

**Die Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG,  
der Principles und des DCFR im Vergleich**

**Dissertation**

**Zur Erlangung der Doktorwürde an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg**

vorgelegt von  
Dominic-Alexander Peter Vogg  
aus Augsburg

Hamburg, Wintersemester 2010/2011

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Mankowski

Zweitgutachter: Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit

Tag der mündlichen Prüfung: 29.06.2011

Meiner Mutter, Dr. rer. med. Ingrid Vogg geb. Petersen,  
und meiner Großmutter Ursula Petersen geb. Bansmer

## *Vorwort*

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Vergleich der Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, des DCFR und der Principles. Dies ist ein weitgefächertes Thema. Es wurden teilweise sechs Rechtsordnungen verglichen, weil nur so ein stimmiger Überblick gegeben werden konnte. Das deutsche Recht ist dabei die Basis, auf der die Arbeit aufbaut. Da jedoch die CISG sowohl bei der Reform des deutschen Leistungsstörungenrechts als auch der Principles und dem DCFR als Vorlage diente, ist ein Streichen dieser Rechtsordnung nicht möglich gewesen, um die Entstehung der unterschiedlichen Rechtsnormen zu erklären, und zwar nicht nur dort, wo die Regelungen der CISG übernommen werden, sondern gerade dort, wo sie nicht übernommen wurden. Ansonsten müsste in den Erklärungen die CISG immer genannt werden, um die Regelungen der anderen Rechtsordnungen zu begreifen. Damit aber wäre de facto die CISG inzident mit eingeführt worden. Deswegen geschah dies auch von Anfang an und dann auch gleich auf gleicher Höhe mit den anderen Rechtsordnungen. Weiterhin konnten die neueren und neuesten Regelungen der Principles und des DCFR ebenfalls nicht außen vor gelassen werden, da diese Fortentwicklungen auf internationaler, wenngleich nicht staatlicher, Ebene darstellen. Da sie jedoch auf einander aufbauen bzw. teilweise von den selben Autoren erstellt wurden, wäre ein Vergleich unter ihnen allein aufgrund der vielen Übereinstimmungen nicht viel weiterführender, da sich die Regelungen zum Teil wortwörtlich gleichen. Im Übrigen wäre zum deutschen Recht und zur CISG (fast) alles gesagt, so dass eine weitere Dissertation überflüssig gewesen wäre. Ebenso konnte auch das deutsche Recht nicht vernachlässigt werden. Weil es zum einen ebenso eine Quelle für die anderen Rechtsordnungen darstellt, zum anderen jedoch auch gerade von ihnen abweicht. Somit konnte die Arbeit nur alle sechs hier vorgestellten Rechtsordnungen erfassen. Nur so konnten die Rechtsordnungen miteinander verglichen und Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie die Gründe hierfür herausgearbeitet werden.

Der Vergleich des Leistungsstörungenrechts im Ganzen erfolgte aus Gründen der Systematik. Denn in allen diesen Rechtsordnungen gibt es Rechte, die vor anderen Rechten gewählt werden müssen. Diese müssen also dargestellt werden, wenn man sich auf die anderen Rechte, auf denen sie basieren, konzentrierte. Also beispielsweise Nachbesserung und Rücktritt im deutschen Recht. Wählte man den Rücktritt, so müsste auch die Nachbesserung erläutert werden. Wählte man die Nachbesserung, so müssten im folgenden Rücktritt und Schadensersatz erläutert oder zumindest angesprochen werden. Also war das ganze System zu vergleichen, um einen Überblick über das System zu bekommen. Denn nur so ist es möglich, Sachgesamtheiten zu erkennen, die beim Vergleich der einzelnen Leistungsstörungen bzw. ihrer Rechtsfolgen nicht zu erkennen gewesen wären. Und dies ist genau der Wert dieser Arbeit.

Der Preis hierfür ist, dass ein Gleichgewicht zwischen Allgemeinem und Besonderem gefunden werden musste. Es konnte nicht jedes Detail genauestens beschrieben werden. Obwohl es versucht wurde, so detailliert wie möglich zu arbeiten, mussten hier Abstriche genommen werden. Denn nur so war es möglich, das System und die hiermit verbundenen Gemeinsamkeiten und Unterschiede darzustellen.

Die Gliederung in einzelne Rechtsordnungen, wie es normalerweise bei ähnlichen Arbeiten der Fall ist, hätte hier zur Folge gehabt, dass der Eindruck entsteht, ein Lehrbuch über diese Rechtsordnung zu lesen und damit zu langweilen. Also musste ein alternativer Weg begangen werden, und zwar nach den einzelnen Sachfragen zu gliedern. Aufgrund dessen, dass verschiedene Sachfragen nicht bzw. nicht selbständig in den anderen Rechtsordnungen zu finden sind, wie beispielsweise die Unmöglichkeit, wurde eine Gliederung auf Basis des deutschen Rechts gewählt, wohlwissend, dass es entsprechende Vorschriften in den anderen Rechtsord-

nungen gar nicht oder nur im Verbund mit anderen Vorschriften oder durch Auslegung geben mag. Jedoch war dies die für den Leser bessere Lösung dieses Dilemmas.

Somit ist dieses Werk ein umfassender Vergleich der Leistungsstörungenrechte aller sechs behandelten Rechtsordnungen, und das nicht nur für ein spezielles Gebiet innerhalb des Leistungsstörungenrechts. Es gibt in den zusammenfassenden Vergleichen die Quintessenz dessen wider, was zu vergleichen war. Hierin liegt auch der Kern der Arbeit. Hier werden die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede herausgearbeitet. Möge dies dem Leser Nutzen bringen! Die hier vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Hamburg im März 2011 (Wintersemester 2010/2011) als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand vom 01.08.2010. Weitere Rechtsprechung und Literatur konnten leider nicht berücksichtigt werden.

Die Dissertation wurde von meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. *Peter Mankowski* betreut. Ihm danke ich für die Freiheit der Bearbeitung meines Themas und sein schnelles Erstgutachten. Ebenso bedanke ich mich bei meinem guten Freund Dr. med. *Volker Hallwaß* für seine freundschaftlichen Dispute, die diese Arbeit angeregt und manches Stocken überwunden hat.

Grönwohld, den 08.07.2011

Dominic Vogg

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Einleitung .....</b>	<b>2</b>
<b>Kapitel 1: Einleitung .....</b>	<b>2</b>
§ 1 Einleitung zum deutschen BGB.....	2
§ 2 Einleitung zum UN- Kaufrecht .....	3
§ 3 Überblick über das Leistungsstörungenrecht der CISG.....	4
§ 4 Einleitung zu den Principles und dem DCFR .....	4
I.    Entstehungsgeschichte der Principles und des DCFR.....	4
II.   Rechtsnatur .....	6
1.    Allgemeines .....	6
2.    Principles, DCFR und CISG bzw. nationales Recht .....	8
<b>Teil 2: Tatbestandsvoraussetzungen .....</b>	<b>10</b>
<b>Kapitel 2: Pflichtverletzung und wesentliche Vertragsverletzung .....</b>	<b>10</b>
§ 5 Die Pflichtverletzung des § 280 I BGB.....	10
I.    Pflichtverletzung als Mittelpunkt des Leistungsstörungenrechts.....	10
1.    Historischer Überblick .....	10
2.    Kritik .....	11
3.    Resümee .....	13
II.   Schutzpflichtverletzung.....	13
§ 6 Exkurs: Die teleologische Kombination .....	14
I.    Einleitung .....	14
II.   Analogie als Alternative?.....	14
III.  Teleologische Extension als Alternative? .....	15
IV.  Schlussfolgerung .....	15
§ 7 Wesentliche Vertragsverletzung i.S.d. Art. 25 CISG.....	16
I.    Vertragsverletzung .....	16
II.   Wesentlichkeit der Vertragsverletzung.....	16
1.    Bewertungskriterien der Vertragserwartung .....	17
2.    Voraussehbarkeit.....	17
III.  Fallgruppen .....	18
1.    Endgültige Nichtleistung.....	19
2.    Verzug.....	19
3.    Qualitätsmängel .....	20
IV.  Beweisfragen.....	21
§ 8 Nichterfüllung in den Principles und im DCFR .....	21
I.    Einleitung .....	21
II.   Rechtslage nach den PECL.....	22
III.  Rechtslage nach den PICC .....	22
IV.  Vergleich mit den AP und dem DCFR .....	22
§ 9 Wesentliche Nichterfüllung in den Principles und im DCFR .....	23
I.    Wesentliche Nichterfüllung in den PECL.....	23
II.   Wesentliche Nichterfüllung in den PICC .....	24
III.  Wesentliche Nichterfüllung im DCFR und den AP.....	27
§ 10 Vergleich der Pflichtverletzung.....	27
I.    Pflichtverletzung .....	28
II.   Wesentliche Vertragsverletzung bzw. Nichterfüllung.....	28
1.    Wesentliche Vertragsverletzung in den anderen Rechtsordnungen.....	29
2.    Wesentliche Vertragsverletzung im deutschen Recht?.....	30
<b>Kapitel 3: Unmöglichkeit .....</b>	<b>32</b>
§ 11 Die Unmöglichkeit im deutschen Recht.....	32
I.    Einleitung .....	32

II.	Voraussetzungen.....	33
1.	Unmöglichkeit der Leistung.....	33
a)	Bestimmung der Leistung.....	33
aa)	Konkretisierung einer Holschuld.....	34
bb)	Konkretisierung einer Bringschuld.....	34
cc)	Konkretisierung einer Schickschuld.....	34
dd)	Untergang der Gattungsschuld.....	35
b)	Tatsächliche Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB.....	35
aa)	Objektive Unmöglichkeit, § 275 I 2. Alt. BGB.....	35
bb)	Subjektive Unmöglichkeit, § 275 I 1. Alt. BGB.....	36
cc)	Vorübergehende Unmöglichkeit.....	37
dd)	Teilweise Unmöglichkeit.....	38
c)	Faktische Unmöglichkeit gem. § 275 II, III BGB.....	38
d)	Qualitative Unmöglichkeit.....	40
2.	Rechtsfolge.....	41
a)	Anfängliche Unmöglichkeit, § 311a BGB.....	41
b)	Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit.....	41
aa)	Ältere Rechtsprechung.....	42
bb)	Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB.....	43
cc)	Differenztheorie.....	43
dd)	Surrogationstheorie.....	43
ee)	Stellungnahme.....	44
§ 12	Unmöglichkeit in der CISG.....	44
I.	Objektive Unmöglichkeit.....	44
II.	Subjektive Unmöglichkeit.....	45
III.	Anfängliche Unmöglichkeit.....	46
IV.	Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit.....	46
1.	Sachschaden als Schaden.....	46
a)	Keine Aufhebung.....	46
b)	Aufhebung erklärt.....	47
2.	Kaufpreis als Schaden.....	47
3.	Lösung.....	47
4.	Folgen für die Unmöglichkeit im deutschen Recht?.....	48
V.	Ergebnis.....	49
§ 13	Unmöglichkeit in den Principles und im DCFR.....	49
I.	Unmöglichkeit in den PECL.....	49
1.	Hinderungsgründe.....	49
a)	Hindernis außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners.....	49
b)	Hindernis war vernünftigerweise nicht vorhersehbar.....	50
c)	Hindernis war unüberwindlich.....	50
2.	Rechtsfolgen.....	50
II.	Unmöglichkeit in den PICC.....	52
III.	Unmöglichkeit in den AP und dem DCFR.....	53
§ 14	Vergleich der Unmöglichkeit.....	53
<b>Kapitel 4: Verzug</b>	<b>.....</b>	<b>55</b>
§ 15	Verzug.....	55
I.	Einleitung.....	55
II.	Voraussetzungen.....	56
1.	Schuldnerverzug, §§ 286 ff. BGB.....	56
a)	Fälliger und durchsetzbarer Anspruch im Zeitpunkt der Mahnung.....	56
aa)	Fälligkeit des Anspruchs.....	56
bb)	Durchsetzbarkeit.....	56
cc)	Mahnung.....	57
b)	Beweislast.....	59
c)	Rechtsfolge.....	59
2.	Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB.....	60
a)	Erfüllbarkeit des Anspruchs.....	60

b)	Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners .....	60
c)	Leistungsbereitschaft des Schuldners.....	61
d)	Nichtannahme des Gläubigers.....	61
e)	Keine vorübergehende Annahmeverhinderung .....	62
f)	Rechtsfolge .....	62
g)	Beweislast .....	63
§ 16	Verzug in der CISG .....	63
I.	Lieferverszug.....	63
1.	Verstreichen des Erfüllungstermins .....	64
2.	Nachfristsetzung.....	64
3.	Recht zur zweiten Andienung.....	64
a)	Vorrang der erklärten Aufhebung .....	65
b)	Problem der Behebbarkeit .....	65
II.	Zahlungsverzug.....	66
III.	Verzugszinsen.....	67
IV.	Annahmeverzug .....	67
§ 17	Verzug in den Principles und im DCFR .....	68
I.	Verzug in den PECL.....	68
II.	Verzug in den PICC .....	69
III.	Verzug in den AP und dem DCFR.....	71
1.	Verzug in den AP.....	71
2.	Verzug im DCFR .....	71
§ 18	Vergleich der Verzugsregeln .....	71
I.	Deutsches Recht.....	71
II.	CISG .....	72
III.	Principles und DCFR .....	73
<b>Kapitel 5: Störung der Geschäftsgrundlage .....</b>	<b>74</b>	
§ 19	Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.....	74
I.	Einleitung .....	74
II.	Voraussetzungen.....	75
1.	Bestimmung der Geschäftsgrundlage .....	75
2.	Reales Element .....	77
3.	Hypothetisches Element.....	77
4.	Normatives Element.....	77
5.	Rechtsfolge .....	78
§ 20	Störung der Geschäftsgrundlage in der CISG.....	79
I.	Vergleichender Überblick.....	79
1.	Gemeines Recht.....	79
2.	Deutsches Recht .....	79
3.	Französisches Recht.....	80
4.	Angloamerikanischer Rechtskreis.....	80
a)	Englisches Recht .....	80
b)	Recht der US-Bundesstaaten .....	82
c)	Zusammenfassung .....	83
II.	Die Lösung der CISG .....	83
1.	Vertragsauflösung .....	83
2.	Vertragsanpassung .....	85
III.	Fazit .....	86
§ 21	Störung der Geschäftsgrundlage in den Principles und im DCFR .....	86
I.	Störung der Geschäftsgrundlage in den PECL .....	86
1.	Allgemeines .....	86
2.	Voraussetzungen .....	87
3.	Rechtsfolgen.....	88
II.	Störung der Geschäftsgrundlage in den PICC.....	90
1.	Allgemeines .....	90
2.	Definition .....	90
3.	Rechtsfolgen .....	92

III. Störung der Geschäftsgrundlage in den AP und dem DCFR .....	93
§ 22 Vergleich der Störung der Geschäftsgrundlage .....	94
<b>Kapitel 6: Mängelhaftung und Schlechtleistung .....</b>	<b>95</b>
§ 23 Schlechtleistung und Mängelgewährleistung .....	95
I. Einleitung .....	95
II. Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit .....	95
1. Sachmangel, § 434 BGB .....	95
a) Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I BGB .....	95
b) Montagefehler .....	97
c) Falsch- und Zuweniglieferte .....	98
aa) Teleologische Reduktion des § 437 III BGB .....	98
bb) Aliud als Nichterfüllung .....	99
cc) Kondiktionsanspruch gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB .....	99
dd) Einheitliches Grundmodell .....	101
ee) Treuwidrigkeit .....	103
ff) Fazit .....	103
d) Maßgeblicher Zeitpunkt .....	103
2. Rechtsmangel .....	103
3. Kein Ausschluss .....	103
III. Rechtsfolge .....	104
§ 24 Mangelbegriff in der CISG .....	104
I. Sachmangel i.S.d. Art. 35 CISG .....	104
1. Vertragliche Festsetzung .....	104
2. Objektive Vertragsmäßigkeit, Art. 35 II CISG .....	106
a) Gewöhnlicher Gebrauchszweck, lit. a) .....	106
b) Tauglichkeit für besondere Zwecke .....	107
c) Musterübereinstimmung .....	107
d) Übliche oder angemessene Verpackung .....	107
e) Haftungsausschluss .....	108
f) Maßgeblicher Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit, Art. 36 CISG .....	108
g) Rechtsmängel, Artt. 41, 42 CISG .....	108
§ 25 Schlechtleistung und Sachmängelgewährleistung im Vergleich .....	109
I. Deutsches Recht .....	109
1. Sachmangel .....	109
2. Rechtsmängel .....	110
II. CISG .....	110
1. Sachmangel .....	110
2. Rechtsmangel .....	111
III. DCFR und Principles .....	112
<b>Teil 3: Rechtsfolgen .....</b>	<b>114</b>
<b>Kapitel 7: Nacherfüllung .....</b>	<b>114</b>
§ 26 Nacherfüllung im deutschen Recht .....	114
I. Einleitung .....	114
II. Nacherfüllungsanspruch .....	114
1. Wahlrecht des Käufers .....	114
2. Modalitäten der Nacherfüllung .....	117
a) Fälligkeit .....	117
b) Erfüllungsort .....	117
c) Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs .....	118
aa) Nacherfüllungsanspruch und Veränderungen an der Kaufsache .....	118
bb) Selbstvornahme des Käufers .....	118
cc) Nachlieferung beim Stückkauf .....	119
dd) Durchführung der Nacherfüllung .....	121
ee) Kostentragung und Nutzungsersatz .....	122
(1) Wertsteigerung .....	122
(2) Nutzungsersatz .....	123



