidriger Erfüllung enthalten Art. 9:303 (2) PECL und Art. 7.3.2 (2) PICC das Erfordernis, dass die geschädigte Partei binnen angemessener Frist, nachdem sie von der vertragswidrigen Erfüllung erfahren hat oder hätte erfahren müssen, die Aufhebungserklärung abzugeben hat. Andernfalls verliert sie ihr Recht zur Aufhebung des Vertrages. Die Angemessenheit hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Jedenfalls muss die geschädigte Partei noch ausprobieren können, ob ihr die Sache in ihrem Zustand noch von Nutzen sein kann.³¹³ Die Bindung der Vertragsauflösung an eine fristgerechte Erklärung soll Unsicherheiten beim Schuldner darüber, ob der Gläubiger die Erfüllung akzeptiert oder nicht, beseitigen und ihn so vor wirtschaftlichen Verlusten bewahren. Denn nach erfolgter

³⁰⁹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment D.* zu Art. 3.103 (Art. 8:103 n.F.); Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, S. 266

³¹⁰ Drobnig, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 57

³¹¹ Drobnig, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 57; Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3.e* zu Art. 7.3.1

³¹² Schlechtriem, *EJLR* 1998/99, S. 307, 317

³¹³ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 3.* zu Art. 7.3.2; Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B.* zu Art. 4.303 (Art. 9:303 n.F.)

mangelhafter Erfüllung kann das Zuwarten des Gläubigers beim Schuldner zu dem Vertrauen führen, dass der Gläubiger seine Leistung akzeptiert. Zudem sollen Spekulationen über Steigen und Fallen des Wertes des Vertragsgegenstands zum Nachteil des Schuldners vermieden werden.³¹⁴

4.3.4.4. Wirkungen der Vertragsaufhebung

Die Wirkungen der Vertragsaufhebung richten sich nach den Art. 7.3.5 und 7.3.6 PICC sowie den Art. 9:305 bis 9:309 PECL. Danach werden beide Parteien von ihrer zukünftigen Pflicht zur Erfüllung befreit, Art. 7.3.5 (1) PICC; Art. 9:305 (1) PECL. Rückwirkung soll die Vertragsaufhebung dagegen nicht haben.³¹⁵ Jedoch müssen die bis dahin erbrachten Leistungen gemäß Art. 9:307 bis 9:309 PECL, Art. 7.3.6 (1) PICC wieder zurückerstattet werden. Deshalb vertritt Drobnig die Ansicht, die Aufhebung entfalte doch Rückwirkung.³¹⁶

4.3.5. Die Richtlinie 99/44/EG

Als Recht der zweiten Stufe kann die Auflösung des Vertrages lediglich subsidiär vom Käufer beansprucht werden. Art. 3 V RL 99/44/EG bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Verbraucher zu den sekundären Rechtsbehelfen übergehen kann. Dabei gelten die dort aufgeführten Bedingungen alternativ, so dass der Verbraucher bereits dann Vertragsauflösung verlangen kann, wenn eine von ihnen erfüllt ist.³¹⁷ Dem Verbraucher steht damit der Anspruch auf Auflösung der vertraglichen Bindungen zu, wenn die Nacherfüllung unmöglich, unverhältnismäßig oder aber gescheitert ist. Ein Scheitern ist anzunehmen, wenn der Verkäufer binnen angemessener Frist überhaupt keinen Nacherfüllungsversuch unternommen hat oder wenn der Nacherfüllungsversuch nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt wurde, Art. 3 V Spiegelstriche 2 und 3 RL 99/44/EG.³¹⁸ Ein Verschulden des Verkäufers ist nicht erforderlich. Die Vertragsauflösung ist nach Art. 3 VI RL 99/44/EG allerdings nur statthaft, wenn es sich um eine nicht bloß geringfügige Vertragswidrigkeit handelt. Anders als im bisherigen deutschen Recht wird hier also das Problem der unerheblichen Mängel nicht durch eine Einschränkung auf der Tatbestandsseite, sondern durch eine Differenzierung auf der Rechtsfolgenseite gelöst.³¹⁹ Die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung bleiben den nationalen Rechten vorbehalten.³²⁰

³¹⁴ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 1. zu Art. 7.3.2; Lando/Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.303 (Art. 9:303 n.F.)

³¹⁵ Lando/Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B.* zu Art. 4.305 (Art. 9:305 n.F.); Hartkamp, ERPL 2 (1994), S. 353

³¹⁶ in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 57

³¹⁷ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395

³¹⁸ Siehe dazu oben 4.2.8.5.; In diesen Fällen endet die Abwendungsbefugnis des Verkäufers.

³¹⁹ Jorden, *Verbrauchergarantien*, S. 83

³²⁰ 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2422; Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 648; siehe dazu noch 4.3.7.3.

4.3.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die spezifisch gewährleistungsrechtliche Wandelung des bisherigen Rechts ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr enthalten. Sie wird durch das im allgemeinen Leistungsstörungsrecht einheitlich für alle Arten von Leistungsstörungen geregelte Rücktrittsrecht ersetzt.³²¹ Als Grundlage für die Neuregelung der Vertragsaufhebung beim Kauf diente der Kommissionsentwurf.³²² Die allgemeinen Rücktrittsvorschriften sind aufgrund der Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB auch auf die Fälle mangelhafter Lieferung beim Kauf anwendbar. Im Hinblick auf die Voraussetzungen, unter denen der Käufer sich wegen eines Mangels von seinen vertraglichen Verpflichtungen befreien kann, ist § 323 BGB die zentrale Norm.³²³ Anders als nach bisher geltendem Recht³²⁴ ist für den Rücktritt nicht mehr von Bedeutung, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Rücktritt setzt kein Verschulden voraus.³²⁵ Für das Kaufrecht stellt dies allerdings keine grundlegende Neuerung dar, da bereits die Wandelung nach § 462 BGB a.F. unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers war. Die generelle Aufgabe des Erfordernisses des Vertretenmüssens ermöglichte die Eingliederung der gewährleistungsrechtlichen Sachverhalte in das allgemeine Leistungsstörungsrecht.³²⁶

Gemäß § 323 I i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB muss der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung setzen.³²⁷ In den in §§ 323 II, 440 BGB geregelten Ausnahmefällen ist ein sofortiger Rücktritt möglich. Es handelt sich dabei um Sachverhalte, in denen der Verkäufer sich auf § 439 III BGB beruft oder die Nacherfüllung sonst endgültig und ernsthaft verweigert, die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Käufer unzumutbar ist oder eine Abwägung der

³²¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 220 f.; Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 132; Boerner, ZIP 01, S. 2270; Lorenz, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 337

³²² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 182

³²³ Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 132

³²⁴ Insbesondere nach §§ 325, 326 BGB a.F. und den von der Rechtsprechung entwickelten Rücktrittsvoraussetzungen für die positive Forderungsverletzung

³²⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 187 f.; Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Lorenz, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 338; AnwK/ Dauner-Lieb § 323 Rn. 4; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 171; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 96

³²⁶ Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 517; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 959; AnwK/ Dauner-Lieb § 323 Rn. 4; Canaris, ZRP 01, S. 332

³²⁷ Darüber hinaus hatte § 323 I a.E. RE bestimmt, dass der Schuldner mit dem Rücktritt rechnen musste. Dieses Erfordernis sollte keine zusätzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rücktritts darstellen. Es sollte sich bei diesem Merkmal lediglich um die Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 BGB handeln, der auch ohne ausdrückliche Festschreibung zu beachten gewesen wäre. Durch § 323 I a.E. RE sollen nur seltene Sonderfälle erfasst werden, in denen die Fristsetzung nicht als endgültig gemeint war (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222). In das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist das Kriterium nicht übernommen worden, da die Regelung schon in der Diskussion häufig als „kleine Ablehnungsandrohung“ missverstanden wurde (vgl. Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 99). Weil dem Gläubiger durch diese Regelung aber nichts zusätzliches abverlangt werden sollte, hat man auf sie verzichtet. Die von § 323 I a.E. RE erfassten Sonderfälle können durch die Anwendung von § 242 BGB gelöst werden, vgl. BT-Drucks. 14/7052; S. 185 und 192

beiderseitigen Interessen die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ergibt.³²⁸ Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung bei vertragswidriger Leistung regelt § 326 I 2, V i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB in einem gesonderten Tatbestand. Eine Fristsetzung durch den Käufer ist hier ebenfalls nicht erforderlich. In der Behandlung der unmöglichen Nacherfüllung unterscheidet sich das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von der Vorbildregelung des Kommissionsentwurfs. Dieser hatte noch alle Rücktrittssituationen in einer Norm zusammengefasst.³²⁹ Als Reaktion auf die Kritik an dem hohen Abstraktionsgrad³³⁰ des § 323 KE wurden die Unmöglichkeit und die Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten in §§ 324, 326 BGB tatbestandlich ausgegliedert.³³¹ Für Fälle der Unmöglichkeit bei mangelhafter Lieferung wäre ein Sondertatbestand allerdings nicht erforderlich gewesen.³³² Denn anders als nach § 326 I 1 BGB³³³ entfällt die Leistungspflicht des Verkäufers bei Mangelhaftigkeit wegen § 326 I 2 BGB nicht kraft Gesetzes.³³⁴ Der Käufer muss also auch vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist, §§ 326 I 2, V, 323 i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB. Allerdings braucht er dem Verkäufer zuvor keine Nacherfüllungsfrist zu setzen. Diese Lösung entspricht dem § 323 II Nr. 1 KE, der bei unmöglicher Nacherfüllung das Fristsetzungserfordernis entfallen ließ.³³⁵

³²⁸ Die Ausnahmetatbestände wurden bereits im Zusammenhang mit der Abwendungsbefugnis des Verkäufers unter 4.2.8.6.2. behandelt, da bei ihrem Vorliegen die Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers entfällt.

³²⁹ Nach Abschlussbericht, S. 166 kam es für den Rücktritt gemäß § 323 KE nicht darauf an, ob die Pflichtverletzung auf Unmöglichkeit, Leistungsverweigerung, Verzug, der Schlechterbringung von Hauptleistungspflichten oder der Verletzung von Nebenleistungspflichten beruhte.

³³⁰ Vgl. Huber, ZIP 00, S. 2274 f., 2280

³³¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 182 f., 184; AnwK/ Dauner-Lieb § 323 Rn. 3; Canaris, JZ 01, S. 509; befürwortend Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 102

³³² So auch AnwK/ Dauner-Lieb § 326 Rn. 7 Fn. 17; für sämtliche Fälle der unmöglichen Leistung Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 647 Fn. 71

³³³ Am Vorschlag der Schuldrechtskommission, in § 323 I KE sämtliche Arten von Leistungsstörungen, also auch die Unmöglichkeit, dem einheitlichen Rücktrittsrecht zu unterwerfen, war kritisiert worden, dass der Rücktritt und das Absehen von der Fristsetzung technisch zu kompliziert seien, wenn von vornherein feststehe, dass die Leistung nicht erbracht werden könne. Der Rücktritt sei hier offenkundig sinnlos, weil der Gläubiger keine Entscheidungsalternative hat. Wegen der Unmöglichkeit kann er ohnehin nicht am Vertrag festhalten (Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 101). Mit § 326 I 1 BGB kehrt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz daher zur ursprünglichen Regelung des § 323 BGB a.F. zurück. Ist die Leistung unmöglich, entfällt demnach die Leistungspflicht des Gläubigers ipso iure, ohne dass es eines Rücktritts bedürfte, Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 182,188; Canaris, JZ 01, S. 508

³³⁴ Durch § 326 I 2, V BGB sollte vermieden werden, dass für die Fälle der Schlechtlieferung eine Minderung kraft Gesetzes eingeführt wird. Bei Anwendung des § 326 I 1 BGB auf solche Fälle wäre dies aber der Fall, da sich der Wert der Gegenleistung automatisch im Umfang der Unmöglichkeit mindern würde. Eine solche Minderung kraft Gesetzes wäre aber nicht damit zu vereinbaren, dass im Kauf- und Werkvertragsrecht die Minderung als Gestaltungsrecht konstruiert sei und nur an Stelle des Rücktritts ausgeübt werden könne. Zudem könne es für die Rechte des Käufers keinen Unterschied machen, ob eine Nacherfüllung deshalb fehlschlage, weil der Verkäufer aus Nachlässigkeit eine ordnungsgemäße Nacherfüllung nicht erreiche oder ob der Leistungserfolg aufgrund von vornherein feststehender Unmöglichkeit ausbleibe, Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 189; AnwK/ Dauner-Lieb § 326 Rn. 7, 16

³³⁵ Vgl. auch Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 183 f.

In der Diskussion über die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde die Ansicht vertreten, der Käufer dürfe nicht mit einer Obliegenheit zur Nachfristsetzung belastet werden.³³⁶ Der Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ließ dementsprechend die bloße Aufforderung zur Nacherfüllung genügen, durch welche dann ipso iure eine angemessene Nachfrist in Gang gesetzt wurde.³³⁷ Dies entsprach dem Konzept der Richtlinie. Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist man in § 323 I BGB zum Regelungsansatz des Kommissionsentwurfs zurückgekehrt. Der Käufer muss dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung setzen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist diese Lösung zu befürworten.³³⁸ Sie ist zudem richtlinienkonform. Denn auch nach der Richtlinie hat der Käufer sein Nacherfüllungsbegehren beim Verkäufer anzumelden und sich dabei zwischen den Nacherfüllungsvarianten zu entscheiden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ermöglicht dem Käufer dabei, die Länge der Frist selbst zu bestimmen, während nach der Richtlinie zunächst nur eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird. Doch muss der Käufer auch dort entscheiden, wann die Frist endet, da er erst nach deren Ablauf zu den Rechten der zweiten Stufe übergehen kann. Außerdem führt selbst die zunächst unterbliebene Fristsetzung nicht zu einem Rechtsverlust des Verkäufers, da er die Frist auch nachträglich setzen kann. Das Fristsetzungserfordernis des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bedeutet danach keine Schlechterstellung des Käufers.³³⁹

Das Rücktrittsrecht ist gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, wenn es sich um eine unerhebliche Pflichtverletzung handelt. Dies dient der Umsetzung von Art. 3 VI RL 99/44/EG. Wie schon bei dem gleichlautenden § 323 III Nr. 1 KE kann für die Bestimmung der Unerheblichkeit auf die zu § 459 I 2 BGB a.F. aufgestellten Kriterien zurückgegriffen werden.³⁴⁰ Der Rücktritt gemäß § 323 BGB wird zum Gestaltungsrecht³⁴¹ und entspricht auch insoweit dem Kommissionsentwurf. Diese Umsetzung ist mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar, da die Ausgestaltung des Aufhebungsrechts den Mitgliedstaaten überlassen wurde.³⁴²

³³⁶ Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1418; Ernst, ZRP 01, S. 9; Hoffmann, ZRP 01, S. 349

³³⁷ § 438 I bzw. § 439 I 2 i. V. m. § 323 I 2 DisKE

³³⁸ So auch Wolf, RIW 97, S. 902; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 60; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 99

³³⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 60

³⁴⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 222 f.; Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 200; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 75; siehe schon 4.3.2.3.

³⁴¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 221

³⁴² 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2421; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 959

4.3.7. Vergleich

4.3.7.1. Die Voraussetzungen für die Befreiung von den vertraglichen Pflichten

Die einzelnen Regelwerke stellen an die Auflösung des Vertrages unterschiedliche Anforderungen. Für deren Bewertung sind die folgenden vier Kriterien entscheidend.

4.3.7.1.1. Verschulden für die Vertragsaufhebung nicht maßgeblich

Übereinstimmung besteht bei allen Regelungen darin, dass ein Verschulden für die Geltendmachung des Rücktritts nicht erforderlich ist. Dies ist sachgerecht. Der Käufer macht hier keine Forderungen gegenüber dem vertragsbrüchigen Verkäufer geltend. Er will sich vielmehr von seiner eigenen, trotz Vertragswidrigkeit fortbestehenden Verpflichtung lösen. Nach dem Prinzip des synallagmatischen Vertrages ist dafür aber ausreichend, dass der Verkäufer seine Leistung in der vertraglich vereinbarten Form nicht mehr erbringen wird.³⁴³ Wer selbst nicht zur Leistung bereit oder in der Lage ist, kann nämlich nicht erwarten, dass sein Vertragspartner an der für ihn wertlos gewordenen Vereinbarung festgehalten wird.³⁴⁴

4.3.7.1.2. Das Gewicht der Vertragswidrigkeit

Die Erheblichkeit der Vertragswidrigkeit ist nach allen Regelwerken Voraussetzung für das Recht des Käufers zur Vertragsaufhebung. Hinsichtlich der erforderlichen Intensität der Beeinträchtigung durch die Vertragswidrigkeit bestehen allerdings erhebliche Unterschiede zwischen dem CISG und den *Principles* einerseits sowie dem bisherigen deutschen Recht, dem Kommissionsentwurf, der Richtlinie und dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz andererseits. In den letztgenannten Regelungen soll das Kriterium der Erheblichkeit lediglich Bagatellfälle, also ganz geringfügige Mängel, von der Auflösung des Vertrages ausnehmen, § 459 I 2 BGB a.F., § 439 I i.V.m. § 323 III Nr. 1 KE, Art. 3 VI RL 99/44/EG, § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 V 2 BGB.³⁴⁵ In diesen Fällen sind die Interessen nicht so erheblich beeinträchtigt, dass sie eine Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* rechtfertigen. Der Rechtsfrieden soll bei lediglich geringfügigen Mängeln nicht durch Streit über die Auflösung der vertraglichen Beziehungen gestört werden. Dem Käufer wird daher zugemutet, die Kaufsache zu behalten und seine anderen Rechtsbehelfe geltend zu machen.

Art. 49 I lit. a CISG, Art. 9:301 (1) PECL und Art. 7.3.1 (1) PICC begrenzen die Möglichkeit der Vertragsaufhebung darüber hinaus noch weiter. Nach diesen Vorschriften muss die

³⁴³ Huber, Gutachten I, S. 763; Flessner, ZEuP 97, S. 287; vgl. auch Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 638 f.

³⁴⁴ Canaris, ZRP 01, S. 332

³⁴⁵ Während nach § 459 I 2 BGB a.F. unerhebliche Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit schon tatbestandlich keinen Mangel darstellen, schließen Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geringfügige Vertragswidrigkeiten lediglich auf der Rechtsfolgenseite von der Möglichkeit der Vertragsaufhebung aus.

vertragswidrige Leistung eine wesentliche Nichterfüllung darstellen.³⁴⁶ Die Gründe für die erhebliche Beschränkung der Vertragsaufhebung liegen im länderübergreifenden Anwendungsbereich dieser Regeln.³⁴⁷ Beim internationalen Warenkauf soll der Verkäufer vor den entstehenden Transportkosten und den finanziellen Risiken bei der Rückabwicklung des Vertrages bewahrt werden.³⁴⁸ Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, die sich sonst häufig am CISG orientiert haben, enthalten das Erfordernis der Wesentlichkeit nicht. Da diese Regelwerke auf nationale Kaufverträge bzw. Kaufverträge innerhalb des europäischen Binnenmarktes angewendet werden, ist hier ein so weitgehender Schutz des Verkäufers nicht erforderlich und unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes auch gar nicht erwünscht. Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind auf andere Bedürfnisse als CISG und *Principles* zugeschnitten, so dass eine ebenso gesteigerte Abwehrhaltung gegenüber dem Recht zur Vertragsauflösung nicht erforderlich war.³⁴⁹

4.3.7.1.3. Vorrang der Nacherfüllung

Einen Vorrang der Nacherfüllung vor dem Auflösungsrecht sehen nicht alle Regelungen vor. Im bisherigen deutschen Recht musste der Käufer dem Verkäufer keine Gelegenheit zur Nacherfüllung geben. Er konnte gemäß § 462 BGB a.F. sofort wandeln. Auch nach Art. 8:104 PECL hat der Verkäufer lediglich ein zeitlich eng begrenztes Nacherfüllungsrecht. Er kann nur nacherfüllen, wenn die Leistung noch nicht fällig oder die Verzögerung nicht derart ist, dass sie eine wesentliche Nichterfüllung darstellt.³⁵⁰ Im Übrigen ist der Käufer unmittelbar zur Vertragsauflösung berechtigt. Eine andere Regelung trifft Art. 7.1.4 PICC, der dem Verkäufer eine unbeschränkte Abwendungsbefugnis gewährt. Im CISG ist die Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers hinsichtlich der Vertragsaufhebung aufgrund des unklaren Wortlauts des Art. 48 I CISG streitig. Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber auch im CISG die Nacherfüllung vorrangig. Denn der Begriff der Wesentlichkeit wird so ausgelegt, dass diese nur bejaht werden kann, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nicht unverzüglich angeboten hat.³⁵¹ Auch Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz räumen dem Verkäufer ein Recht zur Nacherfüllung ein. Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz unterscheiden sich dabei von der

³⁴⁶ Siehe zum Begriff der Wesentlichkeit in CISG und *Principles* sogleich unter 4.3.7.2.

³⁴⁷ Zu den auch national anwendbaren PECL siehe 4.5.2.

³⁴⁸ Ziegler, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, S. 31; Huber, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, S. 14; Schlechtriem-Huber Art. 49 Rn. 2; Herber/ Czerwenka Art. 49 Rn. 2; Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 255; Magnus, in: FS für Schlechtriem, S. 608

³⁴⁹ So auch Flessner, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 242 f.; Reich, NJW 99, S. 2402; Amtenbrink/ Schneider, VuR 96, S. 375; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 859; Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 255; siehe 4.5.2.

³⁵⁰ Siehe oben 4.2.8.4.

³⁵¹ Nach der hier vertretenen Auffassung, siehe oben 4.2.8.3.2.2.

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Ausgestaltung. So hat der Käufer gemäß §§ 439 I, 323 I KE, 437 Nr. 2, 323 I BGB dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen, während nach Art. 3 V 2. Spiegelstrich RL 99/44/EG eine angemessene Frist von selbst zu laufen beginnt. Die vom Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vorgesehene Fristsetzung verdient hier den Vorzug. Sie bietet einen gerechten Ausgleich der gegenläufigen Interessen. Sie ist sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer von Vorteil. Der Käufer erlangt Gewissheit darüber, wann er zu den weitergehenden Rechtsbehelfen übergehen kann und der Verkäufer erhält eine letzte, klar bezeichnete Zeitspanne, um diese Rechtsausübung durch den Käufer abzuwenden. Konkrete, dem Verkäufer gesetzte Fristen sind als Maßstab geeigneter. Sie vermeiden die sonst zu befürchtende Rechtsunsicherheit in Bezug auf Beginn und Dauer der Frist.³⁵²

4.3.7.1.4. Erklärungsfristen

Schließlich wird die Erklärung der Vertragsaufhebung in einigen Regelwerken noch zeitlich begrenzt. Nach Art. 49 II lit. b CISG, Art. 9:303 (2) PECL und Art. 7.3.2 (2) PICC ist die Vertragsaufhebung an Fristen gebunden. Hat sich der Käufer nicht innerhalb der in diesen Regelungen vorgeschriebenen Fristen erklärt, bleibt der Kaufvertrag endgültig bestehen. Eine solche Einschränkung ist im bisherigen deutschen Recht der Wandelung, der Richtlinie und der Rücktrittsvorschriften von Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht enthalten.

4.3.7.1.5. Zusammenfassung

Die Wandelung des bisherigen deutschen Rechts ließ die Rückgängigmachung des Vertrages unter den geringsten Voraussetzungen zu. Lediglich bei unerheblichen Mängeln konnte der Käufer nicht wandeln. In CISG und PICC ist die Vertragsaufhebung nur sehr eingeschränkt möglich. Beide Regelungen stellen an die Befreiung von den vertraglichen Pflichten besonders strenge Anforderungen. So muss die mangelhafte Leistung eine wesentliche Nichterfüllung der Vertragspflichten darstellen und die Aufhebungserklärung ist fristgebunden. Außerdem hat der Verkäufer das Recht, die Aufhebung des Vertrages durch Nacherfüllung abzuwenden. Diese starke Begrenzung der Vertragsaufhebung wird verständlich, wenn man die mit der Rückgängigmachung des Vertrages verbundenen Transportkosten und Risiken für die Ware im internationalen Handelsverkehr in Betracht zieht. Eine Zwischenstellung zwischen beiden Positionen nehmen der Kommissionsentwurf, die Richtlinie und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auf der einen Seite und die PECL auf der anderen Seite ein. Der Anwendungsbereich dieser Regelwerke ist auf nationale Kaufverträge bzw. auf Verträge im europäischen Binnenmarkt beschränkt. Dabei weisen die PECL, die europaweit anwendbar

³⁵² Vgl. Wolf, RIW 97, S. 902; Hoffmann, ZRP 01, S. 349

sind³⁵³, die engeren Beschränkungen der Vertragsaufhebung auf. Die Voraussetzungen ähneln denen von CISG und PICC. Denn auch die europäischen *Principles* stellen auf die Wesentlichkeit der Nichterfüllung ab und statuieren Erklärungsfristen für den Käufer. Der Unterschied zu CISG und PICC besteht aber darin, dass dem Verkäufer nur eine sehr eingeschränkte Abwendungsbefugnis zusteht. Hierin unterscheiden sich die PECL von Richtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, welche den Verkäufer vor den aus der Aufhebung der vertraglichen Verpflichtungen resultierenden Nachteilen durch ein Nacherfüllungsrecht schützen. Eine Begrenzung des Rücktritts über geringfügige Mängel hinaus enthalten sie nicht. Diese Lösung überzeugt. Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz entsprechen durch die Gewährleistung des Vorrangs der Nacherfüllung besser als PECL und § 462 BGB a.F. dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. Das bei internationalen Verträgen vorhandene besondere Schutzbedürfnis des Verkäufers war hier - anders als im CISG und in den PICC - nicht zu berücksichtigen.

4.3.7.2. Der Begriff der Wesentlichkeit im CISG und in den *Principles*

Sowohl Art. 49 I lit. a CISG als auch Art. 9:301 (1) PECL und Art. 7.3.1 (1) PICC setzen für die Vertragsaufhebung die Wesentlichkeit der Nichterfüllung voraus. Zwischen den Aufhebungsvorschriften von PECL, PICC und CISG bestehen allerdings Unterschiede in der Frage, was unter dem Erfordernis der Wesentlichkeit zu verstehen ist. CISG und PECL enthalten eine Definition der Wesentlichkeit³⁵⁴, während Art. 7.3.1 (2) PICC in einem nicht abschließenden Katalog Beispielsfälle aufführt.

Die inhaltlich engste Bestimmung enthält Art. 25 CISG, wonach eine wesentliche Vertragsverletzung zu bejahen ist, wenn der benachteiligten Partei im Wesentlichen das entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. In den *Principles* stellt dieses Erfordernis nur einen Aspekt zur Ermittlung der Wesentlichkeit dar, Art. 8:103 lit. b PECL, 7.3.1 (2) lit. a PICC.

Das in Art. 8:103 lit. a PECL, Art. 7.3.1 (2) lit. b PICC aufgeführte Kriterium, nach dem Wesentlichkeit anzunehmen ist, wenn die genaue Einhaltung der Verpflichtung für den Vertrag grundlegend ist, wird im CISG nicht ausdrücklich erwähnt. Jedoch kann der Käufer auch nach dem CISG sein Interesse an einer bestimmten Eigenschaft so im Vertrag festschreiben, dass die bloße Verletzung dieser Vereinbarung wesentlich ist. Das in den *Principles* genannte Kriterium erinnert an die Zusicherung des bisherigen deutschen Rechts³⁵⁵, die aber für die Wandelung gemäß § 462 BGB a.F. keine Bedeutung hatte, sondern Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Käufers war. Die als eine für den Käufer besonders wichtige

³⁵³ Siehe 1.3.2.2.3.