ff) Verweigerungsrecht des Verkäufers.....	127
(1) Relative Unverhältnismäßigkeit.....	127
(2) Absolute Unverhältnismäßigkeit.....	130
(3) Zeitpunkt.....	131
(4) Ergebnis.....	131
d) Beweislast.....	132
e) Verjährung.....	132
§ 27 Nachbesserung in der CISG.....	133
§ 28 Nachbesserung in den Principles und im DCFR.....	134
I. Nachbesserung in den PECL.....	134
II. Nachbesserung in den PICC.....	134
III. Nachbesserung in den AP und den PICC.....	135
§ 29 Vergleich der Nacherfüllungsregelungen.....	135
<b>Kapitel 8: Schadensersatz.....</b>	<b>136</b>
§ 30 Schadensersatz neben der Leistung.....	136
I. Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 I BGB.....	136
1. Folgeschäden.....	136
a) Folgeschäden als Schadensersatz statt der Leistung.....	136
b) Folgeschäden als Teil des einfachen Schadensersatzes.....	136
c) Dynamischer Schadensbegriff.....	136
d) Folgeschäden als Verzögerungsschaden.....	137
e) Stellungnahme.....	137
2. Zwei Schadensarten durch zwei Pflichtverletzungen?.....	138
3. Entgangener Gewinn.....	139
4. Beweislast.....	140
II. Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB.....	140
§ 31 Schadensersatz statt der Leistung.....	142
I. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB.....	142
1. Einleitung.....	142
2. Fristsetzung.....	142
a) Rechtsnatur und Form der Fristsetzung.....	143
b) Inhalt.....	143
c) Angemessene Frist.....	144
d) Fruchtlosigkeit der Fristsetzung.....	144
e) Eigene Vertragstreue des Gläubigers.....	145
f) Entbehrlichkeit.....	146
aa) Erfüllungsverweigerung.....	146
bb) Besondere Umstände.....	147
3. Von § 281 BGB erfasste Leistungsstörungen.....	147
a) Verzögerte Leistungserbringung.....	147
b) Nicht wie geschuldet erbrachte Leistung.....	148
4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	148
IV. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB.....	149
V. Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a BGB.....	149
VI. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB.....	150
§ 32 Aufwendungsersatz im deutschen Recht.....	151
§ 33 Vertretenmüssen.....	152
I. Einleitung.....	152
II. Rechtswidrigkeit.....	152
III. Schuldformen.....	153
1. Vorsatz.....	153
2. Fahrlässigkeit.....	154
3. Haftungsausschluss.....	156
4. Haftungserweiterung.....	157
IV. Vertretenmüssen ohne Verschulden.....	157
§ 34 Schadensersatz in der CISG, Art. 45 I lit. b) i.V.m. Artt. 74 ff.....	158
I. Umfang des Schadensersatzes.....	158

1.	Anwendungsbereich.....	158
2.	Umfang des Ersatzanspruchs.....	159
a)	Nichterfüllungsschäden .....	160
b)	Begleitschäden.....	160
c)	Folgeschäden .....	161
3.	Kausalität .....	161
4.	Begrenzung durch die Voraussehbarkeit.....	161
a)	Nichterfüllungsschaden .....	162
b)	Mangelfolgeschäden.....	163
aa)	Kursverlust als Schaden .....	164
bb)	Reputationsschäden.....	164
cc)	Rechtsverfolgungskosten.....	165
dd)	Frustrierte Aufwendungen .....	166
II.	Schadensberechnung bei Deckungsgeschäft gem. Art. 75 CISG .....	166
III.	Schadensberechnung ohne Deckungsgeschäft gem. Art. 76 CISG .....	166
IV.	Zeitpunkt der Schadensbemessung .....	167
V.	Beweislast .....	167
§ 35	Befreiung nach Art. 79 CISG.....	167
I.	Voraussetzungen.....	167
1.	Anwendungsbereich.....	168
2.	Befreiungsgründe .....	168
II.	Haftung für Dritte.....	170
III.	Dauer der Entlastung .....	170
IV.	Benachrichtigungspflicht.....	170
V.	Rechtsfolge.....	170
§ 36	Schadensersatz in den Principles und im DCFR .....	171
I.	Schadensersatz in den PECL .....	171
1.	Schaden durch Nichterfüllung.....	171
2.	Entschuldigung .....	171
3.	Rechtsfolgen der Schadensersatzpflicht.....	172
a)	Maßstab.....	172
b)	Ausschluss der Schadensersatzpflicht .....	172
c)	Schadensersatz und Rücktritt .....	173
d)	Schadensersatz und Zahlungsverzug .....	173
e)	Vertragsstrafe .....	174
II.	Schadensersatz in den PICC.....	175
1.	Grundlegendes .....	175
2.	Ausschluss der Schadensersatzpflicht .....	175
a)	Voraussehbarkeit, Art. 7.4.4 PICC.....	175
b)	Entschuldigung.....	176
3.	Rechtsfolge .....	176
a)	Berechnung des Schadensersatzes.....	176
b)	Schadensersatz und Aufhebung .....	177
c)	Einschränkung durch Mitverschulden .....	178
d)	Zinsen.....	178
e)	Vertragsstrafen .....	179
III.	Schadensersatz in den AP und dem DCFR.....	179
1.	AP .....	179
2.	DCFR .....	181
§ 37	Vergleich des Schadensersatzes .....	183
I.	Deutsches Recht.....	183
1.	Schadensersatz neben der Leistung .....	183
2.	Schadensersatz statt der Leistung.....	183
II.	CISG .....	183
1.	Voraussehbarkeit.....	184
2.	Verschulden.....	185
a)	Rechtsethik .....	186
b)	Ökonomische Überlegungen .....	187

c) Mischsysteme .....	189
III. Principles und DCFR .....	191
1. PECL .....	191
2. PICC.....	192
3. AP .....	192
4. DCFR .....	192
IV. Aufwendungsersatz.....	193
<b>Kapitel 9: Anspruch auf das Surrogat.....</b>	<b>194</b>
§ 39 Anspruch auf das Surrogat gem. § 285 BGB .....	194
§ 40 Fordern des stellvertretenden <i>commodum</i> in der CISG .....	194
§ 41 Vergleich der Surrogatherausgabe .....	195
<b>Kapitel 10: Rücktritt .....</b>	<b>196</b>
§ 42 Rücktritt gem. § 323 BGB.....	196
I. Fristsetzung .....	196
II. Rücktrittserklärung.....	197
III. Rechtsfolgen.....	197
1. Rückgewährschuldverhältnis.....	197
2. Wertersatz oder Herausgabe der Bereicherung.....	198
3. Nutzungs- und Aufwendungsersatz.....	199
4. Schadensersatz gem. §§ 346 IV, 280 ff. BGB .....	201
IV. Ausschluss des Rücktritts .....	202
1. Unerheblichkeit der Vertragsverletzung .....	202
2. Ausschluss gem. § 323 VI BGB.....	202
V. Beweislast .....	203
§ 43 Unsicherheitseinrede, § 321 BGB .....	204
§ 44 Vertragsaufhebung im CISG.....	204
I. Wesentliche Vertragsverletzung, Art. 49 I lit. a) i.V.m. Art. 25 CISG .....	205
II. Nichterfüllung der Lieferpflicht innerhalb der Nachfrist, Art 49 I lit. b) CISG .....	205
1. Nachbesserung und Nachlieferung i.S.d. Art. 46 III CISG.....	205
a) Mangelhafte Ware.....	205
aa) Beschränkung auf Sachmängel? .....	205
bb) Mangel i.S.d. Artt. 35, 41, 42 CISG .....	206
b) Rechtzeitige Rüge gem. Art. 39 CISG .....	206
aa) Untersuchungsobliegenheit, Art. 38 CISG .....	206
bb) Rügeobliegenheit gem. Art. 39 CISG .....	207
cc) Rügeobliegenheit der Rechtsmängel, Art. 43 CISG.....	209
dd) Entschuldigung der unterlassenen Rüge, Art. 44 CISG.....	210
2. Nachfrist .....	212
3. Rangverhältnis zu anderen Rechtsbehelfen .....	212
4. Aufhebung wegen antizipiertem Vertragsbruch, Art. 72 CISG .....	212
5. Erklärung der Vertragsaufhebung .....	213
6. Rechtsfolge .....	213
§ 45 Aussetzung der Erfüllung, Art. 71 CISG .....	216
I. Voraussetzungen.....	216
1. Wesentliche Vertragsverletzung .....	216
2. Wahrscheinlichkeit .....	217
II. Rechtsfolgen.....	217
1. Unterschiedliche Situationen .....	217
2. Unberechtigte Erfüllungsverweigerung.....	218
3. Anhalterecht.....	218
4. Informationspflicht.....	218
5. Stellung von Sicherheiten .....	219
6. Ausschluss nationalen Rechts.....	219
§ 46 Die Vertragsaufhebung in den Principles und dem DCFR.....	219
I. Die Vertragsaufhebung in den PECL.....	220
1. Wesentliche Vertragsverletzung .....	220

2.	Erfolgslos Ablaufen der Nachfrist .....	220
3.	Ausschluss der Vertragsaufhebung .....	223
4.	Antizipierte Nichterfüllung .....	223
5.	Rechtsfolgen .....	224
a)	Grundnorm Art. 9:305 PECL.....	224
aa)	„Deutscher“ Lösungsansatz .....	225
bb)	„Angelsächsischer“ Lösungsansatz.....	225
cc)	Ergebnis.....	226
b)	Wertminderung von Gegenständen gem. Art. 9:306 PECL.....	226
c)	Rückgabe von Geld gem. Art. 9:307 PECL.....	227
d)	Sukzessivlieferungsverträge .....	228
e)	Rückforderung von Gegenständen, Art. 9:308 PECL .....	228
f)	Wertersatz gem. Art. 9:309 PECL.....	229
g)	Erstattung sonstiger Aufwendungen .....	229
II.	Die Vertragsaufhebung in den PICC .....	230
1.	Wesentliche Nichterfüllung.....	230
2.	Fruchtloses Verstreichen der Nachfrist .....	230
3.	Nacherfüllungsmöglichkeit des Schuldners.....	233
4.	Vorweggenommener Vertragsbruch.....	234
5.	Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung.....	234
III.	Die Vertragsaufhebung in den AP und im DCFR.....	236
1.	Acquis Grundsätze .....	236
a)	Voraussetzungen .....	236
b)	Vorweggenommener Vertragsbruch .....	238
c)	Rechtsfolgen .....	239
2.	DCFR .....	240
a)	Voraussetzungen .....	240
b)	Antizipierte Nichterfüllung .....	241
c)	Ausschluss.....	241
d)	Rechtsfolgen .....	242
§ 47	Vergleich des Rücktritts .....	244
I.	Deutsches Recht.....	244
1.	Rückgewährschuldverhältnis.....	244
2.	Herausgabe oder Wertersatz .....	244
3.	Nutzungs- und Aufwendungsersatz.....	245
4.	Schadenersatz.....	245
5.	Ausschluss des Rücktritts.....	245
II.	CISG .....	245
1.	Voraussetzung .....	246
2.	Erklärung .....	246
3.	Rechtsfolge .....	246
III.	Principles und DCFR .....	248
1.	PECL .....	248
a)	Erklärung der Vertragsaufhebung und Frist .....	248
b)	Rechtsfolgen .....	248
c)	Fazit.....	249
2.	PICC.....	249
3.	AP .....	250
4.	DCFR .....	250
§ 48	Vergleich der antizipierten Vertragsverletzung.....	251
I.	Deutsches Recht.....	251
1.	CISG .....	252
2.	Principles und DCFR.....	253
a)	PECL .....	253
b)	PICC.....	254
c)	AP und DCFR .....	254
aa)	AP.....	254
bb)	DCFR .....	254

<b>Kapitel 11: Minderung</b> .....	<b>256</b>
§ 49 Minderung im deutschen Recht .....	256
§ 50 Minderung in der CISG.....	258
I. Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware .....	258
II. Vorrang der Nacherfüllung.....	258
III. Berechnung der Formel.....	259
IV. Rechtsfolge.....	259
§ 51 Minderung in den Principles und im DCFR .....	259
I. Minderung in den PECL.....	259
II. Minderung in den PICC.....	260
III. Minderung in den AP und dem DCFR.....	261
§ 52 Vergleich der Minderung .....	261
<b>Kapitel 12: Haftungsausschluss</b> .....	<b>262</b>
§ 53 Haftungsausschluss im deutschen Recht.....	262
I. Haftungsausschluss gem. § 444 BGB.....	262
II. Haftungsausschluss gem. § 309 BGB.....	262
III. Haftungsausschluss durch Mitverschulden gem. § 254 BGB .....	263
IV. Haftungsausschluss bei Verletzung der Rügeobliegenheit, § 377 HGB.....	264
V. Verjährung.....	267
§ 54 Befreiungen in der CISG.....	267
I. Befreiung nach Art. 80 CISG .....	268
II. Obliegenheit der Schadensminderung, Art. 77 CISG.....	268
§ 55 Vergleich des Haftungsausschlusses.....	270
I. Vertraglicher Haftungsausschluss .....	270
1. Individualvertraglicher Ausschluss .....	270
2. Ausschluss in AGBs .....	270
II. Mitverschulden .....	271
1. Deutsches Recht .....	271
2. CISG.....	272
3. Principles und DCFR.....	272
III. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit.....	273
1. Deutsches Recht .....	273
2. CISG.....	274
3. Principles und DCFR.....	275
IV. Verjährung.....	275
<b>Kapitel 13: Heilung</b> .....	<b>277</b>
§ 56 Vergleich der Heilung.....	277
I. Deutsches Recht.....	277
II. CISG .....	277
III. Principles und DCFR .....	277
1. PECL.....	277
2. PICC.....	277
3. DCFR und AP .....	278
<b>Teil 4: Ausblick</b> .....	<b>279</b>
<b>Kapitel 14: Ausblick</b> .....	<b>279</b>
§ 57 Diskussion und Ausblick.....	279
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>282</b>

## Einführung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Vergleich des Leistungsstörungenrechts des deutschen Rechts, des UN-Kaufrechts und der Principles of European Contract Law (PECL), der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), der Acquis Principles (AP) und dem Draft Common Frame of References (DCFR). Hierbei werden die AP aufgrund ihrer Lückenhaftigkeit nur kurz dargestellt. Der DCFR teilt im Endeffekt dieses Schicksal, aber aus anderen Gründen. Da dieser nämlich auf den PECL beruht, diese sogar teils wortwörtlich oder nur leicht im Satzbau oder zur Klarstellung verändert übernommen hat, wären weitere Ausführungen Wiederholungen. Insofern wird nur dort auf den DCFR vertieft eingegangen, wo er mit den PECL keine Überschneidungen hat oder es anderweitig angebracht erscheint.

Der Inhalt dieser Arbeit umfasst den Zeitpunkt, wo der Vertrag geschlossen wurde, die Erfüllung aber nicht eingetreten ist bzw. nicht richtig erfüllt wurde oder die Erfüllung in Gefahr ist. Nicht erfasst werden somit die *culpa in contrahendo*, die dem Vertragsschluss vorausgeht und die Erfüllung. Diese ist zwar in allen Rechtsordnungen der Hauptrechtsbehelf, stellt jedoch auch den Leistungsgegenstand dar, der nicht Teil dieser Arbeit ist. Ebenso ist die Anfechtung des Vertrages nicht Bestandteil, da diese keine Leistungsstörung darstellt.

Nach der Einleitung folgen die Darstellungen der Tatbestandsvoraussetzungen im Leistungsstörungenrecht und anschließend die Rechtsfolgen. Ein Ausblick beendet diese Arbeit.

In den jeweiligen Kapiteln werden erst die Regelungen zu den einzelnen Rechtsordnungen dargelegt und sodann verglichen. Dieser Vergleich soll zeigen, wie weit die einzelnen Rechtsordnungen von einander (noch) getrennt sind oder sich gleichen. Es soll dargestellt werden, wo also die Gemeinsamkeiten als auch die Unterschiede liegen und wie weit diese Unterschiede reichen. Denn manche Unterschiede entpuppen sich bei näherer Betrachtung als Gemeinsamkeit oder wenigstens Ähnlichkeit. Es soll ferner dargestellt werden, inwieweit diese Rechtsordnungen ihren Aufgaben nachkommen oder sie aufgrund von Unzulänglichkeiten zu kritisieren sind. Oder sie sich gar ergänzen. In diesem Fall muss aber das Problem der Konnexität der Rechtsordnungen gelöst werden, wie also eine gänzlich andere Rechtsordnung in einer anderen, die vielleicht ein ganz anderes System hat, Beachtung finden kann. Auch das findet hier eine Lösung.

Ebenso werden die wichtigsten Probleme der jeweiligen Rechtsordnungen dargestellt. Damit sollen auch die Auslegungen verglichen werden, um u.U. zu einem Gleichlauf der Rechtsordnungen zu führen, wenn es möglich und angebracht erscheint.

Die historischen Entwicklungen der jeweiligen Normen werden kurz behandelt, soweit es nötig erschien. Eine zu große Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit hier sprengen. Insofern wird für die Vertiefung auf die Werke in den Fußnoten verwiesen.

Auch Probleme der Randbereiche, wie etwa Rechtsmethodik und ökonomische Analyse des Rechts, werden ebenfalls nur im gebotenen Rahmen dargestellt.

# Teil 1: Einleitung

## Kapitel 1: Einleitung

### § 1 Einleitung zum deutschen BGB

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch<sup>1</sup> trat am 1. Januar 1900 in Kraft. Das hierbei eingeführte Mängelgewährleistungsrecht basierte auf dem aedilitischen Gewährleistungsrecht und war traditionsgemäß von den weiteren Rechtsbehelfen separiert<sup>2</sup>. Diese Struktur wurde im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der damit einhergehenden Neubekanntmachung des BGB<sup>3</sup> grundlegend verändert. Nunmehr hat der Gesetzgeber versucht, die verschiedenen Typen von Leistungsstörungen in gemeinsamen Vorschriften zu ordnen<sup>4</sup>.

Mittelpunkt der Leistungsstörungen ist nunmehr die Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB<sup>5</sup>. Dabei sollen die Rechte des Gläubigers auf einem einheitlichen Grundtatbestand aufbauen, so dass ein lückenloses, geschlossenes Leistungsstörungenrecht gewährleistet wird<sup>6</sup>. Damit können auch außerhalb des BGB geregelte Schuldverhältnisse auf § 280 BGB zurückgreifen<sup>7</sup>. Gleichfalls wurden besondere Regelungen für Störungen der Leistung in qualitativer Hinsicht, sog. Konformitätsstörungen, größtenteils beseitigt, aber nicht vollständig<sup>8</sup>. Diese Konformitätsstörungen sind somit zwar weiterhin beispielsweise dem kauf- oder werkrechtlichen Sonderregime (§§ 434 ff., 633 ff. BGB) untergeordnet, verweisen allerdings in ihren Rechtsfolgen auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht und führen somit zu einer gewissen Vereinheitlichung<sup>9</sup>.

Gleichzeitig wurde daher auch das Gewährleistungsrecht transformiert von einem eigenständigen Rechtsgebiet zu einem besonderen Leistungsstörungenrecht<sup>10</sup>. Somit bestimmen die Sonderrechtsregime allein besondere Regelungen für ihre Gewährleistungsrechte, verweisen aber im Übrigen auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Insofern wird auch das Sachmängelrecht in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert, was dem Grundkonzept des neuen Schuldrechts entspricht<sup>11</sup>. Diese zentrale Bedeutung des § 280 I BGB wird zusätzlich dadurch verdeutlicht, dass durch die Verweisungen in § 280 II, III BGB Schadensersatz bei Verzögerung bzw. statt der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen gewährt wird<sup>12</sup>.

Folglich steht auch beim besonderen Leistungsstörungenrecht die Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB im Mittelpunkt. Gegenstand der Pflichtverletzung kann die Verletzung sowohl einer Haupt- als auch einer Nebenpflicht, wie beispielsweise Aufklärungs-, Anzeige- oder Obhutspflichten, sein.

---

<sup>1</sup> *RGBl. 1896 S. 195 ff.*

<sup>2</sup> *Soergel<sup>12</sup>-Huber Vor § 459 Rn. 7 m.w.N.*

<sup>3</sup> *BGBI. 2001 I S. 42 ff.*

<sup>4</sup> *Brox AS § 22 Rn. 6.*

<sup>5</sup> *BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp.; Staudinger- Otto § 280 Rn. C 1.*

<sup>6</sup> *DHLR- Dauner-Lieb § 2 Rn. 12.*

<sup>7</sup> *Staudinger- Otto § 280 Rn. B 3.*

<sup>8</sup> *MK- Ernst Vor § 275 Rn. 17.*

<sup>9</sup> *MK- Ernst Vor § 275 Rn. 17.*

<sup>10</sup> *Palandt- Grüneberg Vorb v § 275 Rn. 13.*

<sup>11</sup> *MK- Westermann § 434 Rn. 1.*

<sup>12</sup> *Staudinger- Otto § 280 Rn. A 3.*

## § 2 Einleitung zum UN- Kaufrecht

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), ist aufgrund eines Beschlusses der UN Generalversammlung vom 16.12.1978 von einer diplomatischen Konferenz in Wien vom 10.03. bis 11.04.1980 erarbeitet worden. Das Inkrafttreten der CISG fand am 01.01.1988 statt, nachdem die nach Art. 99 CISG erforderliche zehnte Ratifikationsurkunde am 11.12.1986 hinterlegt wurde. Die westdeutsche Ratifikationsurkunde wurde am 21.12.1989 hinterlegt, so dass das Abkommen für Deutschland am 01.01.1991 in Kraft trat. Für die neuen Bundesländer geschah das bereits am 01.03.1990. Ob aber das Abkommen für die neuen Bundesländer am 03.10.1990 bis zum 01.01.1991 außer und dann wieder in Geltung kam oder nicht, kann hier offengelassen werden<sup>13</sup>, zumal dieses Problem in der Praxis keine Rolle spielte und allenfalls nur noch für das Völkerrecht interessant ist.

Dabei hat die CISG weitaus ältere Wurzeln. 1928 schlug bereits Ernst Rabel, Leiter des Berliner Kaiser-Wilhelm-Instituts für internationales Privatrecht, dem Präsidenten des römischen Instituts für Privatrechtsvereinheitlichung (Unidroit) Vittorio Scialoja vor, eine Vereinheitlichung des Kaufrechts in das Arbeitsprogramm des Kaiser-Wilhelm-Instituts aufzunehmen<sup>14</sup>. Daraufhin wurde am Kaiser-Wilhelm-Institut binnen kurzer Zeit der sog. „*Blaue Brief*“<sup>15</sup> erarbeitet. Dieser diente als Grundlage für die rechtsvergleichenden Richtlinien zur Ausarbeitung des Entwurfs von 1935<sup>16</sup>, der 1936 in erweiterter Form veröffentlicht wurde<sup>17</sup>. Der Kriegsausbruch 1939 stoppte alle weiteren Entwicklungen, so dass das Kaufrechtskomitee erst wieder 1950 zu Beratungen zusammentreffen und der zweite Band vom *Recht des Warenkaufs* erst 1958 erscheinen konnte<sup>18</sup>. Die Entwürfe der Kommission und Unidroit, der zwischenzeitlich vom Institut selbst erarbeitet worden war, wurden interessierten Regierungen übermittelt. Der Teil des materiellen Kaufrechts wurde 1963 nochmals überarbeitet<sup>19</sup>.

Somit kam es 1964 zu der Haager Konferenz, auf der das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) beschlossen wurde. An dieser Konferenz waren keine Entwicklungsstaaten beteiligt, und auch der Ostblock war nur mit Jugoslawien und Ungarn vertreten<sup>20</sup>. Diese Staatengruppen versagten dem EKG aus politischen Gründen die Gefolgschaft. Deshalb trat das Gesetz auch nur in 9 Staaten, Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Gambia, Großbritannien, Israel, Italien, Luxemburg, Niederlande und San Marino in Kraft und war somit auch nichts weiter als ein „Pilotprojekt“<sup>21</sup>, das allerdings in Anbetracht der Rechtsprechung und der relativ wenigen Änderungen am CISG als ein durchaus gelungenes angesehen werden kann.

Infolgedessen übernahm UNCITRAL, die 1966 als Unterausschuss der UN geschaffene Kommission für Handelsrecht, 1968 einen weiteren Versuch der Kaufrechtsvereinheitlichung<sup>22</sup>. 1969 wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die auf Basis des EKG zu einem neuen Abkommen kommen sollte. Die hieraus entstandenen Entwürfe wurden schlussendlich in der Wiener Konferenz 1980 erörtert und beschlossen.

---

<sup>13</sup> Siehe Meinungsstand in v. Caemmerer/ Schlechtriem- Herber vor Artt. 1-6 Rn. 17.

<sup>14</sup> Staudinger- Magnus Einl zum CISG Rn. 20.

<sup>15</sup> Veröffentlicht in: Rabel Gesammelte Aufsätze III S. 381 ff.

<sup>16</sup> Rabel *RabelsZ* 9 [1935] 1 ff.

<sup>17</sup> Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, 1936

<sup>18</sup> Staudinger- Magnus Einl zum CISG Rn. 21.

<sup>19</sup> v. Caemmerer *RabelsZ* 29 [1965]; 101, 101 ff.

<sup>20</sup> Staudinger- Magnus Einl zum CISG Rn. 22.

<sup>21</sup> Staudinger- Magnus Einl zum CISG Rn. 23.

<sup>22</sup> Staudinger- Magnus Einl zum CISG Rn. 24.



### **§ 3 Überblick über das Leistungsstörungenrecht der CISG**

Basierend auf dem EKG stellt die CISG in Kapitel 2 in den Artt. 30 bis 44 CISG die Pflichten des Verkäufers den Rechtsbehelfen des Käufers vor, die in Artt. 45 bis 52 CISG behandelt werden. Spiegelbildlich gilt dasselbe bei den Pflichten des Käufers nach Artt. 53 bis 60 CISG und den Rechtsbehelfen des Käufers aus Artt. 61 bis 65 CISG. Ergänzt wird dieses System jeweils von den Artt. 25 bis 29, 71 bis 73 und 85 bis 88 CISG.

Dabei ist zu beachten, dass, wie beim EKG, auch die CISG von dem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung als Grundtatbestand der Verkäuferhaftung ausgeht<sup>23</sup>. Eine Unterteilung der verschiedenen Arten der Vertragsverletzungen- also in Nichterfüllung, Verzug, Schlechterfüllung- und ihrer Gründe (verschuldet/ unverschuldet) wie im deutschen Recht vor der Schuldrechtsreform, spielt beim CISG keine besondere Rolle<sup>24</sup>. Sie existieren zwar noch als Fallgruppen, haben aber keine zentrale Bedeutung mehr. Vielmehr machen bestimmte Rechtsbehelfe bei bestimmten Fallgruppen keinen Sinn. So ist Minderung bei der Nichtlieferung der ganzen Leistung wegen Unmöglichkeit sinnlos<sup>25</sup>. Im Gegensatz dazu legt die CISG Wert auf die Schwere des Pflichtenverstößes, und das hat primäre Bedeutung für die Sanktionen, und nicht die Art der Pflichtverletzung.

### **§ 4 Einleitung zu den Principles und dem DCFR**

Sowohl die PECL als auch die PICC sind Normsammlungen, die in keiner Weise von Staaten erlassen wurden, sondern auf privater Initiative herausgearbeitet und veröffentlicht worden sind. Das Gleiche muss auch von den Acquis-Principles (AP) und dem Draft Common Frame of References (DCFR) gesagt werden, obwohl alle vier Kommissionen staatliche Förderung direkt oder indirekt bekamen.

#### **I. Entstehungsgeschichte der Principles und des DCFR**

Die PICC wurden von dem Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT)<sup>26</sup> entwickelt. UNIDROIT wurde auf Initiative von Rabel und Scialoja 1926 in Rom als Sonderorganisation des Völkerbundes gegründet<sup>27</sup>. Aufgrund des Austritts Italiens aus dem Völkerbund 1937 und wegen des Zweiten Weltkrieges wurde 1940 UNIDROIT in eine eigene zwischenstaatliche Organisation umgewandelt und fortgeführt<sup>28</sup>. Gegenwärtig gehören ihr 63 Staaten an<sup>29</sup>. UNIDROIT hatte schon maßgeblich das Haager Kaufrecht beeinflusst und somit mittelbar auch das CISG<sup>30</sup>. Obschon es sich abzeichnete, dass das CISG ein Erfolg werden würde, sah UNIDROIT die Defizite, die immer deutlicher zu Tage traten<sup>31</sup>. Diese Defizite, vor allen Dingen fehlende Elastizität und damit einhergehend fehlende schnelle Anpassungsmöglichkeiten an die tatsächlichen Bedürfnisse des internationalen Warenver-

---

<sup>23</sup> S/S- Müller-Chen Art. 45 Rn. 2; MK- Huber Art. 45 Rn. 4; Staudinger- Magnus Vorbem zu Art. 45 ff. Rn. 3; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 45 Rn. 2.

<sup>24</sup> Staudinger- Magnus Vorbem zu Art. 45 ff. Rn. 3.

<sup>25</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Vorbem zu Art. 45 ff. Rn. 3.

<sup>26</sup> <http://www.unidroit.org>

<sup>27</sup> Kropholler ER S. 57; Petz S. 39; Teichert S. 38.

<sup>28</sup> Kropholler ER S. 57; Petz S. 40; Teichert S. 38.

<sup>29</sup> Stand 01.07.2010, <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>.

<sup>30</sup> Siehe § 2.

<sup>31</sup> UNIDROIT, UNCITRAL Yearbook I 1968/70, 285, 286; Bonell *RabelsZ* 56 [1992], 274, 276; Mertens *RabelsZ* 56 [1992], 219, 220; Petz S. 41, 42; Teichert S. 38.

kehr<sup>32</sup>, führten schon zu Beginn der 1970er Jahre zu dem Versuch einer umfassenden Kodifikation der grundlegenden Prinzipien des internationalen Handelsrechts<sup>33</sup>. Jedoch begann das Projekt inhaltlich erst 1980 unter Leitung von Michael Joachim Bonell<sup>34</sup> Fahrt aufzunehmen, als der Text des CISG angenommen wurde<sup>35</sup>. Eine aus 16 Mitgliedern bestehende Arbeitsgruppe nahm ihre Tätigkeit auf. Deren Mitglieder waren Privatpersonen, die die verschiedenen Rechtsordnungen und politischen Systeme repräsentieren und nicht von Regierungen eingesetzt wurden<sup>36</sup>. Bis 1994 stellten sie den ersten Entwurf der PICC fertig, die 2004 eine erste Überarbeitung erfuhren. Hierbei waren durch Beobachter auch andere internationale Organisationen und Schiedsgerichte beteiligt<sup>37</sup>.

Ebenso Mitte der 1970er Jahre reifte bei Ole Lando und Winfried Hauschild die Idee, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts zu entwerfen<sup>38</sup>. Mit Hilfe der EG wurde die private Kommission für Europäisches Vertragsrecht<sup>39</sup> in Leben gerufen, die von 1980 bis 2003 die drei Teile der PECL entwarf. Hierbei wurde auf das europäische Privatrecht abgestellt, so dass im Gegensatz der PICC die PECL nicht nur im Handelsrecht Anwendung finden sollen. Teilweise waren die Bearbeiter der PECL auch an den PICC beteiligt, wie z.B. Bonell<sup>40</sup>. Genauso wie die PICC nicht von einer staatlich eingerichteten Stelle erarbeitet wurden, sind auch die PECL keine staatlichen Normen.

Als die Lando-Kommission ihre Arbeit aufnahm, hatte die EG bis dahin keinerlei Gesetzgebung hinsichtlich des Vertragsrechts betrieben. Das änderte sich aber in den 1990er Jahren, so dass die PECL, welche ausschließlich aus nationalem Recht entwickelt wurden, diese nicht beinhalteten<sup>41</sup>. Dieses Defizit wurde durch eine weitere Gruppe von internationalen Juristen beseitigt. Die Acquis-Gruppe<sup>42</sup> entwarf ab 2002 bis 2007 die AP als Grundregeln des Vertragsrechts basierend auf dem Gemeinschaftsrecht und können leicht mit den anderen, auf nationalen Rechtsordnungen basierenden Grundregeln verglichen werden<sup>43</sup>.

Mittlerweile hatte auch die EG selber 2003 einen Aktionsplan für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht<sup>44</sup> aufgestellt. In diesem wurde die Absicht bekundet, das Vertragsrecht sowohl mit gesetzlichen Mitteln als auch mit außergesetzlichen Maßnahmen weiter zu vereinheitlichen. Als eine solche Maßnahme sollte ein gemeinsamer Referenzrahmen entwickelt werden, der selber aber nicht von sich aus Gesetzeskraft erlangen sollte<sup>45</sup>. Er ist dafür gedacht, der Kommission und anderen interessierten Regierungen als Vorlage für Gesetzgebungen zu dienen, wenn er den Erwartungen und Bedürfnissen des Wirtschaftsverkehrs entspricht<sup>46</sup>. Auch soll er bei der grenzüberschreitenden Vertragsgestaltung beachtet werden<sup>47</sup>. Deswegen wurde beschlossen, einen solchen Referenzrahmen erarbeiten zu lassen<sup>48</sup>. Ob darüber hinaus dieser Referenzrahmen zu einem eigenen EG-Vertragsgesetzbuch weiterentwickelt wird, ist momentan nicht absehbar<sup>49</sup>. Jedoch ist durch den Widerstand in den Mitgliedstaaten und auch sowohl

---

<sup>32</sup> Teichert Fn. 221; vgl. Kropholler ER § 71 S. 95; Mankowski Rechtswahl S. 63, 89.

<sup>33</sup> UNIDROIT, UNCITRAL Yearbook I 1968/70, 285, 285 ff.

<sup>34</sup> Bonell S. 29; Lando Commercial Code S. 451, 452.

<sup>35</sup> Petz S. 43.

<sup>36</sup> Magnus RabelsZ 59 [1995], 469, 491; Teichert S. 39.

<sup>37</sup> Bonell ULR 2004, 5, 5, 6.

<sup>38</sup> GREV- Lando S. XV.

<sup>39</sup> [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law)

<sup>40</sup> <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/wg03/bonell.htm>.

<sup>41</sup> Schulze DCFR S. 7.

<sup>42</sup> <http://www.acquis-group.org>.

<sup>43</sup> Schulze DCFR S. 7.