³⁵⁴ Art. 25 CISG und Art.8:103 PECL

³⁵⁵ Vgl. Schlechtriem, in: Bonell/ Bonelli (Hrsg.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, S. 260; die Zusicherung bleibt auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz möglich, vgl. §§ 276 I 1, 443 BGB

Beschaffenheitsvereinbarung definierte Zusicherung käme danach auch im CISG in Betracht mit der Folge, dass eine wesentliche Vertragsverletzung zu bejahen wäre.³⁵⁶

Daneben sehen die PECL die vorsätzliche, die PICC darüber hinaus auch die grob fahrlässige Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung als Wesentlichkeitskriterium vor, Art. 8:103 lit. c PECL, Art. 7.3.1 (2) lit. c und d PICC. In den *Principles* hat also das Verschulden für die Vertragsaufhebung doch noch Bedeutung. Im CISG gibt es hierfür keine Entsprechung. Allerdings können besonders gravierende Verhaltensweisen des Schuldners im Rahmen der Nichterfüllung ein Indiz für deren Wesentlichkeit darstellen.³⁵⁷ Hinter der Regelung in den *Principles* steht der Gedanke, dass ein vorsätzlich begangener Vertragsbruch, auch wenn er selbst keine wesentliche Nichterfüllung darstellt, das Vertrauen der anderen Vertragspartei zerstört und von ihr deshalb nicht erwartet werden kann, noch länger am Vertrag festzuhalten.³⁵⁸ Hier erfolgt also eine Bewertung der inneren Einstellung des Schuldners.³⁵⁹ Art. 8:103 lit. c bringt dies besonders deutlich zum Ausdruck, indem er zusätzlich fordert, dass die betroffene Partei aufgrund des vorsätzlichen Vertragsbruchs Zweifel an der künftigen Vertragserfüllung hegen muss. Dabei ist zwischen auf einmalige Leistung gerichteten Verträgen und solchen, die ein fortgesetztes Zusammenarbeiten beider Parteien erfordern, zu differenzieren.³⁶⁰ Bei Kaufverträgen können derartige Zweifel nur aufkommen, wenn mehrmalige (Teil-)Lieferungen vereinbart wurden oder es sich um dauerhafte Geschäftsbeziehungen handelt. In den Fällen der einmaligen Lieferung einer mangelhaften Kaufsache kann ein Vertrauen in die zukünftige Vertragserfüllung hingegen nicht zerstört werden. Da in den PECL beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, ist eine Vertragsaufhebung aufgrund vorsätzlicher, im Übrigen aber nicht gravierender Nichterfüllung kaum möglich. Art. 7.3.1 (2) PICC lässt aufgrund der Trennung beider Kriterien und der Zulassung der Vertragsaufhebung schon bei grob fahrlässigem Vertragsbruch eine Vertragsauflösung in weiterem Umfange zu und knüpft damit die Vertragsaufhebung weitgehend an ein Verschulden. Nach der Kommentierung des Art. 7.3.1 PICC soll aber das Prinzip von *good faith and fair dealing* aus Art. 1.7 PICC die Vertragsaufhebung begrenzen³⁶¹, weshalb geringere Verletzungen, selbst wenn sie vorsätzlich begangen wurden, nicht zur Aufhebung führen können.³⁶² Insgesamt ist eine faktische Einführung des Verschuldensprinzips für die Vertragsaufhebung schon deshalb nicht zu befürchten, weil Art. 7.3.1 (2) lit. c PICC lediglich ein Kriterium für das Vorliegen der

³⁵⁶ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 72, Rn. 117; Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 261 f.

³⁵⁷ Schlechtriem, in: Bonell/ Bonelli (Hrsg.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, S. 258

³⁵⁸ Schlechtriem, EJLR 1998/99, S. 309

³⁵⁹ Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 266

³⁶⁰ Sandrock, Vertragswidrigkeit der Sachleistung, S. 266

³⁶¹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 1.* zu Art. 7.3.1

³⁶² Schlechtriem, in: Bonell/ Bonelli (Hrsg.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, S. 258; ders. EJLR 1998/99, S. 309

Wesentlichkeit ist und in den anderen Fallgestaltungen eine Vertragsaufhebung ohne Verschulden möglich bleibt.

Durch die Erweiterung der Kriterien, nach denen eine wesentliche Nichterfüllung vorliegt, kann der Käufer den Vertrag nach den *Principles* grundsätzlich leichter aufheben als unter Geltung des CISG. Zudem bieten insbesondere die PICC mit ihrem nicht abschließenden Katalog von Kriterien ein deutlich flexibleres Instrumentarium zur Feststellung der Wesentlichkeit, mit dem die Interessen der Vertragsparteien eingehender berücksichtigt werden können als nach dem CISG.

4.3.7.3. Ausübung durch Gestaltungsrecht

Nur im bisherigen deutschen Recht war die Wandelung als Anspruch ausgestaltet. In CISG, *Principles*, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgt die Aufhebung des Kaufvertrages demgegenüber durch einseitige rechtsgestaltende Erklärung. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält hinsichtlich der Durchführung der Vertragsauflösung keine Vorgaben. Angesichts des Wortlauts des Art. 3 V RL 99/44/EG, der Verbraucher könne Vertragsauflösung „verlangen“, wurde die Ansicht vertreten, die Vorschrift sei im Sinne der Vertragstheorie des bisherigen deutschen Rechts auszulegen.³⁶³ Dagegen spricht aber, dass der Begriff der Wandelung in der Richtlinie gerade vermieden worden ist³⁶⁴ und die Entscheidung zwischen beiden Alternativen den Mitgliedsstaaten vorbehalten bleiben sollte. Die Konstruktion der Wandelung im bisher geltenden Recht war jedoch verfehlt. Rechtsprechung und Literatur hielten es aufgrund der mangelnden Praktikabilität einer wortlautgetreuen Handhabung schon bislang für zulässig, dass der Käufer unmittelbar auf die Folgen der Wandelung klagte. Mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar war dies nicht, da sich das gesetzlich festgelegte *ius variandi* (§ 465 BGB a.F.) und die notwendige Gestaltungswirkung gegenseitig ausschlossen. Eine bruchlose Einbindung der beiden Vorgaben in ein einheitliches dogmatisches Konzept war deshalb nicht möglich.³⁶⁵ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gibt in § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 BGB, wie schon § 439 I KE, der Gestaltungswirkung den Vorzug, wodurch der Rücktritt konstruktiv deutlich vereinfacht wird.³⁶⁶ § 465 BGB a.F., nach dem ein Überwechseln von der Wandelung zur Minderung und umgekehrt bis zum Vollzug der Wandelung – also bis zur Zustimmungserklärung des Verkäufers oder einer entsprechenden Verurteilung – möglich war, entfiel damit. Durch die rechtsgestaltende Wirkung ist der Käufer nunmehr an seinen einmal erklärten Rücktritt gebunden. Er ist nicht berechtigt, nach einem Widerruf seiner Erklärung zur

³⁶³ Schlechtriem, JZ 97, S. 445; ders., in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 209

³⁶⁴ Staudenmayer, NJW 99, S. 2395

³⁶⁵ Siehe nur Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 71; Staudinger-Honsell § 465 Rn. 8; Medicus, Schuldrecht II, Rn. 59; MüKo-Westermann § 465 Rn. 4

³⁶⁶ Dafür auch Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Brüggemeier, JZ 00, S. 530; Boerner, ZIP 01, S. 2270; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 517; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 959

Minderung überzugehen.³⁶⁷ Das *ius variandi* ist nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auf die Zeit vor der Erklärung des Rücktritts beschränkt. Da der Nacherfüllungsanspruch nach Fristablauf nicht untergeht, treten die sekundären Rechtsbehelfe insoweit neben den Anspruch auf Nacherfüllung. Erst wenn sich der Verkäufer für Rücktritt oder Minderung entschieden und dies dem Käufer erklärt hat, endet sein Wahlrecht.³⁶⁸ Die Bindung des Käufers an seine abgegebene Erklärung stellt für ihn keine unangemessene Benachteiligung dar. Vor einer übereilten Entscheidung wird der Käufer im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ausreichend geschützt, da er regelmäßig nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der dem Verkäufer gesetzten Frist zurücktreten kann.³⁶⁹ Aber auch für die Fälle des sofortigen Rücktritts wird sich der Verlust des *ius variandi* für den Käufer nicht gravierend auswirken, weil die Gestaltungswirkung durch Parteivereinbarung wieder beseitigt werden kann. Da der Rücktritt der einschneidendere Rechtsbehelf gegenüber der Minderung ist, wird gerade der Verkäufer ein Interesse an einer solchen Vereinbarung haben.

4.4. Minderung

4.4.1. Das bisher geltende deutsche Recht

Die auf die römische *actio quanti minoris* zurückgehende Minderung war neben der Wandelung der zweite der sogenannten ädilitischen Rechtsbehelfe.³⁷⁰ Zwischen Wandelung und Minderung bestand ein Verhältnis elektiver Konkurrenz. Der Käufer hatte also ein Wahlrecht (*ius variandi*), welches ein Wechseln von einem zum anderen Anspruch bis zu dessen Vollzug ermöglichte.³⁷¹ Die Minderung konnte gemäß § 459 I 2 BGB a.F. nur bei erheblichen Wert- oder Tauglichkeitsminderungen verlangt werden. Sie zielte auf Herabsetzung des Kaufpreises (§ 462 BGB a.F.). Der Kaufvertrag blieb dabei erhalten. Nach bisherigem Recht war die Minderung vor allem dann von Vorteil, wenn der Käufer einen günstigen Vertrag abgeschlossen hatte. Denn der Kaufpreis wurde nach § 472 I BGB a.F. verhältnismäßig herabgesetzt, wobei maßgeblicher Berechnungszeitpunkt der des Vertragsabschlusses war. Wie die Wandelung war auch die Minderung kein Gestaltungsrecht, sondern Anspruch im Sinne des § 194 BGB a.F.

³⁶⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 221; Die Forderung von Schadensersatz bleibt wegen der in § 325 BGB geregelten Kumulierbarkeit beider Rechtsbehelfe aber weiter möglich.

³⁶⁸ Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 134; Boerner, ZIP 01, S. 2270; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 127; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 196

³⁶⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 221; für den Kommissionsentwurf: Abschlussbericht, S. 216

³⁷⁰ Siehe hierzu 1.1.

³⁷¹ Soergel-Huber § 462 Rn. 3

Jedoch ließ die Rechtsprechung auch hier die sofortige Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises zu.³⁷²

4.4.2. Der Kommissionsentwurf

In § 440 KE sollte die Minderung als spezifischer Rechtsbehelf für den Kaufvertrag beibehalten werden. Nach dem Kommissionsentwurf wurde sie zum Gestaltungsrecht.³⁷³ Aufgrund des Vorranges der Vertragserfüllung konnte der Käufer den Kaufpreis erst dann herabsetzen, wenn dem Verkäufer ein ausreichender Zeitraum zur Nacherfüllung eingeräumt wurde und die hierfür gesetzte Frist erfolglos verstrichen war, § 440 I KE. Anders als bisher nach § 459 I 2 BGB a.F. blieb die Minderung auch bei unerheblichen Mängeln möglich. § 440 I 2 KE enthielt daher keine Verweisung auf § 323 II Nr. 1 KE.³⁷⁴

Für die Berechnung des Minderungsbetrages stellte § 440 III KE nicht wie § 472 I BGB a.F. auf den objektiven Verkehrswert der Sache ab, sondern knüpfte an den vereinbarten Kaufpreis an. Nach dessen Höhe sollte der konkrete Betrag mittels einer relativen Berechnungsweise zu bestimmen sein.³⁷⁵ Nach § 440 III 2 KE war dafür, wie im bisherigen Recht, die Wertminderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.

4.4.3. Das CISG

Nach Art. 50, S. 1 CISG hat der Käufer das Recht, den Kaufpreis herabzusetzen, wenn die Ware vertragswidrig im Sinne des Art. 35 CISG ist. Auf die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung kommt es nicht an.³⁷⁶ Die Minderung erfolgt durch einseitige, gemäß Art. 27 CISG mit Absendung wirksame Erklärung.³⁷⁷ Das Recht auf Minderung besteht unabhängig davon, ob der Kaufpreis bereits gezahlt worden ist oder nicht, Art. 50, S. 1, 1. HS CISG. Hat der Käufer sein Gestaltungsrecht auf Minderung ausgeübt, erlischt der Kaufpreisanspruch in Höhe des Minderungsbetrages. Nach erfolgter Kaufpreiszahlung erhält der Käufer dann einen Rückzahlungsanspruch, während er sonst den entsprechenden Teil der ursprünglichen Kaufpreisforderung einfach einbehält. Der Minderungsbetrag wird durch Verhältnisrechnung ermittelt. Der maßgebliche Zeitpunkt der Berechnung ist anders als nach § 472 BGB a.F. und § 440 III 2 KE derjenige der Lieferung.

³⁷² RGZ 66, 74, 75; 70, 198, 199; 94, 331; 101, 64, 71; siehe dazu schon die entsprechenden Ausführungen zur Wandelung unter 4.3.1.2.

³⁷³ Abschlussbericht, S. 218; Haas, NJW 92, S. 2393

³⁷⁴ Abschlussbericht, S. 219

³⁷⁵ Abschlussbericht, S. 219; Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 199

³⁷⁶ Lohs/ Nolting, ZVglRWiss 97 (1998), S. 16

³⁷⁷ Lohs/ Nolting, ZVglRWiss 97 (1998), S. 16; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 60

4.4.4. PECL und PICC

Augenfälligster Unterschied im Rechtsbehelfssystem von PICC und PECL ist, dass die PICC keine Regelung der Minderung enthalten, während Art. 9:401 PECL die Minderung in weitem Umfang zulässt. Zumindest ein Teil der potentiellen Minderungsfälle wird in den PICC aber durch den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch aufgefangen, den der Käufer mit dem Kaufpreisanspruch verrechnen kann.³⁷⁸ Nach den PECL ist die Minderung daher gerade für diejenigen Sachverhalte von Bedeutung, in denen der Käufer keinen Schadensersatz verlangen kann, weil sich der Verkäufer nach Art. 8:108 PECL entlasten kann.³⁷⁹ Art. 8:101 (2) PECL schließt die Minderung bei unvorhersehbaren Hinderungsgründen nämlich nicht aus. Daneben soll die Minderung auch als Alternative zum Schadensersatzanspruch in Betracht kommen.³⁸⁰ Hat die betroffene Partei die nicht vertragskonforme Leistung angenommen, kann sie gemäß Art. 9:401 (1) PECL den Kaufpreis mindern. Unerheblich ist dabei, ob die Nichterfüllung die Qualität, Quantität oder die Lieferzeit betrifft. Die Höhe des Minderungsbetrages errechnet sich proportional zum Verhältnis der Reduzierung des Wertes der Leistung.³⁸¹ Maßgeblicher Zeitpunkt ist der des Leistungsangebots. Dabei kann die minderungsberechtigte Partei den Betrag sogleich einbehalten oder, sofern sie den Kaufpreis schon gezahlt hat, den entsprechenden Minderungsbetrag zurückfordern, Abs. 2. Eine gleichzeitige Forderung von Schadensersatz wegen der Wertminderung ist wegen der Alternativität beider Rechtsbehelfe ausgeschlossen. Art. 8:102 PECL, nach welchem die einzelnen Rechtsbehelfe grundsätzlich kumuliert werden dürfen, gilt hier aufgrund der insoweit bestehenden Inkompatibilität von Minderung und Schadensersatz nicht. Darüber hinaus verbleibende Schäden sind aber ersatzfähig, Art. 9:401 (3) PECL.

4.4.5. Die Richtlinie 99/44/ EG

Neben der Vertragsauflösung steht dem Käufer als weiterer Rechtsbehelf der zweiten Stufe das Recht zur Minderung des Kaufpreises zu. Im Hinblick auf den Übergang vom Nacherfüllungsanspruch zu den sekundären Rechtsbehelfen ergeben sich kaum Besonderheiten im Vergleich zur Vertragsauflösung. Die dortigen Ausführungen gelten entsprechend.³⁸² Anders als die Auflösung des Vertrages ist die Minderung auch bei unerheblichen Vertragswidrigkeiten

³⁷⁸ Drobnič, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 59 ; Karollus, RabelsZ 61 (1997), S. 588

³⁷⁹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* und B. zu Art. 4.401 (Art. 9:401 n.F.)

³⁸⁰ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.401 (Art. 9:401 n.F.)

³⁸¹ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.401 (Art. 9:401 n.F.)

³⁸² Siehe oben 4.3.5.

möglich. Art. 3 VI RL 99/44/EG betrifft nur die Vertragsauflösung. Fragen zur Berechnung der Minderung verbleiben in der Regelungskompetenz der nationalen Gesetzgeber.³⁸³

4.4.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Alternativ zum Rücktritt steht dem Käufer gemäß § 437 Nr. 2 i.V.m. § 441 BGB das Recht zur Minderung als besonderes Institut der Gewährleistungshaftung³⁸⁴ zu. Die Voraussetzungen, unter denen der Käufer den Kaufpreis herabsetzen kann, entsprechen denen des Rücktritts, da nach § 441 I 1 BGB die Minderung „statt“ des Rücktritts geltend gemacht werden kann.³⁸⁵ Gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 I 1, 323 I BGB muss der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Für das Fristsetzungserfordernis gelten die gleichen Ausnahmetatbestände wie im Falle des Rücktritts, nämlich §§ 323 II und 440 BGB. Auch die Minderung wird zum Gestaltungsrecht.³⁸⁶ Anders als der Rücktritt ist die Minderung bei unerheblichen Mängeln nicht ausgeschlossen, denn nach § 441 I 2 BGB ist § 323 V 2 BGB auf die Minderung nicht anwendbar. Dies entspricht Art. 3 VI RL 99/44/EG.

Innerhalb der Diskussion über die Richtlinienumsetzung wurde Art. 3 V 3. Spiegelstrich RL 99/44/EG teilweise so interpretiert, dass der Verkäufer die Rechtsbehelfe der zweiten Stufe auch dann geltend machen könne, wenn die Nacherfüllung erfolgreich, jedoch unter erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer durchgeführt wurde.³⁸⁷ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des 3. Spiegelstrichs, der eine Geltendmachung von Auflösung und Minderung zulasse, wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat. In diesem Fall komme der Minderung die Funktion einer immateriellen Entschädigung für Unannehmlichkeiten zu.³⁸⁸ In das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist diese Interpretation nicht eingegangen. Vielmehr wird Art. 3 V 3. Spiegelstrich RL 99/44/EG durch das Kriterium der Unzumutbarkeit in § 440, S. 1 BGB³⁸⁹ im Sinne einer Einschränkung der verkäuferlichen Nacherfüllungsbefugnis umgesetzt. Wenn die geschuldete Leistung nachträglich vollständig erbracht wurde, kommen Rücktritt und Minderung deshalb nicht in Betracht.³⁹⁰ Beide Rechtsbehelfe setzen nämlich gerade voraus, dass innerhalb einer bestimmten Frist keine Abhilfe geschaffen wurde. Außerdem widerspricht eine derartige Interpretation dem

³⁸³ 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 99/44/EG, abgedruckt in: NJW 99, 2422

³⁸⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 223; Schubel, in: Schwab/ Witt (Hrsg.), Einführung in das neue Schuldrecht, S. 140

³⁸⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 235; AnwK-Büdenbender §441 Rn. 1; Boerner, ZIP 01, S. 2271; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 526

³⁸⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 234; Boerner, ZIP 01, S. 2271

³⁸⁷ Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1417 f., 1813; Gsell, JZ 01, 70; Amtenbrink/ Schneider, VuR 99, S. 298;

AnwK-Pfeiffer Kauf-RL Art. 3 Rn. 20

³⁸⁸ Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1417 f., 1813; Gsell, JZ 01, 70

³⁸⁹ Für die Minderung i.V.m. § 441 I 1 BGB

³⁹⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 223; dafür auch Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 219; Westermann, JZ 01, S. 537; Schwartze, ZEuP 00, S. 566; Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung; S. 240; Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 324

Normzweck der Minderung. Die Minderung dient dem Ausgleich des durch die Mangelhaftigkeit gestörten Äquivalenzverhältnisses zwischen gelieferter Ware und Kaufpreis. Sie gewährt keinen Schadensersatz. Die Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes weist neben der Entstehungsgeschichte des Art. 3 V RL 99/44/EG auch darauf hin, dass andernfalls Spiegelstrich 2 aufgrund seines ähnlichen Wortlauts in gleicher Weise auslegt werden müsste. Rücktritt und Minderung wären dann trotz gelungener Nacherfüllung nach Fristablauf zu gewähren. Für Art. 3 V 2. Spiegelstrich RL 99/44/EG ist aber unstrittig, dass allein das erfolglose Verstreichen der Nacherfüllungsfrist zur Anwendbarkeit der Rechtsbehelfe der zweiten Stufe führt.³⁹¹ Rücktritt und Minderung können demnach nur verlangt werden, wenn eine Nacherfüllung nicht erfolgreich vorgenommen wurde. Die Umsetzung in § 440, S. 1 BGB ist richtlinienkonform.

Nach § 441 III BGB wird der Minderungsbetrag durch die Herabsetzung des Kaufpreises entsprechend dem Verhältnis von Verkehrswert der mangelfreien Sache zum tatsächlichen Wert des mangelhaften Kaufgegenstands ermittelt. Diese Berechnungsmethode lag schon der bisherigen Regelung des § 472 BGB a.F. zugrunde.

4.4.7. Vergleich

4.4.7.1. Die Minderung als spezifisch gewährleistungsrechtliches Institut

Der Rechtsbehelf der Minderung entstammt dem römischen Recht. Dort hatte sich die actio quanti minoris als Institut der Sachmängelgewährleistung herausgebildet.³⁹² Dieser römisch-rechtlichen Tradition folgend hatte man die Minderung im bisherigen deutschen Recht gemäß § 462 BGB a.F. auf Sachmängel beschränkt. Art. 50, S. 1 CISG lässt die Minderung aufgrund der weiten Definition der Vertragswidrigkeit in Art. 35 I CISG auch bei Falschlieferungen und Mengenabweichungen zu. Gleiches gilt für Art. 2 I, 3 V RL 99/44/EG.³⁹³ Im bisherigen deutschen Recht war dies nur bei gemäß § 378 HGB a.F. genehmigungsfähigen Falsch- und Zuweniglieferungen des Handelsverkehrs anerkannt.³⁹⁴ Schon die Schuldrechtskommission hatte für das deutsche Gewährleistungsrecht eine generelle Erstreckung der Minderung auf Falsch- und Minderlieferungen und überdies auch auf Rechtsmängel vorgeschlagen, § 440 KE.³⁹⁵ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat diesen Vorschlag nunmehr in § 441 BGB umgesetzt.³⁹⁶ Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz weisen der Minderung damit den umfassendsten Anwendungsbereich zu. Alle Regelungen sehen die

³⁹¹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 223; Micklitz, EuZW 99, S. 488; Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 219

³⁹² Siehe 1.1.

³⁹³ Wenn man wie hier die Auffassung vertritt, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von vornherein aufgrund der Auslegung des Begriffes der Vertragsmäßigkeit auch Falschlieferungen und Mengenabweichungen erfasst, vgl. 2.2.3.1.2.

³⁹⁴ Siehe oben 2.2.1.1. und 2.2.2.1.

³⁹⁵ Abschlussbericht, S. 218

³⁹⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 223

Minderung jedoch als spezifisch gewährleistungsrechtliches Institut. Art. 9:401 PECL geht darüber hinaus und verallgemeinert den in der *actio quanti minoris* festgeschriebenen Grundsatz, der danach für alle Verträge und für die verschiedensten Arten nicht vertragskonformer Leistung gelten soll.³⁹⁷ Ausgeschlossen ist die Minderung nur, wenn der Schuldner überhaupt nicht geliefert hat, da Voraussetzung für Art. 9:401 (1) PECL die Annahme einer Leistung ist. Bei den Beratungen zum Kommissionsentwurf war die Erstreckung der Minderung auf alle Verträge für das deutsche Recht diskutiert worden. Man hatte jedoch davon abgesehen, weil die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben sollte.³⁹⁸ Diesen Erwägungen ist das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in seiner Begründung gefolgt.³⁹⁹

4.4.7.2. Die Voraussetzungen der Minderung

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stimmen bezüglich der Voraussetzungen, unter denen die Minderung gewährt wird, weitgehend überein. Bevor der Käufer mindern kann, muss er dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben haben, §§ 440 I 1 KE, 437 Nr. 2, 441 I 1, 323 I BGB sowie Art. 3 V RL 99/44/EG. Auf welche Weise dies geschieht, ist aber verschieden geregelt. So muss der Käufer nach den deutschen Regelungen dem Verkäufer zunächst eine Frist zur Nacherfüllung setzen, während bei Art. 3 V RL 99/44/EG diese Frist von selbst zu laufen beginnt. Auch gemäß Art. 50, S. 2 CISG kann der Käufer eine Herabsetzung des Kaufpreises nicht durchsetzen, sofern der Verkäufer von seinem Nacherfüllungsrecht Gebrauch macht. In diesen Regelwerken hat somit die Nacherfüllung den Vorrang vor der Minderung. Eine andere Regelung treffen hier das bislang geltende deutsche Recht in § 462 BGB a.F. und Art. 9:401 PECL, die eine sofortige Minderung zulassen, ohne dass dem Verkäufer eine Abwendungsbefugnis zusteht.

Anders als die Vertragsaufhebung in CISG, PECL, Richtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist die Minderung weder auf wesentliche noch auf erhebliche Vertragswidrigkeiten beschränkt. Der Käufer kann also selbst bei lediglich geringfügigen Mängeln mindern. Hierin besteht ein wichtiger Unterschied zur Regelung des bisherigen deutschen Rechts, nach der gemäß § 459 I 2 BGB a.F. eine Minderung bei unerheblichen Fehlern ausgeschlossen war. Die Zulassung der Minderung bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten ist sachgerecht. Auch kleinere Mängel der Kaufsache stören die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, deren Ausgleich die Minderung bezweckt. Ein sachlicher Grund für eine Besserstellung des schlechtleistenden Verkäufers gegenüber dem

³⁹⁷ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.401 (Art. 9:401 n.F.)

³⁹⁸ Abschlussbericht, S. 217; vgl. auch Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 209; Tonner/ Crellwitz/ Echtermeyer, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 322, KompaktK-Tonner/ Echtermeyer § 434 Rn. 9

³⁹⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 223

Käufer, der sich dann mit einer mangelhaften Sache abfinden muss, ist nicht ersichtlich.⁴⁰⁰ Gegen die Minderungsmöglichkeit im Falle geringfügiger Vertragsabweichungen ist vorgebracht worden, sie beeinträchtige den Rechtsfrieden, ohne dass dies durch eine ernstliche Beeinträchtigung von Käuferinteressen gerechtfertigt sei.⁴⁰¹ Die Minderung dient aber gerade der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, da sie schnell und ohne die bei einem Schadensersatzverlangen zu erwartenden Streitigkeiten über ein Verschulden des Verkäufers einen Ausgleich auch für kleinere Mängel bietet.