<sup>44</sup> KOM(2003) 68, S. 1 ff.

<sup>45</sup> Aktionsplan Rn. 51 ff.

<sup>46</sup> Aktionsplan Rn. 59.

<sup>47</sup> Schulte-Nölke NJW 2009, 2161, 2165.

<sup>48</sup> Aktionsplan Rn. 63.

<sup>49</sup> Beale, *Juridica International X* [2005], 4, 6, 7.

in Kommission und Rat ein derartiges Vorgehen derzeit nicht geplant<sup>50</sup>. Das gilt aber nicht für ein fakultatives EU-Vertragsrecht<sup>51</sup>.

Infolge dieser Entwicklung wurde von der Acquis-Gruppe unter Hans Schulte-Nölke und der Study Group on a European Civil Code<sup>52</sup> unter der Leitung von Christian von Bar von 2005 bis 2007 der DCFR entwickelt<sup>53</sup>, der somit kein Principle ist. Er hat eine andere Legitimation, nämlich direkt von der EU-Kommission in Auftrag gegeben, und dient auch nicht primär der Lösung von praktischen Problemen, sondern der Weiterentwicklung des Rechts.

Bei der Erstellung des DCFR revidierte die Study Group die PECL, während sich die Acquis Gruppe die europarechtlichen Passagen einfügte<sup>54</sup>. Dabei entstanden auch die AP. Die PECL wurden beim DCFR nur als Hilfsmittel benutzt, nicht jedoch als bindende Vorlage<sup>55</sup>. Somit kann man den DCFR als Weiterentwicklung der PECL sehen<sup>56</sup>. Weitere Grundlagen waren auch die verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wie auch internationale Übereinkommen, insbesondere die CISG, obgleich die PECL und PICC diesbezüglich einen Löwenanteil dieser Arbeit schon geleistet haben<sup>57</sup>.

Ebenso sind diese Principles einzig und allein das Werk von Rechtswissenschaftlern ohne politische Legitimation, bis sie tatsächlich als solche angenommen werden, was aber nicht abzusehen ist<sup>58</sup>. Welche Rechtsnatur sie irgendwann haben werden steht jetzt noch nicht fest<sup>59</sup>. Allerdings dürfte der DCFR bereits die Stellung einnehmen können, die die PECL und PICC jetzt schon haben<sup>60</sup>.

Wie bereits im Vorwort beschrieben, würde das den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn die AP und der DCFR detailliert dargestellt werden. Nichtsdestotrotz werden sie vergleichend herangezogen, um die weiteren Entwicklungen darzustellen oder detailliertere Schlüsse über die PECL und PICC zu geben.

## II. Rechtsnatur

### 1. Allgemeines

Die Klassifikation dieser Principles und des DCFR bietet in der Tat große Schwierigkeiten<sup>61</sup>. Und damit auch die Frage nach ihrer Geltungskraft. Denn während Schiedsrichter auch zu Billigkeitsentscheidungen ermächtigt sind, trifft das gerade nicht für staatliche Richter zu, die nur objektiv geltendes Recht anwenden dürfen<sup>62</sup>. Das bedeutet, dass die Principles von sich aus vor staatlichen Gerichten nur dann ihre Kraft entfalten, wenn sie als objektiv geltendes Recht angesehen werden können.

Diese Principles und der DCFR sind keine allgemeinen Rechtsgrundsätze, die einer Rechtsordnung innewohnen und deren allgemeine, abstrakte Gedanken zum Ausdruck bringen, und als solche ebenso zum Recht gezählt werden müssen wie staatlich gesetztes Recht<sup>63</sup>, sondern

---

<sup>50</sup> Schulte-Nölke NJW 2009, 2161, 2161.

<sup>51</sup> Schulte-Nölke ZGS 2009, 337, 337.

<sup>52</sup> <http://www.sgecc.net>.

<sup>53</sup> Schulze DCFR S. 5.

<sup>54</sup> Schulze DCFR S. 5, 6.

<sup>55</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 681.

<sup>56</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 680.

<sup>57</sup> Magnus ZEuP 2007, 260, 261, 262.

<sup>58</sup> DCFR S. 5.

<sup>59</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 682.

<sup>60</sup> Vgl. Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 682.

<sup>61</sup> Teichert S. 44.

<sup>62</sup> Von Bar/Mankowski § 2 Rn. 86; Dreier NJW 1986, 890, 894; Herber IHR 2003, 1, 8;

<sup>63</sup> BVerfGE 34, 269, 287.

allgemeine Grundsätze, die im Wege der Rechtsvergleichung nationalen Rechts ermittelt wurden<sup>64</sup>. Diese spiegeln die gemeinsamen Werte der untersuchten nationalen Rechtsordnungen wider und damit auch positives Recht. Sie müssen gleichwohl von einem Großteil der Rechtsordnungen als verbindlich anerkannt sein, wenngleich geringe Abweichungen unschädlich sind<sup>65</sup>. Ebenso brauchen auch nicht alle Rechtsordnungen einen speziellen Rechtsgrundsatz anerkennen. Allerdings wird die Meinung vertreten, dass man über diesen gemeinsamen „*common core*“ hinausgehen und die im Rechtsvergleich am besten befundenen Rechtsgrundsätze ebenso als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkennen muss<sup>66</sup>. Allerdings kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Diesen Rechtsgrundsätzen fehlt es eben an dem Merkmal der Allgemeingültigkeit<sup>67</sup>. Ansonsten würden neu aufgestellte Rechtsgrundsätze plötzlich positives Recht, und zwar nur deshalb, weil ihr Verfasser sie nach Gutdünken auswählte<sup>68</sup>. Sie wären somit nicht mehr vorhersehbar. Eine einzige Rechtsquelle würde genügen, die Regelung bereits als allgemein gültig zu qualifizieren. Ein allgemeiner Konsens wäre somit nicht mehr vorhanden.

Damit können (allenfalls) nur dann die Principles positives Recht darstellen, wenn sie tatsächlich allgemeine Rechtsgrundsätze sind. Das wird teilweise vertreten<sup>69</sup>. Somit werden sie, zumindest was die PICC und den DCFR angeht, aber einem US-amerikanischen *Restatement* nahegestellt<sup>70</sup>. Doch sind diese *Restatements* des US-amerikanischen Rechts nicht weiter als eine Art von Lehrbuch, da sie für einen bestimmten Rechtsbereich das Präjudizienrecht ermitteln, konsolidieren und fixieren<sup>71</sup>. Folglich hat es rein deskriptive Aufgaben, aber nicht den der Rechtsfortbildung<sup>72</sup>. Sie sind unverbindlich und ihre Qualität hängt allein von der ihrer Bearbeiter ab<sup>73</sup>. Allerdings sind diese Principles und der DCFR schon deswegen keine allgemeinen Rechtsgrundsätze, da sie keine Kompilation der Grundsätze der Rechtsordnungen sind, weil die Verfasser nicht immer die am weitesten vertretene Lösung dargestellt haben, sondern die, die sie als für die beste hielten oder gar neue entwickelten<sup>74</sup>. Sie gehen damit über eine reine Deskription der Rechtsordnungen hinaus und geben an, welche Rechtsgestaltung nach ihrer Meinung am besten vorzunehmen ist. Sie verlassen bewusst die Basis der nationalen Rechtsordnungen. Das bedeutet schlussendlich, dass sie keine allgemeinen Rechtsgrundsätze darstellen und auch kein positives Recht. Sie sind einzig und allein „*soft law*“<sup>75</sup>. Eine eigenständige Normengattung *sui generis*<sup>76</sup>. Sie haben von sich aus keinerlei Bindungsfähigkeit. Sie können nicht als eigenständiges Recht gewählt, sondern nur als vertragliche Ergänzung herangezogen werden<sup>77</sup>.

---

<sup>64</sup> Esser S. 36 ff.; Teichert S. 55; Schroeder/ Oppermann ZVglRWiss 99 [2000], 410, 414; Blaurock ZEuP 1993, 247, 260.

<sup>65</sup> Teichert S. 55; Blaurock ZEuP 1993, 247, 260, 261; Basedow ULR 2000, 129, 138; Gaillard J.D.I. 1995, 5, 26; Michaels RabelsZ 62 [1998], 580, 614.

<sup>66</sup> Kropholler ER§ 20 III S. 298, 299; Wichard RabelsZ 60 [1996] 269, 272; Schroeder/ Oppermann ZVglRWiss 99 [2000], 410, 415; Gaillard J.D.I. 1995, 5, 27.

<sup>67</sup> Teichert S. 56; Spickhoff RabelsZ 56 [1992], 116, 123; Bortolotti ULR 2000, 141, 143 ff.

<sup>68</sup> Spickhoff RabelsZ 56 [1992], 116, 123; Blaurock ZEuP 1993, 247, 260, 261; Teichert S. 56 m.w.N.

<sup>69</sup> ICC Award 7110/1995; ICC Award 8264/1997; ICC Award 9474/1999; Wichard RabelsZ 60 [1996] 269, 281; Gaillard J.D.I. 1995, 5, 26; Basedow UNIDROIT S. 1, 23, 24.

<sup>70</sup> Bonell S. 1 ff; Berger JZ 1999, 369, 371; Juenger ULR 2000, 171, 178; Schulte-Nölke NJW 2009, 2161, 2162.

<sup>71</sup> Black's S. 1314, 1315; Petz S. 52; Herber IHR 2003, 1, 6; Schindler ZEuP 1998, 277, 277 ff.

<sup>72</sup> Teichert S. 59; Herber IHR 2003, 1, 6.

<sup>73</sup> Herber IHR 2003, 1, 6; Schindler ZEuP 1998, 277, 282.

<sup>74</sup> Teichert S. 59, 60; Canaris Principles S. 5, 15, 16; Michaels RabelsZ 62 [1998], 580, 606; Bonell RabelsZ 56 [1992], 274, 281; Lando Am.J.Comp.L 40 [1992] 573, 579.

<sup>75</sup> Herber IHR 2003, 1, 1.

<sup>76</sup> Basedow, ULR 2000, 129, 139.

<sup>77</sup> Canaris Principles S. 5, 17, 18; Herber IHR 2003, 1, 8.

## 2. Principles, DCFR und CISG bzw. nationales Recht

Bedeutet dieses Ergebnis jedoch das Aus für diese Principles und den DCFR als Möglichkeit der Lückenfüllung im CISG<sup>78</sup>? Nicht unbedingt. Sie sind zwar keine positiven Rechtsnormen, können aber dennoch zur Auslegung verwendet werden. Allerdings nur begrenzt. Dort, wo tatsächlich die Principles und der DCFR auf nationalem Recht basieren und/oder einem allgemeinen Rechtsgebrauch entsprechen, gibt das CISG über Artt. 7 I, 9 II CISG die Möglichkeit, dass diese als Ausformung von Treu und Glauben oder als internationale Handelsbräuche durchaus zur Anwendung kommen können. Sie sind demzufolge zwar kein positives Recht, können aber konventionsintern über Artt. 7 I, 9 II CISG Wirkung bei der Auslegung entfalten. Allerdings nur insofern, dass es keine besondere Regel der CISG gibt, die dieser Auslegung entgegensteht. Dann ginge diese den Principles und dem DCFR vor. Eine solche Auslegungshilfe durch die Principles und den DCFR besteht auch für den Fall, wo die Prinzipien nicht einbezogen wurden, da es sich einzig und allein um Auslegungshilfen handelt.

Im obigen Fall der Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage wäre die Einbeziehung der Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC aber auch Art. III.-1:110 DCFR möglich. Zum einen ergibt sich das aus der weitverbreiteten Praxis der *force majeure*-Klauseln und damit ein Handelsbrauch, zum anderen aus Treu und Glauben, aus dem in Deutschland die *clausula rebus sic stantibus* wieder eingeführt wurde. Da beides die CISG wesentlich prägt, ist in diesem Fall eine Einbeziehung möglich und das auch ohne Verweis auf die Grundsätze in den Verträgen.

Eine weitere Möglichkeit besteht für den Fall, wo im nationalen Recht eine Lücke durch die Anwendung der Principles und des DCFR geschlossen werden kann. Allerdings nur dann, wenn die *lex lata* ähnliche Fälle kennt und die in Betracht kommende Grundregel nicht nur Ausdruck der Meinung des Verfassers ist, sondern in der Tat auf einer breiten rechtsvergleichenden Grundlage beruht<sup>79</sup>. Dann kann eine Hinzuziehung dieser Regelung den Ausschlag geben. Hierbei kann es aber die Ausnahme geben, dass eine neue Regelung der Principles oder des DCFR gerade in der Praxis weite Verbreitung gefunden hat, so dass hieraus, als eine Art von Brauch, auch eine einer breiten rechtsvergleichenden Grundlage äquivalente Rechtsnorm entstehen kann. Ohne eine Verbindung mit dem nationalen Recht oder der Konvention kann es hingegen keinen Weg geben, die Principles oder den DCFR in die Gesetzesauslegung mit einzubeziehen. Gleichwohl können sie bei der Existenz eines Bindegliedes einbezogen werden. Auch in der CISG. Denn die Beschränkung der Heranziehung von Auslegungsmöglichkeiten in Art. 7 II CISG auf die Prinzipien, die diesen zu Grunde lagen, verneint nicht per se die Möglichkeit, die Principles und den DCFR dennoch anzulegen, sofern es aber eine Verbindung gibt<sup>80</sup>, sondern bezieht sich nur darauf, das auszuschließen, was keinerlei Verbindung mit der CISG hat.

Für das BGB heißt das, dass die Principles und der DCFR hauptsächlich, aber nicht nur, als Auslegungshilfe im Rahmen von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB eingefügt werden könnten. Allerdings ist es höchst fraglich, ob die Principles oder der DCFR wirklich eine Regelung enthalten, die im BGB oder seiner Auslegung noch nicht enthalten ist.

Wenn die Principles oder der DCFR neben der CISG oder einem nationalen Recht Anwendung finden sollen, so geht im Konfliktfall immer das zwingende Recht der Konvention oder des nationalen Rechts vor. Ist es kein zwingendes Recht, so muss eine Vertragsauslegung weiterhelfen. Ist das nicht möglich, muss eine Unterscheidung getroffen werden. Sind die entgegenstehenden Normen der Principles bzw. DCFR spezielle Ausformungen von Treu und Glauben oder Handelsbräuche, so gehen sie der CISG oder dem nationalen Recht vor. Ist dem

---

<sup>78</sup> So etwa Herber IHR 2003, 1, 8.

<sup>79</sup> Vgl. Canaris Principles S. 5, 29 ff; wohl auch Bonell EJLR 1998/99, 193, 200, 201.

<sup>80</sup> So aber S/S- Ferrari Art. 7 Rn. 62; ders. EJLR 1998/99 216, 226 ff.

aber nicht so, so geht die CISG oder das nationale Recht vor. Doch ersterer Fall wird sehr selten sein. Aber nicht unmöglich, wie im Beispiel der Vertragsanpassung.

## Teil 2: Tatbestandsvoraussetzungen

### Kapitel 2: Pflichtverletzung und wesentliche Vertragsverletzung

#### § 5 Die Pflichtverletzung des § 280 I BGB

##### I. Pflichtverletzung als Mittelpunkt des Leistungsstörungenrechts

Grundsätzlich sollen in der Pflichtverletzung jedwedes Ereignis, jeder Umstand oder Handlung zu sehen sein, der einen Schadensersatzanspruch auslöst, sofern ein Vertretenmüssen des Schuldners vorliegt<sup>81</sup>. Das Vertretenmüssen muss allerdings vom Begriff der Pflichtverletzung losgelöst sein. Das heißt, dass jedes objektive Zurückbleiben hinter einer Pflicht genügen soll, um eine Pflichtverletzung anzunehmen<sup>82</sup>. Die Gründe und auch die Folgen seien hierfür ohne Bedeutung<sup>83</sup>. Somit sollen sowohl Verzug (arg. § 280 II BGB), Nichterbringung einer möglichen Leistung (arg. §§ 280 III, 281 BGB), Unmöglichkeit (arg. § 280 II, 283), Sach- und Rechtsmangelhaftung (arg. § 281 I 3 BGB) als auch die positive Forderungsverletzung mit umfasst werden.

##### 1. Historischer Überblick

Die Pflichtverletzung per se ist keine Erfindung des modernen Gesetzgebers. In der Tat sind schon zum römischen und gemeinen Recht über diese Problematik tiefgehende Diskussionen geführt worden<sup>84</sup>. Auch gab es z.B. in I 5 § 277 ALR und Art. 1147 Code Civil dahingehend Kodifikationen. Somit wusste auch der Gesetzgeber von 1900 von dieser Problematik. Anzunehmen, er hätte diese Problematik übersehen<sup>85</sup>, ist auf den ersten Blick sehr überraschend, zumal der Gesetzgeber selber dies Problem als Teilunmöglichkeit bzw. unter § 224 I 2 E I BGB fallend ansah<sup>86</sup>.

Doch ist diese Ansicht einem Irrtum unterlegen, dem vielen weiteren Generationen von Juristen auch unterlagen und noch unterliegen. Denn sie missverstehen die Genese der Unmöglichkeit, in der jene als Haftungsbefreiung und nicht als Ereignis zu verstehen ist, nach der der Schuldner von der Sachleistung befreit wurde<sup>87</sup>. Es war für den Gesetzgeber klar, dass jede Nichterfüllung die Haftung des Schuldners begründete<sup>88</sup>. Als Kritikpunkt mag vielleicht gelten, dass er dieses Problem unterschätzt hat<sup>89</sup>, jedoch tat dies auch das Reichsgericht, das in der ersten Entscheidung zum BGB Schadensersatzhaftung aus einer Vertragsverletzung als

---

<sup>81</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 9.

<sup>82</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp..

<sup>83</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp.; Schlechtriem IHR 2001, 12, 16.

<sup>84</sup> Vgl. insbes. Himmelschein AcP 158 (1959/1960), 273, 295 ff.; z.B.: D. 19, 2, 57; OAG Jena Seuff. Arch. 7 [1854], 31; OAG Lübeck Seuff. Arch. 16 [1863], 313, 313 ff.; ROHGE III, 385, 386 ff.; RGZ 22, 171, 172 ff.; Busch AcP 26 [1843], 225, 240 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Staub, FS den 26. DJT S. 29, 41, 44 ff.

<sup>86</sup> Motive II S. 27 f., 49; Prot. I S. 303, 304, 319, 320.

<sup>87</sup> Schermeier JZ 2006, 330, 335; zur Geschichte ausführlichst HKK- Schermaier § 275 Rn. 12 ff.

<sup>88</sup> Schermeier JZ 2006, 330, 335.

<sup>89</sup> MK<sup>4</sup>- Emmerich Vor § 275 Rn. 2.

gegeben ansah, ohne dies weiter zu erläutern<sup>90</sup>. Diese Entscheidung wurde sogar zuerst nicht veröffentlicht, was ein weiterer Hinweis auf das fehlende Problembewusstsein ist.

Trotz der Tatsache, dass eine für eine Analogie erforderliche Regelungslücke<sup>91</sup> fehlt, hat sich die von dieser Kritik ausgehende Lehre von der positiven Forderungsverletzung durchgesetzt, die eine Analogie zu den §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. zog<sup>92</sup>. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zog eine Analogie einfach aus § 276 BGB a.F.<sup>93</sup>, und folgte damit den gemeinrechtlichen Traditionen<sup>94</sup>. Damit mag es zwar in der Sache der Lehre von der Vertragsverletzung gefolgt sein, jedoch ist es aber immer noch dem System des gemeinen Rechts treu geblieben.

Der Gesetzgeber hatte später auch keinen Anlass genommen, seine einst favorisierte Lösung über die Unmöglichkeit durchzusetzen. Erst mit der Idee der Schuldrechtsmodernisierung wurde eine Revision des Leistungsstörungenrechts in Angriff genommen, aber diesmal wurde die positive Vertragsverletzung in das BGB integriert, indem man mit der Pflichtverletzung einen zentralen Begriff einführte, der auch die positive Forderungsverletzung mit umfasst. Damit kodifizierte der Gesetzgeber selber einen Systemirrtum<sup>95</sup>. Jedoch war zuerst, genau wie in § 224 I 2 E I BGB, nicht die Pflichtverletzung als Begriff vorgesehen, sondern die Nichterfüllung<sup>96</sup>. Diese basierte auf der Lösung zum Haager Einheitskaufrecht, das als EKG in das deutsche Recht eingeführt wurde<sup>97</sup>. Auch hier ist die Nichterfüllung Mittelpunkt der Leistungsstörungen. Die CISG<sup>98</sup> hat diese Lösung beibehalten, wenngleich nicht als Zentralbegriff. Synonymhaft verwendet auch die CISG den Begriff der *Pflichtverletzung*<sup>99</sup>. Jedoch wurde zur Vermeidung von Missverständnissen des Begriffs *Nichterfüllung* der Terminus *Pflichtverletzung*<sup>100</sup> angenommen, ohne allerdings einen sachlichen Unterschied zur Nichterfüllung machen zu wollen<sup>101</sup>.

So wurde der Terminus Pflichtverletzung zentraler Punkt im deutschen Leistungsstörungenrecht.

## 2. Kritik

Diese Wortwahl ist zum Ziel einer heftigen Kritik geworden. Zum einen wird bezweifelt, ob tatsächlich mit der Pflichtverletzung ein einheitlicher Oberbegriff eingeführt wurde, der effektiv eine vollständige Lückenschließung gewährleistet, die alle erdenklichen Arten der Leistungsstörungen mit umfasst<sup>102</sup>. Auch wird mit dem Begriff der Pflichtverletzung ein Vorwurf an den Schuldner unterstellt, diese Pflichtverletzung zu verantworten<sup>103</sup>, obwohl der Begriff

---

<sup>90</sup> RG VI 171/1901 v. 16.09.1901 in: Schubert (Hrsg.), *Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, Jahrgänge 1900 und 1901* S. 909, 912, 913.

<sup>91</sup> Larenz *Methodenlehre* S. 381 ff.

<sup>92</sup> Vgl. Palandt<sup>59</sup>-Heinrichs § 276 Rn. 104 ff.; Soergel<sup>12</sup>-Wiedemann Vor § 275 Rn. 350 ff.; Wertheimer/Eschbach *JuS* 1997, 605, 606.

<sup>93</sup> RGZ 52, 18, 19; 66, 289, 291; 106, 22, 25, 26

<sup>94</sup> Schermeier *JZ* 2006, 330, 335.

<sup>95</sup> Schermeier *JZ* 2006, 330, 335.

<sup>96</sup> U. Huber *Gutachten* S. 647, 699 ff.

<sup>97</sup> *BGBI.* 1973 I S. 856 ff.

<sup>98</sup> *BGBI.* 1989 II S. 588 ff.

<sup>99</sup> *MK/HGB- Benicke Art. 45 Rn. 1.*

<sup>100</sup> *Grundlegend Diederichsen AcP* 1982 (182), 101, 117 ff.

<sup>101</sup> *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* S. 130; *BT-Drs.* 14/6040 S. 92 re. Sp.; *Schlechtriem IHR* 2001, 12, 16.

<sup>102</sup> *Staudinger-Otto § 280 Rn. C 4; MK-Ernst § 280 Rn. 10; Esser/Schmidt I 2 § 22 S. 2; M. Schultz, Leistungsstörungenrecht*, S. 17, 21 ff.; U. Huber *Leistungsstörungen* S. 31, 103 ff. ≈ *ZIP* 2000, 2273, 2273 ff.; ders. *Pflichtverletzung* S. 23,43 ff.; *Canaris JZ* 2001, 499, 511, 512, 523; *Schapp JZ* 2001, 583, 583 ff.; *Wilhelm, JZ* 2004, 1055, 1056 ff.

<sup>103</sup> *DHLR-Dauner-Lieb, § 2 Rn. 14.*



der Pflichtverletzung allein objektiv ohne Verschuldensvorwurf zu sehen ist<sup>104</sup>. Desgleichen wird der Begriff der Pflichtverletzung mit der Figur des *breach of contract* des *common law* gleichgesetzt, so dass der Begriff *Nichterfüllung der Leistungspflicht* besser wäre<sup>105</sup>. Ebenso ist die Frage gestellt worden, ob die Pflichtverletzung ein obligationswidriges Verhalten des Schuldners zwingend erforderlich ist oder nicht<sup>106</sup>. Zur Lösung dieser Probleme wird als Ersatz die Kombination von Pflichtverletzung und Nichterfüllung<sup>107</sup> bzw. die Störung des Schuldverhältnisses<sup>108</sup> vorgeschlagen. Andererseits wird dem Gesetzgeber ein fehlendes rechtshistorisches Bewusstsein vorgeworfen, so dass die Pflichtverletzung als Generaltatbestand mit der Hinzufügung des Wortes Nichterfüllung in § 276 BGB a.F. hätte vermieden werden können<sup>109</sup>.

Die Wortwahl ist in der Tat Anlass, Kritik zu üben. Dennoch ist die Kritik überzogen. Zwar mag mit dem Terminus der Pflichtverletzung vom reinen Wortlaut her nicht das erfasst werden, was er erfassen soll, doch ist dies nur theoretischer Natur, wenn er so ausgelegt wird, wie es der Gesetzgeber vorsieht. Damit soll er als Lückenfüller nicht nur jedes obligationswidrige Verhalten erfassen, sondern auch die Nichterfüllung, sofern ein Erfolg geschuldet ist. Auf diese Weise ist der Forderung nach einer besser gelungenen Alternative zur Genüge Rechnung getragen, da der Begriff der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB genau das umfasst, was er nach allen Ansichten enthalten soll.

Es ist genauso verkehrt, in der Pflichtverletzung die Übernahme der Figur des *breach of contract* zu sehen. Denn zum einen ist es nur eine analoge Entwicklung. Schon im BGB a.F. sah man die Nichterfüllung von Pflichten als haftungsbegründend an. Zum anderen gibt es im deutschen Recht gerade die Möglichkeit, auf Naturalleistung zu klagen, was im *common law* problematisch ist. Deswegen kann man bei beiden Figuren zwar Analogien entdecken, sie sind aber dennoch nicht miteinander verwandt, noch hat der Gesetzgeber den *breach of contract* einführen wollen oder eingeführt. Ebenso wurde der Begriff der *Pflichtverletzung* erst nach langer Diskussion mit dem Terminus *Nichterfüllung* eingeführt. Damit ist dieser Kritik zu widersprechen.

Zudem ist ein pflichtwidriges Verhalten des Schuldners nicht zwingend erforderlich für die Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB. Denn wenn man dieses Erfordernis annähme, so würde die intendierte Beweislast des Gesetzes unterlaufen<sup>110</sup>. Der Schuldner soll seine Exculpation beweisen. Wenn aber der Gläubiger die Pflichtverletzung zu beweisen hat, so müsste er auch das obligationswidrige Verhalten beweisen. Und das ist wider das Telos des Gesetzes, dem gerade dem Schuldner die Beweislast der Exculpation auferlegt. Damit ist aber auch dargelegt, dass der Begriff der Pflichtverletzung um den der Nichterfüllung erweitert werden muss, denn nur dann wird dieses Problem des fehlenden Verhaltens des Gläubigers gelöst.

Durch diese Auslegung wird fernerhin der Vorwurfscharakter der Pflichtverletzung mit einer teleologischen Reduktion<sup>111</sup> ausgeschlossen. Eine Rückkehr zur Nichterfüllung ist somit nicht nötig, zumal diese analoge Probleme mit dem Verzug, der Schlechtleistung und Verletzung von Nebenpflichten verursacht<sup>112</sup>. Eine Schlechtleistung ist nicht ohne weiteres als Nichterfüllung zu klassifizieren. Diese teleologische Kombination von Begriffen bedeutet aber auch, dass in fast allen Fällen eine Leistungsstörung unter den Begriff der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB subsumierbar ist und keine Schwierigkeiten entstehen, zumal die Gesetzesanwender

---

<sup>104</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp.

<sup>105</sup> Dieckmann ZGS 2008, 14, 16.

<sup>106</sup> Vgl. Staudinger-Otto, § 280 Rn. C 4; MK- Ernst, § 280 Rn. 10 ff.; U. Huber Pflichtverletzung S. 23, 43 ff.

<sup>107</sup> Canaris JZ 2001, 499, 523.

<sup>108</sup> Schur S. 3 ff.; Schapp JZ 2001, 583, 584 ff.

<sup>109</sup> Schermeier JZ 2006, 330, 335, 336.

<sup>110</sup> Staudinger-Otto, § 280 Rn. C 4; MK- Ernst, § 280 Rn. 12, 17.; U. Huber Pflichtverletzung S. 23, 43 ff.

<sup>111</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 391 ff.

<sup>112</sup> DHLR- Dauner-Lieb § 2 Rn. 14; U. Huber Pflichtverletzung S. 23, 50.

mit der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB bis zu einer Gesetzesänderung zu arbeiten haben<sup>113</sup>. Für die wenigen „exotischen“ Fälle, wenn es sie denn überhaupt gibt, in denen eine Leistungsstörung nicht identisch mit einer Pflichtverletzung i.e.S. oder einer Nichterfüllung ist, muss mit den Auslegungsmöglichkeiten, sei es im Wege einer Analogie<sup>114</sup> oder einer teleologischen Extension<sup>115</sup> oder einer wie auch immer gearteten Lückenfüllung, versucht werden, diese Ungenauigkeit in der deutschen Sprache zu überbrücken und mit dem Telos des Gesetzes in Einklang zu bringen. Ein neuer Begriff ist somit nicht zwingend erforderlich, zumal auch die vorgeschlagenen Ersatzbegriffe nicht jeder Kritik standhalten können<sup>116</sup>. Um die Lückenfüllung bestmöglich begründen zu können, wird im nächsten Abschnitt als neue methodische Figur die teleologische Kombination vorgestellt. Auch die Wahl des Begriffes Störung des Schuldverhältnisses ist nicht der Weisheit letzter Schluss, zumal er auch nicht alles umfasst. Nebenpflichtverletzungen werden durch ihn nicht erfasst und müssten gleichfalls teleologisch kombiniert werden. Denn der Glaser, der den teuren Perserteppich beschädigt, mag seine Leistung tadellos erbringen. Dennoch muss er sich gefallen lassen, schadensersatzpflichtig zu sein. Aber das hat primär mit dem hauptsächlichen Schuldverhältnis keinen Berührungspunkt, sondern ist nur die Verletzung einer Nebenpflicht, so dass auch dieser Begriff nicht das Problem als solches löst.

Die Kritik am Gesetzgeber, mehr rechtshistorisch zu denken, ist auch mehr eine Frage der Reform der Juristenausbildung bzw. der Gesetzgebung. Obwohl eine tiefgreifende Reform der Juristenausbildung wünschenswert ist, ist die Diskussion innerhalb dieser Dissertation fehl am Platz. Auch hat sie für die jetzige Praxis keine unmittelbaren Bezüge, so dass auf eine weitere Diskussion verzichtet wird. Fernerhin trifft es zwar zu, dass der Gesetzgeber einen Irrtum kodifizierte, was allerdings nichts an der systematischen Stringenz und der hervorragenden Ausbalancierung der Interessen von Gläubiger und Schuldner im Vergleich zum alten Recht ändert. Denn wer brauchte beispielsweise einen Anspruch auf und aus Wandelung? Somit kann auch diese Kritik die Grundfesten des Systems nicht erschüttern.

### 3. Resümee

Der Begriff der Pflichtverletzung mag zwar problematisch sein, doch lassen sich diese sprachlichen Probleme lösen, ohne dass man das Gesetz zwingend ändern müsste. Erst wenn tatsächlich ein besserer Begriff gefunden worden ist, der zweifelsfrei alle Arten der Leistungsstörungen umfasst, könnte man über eine Gesetzesänderung nachdenken. Die Pflichtverletzung bleibt solange zentraler Punkt des Leistungsstörungsrechts, auf dem die verschiedenen Arten der Leistungsstörungen aufbauen. Diese werden in den folgenden Paragraphen behandelt.

## II. **Schutzpflichtverletzung**

Nach § 241 II BGB kann das Schuldverhältnis, und damit auch der Kaufvertrag, die Beteiligten verpflichten, Rücksicht auf die anderen Rechte, Rechtsgüter und Interessen zu nehmen. Hiermit ist im Gegensatz zu § 823 I BGB explizit auch das Vermögen gemeint<sup>117</sup>. Eine Verletzung dieser Nebenpflichten kann gem. § 280 I BGB einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung zur Folge haben. Jedoch ist auch bei schwerwiegenden oder wiederholenden

---

<sup>113</sup> M. Schultz, *Leistungsstörungsrecht*, S. 17, 21; *Staudinger-Otto* § 280 Rn. C 5.

<sup>114</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 381 ff.

<sup>115</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 397 ff.

<sup>116</sup> Vgl. z.B. Braun *AcP* 205 (2005) S. 127, 146 ff.

<sup>117</sup> *BT- Drs.* 14/6040 S. 126 li. Sp. zu Abs. 2.

Verfehlungen, die gem. §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung zur Folge haben, wenn es dem Gläubiger nicht mehr zugemutet werden kann, dass der Schuldner den Vertrag erfüllt und sich anderweitig Ersatz suchen muss. Dann kann der Gläubiger vom Schuldner etwaige Mehrkosten verlangen.

## **§ 6 Exkurs: Die teleologische Kombination**

### **I. Einleitung**

Die teleologische Kombination ist eine weitere Möglichkeit, Gesetzeslücken zu schließen. Hierbei wird die teleologische Kombination angewendet, wenn in ein Tatbestandsmerkmal allein nicht ausreicht, um den Telos des Gesetzes zu erfüllen, und deswegen von wenigstens einem weiteren Begriff ergänzt werden muss, um den Sinn und Zweck des Gesetzes zu vollstrecken. Als Beispiel dient hier die Pflichtverletzung des § 280 I BGB.

Wie oben gezeigt, muss die Pflichtverletzung mit dem Begriff der Nichterfüllung kombiniert werden, da nur so der Telos des Gesetzes erfüllt wird, nämlich dass jede Ursache, die zu einem Schadensersatzanspruch führt, erfasst wird. Zuerst ist festzustellen, dass es sich mit Pflichtverletzung und Nichterfüllung keineswegs um sprachliche Synonyme handelt. Die Pflichtverletzung beinhaltet vom Begriff her einen Vorwurf und das implizite Erfordernis eines obligationswidrigen Verhaltens. Die Nichterfüllung hingegen ist lückenhaft bezüglich der Schlechtleistung beispielsweise. Die Lieferung eines Autos mit defekten Bremsen ist eine (schlechte) Leistung, aber beileibe keine Nichtleistung. Damit steht unzweifelhaft fest, dass die Pflichtverletzung im ersten Schritt um den Vorwurfscharakter teleologisch reduziert<sup>118</sup> werden muss. Im zweiten Schritt muss allerdings die Symbiose von Nichterfüllung und Pflichtverletzung erfolgen.