4.4.7.3. Die Berechnung des Minderungsbetrages

Der Zeitpunkt, der für die Berechnung der Minderung maßgeblich ist, ist in den einzelnen Regelwerken verschieden geregelt. In den deutschen Normen wird auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.⁴⁰² Demgegenüber halten Art. 50, S. 1 CISG und Art. 9:401 (1) PECL den Lieferzeitpunkt für maßgeblich. Hinsichtlich der Ermittlung des Minderungsbetrages bestehen aber kaum Unterschiede. Art. 50, S. 1 CISG, 9:401 PECL (1) und § 472 I BGB a.F. legen eine relative Berechnungsmethode nach dem Verhältnis der mangelhaften Sache zum objektiven Verkehrswert zugrunde. Dies gilt gemäß § 441 III BGB auch für das reformierte deutsche Recht. Im Zuge der Reformdiskussion hatte man zunächst eine Änderung der als zu kompliziert empfundenen Berechnungsweise vorgeschlagen. Nach §§ 440 III KE, 441 III RE sollte der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt werden, um den der Mangel den Wert der Sache, gemessen am Kaufpreis, mindert. Statt des objektiven Werts der Sache sollte also der Kaufpreis die für die Berechnung maßgebliche Bezugsgröße sein.⁴⁰³ Dabei blieb unklar, wie der Minderungsbetrag zu berechnen war. §§ 440 III KE, 441 III RE wurden überwiegend so verstanden, dass sich der Minderungsbetrag aus der Differenz zwischen Kaufpreis und Wert der mangelhaften Sache ergebe.⁴⁰⁴ Ein derartiges Subtraktionsverfahren hätte jedoch das von den Parteien vertraglich ausgehandelte Preis-Wert-Gefälle eingeebnet.⁴⁰⁵ Da Kaufpreis und Wert der Kaufsache häufig nicht identisch sind, hätte diese Berechnung der begünstigten Partei die erzielten Vorteile des Geschäfts wieder genommen. Demgegenüber bleibt die subjektive Äquivalenz des Vertrages bei der traditionellen proportionalen Berechnungsweise erhalten. Sie wird damit dem in der vertraglichen Vereinbarung zum Ausdruck gekommenen Willen der

⁴⁰⁰ Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 200; Ehmann/ Rust, JZ 99, S. 859

⁴⁰¹ Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19

⁴⁰² §§ 472 BGB a.F., 440 III 2 KE, 441 III 2 RE, 441 III 1 BGB

⁴⁰³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 235; Abschlussbericht, S. 219

⁴⁰⁴ Boerner, ZIP 01, S. 2271; Honsell, JZ 01, S. 281 f.; AnwK-Büdenbender § 441 Rn. 6; Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 201; Canaris, ZRP 01, S. 335; Gaier, ZRP 01, S. 337

⁴⁰⁵ Boerner, ZIP 01, S. 2271; AnwK-Büdenbender § 441 Rn. 6; Honsell, JZ 01, S. 281 f.; Westermann, in: Schulze/ Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 126; Schlechtriem, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 221; Canaris, ZRP 01, S. 335; Gaier, ZRP 01, S. 339; Wilhelm, JZ 01, S. 868; krit. auch Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 19; Ernst/ Gsell, ZIP 00, S. 1418

Vertragsparteien besser gerecht. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist wieder zur bisherigen Berechnung zurückgekehrt, da die angestrebte Vereinfachung der Ermittlung des Minderungsbetrages nicht erreicht wurde.⁴⁰⁶

4.4.7.4. Der Verzicht der PICC auf die Minderung

Während die PECL die Minderung über ihren traditionellen gewährleistungsrechtlichen Anwendungsbereich hinaus verallgemeinern, wurde in den PICC auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Dies ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil die Unidroit-Prinzipien sonst durch eine enge Anlehnung an das CISG und einen hohen Grad an Übereinstimmung zu den PECL gekennzeichnet sind. Es fragt sich daher, ob der Rechtsbehelf der Minderung verzichtbar ist, d. h. ob der Minderung neben dem Schadensersatzanspruch überhaupt noch eine eigenständige Bedeutung zukommt.

Nach deutschem Recht kann der Käufer als Schadensersatz die Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache verlangen. Dies entspricht dem sog. kleinen Schadensersatz. Dieser Anspruch auf Schadensersatz setzt ein Verschulden des Verkäufers voraus.⁴⁰⁷ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist dabei derjenige der Erfüllung. Die Minderung hingegen ermöglicht eine Anpassung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses, wie es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hat. Sie ist zudem von einem Vertretenmüssen unabhängig. Aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen von Minderung und Schadensersatz besteht nach deutschem Recht durchaus noch ein Bedürfnis für die Minderung. Der Käufer kann so eine Herabsetzung des Kaufpreises erreichen, ohne dass sich der Verkäufer auf ein mangelndes Verschulden berufen könnte. Bei Gewährung eines weiten verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruchs, wie in CISG und PECL, erscheint die Berechtigung der Minderung dagegen zweifelhafter. Zumal sowohl Art. 50, S. 1 CISG als auch Art. 9:401 (1) PECL für die Berechnung des Minderungsbetrages nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den Lieferzeitpunkt abstellen. So geht nämlich der eigentliche Grundgedanke der Minderung, das ursprünglich bei Vertragsschluss ausgehandelte Äquivalenzverhältnis der gegenseitigen Verpflichtungen wiederherzustellen, verloren. Die Berechtigung der Minderung neben dem Schadensersatzanspruch wird in den PECL und im CISG vor allem für diejenigen Fälle bejaht, in denen sich der Verkäufer beim Schadensersatz auf seine fehlende Verantwortung für die Vertragswidrigkeit beruft. Eine solche Entlastung ist im Rahmen der Minderung nicht möglich, Art. 79 V CISG, Art. 8:101 (2) PECL. Die besondere Bedeutung der Minderung soll deshalb darin bestehen, dass sie dem Käufer erlaubt, das durch die vertragswidrige Beschaffenheit gestörte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung schnell und ohne Streit über die

⁴⁰⁶ BT-Drucks. 14/7052, S. 197

⁴⁰⁷ Siehe 5.1.2. und 5.6.1.

Verantwortung anzupassen.⁴⁰⁸ Fraglich ist jedoch, ob der Minderung diesbezüglich ein nennenswerter Anwendungsbereich zukommt. Denn die Berufung des Verkäufers auf Art. 79 I CISG, Art. 8:108 PECL ist gerade bei Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware nur selten möglich.⁴⁰⁹ Denkbar ist hier eine Bedeutung der Minderung nur in der Weise, als sie die Einwendung des Schuldners, er sei für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortlich, zu umgehen vermag und damit dem Käufer aufgrund dieser streitausschließenden Funktion schneller zum Ziel verhilft. Insoweit verbleibt der Minderung nur ein bescheidener eigenständiger Anwendungsbereich. Diese Erwägungen haben wohl in den PICC zu der Erkenntnis geführt, dass die meisten Anwendungsfälle der Minderung durch den Schadensersatzanspruch mit abgedeckt werden und die gesonderte Aufführung der Minderung daher entbehrlich war.⁴¹⁰ Im Ergebnis kommt der Minderung als Rechtsbehelf nur dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn für die Berechnung des Minderungsbetrages wie im deutschen Recht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird und der Schadensersatzanspruch von einem Verschulden des Verkäufers abhängt.

⁴⁰⁸ Schlechtriem, in: Bucher (Hrsg.), *Wiener Kaufrecht*, S. 108 f.; Lohs/ Nolting, *ZVglRWiss* 97 (1998), S. 16; Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A. und B. zu Art. 4.401 (Art. 9:401 n.F.)*

⁴⁰⁹ Siehe unten 5.3.2. und 5.7.2.3.

⁴¹⁰ So spricht Bonell, in: *An International Restatement of Contract Law*, S. 94, davon, dass der Verzicht auf die Minderung in den PICC überwiegend technischer Natur gewesen sei. Rechtspolitische Erwägungen hätten dem nicht zugrunde gelegen.

4.5. Bewertung des Systems der Rechtsbehelfe anhand der Parteiinteressen

4.5.1. Der Vorrang der Nacherfüllung gegenüber Vertragsaufhebung und Minderung

Das bisherige Gewährleistungsrecht berechtigte den Käufer zur Wandelung des Vertrages und zur Minderung des Kaufpreises, ohne die Nacherfüllung in seinem Rechtsbehelfssystem zu berücksichtigen. Hingegen ist in CISG, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Nacherfüllung gegenüber der Aufhebung des Vertrages und der Minderung vorrangig. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser Vorrang der Nacherfüllung den Parteiinteressen entspricht.

Wandelung bedeutet die Rückgängigmachung des Vertrages. Sie führt zur Zerstörung des Kaufgeschäfts. Die Minderung lässt den Vertrag bestehen, setzt aber den Kaufpreis unter die ursprünglich vertraglich vorgesehene Höhe herab. An ihren Wirkungen gemessen sind beide Rechtsbehelfe restriktive Lösungen der Sachmängelproblematik, da sie das Vertragsgefüge beeinträchtigen (Minderung) oder sogar zerstören (Wandelung).⁴¹¹ Sie erreichen den mit dem Abschluss des Kaufvertrages beabsichtigten Vertragszweck nicht. Der Käufer erhält keine der vertraglichen Vereinbarung entsprechende, gebrauchstaugliche. Der Verkäufer bekommt den Kaufpreis nicht oder nicht in der vereinbarten Höhe.

Insbesondere die Aufhebung des Vertrages kann beim Verkäufer zu einer erheblichen Interessenbeeinträchtigung führen. Er verliert den erhofften Nutzen aus dem Vertrag. Einen vertraglich ausgehandelten Gewinn darf er nicht behalten. Zudem erhält der Verkäufer einen Gegenstand zurück, den er auch nach erfolgreicher Reparatur nicht mehr als neu verkaufen kann. Der Käufer wird die Kaufsache entweder schon in Betrieb genommen oder zumindest auf ihre Gebrauchstauglichkeit getestet haben. Als gebrauchten Artikel kann ihn der Verkäufer nur schwer oder unter erheblichem Preisnachlass wieder verkaufen. Daneben zwingt die immer schnellere Markteinführung neuer und modernerer Produkte den Verkäufer häufig dazu, durch schnelles Räumen der Bestände Platz für diese neuen Waren zu schaffen. Darüber hinaus birgt die Rückgängigmachung des Vertrages ein beträchtliches Kostenrisiko im Hinblick auf die erforderlich werdende Mehrarbeit. So muss der Verkäufer die laufende Buchführung anpassen, bereits verbuchte Gewinne stornieren und die Zu- und Abgänge an Geld und Waren berichtigen. Die ersatzlose Auflösung der vertraglichen Verpflichtung des Käufers kann schließlich dazu führen, dass der Käufer die Ware bei einem Konkurrenten einkauft und so dem Verkäufer für weitere Geschäfte als Kunde verloren geht. In einer ähnlichen Situation befindet sich der Verkäufer im Falle der Minderung. Auch die Minderung kann das wirtschaftliche Ergebnis des Kaufvertrages ruinieren, wenn der Minderungsbetrag die Gewinnspanne des Verkäufers

⁴¹¹ Vgl. Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 23 f.

übersteigt und dieser die Ware aufgrund ihrer Mängel dem Einkaufspreis abgeben muss. Und obwohl sie den Vertrag grundsätzlich bestehen lässt, ergeben sich auch hier zusätzliche Kosten im Hinblick auf die innerbetriebliche Bilanzierung.

Die tiefgreifenden Wirkungen von Wandelung und Minderung haben ein erhebliches Interesse des Verkäufers an einer Abwendungsmöglichkeit zur Folge. Durch eine Nacherfüllung kann der Verkäufer den Eintritt dieser negativen Folgen verhindern. Der Verkäufer behält die vollständige Gegenleistung und somit auch den durch das Geschäft erzielten Gewinn. Wenn die vertraglichen Bindungen bestehen bleiben, verliert er den Käufer zudem nicht als Kunde. Unterhält der Verkäufer dauerhafte Geschäftsbeziehungen, hat er ein besonderes Interesse daran, das Vertrauen seines Geschäftspartners in seine zukünftige Leistungsfähigkeit durch eine zügige Nacherfüllung zu erhalten. Gerade eine Nachbesserung bringt dem Verkäufer nur geringe finanzielle Nachteile, wenn er sie im eigenen Betrieb ausführen lassen kann. Besteht die Reparatur nur in der Auswechslung genormter Ersatzteile, ist auch der entstehende Zeit- und Arbeitsaufwand gering. Viele Verkäufer haben zudem einen firmeneigenen Kundendienst für die Erledigung solcher Reparaturen oder die Möglichkeit, die Ware ins jeweilige Herstellerwerk zu schicken. In den Fällen einer aufwendigen, kostenintensiven Nachbesserung wird die Nachlieferung die für den Verkäufer günstigere Variante darstellen. Zu denken ist hier insbesondere an alltägliche Produkte oder Waren von geringem Wert, von denen der Verkäufer noch eine große Anzahl gleichwertiger Stücke auf Lager hat.⁴¹² Eine unverhältnismäßig teure Nacherfüllung kann der Verkäufer gegenüber dem Käufer verweigern.⁴¹³ Für den Verkäufer ist der Vorrang der Nacherfüllung deshalb regelmäßig von Vorteil.

Dieser Grundsatz trägt aber auch den berechtigten Interessen des Käufers angemessen Rechnung. Durch die erfolgreiche Nacherfüllung erhält der Käufer, was er nach dem Vertrag beanspruchen konnte. Insbesondere dem privaten Käufer geht es vorrangig um den Erhalt einer gebrauchstauglichen Sache der vereinbarten Qualität. Die Minderung hilft hier nicht weiter. Dem Endverbraucher bringt eine defekte Kaufsache, auch wenn er dafür einen geringeren Kaufpreis zahlen muss, regelmäßig keinen Nutzen. Auch die Vertragsaufhebung kann den mit Abschluss des Vertrages angestrebten Zweck nicht herbeiführen. Sie schließt sogar seine Erreichung, den Erhalt der betreffenden Sache, endgültig aus. Der Käufer erlangt durch die Auflösung des Vertrages zwar den gezahlten Kaufpreis zurück, bekommt aber nicht das von ihm zu Ge- oder Verbrauchszwecken gewünschte Gut. Er muss deshalb ein zweites Geschäft durchführen. Bereits von ihm im Hinblick auf den Vertragsabschluss getätigte Investitionen

⁴¹² Diese Betrachtungsweise geht vom Regelfall des gewerblichen Verkäufers aus. Der private Verkäufer wird demgegenüber die Vorteile der Nacherfüllung schon aus dem Grunde nicht für sich nutzen können, da ihm entsprechende Nachbesserungs- und Nachlieferungsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen. Bei einer Entscheidung für die Gewährung eines Nacherfüllungsrechts sind deshalb die Interessen dieser Verkäufer dadurch zu wahren, dass bei fehlender Nacherfüllungsmöglichkeit oder zu hohen Kosten der Nacherfüllungsanspruch des Käufers entsprechend eingeschränkt wird, siehe dazu 4.2.7.2.

⁴¹³ Dies gilt für alle Regelungen, die einen Vorrang der Nacherfüllung festschreiben.

werden so nutzlos. Nur Nachbesserung und Ersatzlieferung können dem Verbraucher die Vorteile aus dem geschlossenen Vertrag erhalten.

Die Situation des gewerbsmäßigen Käufers unterscheidet sich von der des Endverbrauchers, da sich der Verlust des Unternehmers beim Erhalt mangelhafter Ware auch durch Zahlung eines finanziellen Ausgleiches kompensieren lässt. Die gekauften Waren dienen dem gewerblichen Käufer zur Erreichung eines angestrebten Gewinns. Er will mit den erworbenen Produkten durch Wiederverkauf, Benutzung oder Verbrauch Profite erzielen. Misslingt dies, weil er defekte Waren geliefert bekommen hat, verwirklicht sich hierin nur ein seinem Gewerbe innewohnendes Risiko. Jedoch kann man aus dieser Situation nicht von vornherein ableiten, dass der kommerzielle Käufer kein Interesse an der Nacherfüllung haben kann.⁴¹⁴ Zwar wird ein Unternehmer mangelhafte Ware eher als ein Privatkäufer akzeptieren oder sie auf eigene Rechnung nachbessern lassen. Auch fällt es ihm leichter, den Mangel als finanziellen Verlust im Sinne eines Rechnungspostens in seine Kalkulationen einzubeziehen und sich mit der Rückerstattung des Geldes und einem Ausgleich verbleibender Schäden zufrieden zu geben. Dies ist aber nur zutreffend, wenn er als Zwischenhändler die Ware selbst nur weiterverkaufen wollte. Will der Käufer die gekaufte Sache jedoch benutzen, so hilft ihm ein Ausgleichsanspruch in Geld oder eine defekte Kaufsache nicht weiter. In diesem Fall benötigt auch der gewerbliche Käufer vorrangig eine gebrauchstaugliche Sache, damit er nicht weitere Verluste, etwa durch Produktionsausfall, erleidet. Gerade bei hochwertigen, teuren Anlagen oder Maschinen kann auch der gewerbliche Käufer ein erhebliches Interesse daran haben, dass diese durch Reparatur bzw. Austausch der defekten Teile funktionstüchtig gemacht werden, um nicht den durch die Rückgängigmachung verursachten Ausbau der Anlage, ihren Rücktransport und den Abschluss eines neuen Kaufvertrages hinnehmen zu müssen. Insoweit ist, ebenso wie beim Endverbraucher, auch beim gewerblichen Käufer ein Interesse an der Nacherfüllung zu bejahen. Als Zwischenergebnis ist also festzustellen, dass sowohl der Verkäufer als auch der Käufer ein Interesse an der Nacherfüllung bei Lieferung mangelhafter Kaufsachen haben.

Der Käufer ist aber auch an einem möglichst weit gespannten Kreis der Rechtsbehelfe interessiert. So kann der Käufer das ihm zustehende Recht zur Auflösung des Vertrages als Druckmittel gegenüber dem Verkäufer einsetzen wollen, um diesen zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Eine sofortige Aufhebungsmöglichkeit liegt auch dann im Interesse des Käufers, wenn er sich unter Berufung auf den Mangel von einem ihm im nachhinein ungünstig erscheinenden Vertrag lösen will. Dies ist für ihn besonders vorteilhaft, wenn die Kaufsache einem raschen Wertverlust wie etwa in der Computerbranche unterliegt und der Käufer so modernere Ware für den gleichen Kaufpreis erwerben kann. Denkbar ist auch, dass der Käufer von dem Vertrag loskommen will, da seine aus dem Abschluss des Kaufes erwachsene Erwartungshaltung hinsichtlich der Qualität der Ware enttäuscht worden ist. Eine Nacherfüllung kann auch deshalb vom Käufer nicht erwünscht sein, weil eine reparierte

⁴¹⁴ So aber Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 69

Kaufsache für ihn psychologisch mit dem Makel des defekt gewesenen Gegenstands behaftet ist.⁴¹⁵ Diese Motive des Käufers können im Rahmen der Interessenabwägung dennoch nicht ausschlaggebend gegen eine Berechtigung der Nacherfüllung sprechen. Auszugehen ist von dem ursprünglich geschlossenen Kaufvertrag. Nach dem Prinzip pacta sunt servanda ist dieser grundsätzlich zu erfüllen. Der Rechtsbehelf, der eine Aufrechterhaltung dieses Geschäfts ermöglicht, gibt auch am besten die Interessenlage wieder, wie sie bei Abschluss des Vertrages bestand. Das Interesse des Käufers bestand zu diesem Zeitpunkt im Erhalt einer gebrauchstauglichen Sache. Kann dieses Interesse durch die Nacherfüllung befriedigt werden, besteht kein Anlass, den einmal geschlossenen Vertrag wieder aufzuheben. Im Vergleich zur sofort möglichen Wandelung des bisherigen deutschen Rechts bedeutet dies zwar eine Schlechterstellung des Käufers, diese ist aber für die Gewährleistung eines funktionierenden Wirtschaftsverkehrs unabdingbar. Die Interessen des Verkäufers sind daher als schutzwürdiger zu bewerten.⁴¹⁶ Das nachträglich entstandene Bedürfnis des Käufers nach moderneren Produkten oder die besondere Abneigung gegen reparierte Ware müssen demgegenüber als Motive für eine uneingeschränkte Rücktrittsmöglichkeit zurücktreten. Nur in den Fällen, in denen eine Nacherfüllung berechnete Interessen einer Vertragspartei beeinträchtigt, sind Einschränkungen des Grundsatzes pacta sunt servanda geboten.⁴¹⁷ Diese Interessenlage wird durch die bestehende Vertragspraxis bestätigt, nach der schon bisher Wandelung und Minderung zugunsten der beiden moderneren, den Erfordernissen des heutigen Warenverkehrs besser entsprechenden Rechtsbehelfe der Nachbesserung und Ersatzlieferung abgedungen wurden.

4.5.2. Beschränkung der Vertragsaufhebung auf wesentliche Vertragswidrigkeiten?

Die Vertragsaufhebung ist eine besonders restriktive Lösung des Interessenkonflikts zwischen Käufer und Verkäufer im Falle der Lieferung mangelhafter Ware. Die vertraglichen Vereinbarungen werden aufgehoben, der Gütertausch rückgängig gemacht. Die Nachteile, die sich für beide Parteien daraus ergeben, werden vermieden, indem der Nacherfüllung durch Reparatur oder Ersatzlieferung der Vorrang vor der Vertragsauflösung eingeräumt wird. Dies entspricht den Interessen beider Vertragsparteien.⁴¹⁸ Ist eine Nacherfüllung jedoch nicht möglich oder gescheitert, stellt sich die Frage, ob die Vertragsaufhebung darüber hinaus weiter eingeschränkt werden sollte.

⁴¹⁵ Dazu Wendel, Entwicklung, Kodifikation und Rechtspraxis der Sachmängelgewährleistung, S. 163 und 210

⁴¹⁶ So auch Krebs, DB Beilage Nr. 14/ 2000, S. 18f.; Zimmer, in: Ernst/ Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 200; Gsell, JZ 01, S. 67; AnwK-Büdenbender § 439 Rn. 1 Fn. 1; Lorenz, JZ 01, S. 743; Jorden/ Lehmann, JZ 01, S. 957 f.; Westermann, NJW 02, S. 248

⁴¹⁷ Zu diesen Ausnahmefällen siehe 4.2.8.6.2. und 4.2.8.7.3.

⁴¹⁸ Siehe 4.5.1.

Dies wurde in CISG und PICC bejaht. Für die Vertragsaufhebung ist gemäß Art. 49 I lit. a CISG, 7.3.1 (1) PICC zusätzlich die Wesentlichkeit der Nichterfüllung erforderlich. Der Käufer kann sich daher erst von seiner vertraglichen Verpflichtung befreien, wenn die Nacherfüllung nicht möglich oder erfolglos war⁴¹⁹ und die Vertragsverletzung eine gewisse Intensität besitzt. Die Gründe für diese Begrenzung der Vertragsaufhebung liegen vor allem im Geltungsbereich von CISG und PICC. Da beide Regelungen international anwendbar sind, also unter Umständen Vertragsabschlüsse räumlich weit voneinander entfernter Parteien betreffen, können die Kosten und Risiken, die mit einem Rücktransport mangelhafter Ware nach Vertragsaufhebung verbunden sind, ein erhebliches Ausmaß erreichen. Davor soll der Verkäufer geschützt werden, sofern es sich nicht um Vertragsverletzungen von besonderer Schwere handelt. Durch diese Einschränkung der Vertragsaufhebung ergeben sich auch keine unzumutbaren Interessenbeeinträchtigungen für den Käufer. CISG und PICC betreffen Handelsverträge, deren Parteien Unternehmer und Gewerbetreibende sind. Dieser Käufergruppe ist es bei Ausscheiden einer Nacherfüllung zuzumuten, ihre Verluste im Wege des Schadensersatzbegehrens geltend zu machen. Produktionsausfälle und entgangene Gewinne aus einem misslungenem Weiterverkauf der Waren lassen sich von gewerblichen Käufern zumeist ohne Weiteres beziffern, so dass ihre Interessen auch gewahrt werden, wenn eine Vertragsaufhebung nicht in Betracht kommt.⁴²⁰ Mit dem Erfordernis der Wesentlichkeit tragen PICC und CISG dem Schutzbedürfnis des international agierenden Verkäufers angemessene Rechnung, ohne die berechtigten Interessen des gewerblichen Käufers zu beeinträchtigen.

Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthalten kein Wesentlichkeitskriterium. Voraussetzung für die Aufhebung des Vertrages bei gescheiterter Nacherfüllung ist hier allein, dass es sich um eine erhebliche Vertragswidrigkeit handelt. Das Kriterium der Erheblichkeit soll dabei lediglich Bagatellfälle von der Möglichkeit der Vertragsaufhebung ausnehmen.⁴²¹ Mängel unterhalb dieser Schwelle sollen nicht zum Anlass für eine Aufhebung der vertraglichen Vereinbarungen genommen werden, da in diesen Fällen das Leistungsinteresse des Käufers den vom Verkäufer zu tragenden Rückabwicklungsaufwand nicht aufwiegen würde. Der Verkäufer verlöre sonst wegen einer nur geringfügigen Vertragswidrigkeit seinen Gewinn aus dem Vertrag und wäre gemessen an der Schwere seiner Vertragsverletzung unangemessen benachteiligt. Bei lediglich kleineren Mängeln kann vom Käufer erwartet werden, dass er sich mit ihnen abfindet, zumal bei einer unerheblichen Tauglichkeitsminderung die Benutzung der Sache möglich bleibt. Eine Verweisung des Käufers auf Schadensersatzansprüche oder eine Kaufpreisminderung stellt dann keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung seiner Interessen dar.

⁴¹⁹ Zum Vorrang der Nacherfüllung gegenüber der Vertragsaufhebung bei CISG und PICC siehe Art. 7.1.4 PICC sowie 4.2.8.3.2.2. und zusammenfassend 4.3.7.1.3.

⁴²⁰ Siehe dazu 4.5.1.

⁴²¹ Siehe 4.3.7.1.2.

Die im Vergleich zu CISG und PICC geringeren Voraussetzungen für die Rückgängigmachung des Vertrages haben darin ihre Ursache, dass Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auf nationale Kaufverträge beschränkt sind und auch private Käufer bzw. Endverbraucher betreffen. Die Transportwege innerhalb eines Landes sind kürzer. Die Risiken und Kosten für einen Rücktransport fallen deshalb geringer aus. Der Verkäufer ist daher nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie bei internationalen Verträgen. Außerdem ist dem Käufer, der eine Sache zur privaten Nutzung anschafft, mit einer Verweisung auf Schadensersatzansprüche oftmals nicht geholfen. Er verliert sein Interesse an einer mangelfreien Sache nicht dadurch, dass er einen entsprechenden finanziellen Ausgleich erhält. Will er die Sache benutzen, benötigt er eine gebrauchstaugliche Sache. Kann sein Vertragspartner nicht nacherfüllen, muss der Käufer die Möglichkeit haben, sich ein entsprechendes Produkt anderweitig zu beschaffen und von der für ihn wertlos gewordenen vertraglichen Verpflichtung loszukommen. Eine Beschränkung der Vertragsaufhebung auf wesentliche Fälle würde den Käufers unzumutbar benachteiligen. Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beschränken die Vertragsaufhebung daher zu Recht lediglich im Falle unerheblicher Vertragswidrigkeiten.

Die PECL weichen hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung von den vorhergehenden Regelwerken ab. Vom Geltungsbereich ähneln die PECL eher Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Denn sie sollen vor allem auf nationale Verträge und Geschäfte im Europäischen Binnenmarkt angewandt werden.⁴²² Dies bedeutet, dass die unter Geltung der europäischen *Principles* verkauften Waren zumeist kürzere Transportwege zurücklegen müssen, als dies im internationalen Warenverkehr, den CISG und PICC regeln, der Fall ist. Weniger lange Transportwege verursachen geringere Kosten beim Rücktransport mangelhafter Produkte. Auch die Verlust- und Schadensrisiken für die zurückgeschickte Ware sind niedriger als bei einem weltweiten Versand. Ein besonderes Schutzbedürfnis des Verkäufers wie nach CISG und PCC ist daher für die PECL nicht anzunehmen. Trotzdem ist nach den PECL die Vertragsaufhebung nur zulässig, wenn es sich um eine wesentliche Nichterfüllung handelt. Begründet wird dies damit, dass die Aufhebung des Vertrages ein besonders schwerwiegender und weitreichender Rechtsbehelf ist und daher einer Begrenzung bedarf.⁴²³ Da die PECL keine umfassende Abwendungsbefugnis enthalten⁴²⁴, müssen die Interessen des Verkäufers hier durch das Erfordernis der Wesentlichkeit gewahrt werden. In den vorgenannten Regelungen wird dieser Schutz des Verkäufers schon durch die Gewährleistung des Vorranges der Nacherfüllung erreicht. Sie tragen dem Grundsatz *pacta sunt servanda* besser Rechnung, da sie auf eine nachträgliche Erfüllung des Vertrages durch den

⁴²² Siehe 1.3.2.2.3.