Ebenso muss in diesem Schritt gezeigt werden, ob die Einführung einer neuen methodischen Auslegungshilfe tatsächlich notwendig ist. Notwendig ist sie nicht, wenn die etablierten Auslegungsmöglichkeiten ohne große Probleme zu demselben Ergebnis führen. Als hier konkurrierende Auslegungsmöglichkeiten kommen die Analogie sowie die teleologische Extension in Frage.

### **II. Analogie als Alternative?**

Analogie ist das Schließen einer offenen Gesetzeslücke, in dem ein Tatbestand, der im Gesetz nicht geregelt ist, auf einen ihm ähnlichen, im Gesetz geregelten Tatbestand übertragen wird<sup>119</sup>. Damit soll Gleiches mit Gleichem geregelt werden. Allerdings darf hierbei auch nicht Identisches verglichen werden. Auf diese Weise ist schon eine Analogie mit der Regelung der CISG nicht statthaft, da hier wie dort die Begriffe Pflichtverletzung und Nichterfüllung synonym verwendet werden<sup>120</sup>. Dort ist die Parallelproblematik zu § 280 I BGB zu finden, nämlich dass die Nichterfüllung um die teleologisch reduzierte Pflichtverletzung erweitert werden muss.

Nichterfüllung und Pflichtverletzung sind in der Tat zwei ähnliche Tatbestandsmerkmale, bei denen der Gesetzgeber auch keine sachlichen Unterschiede sehen will. In Bezug auf die Nichterfüllung i.S.d. CISG hat er Recht, dass das exakte Pendant zur Pflichtverletzung ist.

---

<sup>118</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 391 ff.

<sup>119</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 381.

<sup>120</sup> Vgl. *BT-Drucks.* 14/6040 S. 92.

Vom sprachlichen Ausgangspunkt her nicht. Hier will er allerdings beide Begriffe kombiniert wissen. Also spricht nichts gegen eine Analogie: Es gibt zwei ähnliche, nicht absolut verschiedene Begriffe, die der Gesetzgeber sogar selbst zusammen verwendet sehen will. Damit wäre eine Analogie statthaft. Aber ist sie auch der Weisheit letzter Schluss?

Dagegen spricht, dass hier weder Nichterfüllung noch Pflichtverletzung allein gesehen in der Lage sind, das Telos des Gesetzes zu erfüllen. Beide Tatbestände führen nur zusammen zu einem vernünftigen Ergebnis. Eine jeweilige Analogie behandelt lediglich die Symptome und führt nicht zur Heilung. Denn noch immer gibt es keine Symbiose der beiden Begriffe. Außerdem will der Gesetzgeber keine analoge Anwendung zulässig sehen. § 280 I BGB soll jede Art der Leistungsstörungen direkt erfassen. Damit allerdings ist die Analogie nicht richtig anwendbar. Hier wird ein Fall analog, also gleichlautend, angewendet und nicht direkt. Wenn man die Analogie dann streng interpretiert, wäre sie hier sogar eine falsche Methode der Auslegung, da der Wortsinn des Gesetzes beides direkt ausdrücken soll.

Ergo ist die Analogie hier sehr problematisch. Sie kann zumindest nicht ohne Schwierigkeiten auf den Beispielfall angewendet werden und schließt damit die Notwendigkeit der Einführung einer neuen Methode nicht ohne Weiteres aus.

### **III. Teleologische Extension als Alternative?**

Die teleologische Extension ist die Korrektur des Gesetzeswortlauts gemäß dem Zweck des Gesetzes<sup>121</sup>. Der widerspruchsvolle Wortlaut wird dem Telos nach berichtigt. Das heißt, dass ein zu enger Tatbestand ausgeweitet wird und das umschließt, was es vom Sinn und Zweck des Gesetzes her erfassen müsste. Hierbei muss es sich aber um tatbestandlich unähnliche Merkmale handeln, als sonst die Analogie Anwendung findet<sup>122</sup>.

In diesem Fall wird in der Tat der zu enge Tatbestand der Pflichtverletzung um die Nichterfüllung erweitert. Und auch das Telos des Gesetzes ist somit erfüllt. Doch wie oben gezeigt sind Pflichtverletzung und Nichterfüllung sich ähnlich. Sie sollen sogar synonymhaft verstanden werden. Daraus folgt, dass die teleologische Extension nicht Anwendung finden kann und als Alternative der Einführung der teleologischen Kombination nicht im Wege steht.

### **IV. Schlussfolgerung**

Die teleologische Kombination hat keine Alternative unter den herkömmlichen Auslegungsmethoden. Die Analogie findet keine Anwendung, und die teleologische Extension ist wegen der Ähnlichkeit der Tatbestandsmerkmale ausgeschlossen.

Damit bleibt zu resümieren:

Die teleologische Kombination findet Anwendung in dem Fall, in dem ein Tatbestandsmerkmal direkt Anwendung finden soll und allein den Telos des Gesetzes nicht erfüllen kann, sondern von wenigstens einem weiteren Merkmal ergänzt werden muss. Beispiele hierfür sind die Pflichtverletzung des § 280 I BGB und die Nichterfüllung der CISG, der Principles und des DCFR. Nur wenn beide Begriffe durch den jeweils anderen ergänzt werden, kommen sie zu dem vom Gesetz gewollten Ergebnis. Sollte in der Zukunft ein weiterer Begriff hinzutreten müssen, um dem Gesetzeszweck Genüge zu tun, so muss auch dieser kombiniert werden.

Wegen der engen Verwandtschaft mit der Analogie und teleologischen Extension muss auch für die teleologische Kombination gelten, dass ein jedes Analogieverbot auch die teleologische Kombination ausschließt. Dann muss der Gesetzgeber handeln, um seinen Willen durch-

---

<sup>121</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 397.

<sup>122</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 398.

zusetzen. In den übrigen Fällen, wie auch bei der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB, ist dies nicht unbedingt nötig.

## **§ 7 Wesentliche Vertragsverletzung i.S.d. Art. 25 CISG**

Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung ist in der CISG von zentraler Bedeutung<sup>123</sup>. Nur dann, wenn eine Vertragsverletzung wesentlich ist, kann der Schuldner einige der Rechtsbehelfe ausüben. Insbesondere ist die Vertragsaufhebung von der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung abhängig, die deren primäre Voraussetzung darstellt<sup>124</sup>. Sie ist somit maßgeblich entscheidend für das „Leben oder den Tod“<sup>125</sup>. Dabei ist die Pflichtwidrigkeit gem. Art. 25 CISG dann als wesentlich zu klassifizieren, wenn sich der verletzten Partei der aus dem Vertrag zu erwartende Vorteil im Wesentlichen entzieht und dies auch voraussehbar war. Diese Formulierung ist sehr vage, aber auch sehr flexibel<sup>126</sup>. Kontur muss ihr die Rechtsprechung geben, in dem sie im Rahmen des jeweiligen Einzelfalls die Unterscheidung zwischen einfacher und wesentlicher Vertragsverletzung herausarbeitet. Anhaltspunkt kann hier die Rechtsprechung zu Art. 10 EKG bieten, der ähnlich formuliert war<sup>127</sup>. Jedoch wurde dieser als zu subjektiv angesehen, so dass er für die CISG eine Veränderung erfuhr und nun auf die gerechtfertigte Vertragserwartung abzustellen ist<sup>128</sup>. An dieser ist dann die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung zu messen.

### **I. Vertragsverletzung**

Art. 25 CISG ist lediglich der Beurteilungsmaßstab für die Abgrenzung von wesentlicher und einfacher Vertragsverletzung<sup>129</sup>. Er gilt jedoch bei jeder Art von Pflichtverletzung, die entweder vereinbart wurde oder aus der CISG direkt zu entnehmen ist. Dabei ist es gleichgültig, ob die Verletzung eine untergeordnete oder gar zusätzlich vereinbarte Pflicht betrifft<sup>130</sup>. Somit ist allein die Schwere der Verletzung ausschlaggebend.

### **II. Wesentlichkeit der Vertragsverletzung**

Eine wesentliche Vertragsverletzung definiert Art. 25 CISG so, dass die Folge der Vertragsverletzung der anderen Partei einen solchen Nachteil zufügt, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrage hätte erwarten dürfen. Das ist dann der Fall, wenn die berechtigten Vertragserwartungen der geschädigten Partei erheblich beeinträchtigt wurden<sup>131</sup>. Darüber besteht Einigkeit.

---

<sup>123</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 2.

<sup>124</sup> Honsell- Karollus Art. 25 Rn. 1.

<sup>125</sup> B/B- Will Art. 25 Bem. 1.

<sup>126</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 3.

<sup>127</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 3.

<sup>128</sup> Zur Entstehungsgeschichte eingehend: B/B- Will Art. 25 Bem. 1 ff.

<sup>129</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 7.

<sup>130</sup> OLG Frankfurt NJW 1992, 633, 634, 635; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 7; S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 7; H/C Art. 25 Rn. 5.

<sup>131</sup> S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 2, 9; H/C Art. 25 Rn. 6, 8; Schlechtriem Rn. 111.

## 1. Bewertungskriterien der Vertragserwartung

Streitig ist hingegen, ob die Vertragserwartungen der verletzten Partei nach objektiven<sup>132</sup> oder subjektiven<sup>133</sup> Kriterien zu erfassen sind.

Das Abstellen auf objektive Anhaltspunkte bei Fehlen einer vertraglichen Regelung<sup>134</sup> führte dazu, dass der Geschädigte sein Interesse beweisen müsste, etwa durch Offenlegung der Bücher<sup>135</sup>. Das widerspricht aber nicht nur der Entstehungsgeschichte<sup>136</sup>, sondern würde auch den Geschädigten zu weitreichenden und schwerwiegenden Aktionen veranlassen<sup>137</sup>. Somit wäre er aber in Gefahr, dass er durch die Offenlegung dieser Daten einen weitergehenden Schaden erleidet, indem andere, vielleicht sogar der Schuldner selbst, diese Daten ausnutzen. Folglich wäre er gezwungen, am Vertrag festzuhalten, wenn er diese Gefahr nicht eingehen wollte. Aber genau das sollte mit der subjektiven Auslegung verhindert werden<sup>138</sup>. Deswegen ist eine subjektive Wertung vorzuziehen, sofern es im Vertrag keine entsprechende Klausel oder Auslegungsmöglichkeit gibt, zumal das Interesse des Geschädigten nur ein Punkt ist, der für die weiteren Schritte, besonders der Aufhebung, nötig ist. Der Geschädigte muss nicht selbst beweisen, dass er einen Schaden erlitten hat, sondern nur, dass ihm ein wie auch immer gearteter „Nachteil“ zugefügt wurde. Ansonsten wäre das Ziel der CISG nicht erfüllt. Denn dann wäre der Geschädigte an den Kaufvertrag in unzumutbarer Weise gebunden, wollte er nicht Gefahr laufen, seine Daten zu veröffentlichen.

Allerdings muss er beweisen, einen Nachteil erlitten zu haben. Das ist der Wegfall der wesentlichen Vertragsvorteile<sup>139</sup>. Dieser Begriff ist weiter zu verstehen als der konkrete Schaden, den Art. 74 CISG verlangt<sup>140</sup>. Somit werden z.B. auch Rufschädigungen oder Behinderungen geschäftlicher Dispositionen mit umfasst. Auch muss der Nachteil noch nicht eingetreten sein, sondern einzutreten drohen<sup>141</sup>. Ist die Verletzung hingegen folgenlos oder hat nur unbedeutende Folgen, liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor<sup>142</sup>.

Dafür muss vielmehr das Interesse der verletzten Partei an der Durchführung des Vertrages im Wesentlichen entfallen sein<sup>143</sup>. Somit haben es die Parteien selbst in der Hand festzulegen, welche Vertragsverletzung als so schwerwiegend angesehen wird, dass sie zur Vertragsaufhebung berechtigt<sup>144</sup>. Fehlen diese, ist die Beeinträchtigung des Vertragszwecks in subjektiver Hinsicht maßgebend. Daher muss man von Fall zu Fall entscheiden, obschon sich Fallgruppen bilden lassen können<sup>145</sup>.

## 2. Voraussehbarkeit

Eine ansonsten als wesentlich zu charakterisierende Vertragsverletzung ist gleichwohl nicht als wesentlich zu klassifizieren, wenn der vertragsbrechende Schuldner die Folge seines Vertragsbruchs, also dessen Konsequenzen und nicht den Vertragsbruch selbst, weder voraussah

---

<sup>132</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 9; Ferrari IHR 2005, 1, 5.*

<sup>133</sup> *S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 2; ders. Rn. 111; Lurger IHR 2001, 91, 91.*

<sup>134</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 9.*

<sup>135</sup> *Schlechtriem Rn. 111.*

<sup>136</sup> *Vgl. O.R. S. 295 ff., 300; S/S Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 2.*

<sup>137</sup> *S/S- Schlechtriem Art. 25 Rn. 2; ders. Rn. 111.*

<sup>138</sup> *S/S- Schlechtriem Art. 25 Rn. 2; ders. Rn. 111.*

<sup>139</sup> *Bamberger/ Roth- Saenger Art. 25 Rn. 3; S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 9.*

<sup>140</sup> *Bamberger/ Roth- Saenger Art. 25 Rn. 3; Honsell- Karollus Art. 25 Rn. 14.*

<sup>141</sup> *OLG Frankfurt NJW 1992, 633, 634, 635; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 11.*

<sup>142</sup> *B/B- Will Art. 25 Bem. 2.1.1.2; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 12.*

<sup>143</sup> *B/B- Will Art. 25 Bem. 2.1.2.1; S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 9; Holthausen RIW 1990, 101, 102.*

<sup>144</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 13.*

<sup>145</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 13.*

noch voraussehen konnte<sup>146</sup>. Das heißt aber auch, dass ein Vertragsbruch als wesentlicher zu qualifizieren ist, wenn dieser selbst zwar nicht voraussehbar ist, seine Folgen aber schon. Diese Eingrenzung führt zu mehreren Probleme. Zum einen nach der Einteilung der Vorhersehbarkeit.

Die eine Ansicht sieht in der Voraussehbarkeit eine Art Verschuldenskorrektiv<sup>147</sup>, während die andere Meinung in der Kenntnis oder Erkennbarkeit der Gläubigererwartungen Auslegungsumstände für die Beurteilung des Gewichts der Vertragsverletzung und deren Bedeutung für den Gläubiger annimmt<sup>148</sup>. Doch hier kann es sich aufgrund der Formulierung des Art. 25 CISG nicht um einen subjektiven Entlastungsgrund handeln<sup>149</sup>, da es nicht ausreicht, die Folge nicht vorausgesehen zu haben, sondern um eine Auslegungshilfe. Die Vorhersehbarkeit ist nur dann zu verneinen, wenn ein objektiver Dritter mit den eintretenden Folgen nicht gerechnet hätte<sup>150</sup>. Allerdings erhöhen subjektive Kenntnisse den Maßstab<sup>151</sup>. Damit ist kein Verschuldenskorrektiv gegeben.

Das andere Problem ist der Zeitpunkt, auf den es für die Vorhersehbarkeit ankommt.

Es wird vertreten, dass dieser Zeitpunkt bei Vertragsschluss vorliege<sup>152</sup>. Für andere wiederum können ausnahmsweise Informationen berücksichtigt werden, die nach Vertragsschluss zugänglich werden<sup>153</sup>. Eine letzte Ansicht stellt auf den Zeitpunkt der Vertragsverletzung ab<sup>154</sup>. Doch wenn das Grundkonzept der CISG, unbedingtes Entstehen für das Leistungsversprechen auf der Basis des überschaubaren Risikos bei der Abgabe, wirklich eingehalten werden soll, so kann nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden, ob die Verletzung voraussehbar war<sup>155</sup>. Nur dann kann der Schuldner das Risiko des Vertrages einschätzen und läuft nicht Gefahr, dass durch zusätzliche Informationen durch den Gläubiger der Vertrag aufhebbar wird<sup>156</sup>. Allein in absoluten Ausnahmefällen mag es treuwidrig sein, sich auf den verspäteten Zeitpunkt der Information zu berufen<sup>157</sup>.

### III. Fallgruppen

Zwar ist bei jeder Vertragsverletzung im Einzelfall zu prüfen, ob diese tatsächlich eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt<sup>158</sup>, jedoch kann man Fallkonstellationen bilden, die regelmäßig zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führen. Nur wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls etwas anderes ergeben, sind die folgenden Fallgruppen keine wesentliche Vertragsverletzung.