⁴²³ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment A.* zu Art. 4.301 (Art. 9:301 n.F.)

⁴²⁴ Siehe 4.2.8.4.1.

Verkäufer hinwirken und ihm die Befugnis einräumen, die mangelhaft erbrachte Leistung in eine vertragsgemäße umzuwandeln.⁴²⁵

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl CISG und PICC als auch Kommissionsentwurf, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz interessengerechte Regelungen der Vertragsaufhebung enthalten. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage sind an die Bedürfnisse des jeweiligen Adressatenkreises angepasste Anforderungen an die Vertragsauflösung zu stellen, so dass im internationalen Warenverkehr strengere Voraussetzungen als bei nationalen Geschäften gelten.

⁴²⁵ Siehe 4.5.1.

Kapitel 5..... Grundzüge der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzhaftung

5.1. Das bisher geltende deutsche Recht

5.1.1. Die Haftung aus §§ 463, 480 Absatz II BGB a.F.

Die auf dem römischen Recht basierende Regelung des § 463 BGB a.F. behandelte zwei Haftungsfälle, die Garantie für zugesicherte Eigenschaften (dictum) und die Arglisthaftung (dolus).¹ § 480 II BGB a.F. enthielt die entsprechende Regelung für den Gattungskauf.

5.1.1.1. Die besonderen Voraussetzungen der §§ 463, 480 Absatz II BGB a.F.

Da gemäß §§ 463, 480 II BGB a.F. der Schadensersatzanspruch „statt“ Wandelung oder Minderung gewährt wurde, mussten deren Voraussetzungen aus §§ 459, 460 BGB a.F. vorliegen.²

Nach §§ 463, S. 1, 480 II Alt. 1 BGB a.F. haftete der Verkäufer für das Fehlen der von ihm zugesicherten Eigenschaften. Der Zusicherungsbegriff entsprach dem des § 459 II BGB a.F.³ Der Grund der Haftung lag in der vom Verkäufer mit der Zusicherung übernommenen Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft.⁴ Auf ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB a.F. kam es folglich nicht an.⁵

Dem Käufer stand gemäß §§ 463, S. 2, 480 II Alt. 2 BGB a.F. auch dann ein Ersatzanspruch zu, wenn der Verkäufer einen Fehler der Kaufsache arglistig verschwiegen hatte. Der Begriff des Fehlers ergab sich aus § 459 I BGB a.F.⁶ Ein rechtlich erhebliches Verschweigen setzte die Verletzung einer Offenbarungspflicht voraus.⁷ Eine allgemeine Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer bestand jedoch nicht.⁸ Aus Treu und Glauben konnte sich aber die Verpflichtung des Verkäufers ergeben, dem Käufer solche Umstände zu offenbaren, die für seine EntschlieÙung offensichtlich von Bedeutung waren und deren Mitteilung er nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte.⁹ Die besondere Sachkunde des Verkäufers, Art und Grund des Fehlers, Möglichkeit und Fähigkeit des Käufers diesen zu erkennen, eine besondere

¹ Siehe hierzu 1.1.

² Eine Ausnahme galt beim Stückkauf für den Zeitpunkt des Vorhandenseins der Tatbestandsmerkmale. Während § 459 BGB a.F. auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellte, war für § 463 BGB a.F. der Abschluss des Kaufvertrages maßgeblich, siehe oben 2.4.1.

³ MüKo-Westermann § 463 Rn. 1

⁴ Soergel-Huber, § 463 Rn. 2

⁵ Soergel-Huber, § 463 Rn. 14

⁶ RGZ 67, 146, 148; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II c 2; MüKo-Westermann § 463 Rn. 5

⁷ MüKo-Westermann § 463 Rn. 5; Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 8

⁸ BGH NJW-RR 89, 212

⁹ BGH NJW 83, 2494; 86, 317; NJW-RR 92, 334

Nachfrage des Käufers oder auch die Art des Vertragsgegenstandes, etwa bei Gebrauchtwagen, konnten danach aufklärungspflichtige Umstände darstellen.¹⁰ Eine Täuschungsabsicht war für die Arglist nicht erforderlich, bedingter Vorsatz genügte.¹¹ Wegen der übereinstimmenden Interessenlage wurde dem arglistigen Verschweigen das arglistige Vorspiegeln einer nicht vorhandenen Eigenschaft gleichgestellt, §§ 463, S. 2, 480 II 2. Alt. BGB a.F. analog.¹²

5.1.1.2. Der Umfang des Ersatzanspruchs

Gemäß §§ 463, 480 II BGB a.F. konnte der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Verkäufer haftete auf das positive Interesse.¹³ Er hatte den Käufer damit so zu stellen, wie dieser gestanden hätte, wenn die Sache fehlerfrei gewesen wäre oder die zugesicherten oder vorgespiegelten Eigenschaften gehabt hätte.¹⁴ Der Ersatzanspruch nach §§ 463, 480 II BGB a.F. umfasste die Mangelschäden.¹⁵ Als Mangelschäden wurden solche Schäden bezeichnet, die dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Sache selbst erwachsen.¹⁶ Dazu gehörten insbesondere die Reparaturkosten, der verbleibende Minderwert, Nutzungsausfall und der entgangene Gewinn.¹⁷ Diejenigen Schäden, die dem Käufer infolge des mangelhaften Vertragsgegenstandes an sonstigen Rechtsgütern entstanden waren (Mangelfolgeschäden)¹⁸, unterfielen in den Fällen des arglistigen Verschweigens oder Vorspiegelns der Haftung aus §§ 463, S. 2, 480 II Alt. 2 BGB a.F., sofern sie adäquat verursacht waren.¹⁹ Denn der nach diesen Vorschriften zu leistende Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasste den gesamten, dem Gläubiger aus der Nichterfüllung seiner Leistungspflicht entstandenen Schaden, also auch Folgeschäden.²⁰ Sofern die positive Forderungsverletzung als Haftungsgrundlage angesehen wurde²¹, waren die Mangelfolgeschäden wegen des aufgrund der Arglist zu bejahenden Verschuldens ebenfalls zu ersetzen.²² Von einer Zusicherung des Verkäufers wurden Mangelfolgeschäden nur erfasst, wenn diese nicht nur dem Zweck diente,

¹⁰ Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 8

¹¹ BGHZ 109, 332 f.; 117, 368

¹² BGH NJW -RR 92, 1976; NJW 60, 237; RGZ 63, 110, 113; 66, 335, 337

¹³ Vgl. Honsell JR 76, S. 363

¹⁴ BGHZ 50, 200, 204; NJW 93, 2103, 2104; Palandt-Putzo § 463 Rn. 14

¹⁵ Palandt-Putzo § 463 Rn. 14; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II e

¹⁶ Fikentscher, SchuldrechtR Rn. 718; Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 13

¹⁷ BGHZ 77, 215, 218; Palandt-Heinrichs § 276 Rn. 110; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 n. F. Rn. 5 und 41

¹⁸ BGHZ 77, 215, 217; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II c 3; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 72;

Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 13

¹⁹ Staudinger-Honsell § 463 Rn. 40; Palandt-Putzo § 463 Rn. 15; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II c 3;

Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 14; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 72; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rn. 91; Fikentscher, SchuldrechtR Rn. 718

²⁰ Palandt-Putzo § 463 Rn. 15; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II c 3; Medicus, Schuldrecht II, BT, Rn. 72; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rn. 91

²¹ BGH NJW 62, 908

²² Palandt-Putzo § 463 Rn. 15; Jauernig-Vollkommer § 463 Rn. 14

dem Käufer zu einem ungestörten Genuss der Kaufsache zu verhelfen, sondern darüber hinaus auch das Ziel verfolgte, ihn gegen auftretende Mangelfolgeschäden abzusichern.²³

5.1.1.3. Die Berechnung des Schadensersatzes

Die Höhe des Schadensersatzes aus §§ 463, 480 II BGB a.F. ließ sich auf zwei Arten berechnen.²⁴ Der Käufer war berechtigt, die mangelhafte Sache zu behalten und Ersatz für den Minderwert, die Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache, zu verlangen (sog. kleiner Schadensersatz). Er konnte die Kaufsache aber auch ablehnen bzw. zurückgeben und den durch die Nichterfüllung des Vertrages insgesamt entstandenen Schaden geltend machen. Dieser sog. große Schadensersatz war zulässig, obwohl hierdurch die gesetzlich vorgegebene Alternativität von Wandelung und Schadensersatz²⁵ missachtet wurde. Denn im Ergebnis stellte der große Schadensersatz den Käufer ebenso, wie wenn er Wandelung verlangt und darüber hinaus Ersatz seiner weitergehenden Schäden erhalten hätte.

5.1.2. Die Haftung für Mangelfolgeschäden aus positiver Forderungsverletzung

Neben der gesetzlichen Schadensersatzhaftung wegen Zusicherung und Arglist kam nach bisherigem Recht unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung in Betracht. Die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung waren aber nur anwendbar, soweit die Gewährleistungsvorschriften keine Regelung trafen. Die §§ 459 ff. BGB a.F. regelten die Rechte des Käufers hinsichtlich der unmittelbaren Wirkung der mangelhaften Lieferung jedoch abschließend. Für das Äquivalenzinteresse²⁶, also das Interesse des Käufers an einer vollwertigen gebrauchstauglichen Sache als Gegenleistung für den Kaufpreis, war gewährleistungsrechtlich ein Ausgleich nur über die Wandelung oder Minderung und unter den Voraussetzungen der Arglist und Zusicherung ein Schadensersatzanspruch vorgesehen. Die Mangelschäden wurden also durch die §§ 463, 480 II BGB a.F. spezialgesetzlich geregelt. Die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung waren mangels Regelungslücke nicht anwendbar. Ein Ersatz von fahrlässig verursachten Mangelschäden kam hier nicht in Betracht.²⁷ Die Gewährleistungsvorschriften regelten hingegen nicht den Ersatz

²³ BGHZ 50, 200, 204; 59, 158; NJW 73, 843; 93, 2104; Diederichsen, AcP 165 (1965), S. 160; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II c 3; Staudinger-Honsell § 463 Rn. 49

²⁴ BGHZ 29, 148; 96, 283, 287; 108, 156, 159; 115, 286; BGH NJW 95, 518, 519

²⁵ Vgl. den Wortlaut des § 463 BGB a.F. Schadensersatz „statt“ Wandelung oder Minderung

²⁶ In Abgrenzung zum Integritätsinteresse, vgl. BGHZ 77, 215, 217

²⁷ BGHZ 77, 215, 217; WM 80, 1388, 1389; 81, 847, 849; 89, 575, 577; 91, 854, 858; Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II e; Staudinger-Honsell vor 459 Rn. 38; MüKo-Westermann § 463 Rn. 41; Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 153; In der Literatur wurde dagegen zum Teil die Ansicht vertreten, die positive Forderungsverletzung ersetze auch die unmittelbaren Mangelschäden: Soergel-Huber Rn. 55 vor § 459; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 6 II; Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 290

von Mangelfolgeschäden. Wandelung und Minderung konnten den Käufer aber nicht schützen, wenn die entstandenen Schäden über den den Mangel begründenden Nachteil an der verkauften Sache hinausgingen.²⁸ In Rechtsprechung und Literatur war daher anerkannt, dass der Verkäufer für Mangelfolgeschäden, die dem Käufer aus dem Sachmangel erwachsen, zu haften hatte, wenn er schuldhaft gehandelt hatte.²⁹ Die positive Forderungsverletzung setzte zweierlei voraus: einen Fehler und ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers. Nach der Rechtsprechung lag der Grund der Haftung des Verkäufers in der schuldhaften Schlechtlieferung.³⁰ Die Pflichtverletzung bestand darin, dass der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hatte und ihn hieran ein Verschulden traf.³¹ Die meisten Fälle der Haftung aus positiver Forderungsverletzung bezogen sich auf den Gattungskauf. Hier war unstrittig, dass die Lieferung mangelhafter Sachen die Schlechterfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht darstellte. Aber auch beim Stückkauf sollten Mangelfolgeschäden allein aufgrund der schuldhaften mangelhaften Leistung ersetzt werden.³² In der Literatur wurde dieses Ergebnis damit begründet, dass der Verkäufer auch beim Stückkauf verpflichtet sei, die Sache frei von Mängeln zu verschaffen. Die Vertragsverletzung liege hier in der Nichterfüllung einer kaufvertraglichen Hauptleistungspflicht.³³ Nach anderer Ansicht kam die positive Forderungsverletzung beim Stückkauf aufgrund der Verletzung von Nebenpflichten, wie Untersuchungs-, Aufklärungs- und Verkehrspflichten, zur Anwendung.³⁴ Sofern die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache schon bei Vertragsschluss vorlag und der Verkäufer diese trotz Erkennbarkeit verschwiegen, mithin fahrlässig gehandelt hatte, sollten die Regeln der culpa in contrahendo zur Anwendung kommen.³⁵ Im Ergebnis haftete der Verkäufer, der eine mangelhafte Speziessache geliefert hatte, aber nach allen genannten Ansichten für hierdurch verursachte Folgeschäden.

Hinsichtlich der Anforderungen an das Verschulden im Sinne der §§ 276, 278 BGB a.F., das zumeist in Fahrlässigkeit bestand, wurde danach differenziert, ob der Käufer den Vertrag mit dem Hersteller, dem Händler oder einem Privatmann geschlossen hatte. Nach ständiger Rechtsprechung haftete der Verkäufer, der selbst Hersteller der verkauften Sache war, für deren fehlerhafte Herstellung. Die fehlerfreie Herstellung gehörte zu den Sorgfaltspflichten dieser

²⁸ BGH NJW 80, 1950; Palandt-Putzo Vorbem. 6 § 459; Westphalen, DB 01, S. 802

²⁹ st. Rspr. RGZ 52, 18; 53, 200; 56, 166; 66, 289; 103, 77; 108, 221; 117, 315; 125, 76; BGHZ 59, 303; 77, 215, 217; 101, 337, 339; WM 89, 575, 577; Larenz, Schuldrecht, II/1, § 41 II e; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 6 II; Soergel-Huber Anh. § 463 Rn. 1; Palandt-Heinrichs § 276 Rn. 110

³⁰ BGHZ 101, 337, 339

³¹ BGH WM 89, 575, 577

³² RGZ 161, 330, 337; BGHZ 60, 319, 320; BGH NJW 65, 532, 533; WM 88, 200, 202

³³ Soergel-Huber Rn. 64 vor § 459; Palandt-Heinrichs § 276 Rn. 110; Diese Argumentation resultierte aus der Nichterfüllungstheorie, vgl. 4.1.1.

³⁴ So Honsell, JR 76, S. 361; Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 49, 202, 204; Ehmman/Rust, JZ 99, S. 860; Palandt-Putzo Vorbem. 6 § 459

³⁵ Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II e; Esser/Weyers, Schuldrecht II/1, § 6 II 3 c; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 700 ff.

Verkäufergruppe.³⁶ Verkaufte der Händler eine Sache, die einen ihm unbekanntem Mangel aufwies, war er dafür grundsätzlich nicht haftbar zu machen. Der Vorlieferant des Händlers, der die Sache fehlerhaft hergestellt hatte, war nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Sinne des § 278 BGB.³⁷ Den Händler traf im Regelfall keine Untersuchungspflicht bezüglich verborgener Mängel.³⁸ Den Privatmann, der weder Händler noch Hersteller war, traf generell keine Untersuchungspflicht.³⁹

5.1.3. Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens

Im bisherigen deutschen Recht wurde die Beschränkung der Ersatzfähigkeit von Verlusten grundsätzlich durch die Adäquanzformel vorgenommen.⁴⁰ Eine adäquate Verursachung ist gegeben, wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet war.⁴¹ Für die Beurteilung der Adäquanz kommt es dabei nicht auf die Einsicht und Voraussicht des Schädigers an, sondern auf eine objektive nachträgliche Prognose aus der Sicht eines optimalen Beobachters.⁴²

Im bisherigen Kaufgewährleistungsrecht waren vom Verkäufer also diejenigen Mangelfolgeschäden zu ersetzen, die durch den Mangel adäquat verursacht wurden. Während dieses Prinzip im Falle der Arglist uneingeschränkt galt⁴³, umfasste die Haftung aus Zusicherung Mangelfolgeschäden erst dann, wenn der Schaden in den Schutzbereich der Zusicherung fiel.⁴⁴

5.2. Der Kommissionsentwurf

Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache wurde über die Verweisung des § 441 I 1 KE in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert. Der Verkäufer unterlag daher bei Sachmängeln regelmäßig der ebenfalls neu konzipierten allgemeinen Verschuldenshaftung.

³⁶ RGZ 56, 166; 108, 222; BGH JZ 71, 29; BB 71, 287, 288; VersR 72, 953; BGHZ 59, 303, 309; 101, 337

³⁷ RGZ 101, 158; BGH NJW 68, 2238, 2239; WM 77, 220; 84, 1059; NJW-RR 89, 1190

³⁸ BGH NJW 68, 2238, 2239; 81, 1269; Soergel- Huber Anh. § 463 Rn. 17 m. w. N.

³⁹ Soergel- Huber Anh. § 463 Rn. 19

⁴⁰ Daran hat auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert.

⁴¹ BGHZ 3, 261, 267; 7, 204; 57, 141

⁴² BGHZ 3, 261, 266; Palandt-Heinrichs Vorbem. 60 vor § 249

⁴³ Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 II; Staudinger-Honsell § 463 Rn. 55; MüKo-Westermann § 463 Rn. 28

⁴⁴ Siehe schon 5.1.1.2.

5.2.1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gemäß § 280 Absatz I Satz 1

KE

§ 280 I 1 KE stellte den Grundtatbestand für die Schadensersatzhaftung des Verkäufers dar. Voraussetzung für das Entstehen des Ersatzanspruchs war eine Pflichtverletzung, die wegen § 434 KE auch in der Lieferung mangelhaft beschaffener Waren liegen konnte.⁴⁵ Gemäß § 280 I 2 KE musste der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten haben. § 280 I 1 KE erfasste jedoch nicht das gesamte Käuferinteresse. Nur die über das Erfüllungsinteresse hinaus gehenden Vermögensnachteile des Käufers waren hiernach ersatzfähig.⁴⁶ Die Leistungspflicht zur mangelfreien Verschaffung konnte dabei neben der Ersatzpflicht fortbestehen.⁴⁷ §§ 280 I, 441 I KE sollten dem Ersatz der Schäden dienen, die nach bisher geltendem Recht als Mangelfolgeschäden über die positive Forderungsverletzung ersetzt worden wären.

5.2.2. Ersatz des Erfüllungsinteresses gemäß §§ 280 Absatz II, 283, 327, 441

KE

Der Ersatz des Schadens, der im Mangel der Sache selbst liegt, richtete sich nach den §§ 280 II, 283, 327 KE. Der Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 283 KE und wegen Nichtausführung des Vertrages gemäß § 327 KE ergänzten den allgemeinen Schadensersatzanspruch aus § 280 I 1 KE im Hinblick auf den Schutz des unmittelbaren Erfüllungsinteresses.⁴⁸ Sie traten daher an die Stelle der Leistungspflicht zur Verschaffung einer mangelfreien Sache nach § 434 KE. Die Schuldrechtskommission übernahm mit dieser Differenzierung die bisherige Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschäden, allerdings ohne sich im Kommissionsentwurf dieser Begrifflichkeiten zu bedienen.⁴⁹ Die §§ 283, 327 KE betrafen somit diejenigen Schäden, die nach geltendem Recht als Mangelschäden nur unter den Voraussetzungen der Zusicherung oder der Arglist gemäß §§ 463, 480 II BGB a.F. ersetzt wurden. Darin bestand im Bereich der Schadensersatzhaftung die eigentliche Neuerung gegenüber dem bisher geltenden Recht.⁵⁰ Von Bedeutung war diese Änderung vor allem für diejenigen Mangelschäden, die als reine Vermögensschäden in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mangel der Kaufsache standen, wie etwa entgangener Gewinn oder Nutzungsausfall.⁵¹ Anders als nach bisherigem Recht hatte nun auch der bezüglich des Sachmangels fahrlässige Verkäufer diese Vermögenseinbußen zu ersetzen.

⁴⁵ Abschlussbericht, S. 196 und 222

⁴⁶ Abschlussbericht, S. 223

⁴⁷ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 198

⁴⁸ Abschlussbericht, S. 223

⁴⁹ Dies wird im Abschlussbericht, S. 221 ff., deutlich, der erläuternd immer wieder auf diese Terminologie Bezug nimmt.

⁵⁰ Abschlussbericht, S. 222

⁵¹ Haas, NJW 92, S. 2394

5.2.2.1. Der Vorrang der Nacherfüllung

Der in der Mangelhaftigkeit der Sache selbst liegende Schaden konnte gemäß § 283 I KE nur nach dem erfolglosen Ablauf einer Nachfrist verlangt werden. Dies stellte eine wichtige Änderung gegenüber dem bisher geltenden Recht dar, das dem Verkäufer nicht zur Nacherfüllung berechnete. Die von § 283 KE erfassten Nichterfüllungsschäden konnten - anders als Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Käufers - noch durch eine Nacherfüllung behoben werden. Erwies sich der Sachmangel als unbehebbar, verlor die Fristsetzung ihren Sinn. Der Käufer musste daher gemäß § 283 II KE bei offensichtlicher Erfolglosigkeit und darüber hinaus aus besonderen Gründen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen sowie gemäß § 441 I 2 KE bei Fehlschlagen der Nacherfüllung keine Frist setzen. Er konnte in diesen Fällen seinen Mangelschaden sofort geltend machen⁵²

5.2.2.2. Die Unterscheidung zwischen §§ 283 und 327 KE

Während der Käufer nach § 280 II 1, 283 KE die mangelhafte Sache behalten und den durch den Mangel verursachten Minderwert als Schadensersatz verlangen konnte, ermöglichte § 280 II 3, 327 KE die Rückforderung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache unter Liquidierung der darüber hinaus entstandenen Schäden. Diese Unterscheidung entsprach den beiden Berechnungsarten des bisherigen Rechts. § 283 KE übernahm im Kommissionsentwurf die Funktion des kleinen, § 327 KE die des großen Schadensersatzes.⁵³ Nach § 327 KE war eine Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz zulässig.⁵⁴ Allerdings konnte der sog. große Schadensersatz gemäß § 280 II 3 KE nur unter den strengeren Tatbestandsvoraussetzungen des Rücktritts geltend gemacht werden.⁵⁵ § 441 III KE stellte dies wiederholend klar.⁵⁶ Deshalb erhielt der Käufer den sog. großen Schadensersatz nicht bei Unerheblichkeit des Mangels, §§ 280 II 3, 327, 323 III Nr. 1 KE.

5.2.3. Verschuldenshaftung

Die Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz wurde nach dem Kommissionsentwurf allgemein zur Verschuldenshaftung. Der Ersatzanspruch des Käufers war somit gegeben, wenn der Verkäufer den Sachmangel im Sinne der §§ 276, 278, 279 KE zu vertreten hatte. Ein Vertretenmüssen ergab sich jedoch nicht schon aus der Verletzung seiner Pflicht zur mangelfreien Lieferung nach § 434 KE. Der Begriff der Pflichtverletzung beinhaltete lediglich eine objektive Abweichung vom Pflichtenprogramm des Schuldners.⁵⁷ Gemäß § 276 KE hatte

⁵² Siehe dazu oben 4.2.8.2.2.

⁵³ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 200

⁵⁴ Abschlussbericht, S. 173

⁵⁵ Abschlussbericht, S. 223

⁵⁶ Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 201; Haas, NJW 92, S. 2393

⁵⁷ Rolland, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 15; ders., in: FS für Medicus, S. 481

der Verkäufer grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Vorsatzhaftung entsprach der bisherigen Haftung für das arglistige Verschweigen eines Fehlers nach §§ 463, S. 2, 480 II Alt. 2 BGB a.F.⁵⁸ Neu war dagegen die Haftung für Mangelschäden bei fahrlässigem Verhalten des Verkäufers. Das Ausmaß der vom Verkäufer zu beachtenden im Verkehr erforderlichen Sorgfalt war differenziert zu bestimmen. So wurde von einem gewerblichen Verkäufer mit industriell gefertigten Massenartikeln nicht erwartet, dass er die Waren auf Konstruktions- und Fertigungsmängel untersucht. Auch den privaten Verkäufer traf keine Untersuchungspflicht. Ein anderer Sorgfaltsmaßstab sollte bei besonders hochwertigen und fehleranfälligen Produkten oder besonderer Sachkunde des Verkäufers anzuwenden sein. Im Wesentlichen handelte es sich dabei um Kriterien, die schon nach bisher geltendem Recht bei der im Rahmen der positiven Forderungsverletzung vorzunehmenden Verschuldensprüfung angewandt wurden.⁵⁹

Trotz der Aufhebung der §§ 463, 480 II BGB a.F. blieb eine Garantiehftung weiter möglich, wenn sich hierfür aus dem Inhalt oder der Natur des Schuldverhältnisses Anhaltspunkte ergaben, § 276 I 1, 1. HS KE. Eine sachliche Änderung des geltenden Rechts hatte man mit der Streichung der Sonderregelung für die Zusicherungshaftung nicht beabsichtigt.⁶⁰ Für eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers blieb damit ein erkennbares, garantiemäßiges Einstehenwollen des Verkäufers Voraussetzung.⁶¹

5.2.4. Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens

Im Hinblick auf die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens bestanden keine Besonderheiten im Vergleich zum bisherigen Recht. Es blieb bei dem Erfordernis adäquater Kausalität.

5.3. Das CISG

5.3.1. Die Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Käufers ist Art. 45 I lit. b CISG, der für den Umfang der Haftung auf die Art. 74 bis 77 CISG verweist. Der Anspruch auf Schadensersatz ist bereits dann gegeben, wenn eine Pflichtverletzung durch den Verkäufer vorliegt. Dies ist bei der Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware der Fall. Den Verkäufer trifft damit eine Garantiehftung, die lediglich durch das Erfordernis der Voraussehbarkeit gemäß Art. 74, S. 2 CISG sowie durch die Entlastungstatbestände der Art. 79, 80 CISG beschränkt wird.

⁵⁸ Abschlussbericht, S. 196; Rolland, in: FS für Medicus, S. 486

⁵⁹ Abschlussbericht, S. 197; Haas, NJW 92, S. 2394; vgl. 5.1.2.

⁶⁰ Abschlussbericht, S. 33; Medicus, NJW 92, S. 2385; Haas, NJW 92, S. 2394; siehe oben 2.1.2.2.

⁶¹ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 269; Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, S. 205 f.; zu den Voraussetzungen der Zusicherung siehe oben 2.1.1.2.1.

Nach Art. 45 II CISG kann der Schadensersatz mit den übrigen Rechtsbehelfen kumuliert werden. Eine Überentschädigung wird dadurch vermieden, dass nur noch die nach der Ausübung des jeweiligen Rechtsbehelfs verbleibenden Nachteile ersetzt werden.⁶² Der nach bisherigem deutschem Recht zulässige sog. große Schadensersatz wird nach dem CISG nur unter weiteren Voraussetzungen gewährt.⁶³ Da an das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers strengere Anforderungen als an den Schadensersatz geknüpft werden, könnten diese sonst unterlaufen werden. Der Käufer kann den sog. großen Schadensersatz daher nur verlangen, wenn die Vertragsverletzung wesentlich im Sinne des Art. 25 CISG ist und die Fristen gemäß Art. 49 II lit. b CISG eingehalten wurden.