---

<sup>146</sup> *Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 14.*

<sup>147</sup> *Achilles Art. 25 Rn. 13; B/B- Will Art. 25 Bem. 2.2. ff.*

<sup>148</sup> *S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 11; Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 14, 15.*

<sup>149</sup> *Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 14.*

<sup>150</sup> *Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 14.*

<sup>151</sup> *B/B- Will Art. 25 Bem. 2.2.2.4.; Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 14.*

<sup>152</sup> *S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 15; Achilles Art. 25 Rn. 14; Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 19; Lurger IHR 2001, 91, 92; Ferrari IHR 2005, 1, 6; H/C Art. 25 Rn. 9.*

<sup>153</sup> *B/B- Will Art. 25 Bem. 2.2.2.5.*

<sup>154</sup> *Soergel<sup>13</sup>- Budzikiewicz Art. 25 Rn. 4; vgl. Neumayer RIW 1994, 99, 104, 105.*

<sup>155</sup> *Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 19.*

<sup>156</sup> *S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 16; Ferrari IHR 2005, 1, 6.*

<sup>157</sup> *Staudinger-Magnus Art. 25 Rn. 19.*

<sup>158</sup> *Ferrari IHR 2005, 1, 4.*

## 1. Endgültige Nichtleistung

Die endgültige Nichtleistung ist unabhängig von ihren Gründen stets eine wesentliche Vertragsverletzung, was sich schon aus Art. 49 I lit. b CISG ergibt<sup>159</sup>. Dem steht die sonstige unberechtigte und endgültige Verweigerung der Lieferung gleich<sup>160</sup>. Hat die andere Partei etwa ein Recht, die Sache nicht herauszugeben, oder betrifft die Nichtleistung lediglich einen untergeordneten und kleinen Teil der Leistung, an dem kein besonderes Interesse des Käufers besteht, so liegt aber keine wesentliche Vertragsverletzung vor<sup>161</sup>. Dem steht es gleich, wenn der Käufer sich weiteren Forderungen unterwerfen soll<sup>162</sup>, Rabatte aufgekündigt werden<sup>163</sup> oder Rechte der anderen Partei beharrlich bestritten werden<sup>164</sup>.

Beim Dokumentenkauf ist die Nichtübergabe der Dokumente wenigstens dann eine wesentliche Vertragsverletzung, wenn der Käufer erst durch das Dokument die Verfügungsgewalt erlangen kann<sup>165</sup>. Damit werden die sogenannten Traditionspapiere mit erfasst, also Konnossement, Ladeschein und Lagerschein.

Desgleichen liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor, wenn bei Fälligkeit feststeht, dass die Leistung objektiv unmöglich geworden ist<sup>166</sup>. Ist die Unmöglichkeit oder das Unvermögen hingegen nur vorübergehend, hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob eine wesentliche Vertragsverletzung anzunehmen ist<sup>167</sup>.

## 2. Verzug

Eine Fristüberschreitung bei Fixgeschäften, just-in-time Verträgen oder auch bei dem Verkäufer mitgeteilten Fixterminen des Käufers gegenüber seinen Abnehmern stellt stets eine wesentliche Vertragsverletzung dar<sup>168</sup>, da dann der Käufer geltend machen kann, dass die Einhaltung des Liefertermins von immanenter Bedeutung für den Vertrag war. Ist das nicht der Fall, kann einzig und allein eine erfolglose Nachfristsetzung oder ein längerer Zeitablauf eine wesentliche Vertragsverletzung begründen<sup>169</sup>. Eine bloße Verspätung von wenigen Tagen ist somit generell unschädlich<sup>170</sup>.

Der Zahlungsverzug des Käufers ist ebenfalls grundsätzlich keine wesentliche Vertragsverletzung<sup>171</sup>. Nur dann, wenn ein Fixgeschäft der Zahlung vereinbart wurde oder die pünktliche Zahlung ansonsten von entscheidender Bedeutung ist, kann eine wesentliche Vertragsverletzung ausnahmsweise vorliegen<sup>172</sup>.

---

<sup>159</sup> *S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 17; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 20; Lurger IHR 91, 95.*

<sup>160</sup> *OLG Düsseldorf CLOUT Nr. 130; OLG Celle CLOUT Nr. 136; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg NJW 1996, 3229, 3231; Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage IHR 2001, 35, 37; S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 17; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 49 Rn. 4; Achilles Art. 49 Rn. 2; MK/HGB- Benicke Art. 49 Rn. 11 ff.; Piltz NJW 2003, 2056, 2063.*

<sup>161</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 20.*

<sup>162</sup> *Schiedsgericht Hamburger freundschaftliche Arbitrage NJW- RR 1999, 780 („torpedierte“ Vorkasse).*

<sup>163</sup> *ICC- Schiedsspruch IHR 2004, 21.*

<sup>164</sup> *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH vs. Rosedown Park Pty Ltd and Reginald Eustace, Federal Court of Australia CLOUT Nr. 308.*

<sup>165</sup> *E/M- Strohbach Art. 49 Bem. 3; S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 11; Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 17.*

<sup>166</sup> *BGH NJW 1995, 2101, 2102; MK/HGB- Benicke Art. 49 Rn. 18; MK- Gruber Art. 25 Rn. 20; S/S- Schlechtriem /Schroeter Art. 25 Rn. 17.*

<sup>167</sup> *MK- Gruber Art. 25 Rn. 20.*

<sup>168</sup> *Corte di Appello di Milano 20.03.1998, UNILEX; S/S- Schlechtriem /Schroeter Art. 25 Rn. 18; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 22; H/C Art. 25 Rn. 8; Kappus NJW 1994, 984, 985.*

<sup>169</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 23; vgl. OLG München IHR 2003, 176, 177 m. Bem. Herber IHR 2003, 177, 178.*

<sup>170</sup> *LG Oldenburg CISG- Online Nr. 188.*

<sup>171</sup> *MK/HGB- Benicke Art. 25 Rn. 20; S/S<sup>4</sup>- Schlechtriem Art. 25 Rn. 22.*

<sup>172</sup> *Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 24.*



### 3. Qualitätsmängel

Ein größeres Problem stellen die Qualitätsmängel dar. Qualitätsmängel, die eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen sollen, können von den Parteien vertraglich festgelegt werden<sup>173</sup>. Fehlt es, wie regelmäßig, daran, muss der Mangel von erheblichem Gewicht sein.

Das ist dann nicht der Fall, wenn der Mangel behebbar, die Behebung durch den Käufer angeboten und die Mängelbeseitigung innerhalb angemessener Frist zu erwarten ist<sup>174</sup>. Im Fall der praktischen Unbrauchbarkeit oder Unverkäuflichkeit liegt andererseits unproblematisch immer eine wesentliche Vertragsverletzung vor<sup>175</sup>. Das gilt auch in dem Fall, in dem der Mangel nicht behoben werden konnte<sup>176</sup>. Kann die Ware hingegen noch in zumutbarer Weise abgesetzt oder verarbeitet werden, so ist ein wesentlicher Vertragsbruch zu verneinen<sup>177</sup>. Da die Rückabwicklung *ultima ratio* ist, auch aufgrund der Kosten und Risiken des Rücktransports, sollten strenge Anforderungen gestellt werden, so dass selbst Schleuderpreise beim Weiterverkauf zumutbar sind<sup>178</sup>. Die Grenze hierfür sind unzumutbare Betriebswege und Unsicherheiten über den Ersatz der Ausgaben<sup>179</sup>. I.Ü. ist dann Schadensersatz zu gewähren gem. Artt. 74 ff. CISG. Diese Grundsätze gelten bei der Aliudlieferung entsprechend, so dass nur noch eine krasse Aliudlieferung, für die der Käufer überhaupt keine Verwendung hat, eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt<sup>180</sup>.

Ein Vertrauensverlust infolge Arglist des Verkäufers wird man nur dann bejahen können, wenn der Ausmaß des Verlusts so groß ist, dass der Käufer berechtigterweise die Vermutung hat, weitere unentdeckte oder noch zukünftige Vertragsverletzungen stünden bevor, und somit weitere unzumutbare Folgen auf ihn zukämen<sup>181</sup>.

Sind Dokumente nicht geliefert worden, so muss man abstellen, ob sich die Sache dennoch nutzen lässt oder ein Nachliefern in angemessener Zeit bzw. ein eigenes Erstellen ohne großen Aufwand möglich ist<sup>182</sup>. Erst wenn dem nicht so ist, liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor<sup>183</sup>.

Beim Dokumentenkauf i.e.S., d.h., dass die Ware in Gestalt der sie vertretenden Dokumente, z. B. durch das Konnossement, zu übergeben ist und die Zahlung Zug um Zug oder durch Akkreditiv, gilt gem. Art. 9 CISG das Gebot der Dokumentenstrenge. Das bedeutet, dass der Käufer oder die von ihm eingeschaltete Bank das sog. unreine Konnossement, die Vertragswidrigkeit ergibt sich aus der Verpackung oder dem Dokument, zurückweisen und nach Ablauf der zu setzenden Nachfrist die Aufhebung gem. Art. 49 I lit. b) CISG erklären können<sup>184</sup>. Wird es hingegen angenommen, so ist es geliefert mit der Konsequenz, dass an Stelle von Art. 49 I lit. b) CISG nun Art. 49 I lit. a) CISG Anwendung findet<sup>185</sup>.

Rechtsmängel stellen dann eine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn sie den Käufer am Weiterverwenden hindern, etwa wenn es sich um Diebesware handelt<sup>186</sup>.

---

<sup>173</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 26.

<sup>174</sup> Schlechtriem Rn. 115; Ferrari IHR 2005, 1, 7; vgl. Lurger IHR 2001, 91, 96 ff.

<sup>175</sup> OLG Köln IHR 2003, 15; LG Landshut CISG- Online Nr. 193; Cass. CLOUT Nr. 315; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 26; Ferrari IHR 2005, 1, 7.

<sup>176</sup> Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp, US Court of Appeals 71 F 3d 1024 [2nd Cir 1995] = CISG- Online Nr. 140; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 26.

<sup>177</sup> BGHZ 132, 290, 297, 298; MK- Gruber Art. 25 Rn. 22.

<sup>178</sup> S/S<sup>4</sup>- Schlechtriem Art. 25 Rn. 21a; Ferrari IHR 2005, 1, 7.

<sup>179</sup> S/S<sup>4</sup>- Schlechtriem Art. 25 Rn. 21a.

<sup>180</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 27; Art. 49 Rn. 15; Bitter/ Bitter BB 1993, 2315, 2320, 2321; Holthausen RIW 1990, 101, 106.

<sup>181</sup> Achilles Art. 25 Rn. 8.

<sup>182</sup> Achilles Art. 25 Rn. 6.

<sup>183</sup> Ferrari IHR 2005, 1, 7.

<sup>184</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 19.

<sup>185</sup> BGHZ 132, 290, 301, 302; S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 19.

<sup>186</sup> LG Freiburg IHR 2003, 22, 23; Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 27; Achilles Art. 25 Rn. 7.

## IV. Beweisfragen

Grundsätzlich hat die verletzte Partei die Umstände zu beweisen, die die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ergeben<sup>187</sup>. Sie hat also zu beweisen, dass ihr Interesse weggefallen ist. Sie muss hingegen nicht beweisen, dass die vertragsbrüchige Partei die Folgen voraussehen konnte<sup>188</sup>. Das wird vermutet. Es obliegt der vertragsbrüchigen Partei somit, diese Vermutung zu widerlegen<sup>189</sup>.

## § 8 Nichterfüllung in den Principles und im DCFR

### I. Einleitung

Zentraler Begriff in dem Leistungsstörungenrecht der Principles ist in Artt. 7.1.1 PICC und 8:101 PECL sowie in Art. III.- 3:101 DCFR die Nichterfüllung einer Vertragsobligenheit. Dabei ist es gleichgültig, was für eine Art von Nichterfüllung vorliegt, ob sie entschuldigt ist oder nicht oder ob eine Haupt- oder Nebenpflicht verletzt wurde<sup>190</sup>. Damit gehen die Principles und der DCFR einher mit der Lösung im UN-Kaufrecht und im deutschen Recht<sup>191</sup>. Freilich muss auch dieser Begriff der Nichterfüllung nicht strikt am Wortlaut ausgelegt werden. Art. 7.1.1 PICC bezieht sogar *expressis verbis* die Schlechtleistung als Nichtleistung mit ein, was genauso für die PECL gelten soll<sup>192</sup>. Damit muss das spiegelbildlich gelten, was bereits oben<sup>193</sup> zur Pflichtverletzung im deutschen Recht gesagt wurde, nämlich dass der Begriff der Nichterfüllung hier immer mit dem Begriff der Pflichtverletzung kombiniert werden muss. Auch bei den PECL ist die teleologische Kombination anzunehmen. Bei den PICC ist es etwas schwieriger, da Art. 7.1.1 PICC direkt von der Schlechtleistung als Nichterfüllung spricht. Hingegen ist damit zwar gemeint, dass die Nichterfüllung die Pflichtverletzung mit umfasst, aber trotzdem nicht deutlich genug, um die teleologische auszuschließen.

Damit einhergehend bietet die Übersetzung von *non-performance* mit Nichterfüllung Probleme<sup>194</sup>. Denn *performance* kann sowohl Leistung als auch Erfüllung bedeuten. Da aber Erfüllung ein engerer Begriff ist, ist diese Wahl unglücklich<sup>195</sup>. Doch obwohl in der Tat die Übersetzung mit Nichtleistung besser gewesen wäre, kann auch sie keinen optimalen Begriff darstellen, wie bereits oben gezeigt<sup>196</sup>. Leider ist ein wirklich allumfassender Begriff für alle Arten von Leistungsstörungen und Pflichtverletzungen nicht ersichtlich, so dass wir mit dem arbeiten müssen, was wir haben, und den Unzulänglichkeiten der Sprache, und hier nicht nur der deutschen, da auch das Englische und Französische keinen wirklich allumfassenden Begriff beinhaltet, auf anderer Weise begegnen müssen.

---

<sup>187</sup> BGHZ 132, 290, 298; S/S- Schlechtriem/Schroeter Art. 25 Rn. 16; H/C Art. 25 Rn. 10.

<sup>188</sup> Staudinger- Magnus Art. 25 Rn. 31.

<sup>189</sup> B/B- Will Bem. 2.2.1.; H/C Art. 25 Rn. 10.

<sup>190</sup> PICC Art. 7.1.1 Comment; PECL Art. 8:101 Kommentar A; Lando Eight Principles S. 115.

<sup>191</sup> Vgl. Magnus ZEuP 2007, 260, 263.

<sup>192</sup> PECL Art. 8:101 Kommentar A.

<sup>193</sup> Siehe §§ 5, 6.

<sup>194</sup> Coen S. 229 ff.

<sup>195</sup> Coen S. 229.

<sup>196</sup> Siehe § 5 I 2.

## II. Rechtslage nach den PECL

Liegt eine Nichterfüllung vor, so kann der Gläubiger gem. Art. 8:101 I PECL seine Rechte aus Kapitel 9 der PECL geltend machen. Das gilt gem. Art. 8:101 II PECL nicht für den Schadensersatz, wenn eine Entschuldigung des Art. 8:108 PECL vorliegt. Die Rechte sind ferner ausgeschlossen, wenn die Nichtleistung durch die Handlung des Gläubigers verursacht wurde. Art. 8:102 PECL erlaubt die Ausübung mehrerer Rechtsbehelfe nebeneinander, sofern diese miteinander vereinbar sind.

Die Nichterfüllung wird in Art. 1:301 IV PECL definiert. Dabei ist jede mangelhafte oder verspätete Erfüllung, gleich aus welchem Grund, Nichterfüllung. Es kommt ebenfalls nicht darauf an, ob sie entschuldigt ist oder nicht, da die Entschuldigung lediglich für den Anspruch auf Leistung und Schadensersatz relevant wird<sup>197</sup>.

## III. Rechtslage nach den PICC

In den PICC ist die Nichterfüllung Grundlage der weiteren Rechtsbehelfe, nämlich Schadensersatz und Vertragsaufhebung. Obwohl nichts dahingehendes direkt geregelt ist, gehen auch die PICC von einer simultanen Ausübung mehrerer Rechtsbehelfe aus<sup>198</sup>. Allein Art. 7.3.5 II PICC gibt einen diesbezüglichen Hinweis, da es den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und die Vertragsaufhebung nebeneinander erlaubt. Eine Nichterfüllung liegt gem. Art. 7.1.2 PICC dann allerdings nicht vor, sofern der Gläubiger die Verhinderung verursacht hat oder das Risiko der Nichterfüllung in diesem Fall trägt. Das geht zwar durch den Wortlaut nicht eindeutig hervor, jedoch soll der Schuldner dadurch geschützt werden, dass in einem solchen Fall zwar keine entschuldigte Nichterfüllung zu erblicken ist, sondern der Gläubiger seiner Rechte diesbezüglich verlustig geht<sup>199</sup>. Allerdings wiederholt Art. 7.1.2 den gleichen Fehler von Art. 80 CISG, der ebenso ungenau formuliert ist<sup>200</sup>. Genauso offen bleibt, was mit dem Gegenleistungsanspruch des Schuldners geschieht<sup>201</sup>. Hier kann man nur der Lösung der CISG folgen<sup>202</sup>. Damit ist entsprechend die Lösung für Art. 80 CISG anzuwenden. Das heißt, dass der vertragstreue Schuldner seine Ansprüche behält<sup>203</sup>, sich aber das anrechnen muss, was er durch die Nichterbringung der Leistung erspart hat<sup>204</sup>.

## IV. Vergleich mit den AP und dem DCFR

Art. III.- 3:101 DCFR und Art. III.- 3:102 DCFR sind eine nahezu wortgetreue Kopie von Art. 8:101 bzw. 8:102 PECL. Das ist insofern auch nicht weiter verwunderlich, da der *acquis communautaire* wenig Verwertbares zu diesem Rechtsgebiet aufweist, um es alleine zu fundierten Rechtsgrundregeln zusammentragen zu können, so dass die PECL als Hauptquelle dienen<sup>205</sup>. Deswegen fand in den AP mit Art. 8:101 AP auch eine Anlehnung an die CISG statt<sup>206</sup>, so dass ein Ergebnis herauskam, welches Art. 7.1.1 PICC sehr ähnelt. Ergo sollen mit

---

<sup>197</sup> PECL Art. 1:301 Kommentar D.