5.3.2. Die Entlastungsmöglichkeit nach Art. 79 CISG

Nach dem CISG ist auch der Anspruch auf Schadensersatz aus Art. 45 I lit. b unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers. Gemäß Art. 79 I, V CISG kann sich der Verkäufer aber von seiner Schadensersatzpflicht befreien, wenn die nicht ordnungsgemäße Erfüllung seiner Vertragspflichten auf Hinderungsgründen beruht, die außerhalb seiner Beherrschungsmöglichkeiten liegen und für ihn unvermeidbar und unvorhersehbar waren. Die subjektiven Fähigkeiten des Verkäufers spielen dabei keine Rolle. Es kommt vielmehr darauf an, wie sich eine vernünftige Person in gleicher Lage verhalten hätte (Art. 8 II CISG).⁶⁴ Leistungsstörungen, die innerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Verkäufers liegen, werden von Art. 79 CISG nicht erfasst, insoweit garantiert der Verkäufer sein Leistungsvermögen.

Art. 79 CISG findet zwar grundsätzlich auch auf die Schadensersatzpflicht wegen vertragswidrig beschaffener Ware Anwendung.⁶⁵ Eine Entlastung ist jedoch kaum möglich. Stellt der Verkäufer die Ware selbst her, ist Art. 79 I CISG nicht einschlägig, weil der Sachmangel innerhalb seines Einflussbereiches entstanden ist.⁶⁶ Hat der Verkäufer mangelhafte Vor- oder Teilprodukte von Dritten bezogen, kann ihn das nicht entlasten, weil eine Vertragsverletzung des Zulieferanten kein Entlastungsgrund ist, sondern zu seinen normalen vertraglichen Risiken gehört.⁶⁷ Nach dem CISG kommt es auf eine Untersuchungspflicht des Herstellers oder Händlers nicht an, da der Verkäufer nach dem Grundsatz der Garantiehaftung

⁶² Staudinger-Magnus Art. 45 Rn. 21

⁶³ Staudinger-Magnus Art. 45 Rn. 22; Coester-Waltjen, Jura 97, S. 639

⁶⁴ Staudinger-Magnus Art. 79 Rn. 8

⁶⁵ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 164, Rn. 292; Honsell-Magnus Art. 79 Rn. 4; Huber, Die Haftung des Verkäufers, S. 22; Schlechtriem-Stoll Art. 79 Rn. 10, 45

⁶⁶ Schlechtriem-Stoll Art. 79 Rn. 46; Huber, Die Haftung des Verkäufers, S. 23; Eine Ausnahme ist nur bei Entwicklungsfehlern anzunehmen, wenn also die Sache im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nach dem Stande der Wissenschaft und den allgemein anerkannten Regeln der Technik als fehlerfrei galt, Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 515

⁶⁷ Honsell-Magnus Art. 79 Rn. 4; Huber, Die Haftung des Verkäufers, S. 23

generell für seine Bezugspersonen einzustehen hat.⁶⁸ Lediglich wenn die Ware aufgrund externer Ursachen eine mangelhafte Beschaffenheit erhält, kann Art. 79 CISG den Verkäufer entlasten.⁶⁹

5.3.3. Der Umfang des Ersatzanspruchs

5.3.3.1. Art. 74, Satz 1 CISG

Art. 74, S. 1 CISG ist für den Umfang des Schadensersatzanspruchs die maßgebliche Norm, wenn daneben nicht die Aufhebung des Vertrages erklärt wurde. Schäden, die durch den Tod oder die Körperverletzung einer Person verursacht worden sind, sind nach Art. 5 CISG von vornherein aus dem Geltungsbereich der Konvention ausgenommen. Auch den Ersatz immaterieller Schäden sieht das CISG nicht vor.⁷⁰ Ersatzfähig sind nur materielle Schäden, wozu aber auch der Verlust von *good will*, die Diskreditierung des geschäftlichen Ansehens des Vertragspartners, gehört, sofern der daraus entstandene Schaden bezifferbar und voraussehbar ist.⁷¹ Der Ersatzanspruch nach dem CISG ist stets auf Geld gerichtet, Naturalrestitution ist nicht möglich.⁷² Es gilt das Prinzip der Totalreparation. Jeder kausal verursachte Schaden ist zu ersetzen. Art. 74, S. 1 CISG enthält die Legaldefinition des Schadens als ein der anderen Partei infolge der Vertragsverletzung entstandener Verlust, einschließlich des entgangenen Gewinns. Zur Ermittlung des so verstandenen Schadens erfordert das Prinzip der Totalreparation eine Differenzrechnung, also einen Vergleich zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen des Käufers ohne die Vertragsverletzung hätte.⁷³ Ist der Vertrag nicht aufgehoben worden, kann der Käufer sein positives Interesse geltend machen.⁷⁴ Er kann somit fordern, hinsichtlich seines Vermögens so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn vertragsgemäß erfüllt worden wäre.⁷⁵ Hinzu kommt der Ersatz des Integritätsinteresses des Käufers, keine Schäden an seinen übrigen Rechtsgütern zu erleiden. Gemäß Art. 74, S. 1 CISG sind deshalb auch Mangelfolgeschäden zu ersetzen, soweit sie voraussehbar waren und nicht durch Art. 5 CISG ausgeschlossen sind.⁷⁶

5.3.3.2. Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung: Art. 75, 76 CISG

Wie der Umfang des Schadensersatzes im Falle einer gleichzeitigen Aufhebung des Vertrages zu bemessen ist, bestimmt sich nach den Art. 75, 76 CISG. Ist ein Deckungsgeschäft getätigt

⁶⁸ Huber, Die Haftung des Verkäufers, S.23: Eine Untersuchungspflicht kann nur bei Verschulden von Bedeutung sein.

⁶⁹ Honsell-Magnus Art. 79 Rn. 4

⁷⁰ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 168, Rn. 299; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 568

⁷¹ Staudinger-Magnus Art. 74 Rn. 50; Honsell-Schönle Art. 74 Rn. 7

⁷² Reinhart Art. 74 Rn. 3

⁷³ Vgl. Honsell-Schönle Art. 74 Rn. 11; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 300, S. 168

⁷⁴ Bianca/ Bonell-Knapp Art. 74 Anm. 3. 1; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 557 ff.

⁷⁵ Honsell-Schönle Art. 74 Rn. 14

⁷⁶ Staudinger-Magnus Art. 74 Rn. 45-47; Honsell-Schönle Art. 74 Rn. 13

worden, ergibt sich der Schaden gemäß Art. 75 CISG konkret aus der Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Kaufpreis und dem Preis des Deckungsgeschäftes. Daneben sind nach Art. 74, S. 1 CISG auch die verbleibenden weiteren Schäden zu ersetzen. Um Spekulationen zu Lasten der vertragsbrüchigen Partei, z. B. durch Abwarten der weiteren Marktentwicklung, zu verhindern, setzt Art. 75 CISG voraus, dass das Deckungsgeschäft in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu tätigen ist. Schließt der Käufer kein Deckungsgeschäft ab, lässt Art. 76 CISG eine abstrakte Schadensberechnung aus der Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis zu.

5.3.4. Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens durch die Voraussehbarkeit, Art. 74, Satz 2 CISG

Im CISG wird der Ersatzanspruch des Käufers nicht durch die Kausalität, sondern durch das Kriterium der Voraussehbarkeit nach Art. 74, S. 2 CISG begrenzt. Für eine Ersatzfähigkeit ist die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Voraussehbarkeit des möglichen Schadenseintritts als Folge der Vertragsverletzung erforderlich. Dabei sind diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die die vertragsbrüchige Partei kannte oder kennen musste. Die Voraussehbarkeit wird aber nicht auf die Höhe des Verlustes und die Vertragsverletzung bezogen. Bei Art. 74, S. 2 CISG geht es allein um die Kalkulierbarkeit des Haftungsrisikos.⁷⁷ Der Verkäufer haftet damit nicht für solche Schäden, die bei Vertragsschluss vernünftigerweise als Haftungsrisiko nicht erkennbar waren.⁷⁸ Letztlich bestimmt die Voraussehbarkeit die vertragsimmanente Risikoverteilung. Dabei ist die objektive Einschätzung des Risikos maßgeblich.⁷⁹ Es kommt darauf an, ob ein vernünftiger Mensch einen solchen Schaden, wie er tatsächlich eingetreten ist, hinsichtlich der Art und des Umfangs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unter Berücksichtigung aller der Partei zugänglichen Informationen als ernstlich in Betracht kommend angesehen hätte.⁸⁰ Der unmittelbare Nichterfüllungsschaden wird in der Regel voraussehbar und damit ersatzfähig sein. Folgeschäden sind dagegen nur dann ersatzfähig, wenn der Schaden Ausdruck jener Gefahr ist, die der Verkäufer mit der Lieferung vertragswidriger Ware geschaffen hat, nicht aber wenn der Schaden auf einer bestimmungswidrigen Verwendung der Ware beruht.⁸¹

⁷⁷ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 571; Staudinger-Magnus Art. 74 Rn. 32; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 302, S. 169

⁷⁸ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 573 f.; Herber/ Czerwenka Art. 74 Rn. 10; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 64

⁷⁹ Honsell-Schönle Art. 74 Rn. 10

⁸⁰ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 573; Piltz, Internationales Kaufrecht, §5 Rn. 452; Herber/ Czerwenka Art. 74 Rn. 10

⁸¹ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung, S. 65

5.4. PECL und PICC

5.4.1. Die Rechtsgrundlagen

PECL und PICC enthalten für den Schadensersatzanspruch weitgehend übereinstimmende Regeln. Rechtsgrundlage für den Ersatzanspruch sind Art. 9:501 (1) PECL und Art. 7.4.1 PICC. Nach diesen Vorschriften kann grundsätzlich jeder kausal verursachte Schaden ersetzt werden, unabhängig davon, ob den Leistungsschuldner ein Verschulden an der Nichterfüllung trifft.⁸² Der Verkäufer hat bei Lieferung vertragswidriger Ware ohne weiteres dafür einzustehen. Ihn trifft eine Garantiehftung.⁸³ Diese wird jedoch beim Vorliegen eines Entlastungsgrundes⁸⁴ sowie im Falle fehlender Vorausssehbarkeit⁸⁵ beschränkt. Der Schadensersatzanspruch kann nach beiden Regelwerken mit den anderen Rechtsbehelfen kumuliert werden, Art. 8:102 PECL und Art. 4.4.1 PICC.⁸⁶

5.4.2. Entlastungsgründe

Nach den *Principles* besteht kein Schadensersatzanspruch, wenn die Nichterfüllung entschuldigt ist. Diese Entschuldigung (*excuse*) hat nichts mit dem im deutschen Recht gebräuchlichen Begriff des Verschuldens zu tun. Der Verkäufer ist gemäß Art. 8:108 (1) PECL und Art. 7.1.7 PICC nur entschuldigt, wenn objektive, außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegende Umstände gegeben sind, die dieser weder in Betracht ziehen noch vermeiden konnte. Diese Regelung entspricht Art. 79 CISG. Eine Entlastung des Verkäufers, der vertragswidrige Ware liefert, wird jedoch nur selten in Betracht kommen.⁸⁷

5.4.3. Der Umfang des Ersatzanspruchs

5.4.3.1. Der Grundsatz der Totalreparation

Ist der Vertrag nicht aufgehoben worden, richtet sich der Umfang des ersatzfähigen Schadens nach Art. 9:502, 9:501 (2) PECL bzw. Art. 7.4.2, 7.4.3 PICC. Beide Regelwerke gehen vom Grundsatz der Totalreparation aus.⁸⁸ Ersatzfähig ist der volle durch die Nichterfüllung entstandene Schaden. Die betroffene Partei ist so zu stellen, wie sie stünde, wenn

⁸² Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 1. zu Art. 7.4.1

⁸³ Die verschuldensunabhängige Haftung soll für Erfolgspflichten gelten, vgl. Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B.* zu Art. 4.501 (Art. 9:501 n.F.); Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 74; offen bleibt aber, welcher Maßstab bei Verhaltenspflichten anzuwenden ist.

⁸⁴ Art. 9:501 (1) a.E., 8:101 (2) PECL; Art. 7.4.1 a.E. PICC und auch Art. 9:504, 9:505 PECL; Art. 7.4.7, 7.4.8 PICC

⁸⁵ Art. 9:503 PECL; Art. 7.4.4 PICC

⁸⁶ Vgl. Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts*, Comment 2. zu Art. 7.4.1

⁸⁷ Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 74; siehe 4.4.3.2.

⁸⁸ Karollus, *RabelsZ* 61 (1997), S. 591

ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.⁸⁹ Vom Schadensersatzanspruch werden insbesondere der erlittene Verlust und der entgangene Gewinn erfasst, Art. 9:502, S. 2 PECL, Art. 7.4.2 (1), S. 2 PICC. Auch immaterielle Schäden, wie Schmerzensgeld für Körperschäden, Unannehmlichkeiten und seelisches Leid, sind gemäß Art. 4.501 (2) lit. a PECL, Art. 7.4.2 (2) PICC ersatzfähig.⁹⁰ Ersatz für Ehrverletzungen, Beeinträchtigungen des geschäftlichen Rufes oder die Verhinderung des beruflichen Fortkommens wird ebenfalls gewährt.⁹¹ Selbst zukünftige Verluste, deren Eintritt nach der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche erwartet wird, können Gegenstand des Schadensersatzanspruchs sein.⁹²

Art. 7.4.3 PICC enthält eine nicht in den PECL aufgeführte Regelung, nach der nur diejenigen Schäden ersatzfähig sind, die mit einem vernünftigen Grad an Bestimmtheit festgestellt werden können. Diese Bestimmtheit bezieht sich zum einen auf den tatsächlichen Eintritt des Verlustes bei zukünftigen Schäden, zum anderen auch auf seine konkrete Höhe.⁹³

5.4.3.2. Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung

Für den Fall der Vertragsaufhebung enthalten Art. 9:506, 9:507 PECL und Art. 7.4.5, 7.4.6 PICC besondere Regeln. Hat der Gläubiger ein Deckungsgeschäft abgeschlossen, kann er gemäß Art. 9:506 PECL, Art. 7.4.5 PICC als Schadensersatz die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und dem Preis des Deckungsgeschäfts verlangen. Auch die verbleibenden weiteren Schäden kann er nach diesen Vorschriften geltend machen. Wurde kein Deckungsgeschäft getätigt, ergibt sich der Schaden gemäß Art. 9:507 PECL, Art. 7.4.6 PICC aus dem Unterschied zwischen Vertragspreis und dem Marktpreis.

5.4.4. Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens durch die Voraussehbarkeit

Art. 9:503 PECL und Art. 7.4.4 PICC begrenzen den ersatzfähigen Schaden durch das Kriterium der Voraussehbarkeit. Nur der vernünftigerweise im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehbare Schaden soll vom Schuldner ersetzt werden. In den PECL wurde diese dem Art. 74, S. 2 CISG entsprechende Grundregel weiterentwickelt. Gemäß Art. 9:503 a.E. PECL gilt diese Haftungsbeschränkung nicht, wenn die Nichterfüllung vorsätzlich oder grob fahrlässig geschah. In diesem Fall ist auf die Voraussehbarkeit im Zeitpunkt der Nichterfüllung abzustellen.⁹⁴ In den Fällen, in denen der Schuldner die Nichterfüllung mit Vorsatz oder grob

⁸⁹ Ausdrücklich Art. 9:502, S. 1 PECL

⁹⁰ Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment E* zu Art. 4.501 (Art. 9:501 n.F.)

⁹¹ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 5* zu Art. 7.4.2; Karollus, *RabelsZ* 61 (1997), S. 591

⁹² Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment F* zu Art. 4.501 (Art. 9:501 n.F.); Art. 9:501 (2) lit. b PECL (Art. 4.501 a.F.); vgl. Art. 7.4.3 PICC und Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 1* zu Art. 7.4.3

⁹³ Unidroit (Hrsg.), *Principles of International Commercial Contracts, Comment 1* und 2. zu Art. 7.4.3

⁹⁴ Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, S. 75

fahrlässig herbeiführt, ist er nicht schutzwürdig.⁹⁵ Der Schuldner hat durch eigenes Handeln die vertraglich übernommene Risikoverteilung nachträglich außer Kraft gesetzt und muss deshalb für auf diese Weise verursachte Schäden unbegrenzt haften.

5.5. Die Richtlinie 99/44/EG

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie trifft für den Schadensersatz bei vertragswidriger Lieferung keine Regelung. Die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen der Käufer den Ersatz der ihm aufgrund der Mangelhaftigkeit entstandenen Schäden verlangen kann, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen.⁹⁶

5.6. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz reformiert auch die Regelungen über den Schadensersatz bei mangelhafter Lieferung. Hierzu gab es von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine Vorgaben. Die Schadensersatzregeln des ursprünglichen Diskussionsentwurfs stimmten hier noch weitgehend mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission überein. § 280 I, II DiskE entsprach § 280 I, II KE. Schadensersatz statt der Leistung war in § 282 DiskE und in § 283 KE übereinstimmend geregelt. Lediglich das Fristsetzungserfordernis sollte in § 282 I DiskE durch eine Aufforderung zur (Nach-)Erfüllung ersetzt werden. Die Voraussetzungen, unter denen Schadensersatz und Rücktritt kumuliert werden konnten, enthielten die gleichlautenden §§ 325 DiskE und 327 KE. Dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz diente der Kommissionsentwurf ebenfalls als Ausgangspunkt. An dessen Grundkonzept wurden aber einige wichtige Änderungen vorgenommen.⁹⁷

Wie schon im Kommissionsentwurf ist auch im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keine eigenständige gewährleistungsrechtliche Schadensersatzregelung enthalten. Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz ergibt sich über die Verweisung des § 437 Nr. 3 BGB aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, insbesondere aus §§ 280 ff. BGB.⁹⁸ Gegenüber dem bisherigen Recht, welches in § 463 BGB a.F. eine spezielle gewährleistungsrechtliche Schadensersatznorm enthielt, stellt dies eine grundlegende Neuerung dar.

⁹⁵ Hartkamp, ERPL 2 (1994), S. 355

⁹⁶ Siehe dazu 1.3.3.2.

⁹⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 92, 134 f.; Nach AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 19 handelt es sich daher weniger um eine Weiterentwicklung des Kommissionsentwurfs, sondern eher um eine Kombination der Konzeption der Schuldrechtskommission mit dem Lösungsmodell des alten BGB. Zum Vergleich von Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Kommissionsentwurf siehe 5.7.1.1.

⁹⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 224

5.6.1. Schadensersatz wegen zu vertretender Pflichtverletzung

§ 280 I BGB ist der zentrale Grundtatbestand für die Schadensersatzhaftung.⁹⁹ Im Ansatz folgt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz damit dem Konzept des Kommissionsentwurfs, einen allgemeinen Tatbestand für alle Leistungsstörungstypen bereitzustellen.¹⁰⁰ § 280 I BGB stellt dem gemäß die einzige Anspruchsgrundlage für sämtliche Schadensersatzbegehren des Gläubigers dar, die beim Schadensersatz statt der Leistung durch die §§ 281 bis 283 BGB um weitere Voraussetzungen ergänzt wird.¹⁰¹ Der Anwendungsbereich des § 280 I BGB wurde jedoch auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen das anspruchsbegründende Verhalten des Schuldners nach der Entstehung des Schuldverhältnisses liegt.¹⁰² Der Schadensersatzanspruch aufgrund anfänglicher Unmöglichkeit wird deshalb in § 311 a II BGB, der hierfür eine eigenständige Anspruchsgrundlage¹⁰³ darstellt, geregelt. § 280 I 1 BGB setzt eine Pflichtverletzung voraus. Darunter ist lediglich eine objektive Abweichung vom Pflichtenprogramm des Schuldners zu verstehen.¹⁰⁴ Da der Verkäufer gemäß § 433 I 2 BGB mangelfreie Kaufsachen zu verschaffen hat, stellt die Lieferung mangelhafter Ware eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I BGB dar. Die Schaffung dieser Verkäuferpflicht ermöglichte erst die Eingliederung der Gewährleistungsregeln in das allgemeine Leistungsstörungsrecht.¹⁰⁵

Nach § 280 I 2 BGB haftet der Schuldner nur, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Ein solches Vertretenmüssen wird widerleglich vermutet.¹⁰⁶ § 280 I 2 BGB geht damit über die bisherige Regelung der §§ 282, 285 BGB a.F., welche eine Beweislastumkehr bei Unmöglichkeit und Verzug vorsahen, hinaus. Sie gilt nunmehr ihrem Wortlaut nach auch für solche Sachverhalte, die früher den Rechtsinstituten der culpa in contrahendo und der positiven Forderungsverletzung unterfielen. Auf diese waren die §§ 282, 285 BGB a.F. nicht ohne weiteres analog angewandt worden. Vielmehr hatte der BGH hier eine Beweislastverteilung nach Gefahrkreisen vorgenommen. Der dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Rechtssatz lautete: Ist die Schadensursache aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schuldners

⁹⁹ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 32, 56; Canaris, JZ 01, S. 511 ; Boerner, ZIP 01, S. 2271; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 72

¹⁰⁰ Siehe 5.2.2.

¹⁰¹ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 33, 56 und § 281 Rn. 3; Canaris, JZ 01, S. 506, 511; Schwab, JuS 02, S. 3

¹⁰² Canaris, JZ 01, S. 511; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 72; vgl. § 311a II RE

¹⁰³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 165; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 33 und § 311 a Rn. 12; Canaris, JZ 01, S. 507; ders., ZRP 01, S. 332; Schwab, JuS 02, S. 3; Boerner, ZIP 01, S. 2271

¹⁰⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 135; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 73

¹⁰⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 224 f.; Boerner, ZIP 01, S. 2272; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 20; Dauner-Lieb/ Dötsch, DB 01, S. 2536; Huber/ Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 12 Rn. 4

¹⁰⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 136, 226; Boerner, ZIP 01, S. 2272; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 530; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 73

hervorgegangen, so trägt dieser die Beweislast dafür, dass er die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat.¹⁰⁷ In der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird aber davon ausgegangen, dass mit der Einführung des § 280 I 2 BGB keine Veränderung der Rechtslage verbunden ist.¹⁰⁸ Tatsächlich erscheint ein Abweichen von der bisherigen Praxis für die Frage der Beweislastverteilung nicht angezeigt.¹⁰⁹ Die bisherige Beweislastumkehr in den §§ 282, 285 BGB a.F. rechtfertigte sich daraus, dass der Schuldner regelmäßig am ehesten in der Lage ist, die Umstände darzulegen und zu beweisen, die ihm die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich gemacht haben.¹¹⁰ Ein Schuldner, der gerade die Verhinderung oder den Eintritt eines bestimmten Erfolges versprochen hat, muss auch die Ursachen aufklären, wenn der Erfolg trotz seiner Bemühungen doch eintritt oder ausbleibt.¹¹¹ Die Beweislastumkehr wirkt also wie eine Garantie. Denn der Schuldner haftet in diesen Fällen selbst dann, wenn sein Verschulden ungeklärt bleibt.¹¹² Daraus ergibt sich aber auch, dass eine entsprechende Erfolgshaftung nur insoweit gerechtfertigt ist, als der Schuldner tatsächlich eine Zusage, einen bestimmten Leistungserfolg herbeizuführen oder zu verhindern gegeben hat. Eine derartige Haftung kommt demnach vor allem in Betracht, wenn die vom Schuldner eingegangene Verpflichtung erfolgsbezogen ist.¹¹³ Die im bisherigen Recht angenommenen Ausnahmen von der Beweislastumkehr beruhen im Wesentlichen darauf, dass es sich hier um Verhaltenspflichten handelt, bei denen gerade kein bestimmter Erfolg geschuldet ist. Auf die schon bisher von der Beweislastumkehr ausgenommenen Fallgruppen im Rahmen der Arzt- und Arbeitnehmerhaftung¹¹⁴ ist die in § 280 I 2 BGB geregelte Beweislastumkehr auch nach der Schuldrechtsmodernisierung nicht anzuwenden. Für die Haftung des Arbeitnehmers wurde dies in § 619a BGB ausdrücklich geregelt. Die bisher von der Rechtsprechung vorgenommene Beweislastverteilung nach Gefahr- und Verantwortungsbereich behält deshalb im Wege der teleologischen Reduktion des § 280 I 2 BGB weiter ihre Gültigkeit.

¹⁰⁷ BGHZ 8, 241; 48, 312; 64, 51; 66, 53; 126, 124; NJW 87, 1938; 00, 2812; Soergel-Wiedemann vor § 275 Rn. 529 m.w.N.; MüKo-Emmerich vor § 275 Rn. 345 f. und 352 speziell für den Kauf

¹⁰⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 136; Die Regelung beruht auf einem entsprechenden Vorschlag der Schuldrechtskommission. Nach der Begründung zum Kommissionsentwurf sollte ebenfalls an der bisherigen Praxis festgehalten werden. Die ihrem Wortlaut nach unbeschränkte Beweislastumkehr habe ihre Ursache darin, dass die Ausnahmen derzeit einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich seien (Abschlussbericht, S. 130). Zweifel daran, dass § 280 I 2 BGB lediglich die gegenwärtige Rechtslage wiedergibt, hatte der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren geäußert (BT-Drucks. 14/6857, S. 12). Die Bundesregierung antwortete hierauf, die in § 280 I 2 RE vorgeschlagene Beweislastverteilung sei angemessen. Sie verallgemeinere die Beweislastregeln der §§ 282, 285 BGB a.F. Die von der Rechtsprechung vorgenommene Verteilung der Beweislast nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen werde hierdurch gerade aufgegriffen (BT-Drucks. 14/6857, S. 12).

¹⁰⁹ A.A. Palandt-Heinrichs Ergbd., § 280 Rn. 34, 42, der die bisherige Ausnahme von der Beweislastumkehr im Arztrecht nicht aufrecht erhalten will

¹¹⁰ BGHZ 4, 195; Soergel-Wiedemann vor § 275 Rn. 527

¹¹¹ MüKo-Emmerich vor § 275 Rn. 343

¹¹² Soergel-Wiedemann vor § 275 Rn. 527

¹¹³ Soergel-Wiedemann vor § 275 Rn. 527; MüKo-Emmerich vor § 275 Rn. 343

¹¹⁴ BGH NJW 78, 1681; 80, 1333; 91, 1540 für die Haftung des Arztes; BAG NJW 98, 1011; 99, 1049 für die Haftung des Arbeitnehmers: Arbeitgeber trägt aufgrund seiner Organisationsmöglichkeiten ein erhöhtes Risiko, das nicht durch eine Beweislastumkehr auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden dürfe

Gemäß § 276 I 1 BGB hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Den Verkäufer trifft deshalb auch in den Fällen mangelhafter Lieferung eine verschuldensabhängige Haftung auf Schadensersatz. Dies hatte schon die Schuldrechtskommission vorgeschlagen. In der Fahrlässigkeitshaftung des Verkäufers für Mangelschäden liegt eine grundlegende Neuerung gegenüber dem bislang geltenden Recht.¹¹⁵ Eine Garantiehftung, wie sie sich bisher aus der Zusicherung ergab, bleibt daneben weiter möglich. Dies ergibt sich im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aus §§ 276 I 1, 443 BGB. Nach § 276 I 1, 2. HS BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit nur dann zu vertreten, wenn eine strengere Haftung nicht aus der Übernahme einer Garantie zu entnehmen ist. Bei dieser Formulierung hatte man gerade an die bisherige Zusicherung innerhalb der Mängelhaftung gedacht.¹¹⁶ Die Zusicherung ist nunmehr lediglich eine mögliche Form des Vertretenmüssens und nicht mehr wie bisher Anspruchsvoraussetzung.¹¹⁷ Da Schadensersatz statt der Leistung über die Verweisung in § 280 III BGB regelmäßig erst unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB verlangt werden kann, betrifft § 280 I BGB nur die Folgeschäden, die durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern des Käufers eingetreten sind.¹¹⁸

5.6.2. Der Ersatz des Erfüllungsinteresses

Bei der Regelung des Schadensersatzes statt der Leistung weicht das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom Konzept des Kommissionsentwurfes ab. § 283 KE sollte den Nichterfüllungsschaden einheitlich für sämtliche Störungsursachen regeln. An dieser Vorschrift wurde vor allem kritisiert, dass sie die Besonderheiten der anfänglichen Unmöglichkeit nicht berücksichtige und die Regelung sämtlicher Pflichtverletzungssituationen in einem Tatbestand zu abstrakt sei.¹¹⁹ Daraufhin hat man im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Fälle der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichtverletzung und der Unmöglichkeit aus § 281 BGB ausgegliedert und in §§ 282, 283 BGB tatbestandlich verselbständigt. Ziel dieser Änderung war die Entzerrung des abstrakten Tatbestands und die Verbesserung der Transparenz der gesetzlichen Regelung.¹²⁰

¹¹⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 94, 224, 226; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 21; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 225 f.; zum bisherigen deutschen Recht siehe 5.1.2.

¹¹⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 132, 226

¹¹⁷ Schwab, JuS 02, S. 3; Haas, BB 01, S. 1317; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 530; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 75

¹¹⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 225; Boerner, ZIP 01, S. 2272; Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 548

¹¹⁹ Vgl. Huber, ZIP 00, S. 2274 ff.; siehe auch AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 11

¹²⁰ Canaris, JZ 01, S. 511 f.; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 134; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 12; befürwortend Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 81, 85

5.6.2.1. Die Haftung für behebbare Sachmängel

In den Fällen mangelhafter Lieferung kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB verlangen. Der Begriff Schadensersatz statt der Leistung ersetzt den bisherigen Schadensersatz wegen Nichterfüllung.¹²¹ Problematisch ist aber, welche Schäden von dem neuen Begriff konkret erfasst werden. Nach der Regierungsbegründung sollen insbesondere die eigentlichen Mangelschäden des alten Rechts dem Schadensersatz statt der Leistung unterfallen.¹²² Der bisherige Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bezog aber auch Mangelfolgeschäden mit ein.¹²³ Der Rückgriff auf diese bislang gebräuchlichen Begriffe passt daher nicht mehr in allen Fällen. Eine neue Situation ergibt sich auch für diejenigen Schäden, die aufgrund der Mangelhaftigkeit der Sache im Vermögen des Käufers entstanden sind. Bisher wurden derartige Schäden, wie beispielsweise Nutzungsausfall oder entgangener Gewinn, als Mangelschäden behandelt.¹²⁴ Dies hätte bei einer begrifflichen Gleichsetzung von Schadensersatz statt der Leistung mit den bisherigen Mangelschäden zur Folge, dass solche Schäden gemäß § 281 I BGB erst nach Fristablauf, nicht aber für den Zeitraum davor zu ersetzen wären.¹²⁵ Diese Konsequenz wird in der Regierungsbegründung aber nicht gezogen. Vielmehr werden diese Schäden ohne weiteres § 280 I BGB zugeordnet.¹²⁶ ¹²⁷ Die Unterscheidung in Mangelschäden und Mangelfolgeschäden aus dem bisherigen Recht, auf welche die Regierungsbegründung Bezug nimmt, lässt sich demnach nicht einfach in das reformierte Recht übertragen.¹²⁸ Sie kann nur als Anhaltspunkt für die Konkretisierung der neu eingeführten Begriffe dienen. Im Übrigen ist der Begriff des

¹²¹ Dieser Begriff wurde gewählt, da der Schadensersatz nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung tritt. Auch die Leistung von Schadensersatz bedeutet Erfüllung. Der Begriff Schadensersatz statt der Leistung sei hier treffender, da der Gläubiger tatsächlich statt der Leistung ein entsprechendes Äquivalent in Geld verlangen kann, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 136 f., 224 f.; Canaris, JZ 01, S. 512; Boerner, ZIP 01, S. 2272

¹²² Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 225

¹²³ Siehe 5.1.1.2.

¹²⁴ Siehe 5.1.1.2.

¹²⁵ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 42

¹²⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 225; mit der Einschränkung, dass Nachfristsetzung erforderlich, soweit die Möglichkeit der Weiterveräußerung durch Nacherfüllung aufrecht erhalten werden konnte: Huber, in: FS für Schlechtriem, S. 524 f.; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 236

¹²⁷ Gegenüber dem bisherigen Recht, das eine Nacherfüllungsfrist nicht kannte, ergibt sich nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz für die durch diese Frist bedingten Betriebsausfallschäden das Problem, dass nunmehr in der mangelhaften Lieferung zugleich die Verzögerung der mangelfreien Leistung liegt, vgl. AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 43 sowie Büdenbender, ebenda, § 237 Rn.25. Diese „Verzögerungsschäden“ sollen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz als Folgeschäden ohne weiteres § 280 I BGB unterfallen, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 225; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 246. Im Schrifttum hat man einen Ersatz über §§ 280 II, 286 BGB vorgeschlagen. Dann könnten diese Schäden nur unter der Voraussetzung des Verzuges verlangt werden, so AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 43, 55; Büdenbender, ebenda, § 237 Rn.25; Dauner-Lieb/ Dötsch, DB 01, S. 2537. Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 546 sehen § 437 Nr. 3 BGB, der § 286 BGB unerwähnt lässt, hinsichtlich des Ersatzes über § 280 I BGB daher als konstituierend an.

¹²⁸ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 45; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 236

Schadensersatzes statt der Leistung aber unter Beachtung von Sinn und Zweck der neuen Voraussetzungen auszulegen.

Gemäß §§ 280 III, 281 I 1 BGB ist für den Schadensersatz statt der Leistung zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 280 I BGB erforderlich, dass der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch geht dabei nicht mit Ablauf dieser Frist unter. Er bleibt bestehen, bis der Käufer Schadensersatz verlangt, § 281 IV BGB. Ausnahmen zu dem in § 281 I 1 BGB statuierten Fristsetzungserfordernis ergeben sich aus § 281 II BGB. Im Fall der Mangelhaftigkeit ist die Fristsetzung darüber hinaus auch gemäß § 440 BGB bei Fehlschlagen und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung sowie deren Verweigerung nach § 439 III BGB entbehrlich.

5.6.2.2. Die Haftung für nachträglich unbehebbar Sachmängel

Einer Frist zur Nacherfüllung bedarf es ebenfalls nicht, wenn dem Verkäufer die Nacherfüllung nachträglich unmöglich geworden ist. Dies ergibt sich aus §§ 437 Nr. 3, 275, 280 I, III, 283 BGB. Die Fälle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung waren im Kommissionsentwurf noch als Ausnahme zum Fristsetzungserfordernis nach § 283 II Alt. 1 BGB behandelt worden.¹²⁹

Unklar ist aber, worin die in § 283 i.V.m. § 280 I, III BGB vorausgesetzte Pflichtverletzung bestehen soll. Nach der Regierungsbegründung liegt die Pflichtverletzung darin, dass die geschuldete Leistung nicht erbracht wird.¹³⁰ Dies kann aber nicht richtig sein, da eine Leistungspflicht wegen § 275 I BGB nicht mehr besteht. Zu einer nachträglich unmöglichen Nacherfüllung ist der Verkäufer nicht verpflichtet. Die Pflichtverletzung bei Unmöglichkeit liegt deshalb nicht in der Nichtleistung, sondern in der Nichterfüllung des Leistungsversprechens des Schuldners.¹³¹ Das Vertretenmüssen des Verkäufers bezieht sich dann auf die Erhaltung seiner Fähigkeit zu mangelfreier Leistung.¹³²

¹²⁹ Neben den Zielen der Verbesserung der Transparenz der Schadensersatzregelung war die nachträgliche Unmöglichkeit tatbestandlich verselbständigt worden, da eine Fristsetzung nicht wie in den Fällen des § 281 II BGB lediglich entbehrlich, sondern von vornherein sinnlos ist. Daneben spielten Probleme bei der zeitweiligen Unmöglichkeit eine Rolle, vgl. dazu Canaris, JZ 01, S. 515; Willingmann/Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 84

¹³⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 135 f.

¹³¹ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 17 und § 283 Rn. 2; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 74; Canaris, JZ 01, S. 507 allerdings in Bezug auf § 311 a II BGB

¹³² Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 534

5.6.2.3. Die Haftung für anfänglich unbehebbarer Sachmängel

Während die vorgenannten Ansprüche ihre Rechtsgrundlage in § 280 I BGB finden, wird der Schadensersatzanspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit in § 311a II BGB eigenständig geregelt.¹³³ Der Kommissionsentwurf enthielt keine entsprechende Vorschrift, sondern unterstellte die anfängliche Unmöglichkeit den §§ 280, 283 KE.¹³⁴ Für die Fälle, in denen dem Schuldner die Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich ist, war eine besondere Anspruchsgrundlage erforderlich. Denn diese Haftung beruht nicht auf der Verletzung einer Pflicht¹³⁵, sondern darauf, dass der Schuldner an seinem nach § 311 a I BGB wirksamen Erfüllungsversprechen festgehalten wird.¹³⁶ Auf gewährleistungsrechtliche Sachverhalte findet § 311 a II i.V.m. § 437 Nr. 3 BGB Anwendung, wenn die Kaufsache bereits bei Vertragsschluss einen durch Nacherfüllung nicht behebbaren Mangel aufweist. Der Verkäufer haftet dann, sofern er die Unbehebbarkeit des Mangels kannte oder kennen musste. Der Käufer kann hier sofort und ohne dass er eine Frist setzen muss, Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

5.6.3. Schadensersatz statt der ganzen Leistung

§ 281 I 1 BGB gilt nur für den sog. kleinen Schadensersatz.¹³⁷ Will der Käufer die Sache zurückgeben und den vollen Ersatz seiner Schäden verlangen, ist dies gemäß § 281 I 3 BGB an zusätzliche Voraussetzungen gebunden. Der sog. große Schadensersatz kann danach nur beansprucht werden, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers nicht unerheblich ist. Das Erfordernis einer erheblichen Pflichtverletzung wurde erst spät in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgenommen. Nach § 281 I 3 RE konnte der sog. große Schadensersatz nur verlangt werden, wenn das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung dies erforderte.¹³⁸ Die jetzige Regelung harmonisiert den Schadensersatz statt der Leistung mit den Voraussetzungen des Rücktritts, insbesondere nach § 323 V 2 BGB. Sie ist deshalb zu befürworten.¹³⁹ Anders als nach § 327 KE muss der Käufer nun nicht mehr vom Vertrag zurücktreten, wenn er Schadensersatz statt der Leistung verlangen will. Da gemäß § 325 BGB die Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz weiter möglich ist, kann der Käufer diesen Weg aber auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wählen.

¹³³ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 135, 166; AnwK/ Dauner-Lieb § 311 a Rn. 12; KompaktK-Willingmann / Hirse § 331a Rn. 6; Henssler/ Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 311a Rn.12

¹³⁴ Rolland, in: FS für Medicus, S. 473

¹³⁵ So aber Altmeyden, DB 01, S. 1400 ff. und 1823, der deshalb eine Haftung auf das positive Interesse mit Verweis auf das Erfordernis schadensrechtlicher Kausalität ablehnt. Vgl. auch Huber, ZIP 00, S. 2278

¹³⁶ Canaris, JZ 01, S. 507; ders., DB 01, 1817 f.; ders. ZRP 01, S. 331; Stoll, JZ 01, S. 592; Schwab, JuS 02, S. 3

¹³⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 225

¹³⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 140, 225

¹³⁹ So auch Boerner, ZIP 01, S. 2272; AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 17; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 83

5.6.4. Aufwendungsersatz

Der spezifisch gewährleistungsrechtliche Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten, der dem Käufer bisher nach § 467, S. 2 BGB a.F. bei einer Wandelung des Kaufvertrages zugebilligt wurde¹⁴⁰, ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr enthalten. Der Käufer kann nunmehr gemäß § 437 Nr. 3 i.V.m. § 284 BGB anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung Aufwendungsersatz verlangen. Die Vorschrift des § 284 BGB stellt eine Erweiterung der bisherigen sog. Rentabilitätsvermutung der Rechtsprechung dar.¹⁴¹ Diese betraf Fälle, in denen sich Investitionen, die der Gläubiger in Erwartung der vereinbarungsgemäßen Vertragsabwicklung getätigt hatte, wegen einer Pflichtverletzung des Schuldners als nutzlos erwiesen. Der Ersatz dieser frustrierten Aufwendungen war im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung problematisch. Denn danach hatte der Schuldner den Gläubiger so zu stellen, wie dieser bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung gestanden hätte. Bei einer solchen vertragsgemäßen Erfüllung wären diese Kosten jedoch auch angefallen. Es fehlte an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden.¹⁴² Die Rechtsprechung hat diese Aufwendungen trotzdem als ersatzfähig angesehen, indem sie widerleglich vermutete, dass die Aufwendungen durch die Vorteile aus dem Vertrag wieder hereingeholt worden wären (sog. Rentabilitätsvermutung).¹⁴³ Die nutzlos getätigten Aufwendungen waren daher eine Art Mindestschaden im Rahmen des positiven Interesses.¹⁴⁴ Daraus ergab sich aber die Beschränkung, dass die Verfolgung ideeller oder konsumtiver Zwecke nicht zu einem Ersatzanspruch führte. Nach § 284 BGB kommt es auf die Rentabilität der Aufwendungen nun nicht mehr an.¹⁴⁵ Dem Begriff der Aufwendungen aus § 284 BGB unterfallen auch die Vertragskosten beim Rücktritt vom Kaufvertrag.¹⁴⁶ Im Unterschied zur bisherigen Regelung des § 467, S. 2 BGB a.F. muss der Verkäufer gemäß § 437 Nr. 3 i.V.m. § 284, 280 I 2, 281 BGB die Vertragskosten aber nur ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Eine entsprechende Regelung enthielten auch §§ 439 III KE, 439 II DiskE.

¹⁴¹ Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 542; AnwK-Büdenbender § 437 Rn. 19

¹⁴² BGHZ 99, 182, 197; 114, 193, 196; Canaris, DB 01, 1815, 1820; Schwab, JuS 02, S. 4; AnwK/ Dauner-Lieb § 284 Rn. 1

¹⁴³ BGHZ 99, 182, 197; 114, 193, 197; 123, 96, 99; 136, 102, 104

¹⁴⁴ Palandt-Heinrichs § 325 Rn. 15; Canaris, ZRP 01, S. 333

¹⁴⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 144; Canaris, JZ 01, S. 516 f.; AnwK-Büdenbender § 437 Rn. 19; Schwab, JuS 02, S. 4; Willingmann/ Hirse, in: Micklitz/ Pfeiffer/ Tonner/ Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, S. 87

¹⁴⁶ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 144, 225; Canaris, JZ 01, S. 517; ders., ZRP 01, S. 333; AnwK/ Dauner-Lieb § 284 Rn. 10

¹⁴⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 225; AnwK/ Dauner-Lieb § 284 Rn. 6

5.7. Vergleich

5.7.1. Zu den Rechtsgrundlagen

5.7.1.1. Bisheriges deutsches Recht, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die bisherige Regelung der Schadensersatzansprüche des Käufers bei mangelhafter Lieferung ist häufig kritisiert worden¹⁴⁸. Die damalige Beschränkung der gesetzlich normierten Ersatzansprüche auf die Fälle der Arglist und der Zusicherung in §§ 463, 480 II BGB a.F. war verfehlt, weil die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung den Käufer nicht ausreichend vor solchen Schäden schützen konnten, die über den in der Mangelhaftigkeit begründeten Nachteil der verkauften Sache hinausgingen. Die deshalb von der Rechtsprechung gewährten Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung bzw. culpa in contrahendo riefen zahlreiche Abgrenzungsprobleme hervor. Insbesondere die hierdurch verursachte Notwendigkeit der Unterscheidung in Mangelschäden und Mangelfolgeschäden war schwierig. Auch ließ sich nicht überzeugend begründen, warum der Verkäufer für die unmittelbar nächstliegenden Schäden unter engeren Voraussetzungen haften sollte als für entfernte Mangelfolgeschäden, bei denen Fahrlässigkeit ausreichte.¹⁴⁹ Zudem war die Ersatzfähigkeit von Mangelschäden gemäß §§ 463, S. 1, 480 II Alt. 1 BGB a.F. kaum mehr vorhersehbar, da nach der Rechtsprechung auch stillschweigende Zusicherungen, die letztlich auf einer Bewertung der Umstände des Einzelfalles basierten, einen Ersatzanspruch auslösen konnten. Konsequenz dieser Probleme war eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.¹⁵⁰

Die gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche sind durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz grundlegend reformiert worden. Das Grundkonzept basiert dabei auf den von der Schuldrechtskommission im Kommissionsentwurf gemachten Vorschlägen. Der Ersatz von Schäden, die aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache resultieren, ergibt sich nunmehr über die Verweisung in § 437 Nr. 3 BGB aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Kaufgewährleistung existiert nicht mehr. Diese Eingliederung wurde möglich, da der Verkäufer nun gemäß § 433 I 2 BGB - wie schon gemäß § 434 KE - zur Leistung sachmangelfreier Kaufsachen verpflichtet ist. Die Lieferung mangelhafter Ware ist somit eine Verletzung dieser Verkäuferpflicht, die den Tatbestand des § 280 I BGB erfüllt. § 280 I BGB setzt für einen Ersatzanspruch eine Pflichtverletzung voraus. Die Mangelhaftigkeit ist danach lediglich ein Unterfall dieses zentralen Grundtatbestandes. Gleiches hatte bereits der Kommissionsentwurf vorgesehen. Neben der - in Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Kommissionsentwurf gleichermaßen objektiv verstandenen - Pflichtverletzung ist für den Schadensersatzanspruch nunmehr

¹⁴⁸ Vgl. nur Abschlussbericht, S. 22 f., 220 f.; Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 74; Huber, Gutachten I, S. 768; Soergel-Huber § 463 Rn. 70

¹⁴⁹ Vgl. Huber, Gutachten I, S. 768

¹⁵⁰ Abschlussbericht, S. 221

erforderlich, dass der Verkäufer diese zu vertreten hat, § 280 I 2 BGB/ KE. Gemäß § 276 I 1 BGB/ KE hat der Verkäufer, wie schon nach bislang geltendem Recht, grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz wird damit dem Verschuldensprinzip unterstellt. Anders als bisher sind damit auch fahrlässig verursachte Mangelschäden ersatzfähig. Eine entsprechende Erweiterung der Verkäuferhaftung hatte bereits die Schuldrechtskommission vorgeschlagen. Im bisherigen Recht konnte der Käufer Ersatz für Mangelschäden nur unter den Voraussetzungen der Zusicherung und des arglistigen Verhaltens gemäß §§ 463, 480 II BGB a.F. beanspruchen. Die Zusicherung ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und im Kommissionsentwurf nicht mehr als besondere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch enthalten. Eine verschuldensunabhängige Haftung bleibt aber gemäß § 276 I 1 BGB/ KE bei Übernahme einer entsprechenden Garantie weiter möglich. Zwischen Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz besteht auch insoweit Übereinstimmung, als Schadensersatz statt der Leistung - wie der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nunmehr bezeichnet wird - nur unter weiteren Voraussetzungen verlangt werden kann. §§ 280 II KE, 280 III BGB verweisen dafür auf ergänzende Vorschriften. Nach §§ 283 KE, 281 BGB muss der Käufer dem Verkäufer zunächst eine Frist zur Nacherfüllung setzen. Erst nach erfolglosem Ablauf der Frist hat er einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Der Verkäufer erhält damit die Chance, die Schadensersatzforderungen des Käufers durch Reparatur oder Ersatzlieferung abzuwenden.

Hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung des Schadensersatzes statt der Leistung weicht das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dann aber vom Konzept des Kommissionsentwurfs ab. § 283 KE hatte den Schadensersatz statt der Leistung noch einheitlich für alle Arten der Pflichtverletzung geregelt. Die entsprechende Norm im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, § 281 BGB, betrifft hingegen nur noch die verzögerte und die mangelhafte Leistung. Die Fälle der Verletzung von Nebenpflichten und die Unmöglichkeit der Leistung wurden in §§ 282, 283 BGB tatbestandlich ausgegliedert. Eine eigene Anspruchsgrundlage ist für die anfängliche Unmöglichkeit in § 311 a II BGB geregelt. Für den Ersatzanspruch bei mangelhafter Lieferung bedeutet dies, dass in Abhängigkeit von der Behebbarkeit des Mangels unterschiedliche Vorschriften zur Anwendung kommen. Ist der Mangel behebbar, richtet sich der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB. Wird eine Nacherfüllung nachträglich unmöglich, sind §§ 437 Nr. 3, 275, 280 I, III, 283 BGB einschlägig. War die Kaufsache von Anfang an mit einem nicht zu behebbenden Mangel behaftet, kommen §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB zur Anwendung. Hinzu kommen die besonderen Vorschriften für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung, der den bisherigen sog. großen Schadensersatz betrifft. Nach § 281 I 3 BGB kann der Käufer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist. Damit werden die Voraussetzungen denen des Rücktritts angepasst, der ebenfalls eine erhebliche Pflichtverletzung voraussetzt. So wurde vermieden, dass der Käufer durch die Geltendmachung des sog. großen Schadensersatzes eine

Rückgängigmachung des Vertrages unter geringeren Voraussetzungen als beim Rücktritt erreichen kann. Im Unterschied dazu hatte der Kommissionsentwurf in § 327 KE für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung gefordert, dass der Käufer vom Vertrag zurücktreten müsse.

5.7.1.2. CISG, PECL und PICC

CISG und *Principles* haben im Vergleich zu den deutschen Regelungen ein einfach strukturierteres Regelungsmodell für die Schadensersatzhaftung. PECL und PICC haben sich hinsichtlich des Schadensersatzes eng an den Vorgaben des CISG orientiert. Viele Grundregeln finden ihre Entsprechung im CISG. Art. 79 CISG stimmt mit Art. 8:108 PECL sowie Art. 7.1.7 PICC, Art. 74, S. 1 CISG mit den Art. 9:502 PECL und Art. 7.4.2 PICC überein. Art. 75, 76 CISG entsprechen Art. 9:506, 9:507 PECL sowie Art. 7.4.5, 7.4.6 PICC. Art. 74, S. 2 CISG findet sich in Art. 9:503 PECL und Art. 7.4.4 PICC.¹⁵¹ In Übereinstimmung mit Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben CISG und *Principles* den Schadensersatz für die mangelhafte Lieferung in die allgemeine Schadensersatzhaftung integriert. Eine Unterscheidung zwischen Zusicherungen und schuldhaft verursachten Mängeln erübrigte sich hier, da der Verkäufer nach CISG und *Principles* ohnehin unabhängig von einem Verschulden haftet. Er gibt mit der vertraglichen Zusage einer bestimmten Beschaffenheit immer auch eine entsprechende Zusicherung ab. CISG und *Principles* stimmen mit dem Kommissionsentwurf und dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auch darin überein, dass Vertragsaufhebung und Schadensersatz kumuliert werden können.¹⁵²

5.7.2. Die unterschiedlichen Haftungskonzepte

Bisheriges deutsches Recht, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sowie *Principles* und CISG unterscheiden sich in ihren Haftungssystemen. Nach CISG und *Principles* trifft den Verkäufer mangelhafter Ware eine Garantiehaftung auf Schadensersatz. Auch nach bisherigem deutschem Recht hatte der Verkäufer unabhängig von einem Verschulden zu haften, wenn er dem Käufer das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zugesichert hatte, §§ 463, S. 1, 480 II Alt. 1 BGB a.F. Neben der Haftung aus Zusicherung enthielt das bisherige Gewährleistungsrecht auch Elemente der subjektiven Haftung. So unterlagen die nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung zu ersetzenden Mangelfolgeschäden der allgemeinen Verschuldenshaftung und die Haftung für das arglistige Verschweigen von Mängeln gemäß §§ 463, S. 2, 480 II Alt. 2 BGB a.F. setzte ein vorsätzliches Verhalten des Verkäufers voraus. In Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden die

¹⁵¹ Siehe auch Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 74 f.; Karollus, RabelsZ 61 (1997), S. 591; Hartkamp, Liber amicorum D. Kokkini-Iatridou, 1994, S. 97

¹⁵² Vgl. §§ 327 KE, 325 BGB und Art. 45 II CISG, 8:102 PECL, 7.4.1 PICC

Ansätze einer subjektiven Schadensersatzhaftung für Sachmängel weiter verstärkt. Die Ersatzansprüche bei mangelhafter Lieferung beruhen nunmehr aufgrund ihrer vollständigen Eingliederung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht auf dem Verschuldensprinzip. Die vertragliche Übernahme einer Garantie bleibt aber auch nach reformierten Recht möglich.

5.7.2.1. Verschuldenshaftung und Garantiefhaftung im allgemeinen Vertragsrecht

Grundlegendes Prinzip der Verschuldenshaftung ist, dass der Schuldner nur für Handlungen haftet, die er aufgrund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte vermeiden können.¹⁵³ Die Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse jedes einzelnen Schuldners würde sich allerdings in einer auf den vertraglichen Gütertausch gestützten Wirtschaftsordnung stark verkehrshemmend auswirken. Daher gilt in den deutschen Schuldrechtsregelungen kein individueller, sondern ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter Sorgfaltsmaßstab.¹⁵⁴ Das deutsche Recht verwendet einen objektivierten Verschuldensbegriff. Daneben finden sich aber auch Elemente der Garantiefhaftung.¹⁵⁵

Die objektive Haftung beruht auf der Grundvorstellung, dass der Schuldner mit Eingehung des Vertrages einen bestimmten Erfolg garantiert.¹⁵⁶ Im Rahmen des objektiven Haftungssystems hat der Schuldner daher ohne Verschulden aufgrund seines einmal abgegebenen Versprechens zu haften. Im CISG und in den *Principles* wird diese Garantiefhaftung dadurch gemildert, dass Art. 79 CISG, Art. 8:108 (1) PECL und Art. 7.1.7 PICC dem Schuldner eine Entlastungsmöglichkeit bieten. In die Prüfung der Entlastungsgründe werden dabei auch subjektive Kriterien einbezogen.¹⁵⁷ Zwar kann nur ein objektiver, außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegender Hinderungsgrund den Schuldner entlasten, es ist aber auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss vernünftigerweise in Betracht ziehen konnte. Die Verantwortung des Schuldners für den eigenen Einflussbereich ist dadurch weniger streng. Da die objektive Haftung von CISG und *Principles* auch subjektive Elemente umfasst, ist eine gewisse Annäherung der beiden Haftungskonzepte erkennbar, so dass die praktischen Unterschiede zwischen den beiden Haftungssystemen insgesamt nicht sehr gravierend sind.¹⁵⁸ Unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wird diese Tendenz weiter verstärkt, da der Schuldner im Rahmen des Schadensersatzes nunmehr schon für vermutetes Verschulden haftet.

¹⁵³ Larenz Schuldrecht I, AT, § 20 I; Pellegrino, ZEuP 97, S. 42

¹⁵⁴ Palandt-Heinrichs, § 276 Rn. 15

¹⁵⁵ Etwa § 279 BGB a.F. und die Haftung für anfängliches Unvermögen im bisherigen deutschen Recht sowie die Haftung aufgrund der Übernahme einer Garantie oder des Beschaffungsrisikos gemäß § 276 I 1 BGB

¹⁵⁶ Huber, ZIP 00, S. 2279

¹⁵⁷ Pellegrino, ZEuP 97, S. 49; Schlechtriem, ZEuP 93, S. 229; Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 635 f.

¹⁵⁸ Schlechtriem, ZEuP 93, S. 229; Pellegrino, ZEuP 97, S. 56; Huber, ZIP 00, S. 2279; Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 510 f.; Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/146040; S. 131; Rolland, in: FS für Schlechtriem, S. 635

5.7.2.2. Besonderheiten beim Schadensersatz wegen vertragswidriger Leistung

Innerhalb der Haftung für Vertragswidrigkeiten besteht nach CISG und *Principles* die Besonderheit, dass sich der Verkäufer für seine mangelhafte Lieferung nur selten entlasten kann. Es existieren kaum äußere Hindernisse im Sinne der Art. 79 CISG, 8:108 (1) PECL, 7.1.7 PICC, welche nicht aus der Sphäre des Verkäufers stammen, die nachträglich Einfluss auf die Qualität der zu verkaufenden Ware haben können.¹⁵⁹ Damit spielen aber auch die im Rahmen der Entlastungsgründe zu berücksichtigenden subjektiven Elemente für die Haftung des Verkäufers keine Rolle. Der Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung unterliegt in CISG und *Principles* einer strengen Garantiehafung. Es ist für die Begründung der Haftung wegen Mangelhaftigkeit nicht unbedingt erforderlich, subjektive, in der Person des Schuldners liegende Umstände zu berücksichtigen. Der Verkäufer schuldet, wenn er sich zur Lieferung vertragsgemäßer Ware verpflichtet, die Herbeiführung bestimmten Erfolges. Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers ist es, eine Kaufsache der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit zu liefern. Er schuldet nicht bloß das Bemühen, auf einen bestimmten Erfolg hinzuwirken. Die Pflicht zu vertragsgemäßer Lieferung ist eine Erfolgs- und keine Verhaltenspflicht.¹⁶⁰ Ihre Erfüllung kann ohne weiteres nach dem Ergebnis, also danach, ob der Erfolg eingetreten, die vertragsgemäße Sache geliefert worden ist, beurteilt werden.¹⁶¹ Hinderungsgründe, die sich aus dem Verhalten oder der Person des Verkäufers ergeben, können dabei außer Betracht bleiben. Auch die deutschen Regelungen, deren allgemeines Leistungsstörungenrecht auf dem Verschuldensprinzip beruht, verzichten nicht auf eine objektive Haftung für Sachmängel. So haftete der Verkäufer nach bislang geltendem deutschen Recht ohne ein Verschulden, sofern er für bestimmte Eigenschaften eine ausdrückliche oder stillschweigende Zusicherung abgegeben, deren Vorhandensein also garantiert hatte. Selbst im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in welchem ebenso wie im Kommissionsentwurf das subjektive Haftungssystem allgemein auf gewährleistungsrechtliche Schadensersatzansprüche erstreckt wurde, ist die objektive Zusicherungshaftung weiter enthalten. Gemäß § 276 I 1, 2. HS BGB bleibt eine verschuldensunabhängige Haftung durch die Übernahme einer Garantie möglich.

¹⁵⁹ Vgl. das Beispiel von Huber, Die Haftung des Verkäufers, S. 22, der als denkbaren Anwendungsfall des Art. 79 CISG aufführt, dass ein Verkäufer von Apfelsinen Opfer eines Attentats wird, also Terroristen heimlich die zur Lieferung bereitgestellten Apfelsinen vergiften und dies nach erfolgter Lieferung öffentlich bekannt geben. Siehe oben 5.3.2.

¹⁶⁰ Zu den Begriffen Erfolgs- und Verhaltenspflichten siehe Pellegrino, ZEuP 97, S. 51 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 499 ff. und auch Lando, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 74 sowie in: Lando/Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Comment B.* zu Art. 4.501 (Art. 9:501 n.F.); siehe 5.4.1. bei Fn. 83 dort wird die strenge Garantiehafung als auf Erfolgspflichten beschränkt angesehen, jedoch nicht ausgeführt, was für Verhaltenspflichten gelten soll, vgl. auch Huber, ZIP 00, S. 2279. Für Verhaltenspflichten liegt die Festlegung des Maßstabes, welche Anstrengungen vom Schuldner gefordert werden können, unter Zuhilfenahme des Kriteriums des Verschuldens allerdings nahe, vgl. Basedow, Reform des Kaufrechts, S. 38 ff.

¹⁶¹ Huber, ZIP 00, S. 2279

Danach kommt in CISG und *Principles* bei der allgemeinen Schadensersatzhaftung erkennbaren Einbeziehung subjektiver Elemente innerhalb der Haftung für Vertragswidrigkeiten keine nennenswerte Bedeutung zu. Selbst die Regelungen, die von einem subjektiven Haftungsprinzip ausgehen, ermöglichen eine objektive Haftung des Verkäufers, um dem erfolgsbezogenen Charakter der Pflicht zur vertragsgemäßen Lieferung gerecht zu werden.

5.7.3. Die Begrenzung des ersatzfähigen Schadens

In CISG und *Principles* wird der durch die Garantiehaftung umfassend gewährte Schadensersatzanspruch durch das Kriterium der Voraussehbarkeit beschränkt, Art. 74, S. 2 CISG, 9:503 PECL, 7.4.4 PICC. Nur das Risiko, das der Verkäufer bei Vertragsschluss erkennbar in seine Kalkulationen einbeziehen konnte, soll er im Schadensfall tragen. Mit Hilfe der Voraussehbarkeit wird die dem Vertrag zugrundeliegende Risikoverteilung ermittelt.¹⁶² Hingegen muss der Verkäufer im deutschen Recht grundsätzlich für jeden adäquat verursachten Schaden haften. Über die Adäquananzprüfung werden nur ganz unwahrscheinliche, außerhalb der Lebenserfahrung liegende Schadensursachen ausgesondert. Die Voraussehbarkeitsregel stellt insoweit eine stärkere Begrenzung des ersatzfähigen Schadens dar.¹⁶³ Da in CISG und *Principles* der Schadensersatzanspruch nicht wie in den deutschen Regelwerken bereits tatbestandlich durch das Korrektiv des Verschuldens eingeschränkt wird, ist eine Begrenzung der weiten Haftung auf der Schadensseite erforderlich. Soweit die deutschen Regelungen eine verschuldensunabhängige Haftung für Zusicherungen vorsehen, erfolgt auch dort eine ähnliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs. So sind nur solche Schäden ersatzfähig, die vom Schutzzweck der Zusicherungsvereinbarung umfasst sind.¹⁶⁴ Es wird also auf den Schutzbereich bzw. auf die Deckungsreichweite der verletzten Pflicht abgestellt.¹⁶⁵ Für Folgeschäden muss der Verkäufer nur eintreten, wenn er sie als Teil des von ihm vertraglich übernommenen Risikos erkennen und damit bei seiner Entscheidung, ob er ein solches Risiko überhaupt eingehen sollte, berücksichtigen konnte.¹⁶⁶ Letztlich geht es wie in CISG und *Principles* um die Voraussehbarkeit des Schadensrisikos. Die Schuldrechtskommission hatte erwogen, dieses Prinzip durch die Einführung einer *contemplation rule* im BGB festzuschreiben. Man sah aber davon ab, da die Thematik über den Regelungsauftrag hinausging.¹⁶⁷ Auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sieht keine derartige Begrenzungsnorm vor. Angesichts der Ausweitung der Verschuldenshaftung auf die Fälle mangelhafter Lieferung, war eine

¹⁶² Siehe 5.3.4.

¹⁶³ Schlechtriem-Stoll Art. 74 Rn. 34; Honsell, SJZ 92, S. 362; Lando, in: Grundmann/ Medicus/ Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 75; Lando/ Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part I, Note 3.* zu Art. 4.503 (Art. 9:503 n.F.); Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung; S. 294

¹⁶⁴ Das Schuldrechtsmodernisierungsbegriff verwendet den Begriff der Garantie, vgl. §§ 276 I 1, 443 BGB.

¹⁶⁵ Schlechtriem, ZEuP 93, S. 231; Zimmermann, JZ 95, S. 482; siehe 5.1.1.2. und 5.1.3.

¹⁶⁶ Schlechtriem, ZEuP 93, S. 231

¹⁶⁷ Vgl. Schlechtriem, ZEuP 93, S. 230 f.

ausdrückliche Regelung aber nicht zwingend erforderlich. In den Fällen der vertraglich übernommenen Garantiehftung im Sinne des § 276 I 1, 2. HS KE/BGB kann weiterhin auf die schon bei der Zusicherungshaftung angewandte Schutzzwecklehre zurückgegriffen werden.

Die Begrenzung der Ansprüche auf Schadensersatz folgt damit zwei Prinzipien. Haftet der Verkäufer nur für schuldhaftes Verhalten, ist eine weitere Beschränkung beim Schadensumfang nicht notwendig. Dem Verkäufer ist die Schadensverursachung zuzurechnen. Er muss deshalb für die von ihm schuldhaft verursachten Schäden, soweit diese nicht außerhalb der Lebenserfahrung liegen, eintreten. Trifft den Verkäufer aber eine Garantiehftung, bedarf es einer Begrenzung der Schadenshöhe durch die Voraussehbarkeit. Andernfalls würde dem Verkäufer ein Schadensrisiko aufgebürdet, das er nicht zu überblicken vermag und gegen das er sich deshalb auch nicht schützen könnte. Eine solche unbegrenzte Haftung würde sich auf den Wirtschaftsverkehr sehr ungünstig auswirken. Denn es wären weniger Verkäufer bereit, das Risiko einer solchen unbegrenzten Haftung auf sich zu nehmen. Und die Unberechenbarkeit dieser Haftung würde sich über die zu erwartende Erhöhung der Versicherungssummen auf die Kaufpreise auswirken. Nach der Voraussehbarkeitsregel haftet der Verkäufer deshalb nur für die Schäden, die er bei Vertragsschluss in seine Kalkulationen einbeziehen konnte.

In den PECL wurden beide Prinzipien kombiniert. Grundsätzlich wird die Höhe des Schadensersatzes durch das Voraussehbarkeitskriterium begrenzt. Hat der Verkäufer die Schäden aber schuldhaft, nämlich vorsätzlich oder grob fahrlässig, verursacht, kann er sich nicht auf die mangelnde Voraussehbarkeit bei Vertragsschluss berufen. Der Verkäufer ist dann nicht schutzwürdig, da er durch sein eigenes Verhalten die vertraglich ausgehandelte Risikoverteilung nachträglich außer Kraft gesetzt hat. Er muss deshalb für die auf diese Weise verursachten Schäden eintreten.¹⁶⁸ Das grob fahrlässige oder vorsätzliche Handeln des Schuldners wird in den PECL also mit einer Haftungserweiterung hinsichtlich des Schadensumfangs sanktioniert, um gezielte Vertragsverstöße möglichst zu unterbinden.¹⁶⁹ Durch diese Ergänzung der *contemplation rule* in Art. 9:503 PECL wurde die Haftung des Verkäufers gegenüber CISG und PICC weiter verschärft.

5.7.4. Zur Interessenlage beim Schadensersatz

Das bisherige Recht stellte den Verkäufer weitgehend vom Ersatz der Mangelschäden frei. Nur unter den Voraussetzungen der Zusicherung und der Arglist musste der Verkäufer auf das Erfüllungsinteresse haften. Diese enge Begrenzung des Schadensersatzanspruches in §§ 463, 480 II BGB a.F. wurde den Interessen der Vertragsparteien nicht gerecht. Der Käufer wurde hinsichtlich der Schäden, die sein Äquivalenzinteresse, also sein Interesse an einer mangelfreien Sache betrafen, weitgehend auf die Wandelung und Minderung verwiesen. Insbesondere die Wandelung führte jedoch weiter vom Vertragszweck fort als ein Schadensausgleich im Sinne

¹⁶⁸ Siehe 5.4.4.

¹⁶⁹ Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 301

des kleinen Schadensersatzes. Bei einer Rückgängigmachung konnte der Vertragszweck, anders als bei Gewährung eines Ausgleichsanspruchs in Höhe der Reparaturkosten, nicht mehr erreicht werden. Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden diese Mängel des bisherigen Rechts beseitigt. Durch die Eingliederung der Gewährleistungshaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht geht der Schadensersatzanspruch für Vertragswidrigkeiten in einem allgemeinen für sämtliche Pflichtverletzungen geltenden verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch auf.¹⁷⁰ Anders als nach bisherigem Recht haftet der Verkäufer nunmehr auch für fahrlässig verursachte Mangelschäden. Diese Haftungserweiterung ist zu befürworten. Sie schließt die bislang zu Lasten des Käufers bestehende Lücke im Haftungssystem. Da der Schadensersatz statt der Leistung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ebenso wie Rücktritt und Minderung von der Erfolglosigkeit einer Nachfrist abhängen, ist dabei eine Beeinträchtigung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nicht zu befürchten. Die Gewährleistung des Vorrangs der Vertragserfüllung liegt im Interesse beider Vertragsparteien.¹⁷¹ Der Käufer erhält durch die Nacherfüllung die ihm vertraglich zustehende mangelfreie Sache. Zugleich wird der Verkäufer durch die Nacherfüllungsberechtigung vor einer übereilten finanziellen Inanspruchnahme geschützt. Ist eine Nacherfüllung möglich, kann der Verkäufer die das Äquivalenzinteresse betreffenden Schadensersatzforderungen des Käufers abwenden. Er behält damit den vollen Nutzen aus dem Vertrag und sein vertraglich ausgehandelter Gewinn wird nicht durch von ihm zu leistende Schadensersatzzahlungen geschmälert.

Auch die bisherige gesetzliche Beschränkung der gewährleistungsrechtlichen Ersatzansprüche hinsichtlich der Mangelfolgeschäden war verfehlt. Zwar umfasste der nach §§ 463, 480 II BGB a.F. zu ersetzende Nichterfüllungsschaden auch Folgeschäden¹⁷², jedoch waren auch sie auf die Fälle der Zusicherung und Arglist beschränkt. Im Übrigen verwies das alte BGB den Käufer auf die traditionellen Gewährleistungsrechtsbehelfe Wandelung und Minderung. Diese konnten den Käufer aber nicht ausreichend vor solchen Schäden schützen, die über den in der Mangelhaftigkeit begründeten Nachteil der verkauften Sache hinausgingen. Deshalb war schon bislang ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung bzw. *culpa in contrahendo* auf den Ersatz von Mangelfolgeschäden anerkannt.¹⁷³ Diese auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhende Rechtslage wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im reformierten BGB gesetzlich fixiert. Nunmehr steht dem Käufer gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch sowohl hinsichtlich der Mangelschäden als auch der Mangelfolgeschäden zu. Die Zusicherung des alten Rechts hat ihre zentrale Bedeutung verloren. Sie wurde jedoch nicht völlig abgeschafft. Gemäß § 276 I 1, 2. HS BGB haftet der Schuldner unabhängig von einem Verschulden, wenn er einen entsprechenden Willen durch die Übernahme einer Garantie zum Ausdruck gebracht hat.

¹⁷⁰ Siehe 5.6.1.

¹⁷¹ Siehe schon 4.5.1.

¹⁷² Siehe 5.1.1.2.

¹⁷³ Siehe 5.1.2.

Diese Zurückdrängung der Garantiehaftung zugunsten der allgemeinen Verschuldenshaftung entspricht nicht der internationalen Entwicklung im Kaufrecht. Nach CISG, PICC und PECL steht dem Käufer bei vertragswidriger Lieferung ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch zu. Auch der Charakter dieser Leistungspflicht als Erfolgspflicht spricht eher gegen eine Berücksichtigung subjektiver, in der Person des Verkäufers liegender Hinderungsgründe.¹⁷⁴ Der Verkäufer schuldet die Lieferung mangelfreier Kaufsachen, nicht lediglich das Bemühen darum. Die Erfüllung seiner Verpflichtung lässt sich ohne Weiteres danach beurteilen, ob dieser Erfolg eingetreten ist. Trotzdem wurde die Verkäuferhaftung für Sachmängel im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verschuldensabhängig ausgestaltet. Ein Grund hierfür lag in dem Bestreben, die Gewährleistungshaftung in das schon bisher vom Verschuldensprinzip geprägte allgemeine Leistungsstörungenrecht einzugliedern und dabei auf kaufrechtliche Sondernormen so weit wie möglich zu verzichten.¹⁷⁵ Schon nach bisherigem Recht sollte zudem die Haftung für Produktschäden in erster Linie den Hersteller treffen. Der Händler, der nicht zugleich Hersteller ist, soll nicht mit einer solchen Haftung überzogen werden.¹⁷⁶ Außerdem wird der Schadensersatz als besonders einschneidender Rechtsbehelf angesehen. Angesichts der schweren Haftungsfolgen seien an seine Gewährung höhere Anforderungen zu stellen.¹⁷⁷ Da es keine betragsmäßige Höchstgrenze für Schadensersatzansprüche gibt und der Verkäufer damit grundsätzlich jeden adäquat kausalen Schaden zu ersetzen hat, soll wenigstens das Korrektiv des Verschuldens den sorgfältigen Verkäufer vor einer unbegrenzten Einstandspflicht bewahren.¹⁷⁸ Die Haftung des Verkäufers wäre aber auch ohne das Korrektiv des Verschuldens nicht unbeschränkt. Der Umfang des aus der Zusicherung zu ersetzenden Schadens war bereits nach bisherigem deutschen Recht begrenzt. Der Verkäufer musste aufgrund der hier angewandten Schutzzwecklehre nur für solche Schäden einstehen, deren Vermeidung in den Schutzbereich der Zusicherung fiel. Auch die Garantiehaftung von CISG und *Principles* enthält in Art. 74, S. 2 CISG, 9:503 PECL, 7.4.4 PICC ein ähnliches Korrektiv.¹⁷⁹ Statt die Haftung prinzipiell von einem Verschulden abhängig zu machen, wird die Einstandspflicht des Verkäufers hier auf bei Vertragsschluss voraussehbare Schäden beschränkt. Damit bestimmt die vertragsimmanente Risikoverteilung zwischen den Parteien die Reichweite der Schadensersatzhaftung. Sie entspricht am besten den Parteiinteressen. Im Rahmen der Voraussehbarkeit ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für jeden Einzelfall zu prüfen, welches Risiko von welcher Partei getragen werden sollte und welche Pflichten die Parteien übernehmen wollten. Fehlen ausdrückliche Absprachen, ist von einer Risikoverteilung, wie sie die Parteien vernünftigerweise vereinbart

¹⁷⁴ Siehe 5.7.2.2.

¹⁷⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/ 6040, S. 224 f.

¹⁷⁶ Soergel-Huber Rn. 90 vor § 459; Huber, Die Haftung des Verkäufers, S. 28: BGH hat Schutzzone um den Händler gezogen, z.B. BGHZ 51, 91

¹⁷⁷ MüKo-Westermann § 459 Rn. 55

¹⁷⁸ Vgl. schon Abschlussbericht, S. 222

¹⁷⁹ Siehe 5.7.3.

hätten, auszugehen. In diesem Fall werden die Interessen der Vertragspartner durch die Zugrundelegung des mutmaßlichen Parteiwillens in die Entscheidung über die Schadensersatzhaftung einbezogen. Das Vorausschbarkeitsprinzip wirkt letztlich wie eine Limitierung des Versicherungsschutzes gegen Sachmängel, die der Verkäufer zugunsten des Käufers übernimmt. Dadurch sinken die Vertragskosten, was wiederum im Interesse beider Vertragsparteien liegt.¹⁸⁰ Im Rahmen der Verschuldenshaftung muss hingegen bei fehlendem Verschulden des Verkäufers einseitig der Käufer als vertragstreue Partei den verbleibenden Schaden tragen. Ein Verschulden des Verkäufers als letztem Glied in der Absatzkette wird bei neu hergestellten und originalverpackten Industriegütern, deren Mangelhaftigkeit sich erst nach dem Kauf durch Gebrauch feststellen lässt, nur selten anzunehmen sein.¹⁸¹ Den Verkäufer, der die Waren nicht selbst herstellt, trifft keine Untersuchungspflicht bezüglich der Mangelfreiheit der verkauften Sachen. Dann hat aber regelmäßig der Käufer den gesamten Schaden, also auch die Mangelfolgeschäden, zu tragen, wenn Ansprüche gegen den Hersteller scheitern. Das Verschulden ist für die Herausfilterung einer Risikoverteilung deshalb nicht geeignet.¹⁸² Das Risiko des unverschuldeten Schadensfalles wird so allein dem vertragstreuen Käufer aufgebürdet. Dieses Ergebnis missachtet die Interessen des Käufers. Darüber hinaus ist ein schützenswertes Interesse des Verkäufers nicht erkennbar. Da der Verkäufer mit Vertragsabschluss die Verpflichtung zur Lieferung einer Sache mit der vereinbarten Beschaffenheit eingeht¹⁸³, kann es auch keine Verletzung seiner Interessen darstellen, ihn später auch für das tatsächliche Vorhandensein dieser Eigenschaft haften zu lassen. Der Verkäufer muss sich also an seinen Erklärungen über die Beschaffenheit der Kaufsache festhalten lassen, da diese beim Käufer die berechtigte Erwartung und das Vertrauen entstehen lassen, der Verkäufer werde für das Fehlen der betreffenden Eigenschaften einstehen.¹⁸⁴ Angesichts der mangelhaften Erfüllung der vom Verkäufer vertraglich übernommenen Verpflichtung muss daher außer Acht bleiben, dass sich dieser nicht schuldhaft verhalten hat.

Es ist damit festzustellen, dass es den Parteiinteressen am besten entspricht, wenn der Verkäufer, der seine Verpflichtung zur Lieferung vertragskonformer Ware nicht einhält, ohne Rücksicht auf sein Verschulden den Käufer so zustellen hat, wie dieser bei ordentlicher Erfüllung stünde.¹⁸⁵ Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch des Käufers ist

¹⁸⁰ Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 300

¹⁸¹ Palandt-Heinrichs § 276 Rn. 110; Brüggemeier, JZ 00, S. 536; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 227; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXVII

¹⁸² So auch Stoll, JZ 01, S. 597, der zum Regierungsentwurf vorgeschlagen hatte, die Haftung durch den Zusatz in § 437 Nr. 3 RE zu beschränken, der Verkäufer hafte nicht für Schäden, falls es sich um Risiken handelt, die bei Berücksichtigung des Vertragsinhalts gewöhnlich nur aufgrund besonderer Vereinbarung übernommen zu werden pflegen. Dies läuft letztlich auf die Aufnahme einer *contemplation rule* hinaus.

¹⁸³ Vgl. §§ 434 KE, 433 I 2 BGB

¹⁸⁴ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung, S. 210

¹⁸⁵ Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung, S. 334; Brüggemeier, JZ 00, 537; Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung, S. 211; Schack, AcP 185 (1985), S. 333

insoweit durch das aufgrund vertraglichen Abreden vom Verkäufer übernommene Risiko begründet und zugleich auch begrenzt.¹⁸⁶

Ein entsprechender Ansatz, nämlich eine generelle verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für Gattungsschulden, wird für das geltende Recht bereits diskutiert. Diese soll sich aus der nach § 276 I 1, 2. HS a.E. BGB möglichen Übernahme eines Beschaffungsrisikos als Ausnahme zum Verschuldenserfordernis ergeben. Denn der Verkäufer habe nach § 433 I 2 BGB mangelfreie Sachen zu liefern und damit beim Gattungskauf auch mangelfreie Gattungssachen zu beschaffen.¹⁸⁷ Mit der Systematik des § 276 BGB ist dies jedoch nicht zu vereinbaren. Den Regelfall des Vertretenmüssens stellt hier das Verschulden dar. Die Übernahme des Beschaffungsrisikos ist als Ausnahme zu diesem Grundsatz zu verstehen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 276 BGB würde umgekehrt, wenn den Gattungsverkäufer regelmäßig eine Garantiehaftung träge. In der Gesetzesbegründung finden sich für eine derartige Auslegung ebenfalls keine Anhaltspunkte. Eine Änderung in der Sache hatte man nicht beabsichtigt.¹⁸⁸ Auch der Begriff des Beschaffens spricht gegen eine grundsätzliche verschuldensunabhängige Haftung für Sachmängel nach geltendem Recht. Er bezieht sich nicht ohne Weiteres auf die Qualität des zu besorgenden Gegenstands. Deshalb kann aus der Übernahme des Beschaffungsrisikos durch den Gattungsverkäufer nicht darauf geschlossen werden, dass dieser die vollständige Mangelfreiheit der von ihm ausgewählten Stücke garantieren wollte.¹⁸⁹

Obwohl die verschuldensunabhängige Haftung im Kaufrecht den Parteiinteressen besser Rechnung trägt, kann die Entscheidung des Gesetzgebers für das Verschuldensprinzip, welche im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum Ausdruck kommt, nicht unterlaufen werden. Zu beachten ist auch, dass eine verschuldensunabhängige Haftung auch durch stillschweigende Garantieübernahme weiterhin möglich bleibt (§ 276 I 1, 2. HS 1. Alt. BGB). Zudem wird das für den Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden des Verkäufers nach § 280 I 2 BGB vermutet. Damit trifft den Verkäufer die Beweislast für sein sorgfaltsgerechtes Verhalten, wodurch dem Käufer die Durchsetzung seines Anspruches erleichtert wird. Die nach neuem Recht zu Lasten der Interessen des Käufers bestehende Beschränkung des Ersatzanspruches auf schuldhaft verursachte Schäden wird so gemildert.

¹⁸⁶ Kircher, Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung, S. 212; Brüggemeier, JZ 00; S. 536

¹⁸⁷ Canaris, JZ 01, S. 518; ders., DB 01, S. 1815 f.; ders. ZRP 01, S. 335; von Westphalen, DB 01, S. 1293

¹⁸⁸ Siehe Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/146040; S. 131 f.

¹⁸⁹ AnwK/ Dauner-Lieb § 280 Rn. 59 und § 281 Rn. 11; Dauner-Lieb/ Dötsch, DB 01, S. 2536; Huber, in: FS für Schlechtriem, S. 532; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 231

Kapitel 6.....Zusammenfassung und Ergebnis

6.1. Die Gewährleistungsregelungen

Sämtliche Kaufrechtsregelungen legen ihrem Gewährleistungstatbestand ein subjektives Verständnis der Sachmängelhaftung zugrunde, Art. 35 I CISG, Art. 2 I RL 99/44/EG, §§ 435 KE, 434 BGB. Für das bisherige deutsche Recht ergab sich dies aus dem herrschenden subjektiven Fehlerbegriff zu § 459 I BGB a.F. Voraussetzung für eine Haftung ist, dass die gekaufte Ware der vertraglichen Vereinbarung nicht entspricht. In CISG und Richtlinie kommt dieser Grundsatz im Begriff der Vertragswidrigkeit besonders deutlich zum Ausdruck. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.1.6.1.)

Die im bisherigen deutschen Recht innerhalb des Mängeltatbestands getroffene Unterscheidung zwischen einfachen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften findet in den modernen Kaufrechtsregelungen keine Entsprechung. Unter Geltung des subjektiven Verständnisses von der Sachmängelhaftung kann die Zusicherung nur noch als Wiederholung dieses ohnehin abgegebenen Versprechens verstanden werden. Durch die Gewährung eines allgemeinen Schadensersatzanspruchs in CISG, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist die Zusicherung als besondere Voraussetzung für den Schadensersatz entbehrlich geworden. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.1.6.2.)

Haben die Parteien im Kaufvertrag keine Vereinbarungen über die geschuldete Beschaffenheit getroffen, wird in allen Regelungen auf gesetzlich festgelegte Standards zur Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit zurückgegriffen, Art. 35 II CISG, Art. 2 II RL 99/44/EG, §§ 435 I KE, 434 I 2, II BGB. Im bisherigen deutschen Recht ergaben sich die Kriterien für die Sollbeschaffenheit aus der Definition des Sachmangels im Sinne des subjektiv-objektiven Fehlerbegriffes. Bei den Kriterien, die für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit maßgeblich sind, bestehen sachlich kaum Unterschiede. Alle Regelungen enthalten subjektive und objektive Elemente. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.1.6.3.)

Ist bei den Vertragsverhandlungen eine Probe oder ein Muster zur Grundlage des Vertrages gemacht worden, so gelten deren Eigenschaften als geschuldet. (ABSCHNITT 2.1.6.3.1.) Ein weiteres Kriterium für die geschuldete Sollbeschaffenheit stellt die von einer Willensübereinstimmung getragene besondere Zweckbestimmung dar. (ABSCHNITT 2.1.6.3.3.) Soweit Richtlinie 99/44/EG und CISG eine Haftung für einseitige, nicht Vertragsinhalt gewordene Angaben zu Eigenschaften der Kaufsache vorsehen, ist diese als dem Prinzip der Vertragsmäßigkeit zuwider laufend abzulehnen. Dies gilt insbesondere für den in Art. 2 II lit. b RL 99/44/EG vorgesehenen Kauf nach „Beschreibung“ sowie für die nur in Art. 35 II lit. b CISG vorgesehene einseitige zur Kenntnisbringung besonderer Zwecke gegenüber dem Verkäufer. (ABSCHNITT 2.1.6.3.2. UND 2.1.6.3.3.) Als objektives Element erwähnen alle

Regelungen die Tauglichkeit der Kaufsache für die gewöhnlichen Verwendungszwecke. (ABSCHNITT 2.1.6.3.4.) Die in Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG enthaltene Haftung des Verkäufers für öffentliche produktbezogene Äußerungen bezieht auch die Werbung des Herstellers und Dritter mit ein. Die Einführung dieses Kriterium war spezifisch verbraucherrechtlich motiviert. Soweit davon Werbeangaben erfasst sind, die Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung geworden sind oder lediglich die übliche Zweckeignung der Kaufsache betreffen, ist eine Haftung auch nach CISG, Kommissionsentwurf und bisherigem deutschen Recht zu bejahen. (ABSCHNITT 2.1.6.3.5.)

CISG, Richtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beziehen bestimmte Nebenpflichtverletzungen, die nach Vertragsschluss zur Verschlechterung der Kaufsache geführt haben, in den Gewährleistungstatbestand mit ein. Es handelt sich dabei um die mangelhafte Verpackung (Art. 35 II lit. d CISG), die unsachgemäße Montage sowie die fehlerhafte Montageanleitung (Art. 2 V RL 99/44/EG, § 434 II BGB). Dies ist zu befürworten, da Nebenpflichtverletzungen, sofern sie sich auf die Pflicht zur mangelfreien Lieferung auswirken, ebenfalls Vertragswidrigkeiten sind. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.1.6.3.6.)

Falschliefungen und Mengenabweichungen werden von den modernen Kaufrechten in den Gewährleistungstatbestand integriert. Die begriffliche Unterscheidung von aliud und peius steht im Widerspruch zum subjektiven Verständnis von der Gewährleistungshaftung. Falschliefungen sind ohne Weiteres Vertragswidrigkeiten im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffs. Auch hier erweist sich der in Art. 35 I CISG und Art. 2 I RL 99/44/EG enthaltene Begriff der Vertragsmäßigkeit als überlegen, da er alle Unter- bzw. Grenzfälle der nicht ordnungsgemäß, aber tatsächlich erfolgten Lieferung zu erfassen vermag. Eine Gleichstellung zu den Sachmängeln, wie in §§ 435 II KE, 434 III BGB, erübrigt sich so. Ein rechtsfolgenrelevanter Unterschied zu den eigentlichen Qualitätsabweichungen war zudem nicht feststellbar. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.2.3.)

Durch den Verzicht auf eine sonderrechtliche Regelung der Sachmängelproblematik ist eine Abgrenzung von Sach- und Rechtsmängeln, wie sie dem bisherigen deutschen Recht zugrunde lag, in den moderneren Kaufrecht weitgehend entbehrlich geworden. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.3.6.)

Hinsichtlich des Zeitpunktes für das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen halten alle Regelungen den Moment des Gefahrüberganges für maßgeblich. Zwischen deutschem Recht, Kommissionsentwurf und CISG besteht auch darin Übereinstimmung, dass der Käufer nach Annahme der Kaufsache die Beweislast für die mangelhafte Beschaffenheit trägt. Abweichend davon enthalten Art. 5 III RL 99/44/EG und § 476 BGB für den Verbrauchsgüterkauf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verkäufers innerhalb der ersten sechs Monate nach Lieferung. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.4.6.)

Die Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit der Kaufsache ist in allen Regelungen ein Ausschlussgrund für die Gewährleistungshaftung, §§ 460, S. 1 BGB a.F., 442 KE, 442 I BGB, Art. 35 III CISG, 3 III RL 99/44/EG. Ein darüber hinaus gehender Haftungsausschluss ist für die Fälle zu befürworten, in denen der Käufer die Vertragswidrigkeit aufgrund ihrer Evidenz hätte kennen müssen. Nur bei offen zu Tage liegenden Mängeln kann nämlich davon ausgegangen werden, dass sie dem Käufer ohne vorherige Untersuchung erkennbar sind. Sowohl Art. 35 III CISG als auch Art. 2 III RL 99/44/EG lassen eine entsprechende Auslegung zu. (KAPITEL 3, ABSCHNITT 3.1 6.1.)

Nach Art. 38 I, 39 I CISG, § 377 HGB muss der Käufer, wenn es sich bei dem Geschäft um einen Handelskauf handelt, Mängel der Ware gegenüber dem Verkäufer rügen. Die Richtlinie überlässt den Mitgliedsstaaten die Entscheidung über die Einführung einer Rüge für Verbraucher. Eine solche Obliegenheit zur Anzeige der Vertragswidrigkeiten ist auch über handelsrechtliche Sachverhalte hinaus sinnvoll. Sie ermöglicht dem Verkäufer die Kalkulierbarkeit seiner Haftung und beseitigt Unsicherheiten hinsichtlich einer möglichen Inanspruchnahme durch den Käufer. Die Rügeobliegenheit des Käufers kann die schnelle Abwicklung von Vertragsstörungen gewährleisten. Die Sorgfaltsmaßstäbe für nicht gewerbliche Käufer müssen gegenüber den Handelsgeschäften aber deutlich niedriger angesetzt werden. Dass dies möglich ist, zeigt Art. 5 II RL 99/44/EG. (KAPITEL 3, ABSCHNITT 3.2.3.)

Im Hinblick auf die Gewährleistungsfristen tendieren die neueren Kaufrechte zu einer deutlichen Verlängerung gegenüber dem problematischen § 477 I 1 BGB a.F., welchem eine einseitige Risikoverteilung zu Lasten des Käufers zugrunde lag. Art. 39 II CISG, Art. 5 I RL 99/44/EG, § 438 BGB gehen dabei übereinstimmend von einer Zweijahresfrist aus. (KAPITEL 3, ABSCHNITT 3 3.6.1.)

Die Verpflichtung des Verkäufers, mangelfreie Kaufsachen zu liefern, ermöglicht eine Eingliederung der Gewährleistungshaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. In der Lieferung von Waren mit vertragswidriger Beschaffenheit liegt dann die Nichterfüllung dieser kaufvertraglichen Verpflichtung. In Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Kommissionsentwurf und CISG wurde dieses einheitliche, jegliche Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten erfassende Haftungskonzept durch die Schaffung eines allgemeinen Grundtatbestands, der auch die Mangelhaftigkeit umfasst, verwirklicht. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.1.7.)

Für das Kaufgewährleistungsrecht ist die Nacherfüllung als im beiderseitigem Interesse liegender Rechtsbehelf erkannt worden. Sie führt zur Erreichung des Vertragszwecks und entspricht dem Prinzip des Vorrangs der Vertragserfüllung. Der Käufer erhält, was er nach dem Vertrag beanspruchen kann. Der Verkäufer bekommt mit der Berechtigung zur Nacherfüllung die Möglichkeit, die für ihn nachteiligen Folgen der Vertragsaufhebung oder Minderung abzuwenden. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.5.1.)

CISG, Richtlinie, Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthalten deshalb sowohl einen Nacherfüllungsanspruch des Käufers als auch eine entsprechende Abwendungsbefugnis des Verkäufers. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.) Beide Rechte werden durch Ausnahmetatbestände begrenzt, um Interessenbeeinträchtigungen des jeweiligen Vertragspartners zu verhindern. Daher kann der Käufer keine Nacherfüllung beanspruchen, wenn diese unmöglich oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen für den Verkäufer verbunden ist. Damit wird der Verkäufer vor überteuerten Nacherfüllungsbegehren des Käufers geschützt. Die im CISG darüber hinaus enthaltene Beschränkung der Ersatzlieferung auf wesentliche Fälle ist abzulehnen. Der im internationalen Warenverkehr erforderliche besondere Schutz des Verkäufers vor den Kosten und Risiken eines Rücktransports der Ware kann ebenso durch die Anwendung des Kriteriums der Unzumutbarkeit gewährleistet werden. Auch die Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers wird nicht unbegrenzt gewährt. Dem Käufer steht ein sofortiges Vertragsaufhebungs- bzw. Minderungsrecht zu, sofern die Nacherfüllung unmöglich, ungebührlich verzögert oder in der Durchführung für ihn unzumutbar ist. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.2. UND 4.2.8.7.3.) Es hat sich dabei als sachgerecht erwiesen, das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung dem Verkäufer einzuräumen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.3.) Die Nacherfüllung ist auch beim Stückkauf uneingeschränkt zuzulassen. Auch hier muss der Käufer die Ersatzlieferung vertragskonformer Ware verlangen können. Die Differenzierung zwischen Stück- und Gattungskäufen wird damit entbehrlich. Maßgebliches Kriterium für die Ersatzlieferung beim Stückkauf sollte die Vertretbarkeit sein. § 438 I 2 KE enthält eine entsprechende Regelung. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.4.)

Die grundsätzliche Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers hat zur Konsequenz, dass Vertragsaufhebung und Minderung lediglich subsidiär geltend gemacht werden können. Im CISG ergibt sich der Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers gegenüber der Vertragsaufhebung aus einer entsprechenden Auslegung der Wesentlichkeit. Eine Vertragsverletzung ist danach nicht wesentlich, wenn der Verkäufer umgehend die Beseitigung der Vertragswidrigkeit durch Nacherfüllung angeboten hat. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.8.3.2.2.) Die Subsidiarität von Vertragsauflösung und Minderung gegenüber der Nacherfüllung ist berechtigt, da beide Rechtsbehelfe als den Vertrag zerstörende bzw. beeinträchtigende Lösungen des Sachmängelproblems den Interessen der Vertragsparteien regelmäßig nicht gerecht werden können. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.5.1.) Die Abwendungsbefugnis wird dabei in Kommissionsentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durch das Erfordernis der Nachfristsetzung realisiert, während nach der Richtlinie 99/44/EG eine angemessene Frist von selbst zu laufen beginnt. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit sind konkrete vom Käufer zu setzende Fristen vorzugswürdig. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.3.7.1.3.)

Eine über die prinzipielle Nacherfüllungsmöglichkeit hinausgehende Einschränkung der Vertragsaufhebung auf wesentliche Vertragsverletzungen wie nach Art. 49 I lit. a CISG ist nur

für den Bereich der internationalen Kaufgeschäfte zu befürworten. Die beim internationalen Warenverkehr mit einem Rücktransport verbundenen Kosten und Risiken sollen dem Verkäufer nicht zugemutet werden. Bei nationalen Käufen werden die Interessen des Verkäufers jedoch ausreichend geschützt, indem unerhebliche Vertragswidrigkeiten von der Vertragsaufhebung ausgenommen werden. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.3.7.1.2. UND 4.5.2.)

Einigkeit besteht in allen Regelungen darüber, dass ein Verschulden des Verkäufers für die Aufhebung des Vertrages keine Bedeutung hat. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.3.7.1.1.)

Die Minderung als spezifisch gewährleistungsrechtlicher Rechtsbehelf ist anders als die Vertragsaufhebung auch im Falle unerheblicher Mängel möglich. Der Minderungsbetrag wird auf eine proportionale Berechnungsweise ermittelt. Damit wird dem Sinn der Minderung, die subjektive Äquivalenz der gegenseitigen Leistungen zu erhalten, am besten Rechnung getragen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.4.7.)

Die modernen Kaufrechte verzichten auf gewährleistungsrechtliche Sondernormen für den Schadensersatz. Der Ersatzanspruch ergibt sich vielmehr aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Im Kommissionentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz setzt die zentrale Norm für den Schadensersatz eine objektiv verstandene Pflichtverletzung voraus, § 280 I KE/BGB. (KAPITEL 5, ABSCHNITT 5.7.1.1.) Während Kommissionentwurf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dem Käufer einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch gewähren, geht das CISG von einer Garantiehftung aus. (KAPITEL 5, ABSCHNITT 5.7.2.)

Für den Schadensersatzanspruch wegen vertragswidriger Lieferung ist eine vom Verschulden des Verkäufers unabhängige Haftung zu befürworten. Der Verkäufer erweckt mit Eingehung der Verpflichtung zur Lieferung von Kaufsachen der vereinbarten Beschaffenheit beim Käufer die berechnete Erwartung, er werde für das Fehlen der betreffenden Eigenschaften auch einstehen. Es erscheint zudem nicht angemessen, dem Käufer als vertragstreuer Partei einseitig die Tragung des gesamten Schadens aufzubürden, wenn den Verkäufer an der Mangelhaftigkeit kein Verschulden trifft. Das Verschulden ist als Instrument für die Begrenzung der Schadensersatzverpflichtung des Verkäufers nicht geeignet. Eine Begrenzung der Haftung entsprechend der vertraglich ausgehandelten Risikoverteilung kann mit Hilfe des Kriteriums der Vorausssehbarkeit erreicht werden. (KAPITEL 5, ABSCHNITTE 5.7.3. UND 5.7.4.)

6.2. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die Neuregelung des Sachmängeltatbestands ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gut gelungen. § 434 I 1 BGB liegt der subjektive Fehlerbegriff zugrunde. Sprachlich kommt dieses subjektive Verständnis von der Gewährleistungshaftung in dem von der Richtlinie verwendeten Begriff der Vertragsmäßigkeit zwar besser zum Ausdruck, inhaltlich sind mit dem Sachmängelbegriff des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes jedoch keine Unterschiede verbunden. Die dem bisherigen Recht zugrundeliegende Zweiteilung des Sachmängeltatbestands in Fehler und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr enthalten. (KAPITEL 2, ABSCHNITTE 2.1.5.1. UND 2.1.6.1.)

Die Regelung der von der Richtlinie vorgegebenen gesetzlichen Beschaffenheitsstandards für den Fall, dass eine vertragliche Vereinbarung nicht existiert, überzeugt ebenfalls. Insbesondere ist zu befürworten, dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das Kriterium der Beschreibung aus Art. 2 II lit. a RL 99/44/EG nicht im Sinne einer Haftung für nicht Vertragsinhalt gewordene Angaben zur Kaufsache interpretiert, sondern es konsequent § 434 I BGB unterstellt. Die in § 434 I 2 Nr. 1 und 2 BGB enthaltenen Tatbestände der Tauglichkeit der Kaufsache für die gewöhnlichen Gebrauchszwecke sowie für besondere Zwecke des Käufers stellen keine Neuerung gegenüber der bisher geltenden Rechtslage dar. Im Hinblick auf die Haftung für öffentliche Werbeaussagen wurde Art. 2 II lit. d RL 99/44/EG wortlautgetreu in § 434 I 3 BGB umgesetzt. Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird die Haftung des Verkäufers für Werbung über die Vorgaben der Richtlinie hinaus auf sämtliche Kaufverträge erweitert. So konnten ein gespaltener Sachmängelbegriff für Verbraucher und sonstige Käufer sowie Probleme beim Regress zwischen dem Letztverkäufer und seinen Vertragspartnern vermieden werden. (KAPITEL 2, ABSCHNITTE 2.1.5.2., 2.1.5.3. UND 2.1.6.3.)

Schließlich unterstellt § 434 II BGB entsprechend Art. 2 V RL 99/44/EG die unsachgemäße Montage und die fehlerhafte Montageanleitung dem Kaufgewährleistungsrecht. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.1.5.4). § 434 II 2 BGB enthält jedoch insoweit eine richtlinienrechtlich unbedenkliche, weil zugunsten des Verbrauchers wirkende Abweichung, als bereits die Lieferung einer Sache mit mangelhafter Montageanleitung einen Mangel an der Kaufsache selbst darstellt, ohne dass der Käufer diese fehlerhaft montiert haben muss.

Die in § 434 III BGB vorgenommene Gleichstellung der Falsch- und Minderlieferung zu den Sachmängeln ist von der Richtlinie zwar nicht ausdrücklich erfasst, sie ergibt sich aber schon aus dem subjektiven Fehlerbegriff. (KAPITEL 2, ABSCHNITTE 2.2.1.5., 2.2.2.5. UND 2.2.3.1.)

§ 476 BGB setzt die in Art. 5 III RL 99/44/EG vorgegebene Beweislastumkehr zu Lasten des Verkäufers innerhalb von sechs Monaten ab Lieferung um. Da der Beweis, dass ein Mangel bereits bei Lieferung bestand hat, gerade für Verbraucher bei ihrer Rechtsausübung häufig eine

unüberwindbare Schwierigkeit darstellt, wurde § 476 BGB als Sondervorschrift des Verbrauchsgüterkaufs ausgestaltet. (KAPITEL 2, ABSCHNITT 2.4.5.)

Der in § 441 I BGB vorgesehene Haftungsausschluss bei Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Sachmängel widerspricht den Richtlinienvorgaben. Zugunsten des Käufers ist die Vorschrift daher so auszulegen, dass die Haftung außer bei positiver Kenntnis lediglich bei offensichtlichen Vertragswidrigkeiten ausgeschlossen sein soll. (KAPITEL 3, ABSCHNITTE 3.1.6.1. UND 3.1.6.2.)

Nicht zu befürworten, ist auch der Verzicht auf die Einführung einer Rügeobliegenheit. Die von Art. 5 II RL 99/44/EG als Option für die Mitgliedsstaaten vorgesehene Obliegenheit zur Mängelanzeige binnen zwei Monaten ab Kenntniserlangung wäre dem Verbraucher zuzumuten gewesen. Auch hätte mit ihr die zu Lasten des Verkäufers gehende Verlängerung der Gewährleistungsfrist gemäß § 438 I Nr. 3 BGB auf nunmehr zwei Jahre gemildert werden können. (KAPITEL 3, ABSCHNITTE 3.2.3.2. UND 3.2.3.3.)

Die in Art. 3 I RL 99/44/EG enthaltenen Rechtsbehelfe des Käufers im Falle der Vertragswidrigkeit, Nacherfüllung, Vertragsauflösung und Minderung, werden ebenso wie der Schadensersatzanspruch durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht als spezifisches Gewährleistungsrecht behandelt. Es erfolgt über § 437 BGB vielmehr eine Eingliederung in das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Sonderregeln für Vertragswidrigkeiten enthalten § 439 BGB für den Nacherfüllungsanspruch, § 440 BGB im Hinblick auf die Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Rücktritt und Schadensersatz sowie § 441 BGB, in dem die Minderung weiterhin als besonderer gewährleistungsrechtlicher Rechtsbehelf belassen wird. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.2.6., 4.2.8.6.2., 4.3.6., 4.4.6. UND KAPITEL 5, ABSCHNITT 5.6.1.)

Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben steht nach § 439 I BGB das Wahlrecht zwischen den Nacherfüllungsvarianten Ersatzlieferung und Nachbesserung dem Käufer zu.

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Stück- und Gattungskäufen stellt es einen bedauerlichen Rückschritt dar, dass § 438 I 2 KE, der den Nachlieferungsanspruch ausdrücklich bei vertretbaren Sachen für zulässig erklärte, nicht in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz übernommen wurde. Da die Richtlinie den Ersatzlieferungsanspruch ebenfalls nicht auf den Stückkauf beschränkt, wird aber auch das reformierte Recht in der Weise ausgelegt werden müssen, dass dem Käufer bei Stückkäufen ein Ersatzlieferungsanspruch auf Sachen der vereinbarten Qualität zusteht. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.4.)

Das von der Richtlinie vorgezeichnete Stufenverhältnis zwischen der Nacherfüllung und den traditionellen Mängelrechten wird über ein Fristsetzungserfordernis realisiert, §§ 437 Nr. 2, 323 I 1 BGB sowie § 441 I 1 BGB und §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB. Dieses steht nicht im Widerspruch zur Richtlinie, nach welcher eine Aufforderung seitens des Käufers ausreichend gewesen wäre. Denn auch nach der Richtlinie muss der Käufer sein Nacherfüllungsbegehren beim Verkäufer anmelden und sich dabei zwischen den Nacherfüllungsvarianten entscheiden. Zudem führt die Setzung einer zu kurzen Frist nicht zu einem Rechtsverlust beim Käufer. (KAPITEL 4,

ABSCHNITTE 4.2.6. UND 4.2.8.6. SOWIE 4.3.6.) Der Verkäufer erhält durch die Voraussetzung der Nachfrist zugleich eine Möglichkeit, die Rechtsbehelfe des Käufers durch Mängelbeseitigung abzuwenden. Er hat damit ein Recht auf Nacherfüllung. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.8.6.)

Die Wandelung des bisherigen Rechts wird im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durch das im allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelte Institut des Rücktritts ersetzt, §§ 437 Nr. 2, 323 BGB. Der Rücktritt ist -wie bisher- verschuldensunabhängig. Entsprechend Art. 3 VI RL 99/44/EG ist der Rücktritt gemäß § 323 V BGB. bei unerheblichen Vertragswidrigkeiten ausgeschlossen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.3.6.) Die Minderung ist im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz als besonderer Gewährleistungsrechtsbehelf ausgestaltet und kann auch bei geringfügigen Mängel geltend gemacht werden, § 414 BGB. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.4.6.)

Zum Schadensersatz enthielt die Richtlinie keine Vorgaben. Im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes orientierte man sich hier am Grundkonzept des Kommissionsentwurfs. Eine besondere gewährleistungsrechtliche Schadensersatzvorschrift ist nicht mehr enthalten. Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach den allgemeinen Regeln, insbesondere §§ 280 ff. BGB. Grundnorm ist dabei § 280 I BGB. Schadensersatz statt der Leistung kann der Käufer bei behebbaren Mängeln jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des erfolglosen Ablaufs einer Nachfrist verlangen, §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB. Bei unbehebaren Mängeln ist eine Fristsetzung hingegen entbehrlich, §§ 283, 311 a II BGB. Der Schadensersatzanspruch des Käufers wird nunmehr allgemein unter der Voraussetzung des Vertretenmüssens gewährt. Übernimmt der Verkäufer für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften eine Garantie, bleibt eine verschuldensunabhängige Haftung gemäß § 276 I 1, 2. HS BGB aber weiter möglich. (KAPITEL 5, ABSCHNITT 5.6.)

6.3. Die Rechtsbehelfe der *Principles* bei mangelhafter Lieferung

Die Rechtsbehelfe für Leistungsstörungen sind in den PECL und PICC weitgehend übereinstimmend geregelt. PECL und PICC gehen von einer umfassenden Haftungskonzeption aus, deren Grundtatbestand der Nichterfüllung (*non-performance*) auch die mangelhafte Leistung erfasst. Damit können die allgemeinen Rechtsbehelfe auf die Lieferung vertragswidriger Waren Anwendung finden. Das von den PECL und den PICC entwickelte Haftungskonzept ist mit dem des CISG und den deutschen Reformwerken vergleichbar. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.1.4. UND 4.1.7.)

Nach Art. 9:102 PECL, Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2. PICC hat der Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung. Die *Principles* stimmen darin mit Art. 46 II, III CISG, Art. 3 I RL 99/44/EG sowie §§ 438 I KE, 439 I BGB überein. Anders als im CISG ist in den *Principles* der Ersatzlieferungsanspruch nicht auf wesentliche Fälle beschränkt. Der Ausnahmetatbestand der unangemessenen Anstrengungen und Kosten für den Verkäufer gemäß Art. 9:102 (2) lit. b

PECL und Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. b PICC kann die sich im internationalen Warenverkehr ergebenden Risiken für den Verkäufer angemessen ausgleichen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.2.3.) Abzulehnen ist hingegen die in Art. 7.2.3, S. 2 i.V.m. Art. 7.2.2 lit. c PICC, Art. 4.102 (2) lit. d PECL vorgenommene Versagung des Nacherfüllungsanspruchs, wenn der Käufer ein Deckungsgeschäft abschließen kann. Dies kommt einer erleichterten Vertragsaufhebung zu Lasten des Verkäufers gleich und widerspricht dem Prinzip des Vorrangs der Vertragserfüllung. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.7.2.4.)

Die Anerkennung einer Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers in Art. 7.1.4 PICC steht im Einklang mit den Regelungen der modernen Kaufrechte. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.2.8.4.1. UND 4.2.8.7.2.) Die enge Begrenzung des Nacherfüllungsrechts in Art. 8:104 PECL ist ebenso wie die völlige Versagung im bisherigen deutschen Recht abzulehnen, da der Verkäufer ein berechtigtes Interesse an einer solchen Abwendungsbefugnis hat und sie der Erreichung des Vertragszwecks dienlich ist. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.2.8.7.1. UND 4.5.1.) Das Verhältnis der Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers zur Vertragsaufhebung ist in Art. 7.1.4 (2) PICC besser als im CISG herausgearbeitet und im Sinne eines Vorrangs des Nacherfüllungsrechts geklärt. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.3.7.1.3.) Soweit die PICC Ausnahmen zum Nacherfüllungsrecht statuieren, gleichen diese im Wesentlichen denen der modernen Gewährleistungsregelungen. Es handelt sich dabei um die Unmöglichkeit und die Verzögerung der Nacherfüllung sowie deren Unzumutbarkeit für den Nacherfüllungsgläubiger. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.2.8.7.3.)

Im Hinblick auf die Vertragsaufhebung halten PICC und PECL in Anlehnung an das CISG am Konzept der Wesentlichkeit fest. Für die PICC erklärt sich dies ebenso wie für das CISG aus den besonderen Transport- und Kostenrisiken im internationalen Waren- und Handelsverkehr. (KAPITEL 4, ABSCHNITTE 4.3.7.1.2. UND 4.5.2.) Im nationalen Geschäftsverkehr und bei Geschäften im Europäischen Binnenmarkt sind diese Gefahren geringer. Die Vertragsparteien werden daher vor den bezüglich des Kaufgeschäfts ungünstigen Wirkungen der Rückgängigmachung des Vertrages dadurch ausreichend geschützt, dass die Nacherfüllung primär, Vertragsaufhebung lediglich subsidiär verlangt werden kann. Da die europäischen PECL eine Nacherfüllungsberechtigung des Verkäufers jedoch nur eingeschränkt zulassen und damit dem Käufer regelmäßig die Möglichkeit einer sofortigen Vertragsaufhebung einräumen, war das Wesentlichkeitserfordernis zum Schutz des Verkäufers hier erforderlich. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.5.2) Im Vergleich zum CISG ist bei beiden Regelwerken aber die Milderung des strengen Wesentlichkeitserfordernisses durch eine Flexibilisierung seiner Definition und eine Erweiterung der maßgeblichen Kriterien zu erkennen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.3.7.2.)

Der in Art. 9:401 PECL enthaltene Rechtsbehelf der Minderung befindet sich zwar in Übereinstimmung mit den kaufrechtlichen Regelungen. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4.4.7.1.) Eine eigenständige Bedeutung kann der Minderung neben einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch jedoch nur zukommen, wenn statt auf den Zeitpunkt des

Leistungsangebots auf den des Vertragsschlusses abgestellt würde. Der Verzicht der PICC auf die Minderung erweist sich deshalb als nicht so schwerwiegend. (KAPITEL 4, ABSCHNITT 4 4.7.4.)

Auch die PECL und die PICC gehen beim Schadensersatz von einer strengen Garantiehaftung aus. Dabei übernehmen sie weitgehend das Konzept des CISG. Bemerkenswert ist dabei, dass die PECL die Verkäuferhaftung durch eine Ergänzung der Voraussehbarkeitsregel weiter verschärfen. Hat der Verkäufer vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt, kann er sich nicht auf die fehlende Voraussehbarkeit berufen. Gezielte Vertragsbrüche werden so mit einer Haftungserweiterung hinsichtlich des Schadensumfangs sanktioniert (KAPITEL 5, ABSCHNITTE 5.4. UND 5.7.1.2.)

Ich versichere, dass ich die Dissertation selbständig verfasst, nur die angegebenen Quellen benutzt und wörtlich oder sinngemäß den Schriften anderer Autoren entnommene Stellen kenntlich gemacht habe.

Daniela Dylakiewicz

Halle, den 27. Januar 2003