<sup>198</sup> PICC Art. 7.1.1 Comment.

<sup>199</sup> PICC Art. 7.1.2 Comment 1.; zweifelnd Coen S. 230, 231.

<sup>200</sup> Vgl. S/S- Schwenzler Art. 80 Rn. 8 m.w.N.

<sup>201</sup> Coen S. 231.

<sup>202</sup> Vgl. Coen Fn. 595.

<sup>203</sup> Staudinger- Magnus Art. 80 Rn. 18.

<sup>204</sup> MK-HGB/Mankowski Art. 80 Rn. 12.

<sup>205</sup> Zoll S. 190; Schulze ZEuP 2007, 731, 733.

<sup>206</sup> AP- Comment Art. 8:101 Rn. 1, 2.

Nichtleistung nicht nur das Ausbleiben der Leistung, sondern jegliche Pflichtverletzung wie auch Schlechtleistung und Verzug mit umfasst sein<sup>207</sup>. Doch ist auch hier diese Norm grundlegend für die weiteren Rechtbehelfe<sup>208</sup>.

Die Definition der Nichterfüllung in Annex 1 DCFR entspricht der des Art. 1:301 IV PECL, jedoch ohne die ausdrückliche Nennung der verweigerten Mitarbeit des Gläubigers. Desgleichen ist Art. 8:101 AP ein Äquivalent, das auch noch die verweigerte Mitarbeit des Gläubigers *expressis verbis* nennt, wie in Art. Art. 1:301 IV PECL. Damit wird auch von dem DCFR der Begriff der Nichterfüllung, die alle Arten der ausbleibenden und fehlerhaften Leistung erfassen soll, weitergeführt<sup>209</sup>.

Im Gegensatz jedoch zu den Principles, verzichtet der DCFR nicht auf eine Regelung, wann denn ein Sachmangel vorliegt. In den Artt. IV. A.- 2:301 ff. DCFR wird die Beschaffenheit der Waren festgelegt. Dabei wird auf den subjektiven Fehlerbegriff abgestellt, wobei es nur wenige Abweichungen zum § 438 BGB geben dürfte<sup>210</sup>. Eine solche ist gem. Art. IV. A.- 2:301 lit. b) DCFR zum Beispiel das Erfordernis einer Verpackung, die für die Vertragsausführung erforderlich ist. Allerdings ist wenig geglückt, dass nicht der Fehler als solcher definiert wird, sondern das Nichtvorliegen desselben<sup>211</sup>. Es wird definiert, wann eine Ware vertragskonform ist. Damit ist eine sinnvolle Ordnung nicht mehr vorhanden<sup>212</sup>. Es bietet sich daher bei der Revision des DCFR zum CFR dringend an, wieder die Mangelhaftigkeit wieder zu definieren und auf die jetzigen 11 Kriterien (ohne Nachträge) zu verzichten. Dabei sollte die Mangelhaftigkeit so dargestellt werden, dass differenziert zwischen der Abweichung von der vertraglich geregelten Beschaffenheit, vertraglich ausgegangenen Zweck wie Abweichung von einer Probe und der Untauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch<sup>213</sup>. Damit wäre die Ordnung wiederhergestellt und gleichzeitig der Regelungszweck umfassend geregelt.

## **§ 9 Wesentliche Nichterfüllung in den Principles und im DCFR**

Wie bei der wesentlichen Vertragsverletzung in der CISG ist auch in den Principles und im DCFR die wesentliche Nichterfüllung von zentraler Bedeutung bei der Ausübung spezieller Rechte des Gläubigers. Auch hier muss eine wesentliche Nichterfüllung vorliegen, um vertragsliquidierende Rechtbehelfe ausüben zu können.

### **I. Wesentliche Nichterfüllung in den PECL**

Die PECL haben mit Art. 8:103 PECL eine Definition der wesentlichen Nichterfüllung. Diese Regelung soll primär auf dem englischen Recht basieren<sup>214</sup>.

Art. 8:103 lit. b) PECL definiert, wann eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, rekurriert wie Art. 25 CISG und Art. 7.3.1 PICC auf die Verletzung des wesentlichen Vertragsinteresses. Insoweit wird auf die Darstellung oben<sup>215</sup> verwiesen. Auf ein Verschulden kommt es

---

<sup>207</sup> Zoll S. 193; Leible S. 97; vgl. Magnus ZEuP 2007, 260, 262, 263.

<sup>208</sup> AP- Comment Art. 8:101 Rn. 6.

<sup>209</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 712, 713.

<sup>210</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 718, 719.

<sup>211</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 719.

<sup>212</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 719.

<sup>213</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 719.

<sup>214</sup> PECL Art. 8:103 Anmerkung I.

<sup>215</sup> Siehe § 7 II.

nicht an<sup>216</sup>, allerdings ist es ausgeschlossen, wenn der Schuldner es nicht voraussah und auch nicht hätte voraussehen können.

Lit. a) definiert eine wesentliche Nichterfüllung als die nicht genaue Einhaltung der Verpflichtungen, die aber für den Vertrag entscheidend sind. Damit bezieht sie sich auf die *conditions*-Lehre<sup>217</sup> des englischen Rechts<sup>218</sup>. Vom Wortlaut her müsste auch schon ein unbedeutender Vertragsbruch zur Auflösung führen können<sup>219</sup>. Insbesondere da dies eine Rezeption des englischen Rechts sein soll. Jedoch ist im Gegensatz zum englischen Recht Treu und Glauben Bestandteil der Principles und des DCFR und somit als Korrektiv zu benutzen<sup>220</sup>. Dann aber ist kein Unterschied mit der Regelung des Art. 7.3.1 PICC ersichtlich<sup>221</sup>. Doch hat dies auch zur Folge, dass im Endeffekt hier diese Formulierung überflüssig ist, da sie bereits von lit. b) mit-umfasst ist. Schlimmer noch, da durch den Verweis auf das englische Recht die einzigen Rechtsanwender, die diesen Punkt mit Leben ausfüllen könnten, übersehen werden, dass Treu und Glauben als Korrektiv zu beachten ist. Deswegen ist es zu begrüßen, dass Art. III.- 3.502 II DCFR diese Möglichkeit nicht mehr beinhaltet.

Lit. c) nimmt eine wesentliche Vertragsverletzung dann an, wenn die Nichterfüllung zwar gering sein mag, sie dennoch vorsätzlich geschieht. Vorsatz beinhaltet dabei gem. Art. 1:301 III PECL auch die grobe Fahrlässigkeit<sup>222</sup>. Sollte das passieren und gleichzeitig die verletzte Partei Anlass zur Sorge haben, dass künftige Leistungen ebenfalls durch diese Unzuverlässigkeit des Schuldners mangelhaft sein werden, ist dies als wesentliche Vertragsverletzung zu werten. Liegt keine solche Besorgnis vor oder erfolgt keine weitere Lieferung, so ist keine wesentliche Vertragsverletzung mehr gegeben<sup>223</sup>. Damit muss ein wenn auch weit zu verstehendes Dauerschuldverhältnis vorliegen<sup>224</sup>. Allerdings bestehen mit Artt. 8:105, 9:302 und 9:304 PECL *leges speciales*, so dass auch diese Variante als überflüssig zu bewerten ist<sup>225</sup>.

## II. Wesentliche Nichterfüllung in den PICC

Im Gegensatz zu der CISG und den PECL verzichten die PICC auf eine Legaldefinition des Begriffs der wesentlichen Nichterfüllung<sup>226</sup>. Damit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Richter anhand des Einzelfalls zu beurteilen ist<sup>227</sup>. Nicht nur die Nichterfüllung, sondern jede Art der Leistungsstörung, so auch Schlechtleistung und Verzug, sind erfasst<sup>228</sup>. Der Grund für eine so offene Formulierung, die eine strikte Definition vermeidet, ist, dass so der Entscheidungsspielraum der Rechtsanwender am höchsten bleibt<sup>229</sup>. Allerdings indiziert Art. 7.3.1 II PICC, wann eine wesentliche Nichterfüllung vorliegen könnte. Ein Verschulden ist auch hier irrelevant<sup>230</sup>.

<sup>216</sup> Hartkamp *ERPL* 2 [1994], 341, 350.

<sup>217</sup> Vgl. *Treitel Contract* S. 703 ff.

<sup>218</sup> Coen S. 261; vgl. *PECL Art. 8:103 Anmerkung 1*.

<sup>219</sup> Coen S. 262.

<sup>220</sup> *Lando Eight Principles* S. 117; wobei mit der Einführung von *Sec. 15A* und *Sec. 30 IIA 1994* unbedeutende Mängel nicht mehr zur Vertragsauflösung genutzt werden dürfen.

<sup>221</sup> Coen S. 262.

<sup>222</sup> Coen S. 262 Fn. 739 gibt zu Recht an, dass es in den *PECL* nicht durchgängig gehandhabt wird, Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gleichzusetzen, da z.B. in Art. 9:305 immer noch die grobe Fahrlässigkeit erwähnt wird. Jedoch ist das nur ein Redaktionsversehen, das sich nicht auf den Grundsatz durchschlägt.

<sup>223</sup> *PECL Art. 8:103 Kommentar D*.

<sup>224</sup> Vgl. *Schlechtriem Abstandnahme* S. 171, 172.

<sup>225</sup> Vgl. Coen S. 265.

<sup>226</sup> Coen S. 231.

<sup>227</sup> Coen S. 231; Burkart S. 233, 234; vgl. *Flessner ZEuP* 1997, 255, 270.

<sup>228</sup> *Schlechtriem EJLR* 1999, 305, 306.

<sup>229</sup> Coen S. 231.

<sup>230</sup> Hartkamp *ERPL* 2 [1994], 341, 350.

Lit. a) lehnt sich offensichtlich dabei an Art. 25 CISG an. Es ist die zentrale Vorschrift<sup>231</sup>. Hiernach muss berücksichtigt werden, was der benachteiligten Partei durch die Nichterfüllung entgeht. Ausgeschlossen ist dies nur dann, wenn die andere Partei es vernünftigerweise nicht vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte. Damit finden die Kriterien Anwendung, die bereits oben<sup>232</sup> beschrieben wurden, so dass nur noch nach oben verwiesen wird.

Lit. b) umfasst den gleichen Grundgedanken, allerdings aus einem anderen Blickwinkel<sup>233</sup>. Hiernach ist eine wesentliche Vertragsverletzung dann anzunehmen, wenn die „genaue Einhaltung der nicht erfüllten Vertragspflicht für den Vertrag entscheidend ist“. Damit soll wohl eine Art „Kompromiss“<sup>234</sup> mit dem englischen Rechtskreis gefunden werden. Denn diese Lösung zielt genau auf die Lehre des englischen Rechts ab, dass Vertragsvereinbarungen als *condition*, als *essence of the contract* vereinbart werden können, so dass schon geringste Abweichungen zur Beendigung des Vertrages führen können<sup>235</sup>. Eine Vorhersehbarkeit oder gar ein Schaden des Gläubigers sind keine Gründe, die in einem solchen Fall einer Beendigung im Wege stünden. Da dies nur ein Kriterium unter mehreren ist, zumal auch nur indiziell und nicht definitorisch, wird gleichzeitig dem Missbrauch im englischen Recht vorgebeugt, schon bei kleinsten Verstößen eine *condition* anzunehmen, um unliebsam gewordene Verträge zu beenden. Trotzdem bleibt zweifelhaft, ob diese Einfügung tatsächlich notwendig war, außerhalb einer politischen Notwendigkeit. Denn die Beispiele, die gegeben werden, strikte Zeiteinhaltung oder Andienung nicht vertragskonformer Dokumente<sup>236</sup>, können auch unter Art. 7.3.1 II lit. a) PICC zu subsumieren sein. Somit mag eher die englische Gerichtsbarkeit diese Regelung mit Leben füllen. Ansonsten ist sie überflüssig. Entweder eine Vertragsbestimmung ist entscheidend, dann kann sie auch bei der kleinsten Nichteinhaltung als Verstoß gegen das Wesentliche des Vertrages nach lit. a) als Aufhebungsgrund fungieren, oder sie ist zu banal. Einen Mittelweg gibt es nicht. Art. 7.3.1 II lit. b) ist überflüssig.

Lit. c) gibt der verletzten Partei die Möglichkeit, eine wesentliche Vertragsverletzung anzunehmen, wenn „die Nichtleistung absichtlich oder leichtfertig geschieht“. Damit soll die vom Schuldner offenkundig gewordene Einstellung zum Vertrag den Gläubiger in die Lage versetzen, den Vertrag zu beenden<sup>237</sup>. Ein Schuldner mit einer gleichgültigen oder gar feindseligen Einstellung zum Vertrag soll den Gläubiger in die Lage versetzen, den Vertrag aufzulösen. Er soll nicht gezwungen werden, mit einem so unzumutbaren Schuldner in einer Vertragsbeziehung gefangen zu sein. Auf den ersten Blick eine gute Idee. Aber nur auf den ersten Blick. Zum einen gibt es ein großes Beweisproblem, wann denn nun tatsächlich der Schuldner absichtlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Zum anderen ist nicht klar, auf was sich die notwendige Leichtfertigkeit oder Absicht denn beziehen muss<sup>238</sup>. Höchst fraglich ist, ob das Ergebnis oder die dazugehörige Handlung oder Unterlassung gemeint ist. Und dann ist ebenso problematisch, ob eine hierbei entschuldbare Absicht, etwa wegen eines irrtümlich für vorhanden geglaubten Leistungsverweigerungsrechts, schon zur Aufhebung des Vertrages führen kann. Ein Verweis auf Treu und Glauben hier ist unzureichend<sup>239</sup>. Hier hätte man ein solches Kriterium mit mehr Leben füllen müssen. Da das nicht geschehen ist, bleibt im Ergebnis die Absicht des Schuldners nur ein weiteres Kriterium in der Gesamtabwägung<sup>240</sup>, zumal dieses

---

<sup>231</sup> Schlechtriem *EJLR* 1999, 305, 309.

<sup>232</sup> Siehe § 7 II.

<sup>233</sup> Coen S. 233.

<sup>234</sup> Schlechtriem *Abstandnahme* S. 164.

<sup>235</sup> Coen S. 233.

<sup>236</sup> PICC Art. 7.3.1 Comment 3 b).

<sup>237</sup> Flessner *ZEuP* 1997, 255, 297 f.

<sup>238</sup> Coen S. 234.

<sup>239</sup> PICC Art. 7.3.1 Comment 3 c).

<sup>240</sup> Coen S. 234.

Kriterium selbst von den Grundregelerstellern nur als untergeordnetes Kriterium angesehen wird<sup>241</sup>. Doch dann fragt man sich, warum es überhaupt eingeführt wurde<sup>242</sup>.

Lit. d) lässt indiziert eine wesentliche Nichterfüllung für den Fall, dass das Verhalten des Schuldners Anlass zur Annahme bietet, dass der Gläubiger sich bei künftigen Leistungen nicht auf den Schuldner verlassen kann, ob er ordnungsgemäß erfüllt. Dies ist für den Fall gedacht, dass in Sukzessivlieferungsverträgen und Dauerschuldverhältnissen eine Leistung mangelhaft ist und es zu befürchten ist, dass die weiteren Leistungen ebenfalls mangelhaft sind<sup>243</sup>. Da diese Problematik hingegen von Art. 7.3.3 und Art. 7.3.4 PICC bereits erschöpfend behandelt wird, muss auch dieses Kriterium als überflüssig zu gelten haben<sup>244</sup>. Diese setzen zwar eine wesentliche Nichterfüllung voraus, doch muss dies auch in diesem Fall hier gelten<sup>245</sup>. Ansonsten wäre selbst bei kleinen Mängeln ein Rücktrittsgrund gegeben, so dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* ernstlich in Gefahr ist. Somit muss lit. d) teleologisch reduziert werden. Dann aber ist man gänzlich im Anwendungsbereich von Art. 7.3.3 und Art. 7.3.4 PICC, so dass diese als *leges speciales* Art. 7.3.1 II lit. d) vorgehen. Selbst die Fälle, in denen die Summe kleiner Mängel als Aufhebungsgrund gelten soll<sup>246</sup>, führen nicht zu einem irgendwie gearteten Anwendungsbereich von Art. 7.3.1 II lit. d) PICC. Denn eine Vielzahl von kleinen Mängeln, die jede für sich genommen nicht schwerwiegend sind, kann in ihrer Masse so schwerwiegend werden, dass eine wesentliche Nichterfüllung anzunehmen ist. Damit bleibt für lit. d) kein Anwendungsbereich über, so dass dieser nutzlos ist.

Lit. e) ist kein Kriterium, welches die Wesentlichkeit der Nichterfüllung indiziert, sondern im Gegenteil ihren Ausschluss. Hiernach können unverhältnismäßige Einbußen der nichterfüllenden Partei einer wesentlichen Nichterfüllung im Wege stehen. Damit ist der Fall gemeint, dass eine Vertragspartei ihrer Pflicht noch nicht in zufriedenstellender Weise nachgekommen ist, aber selbst schon erhebliche Anstrengungen zur Erfüllung unternommen hat, die sonst wertlos würden<sup>247</sup>. Als Beispiel<sup>248</sup> dient die Softwarefirma, deren Software statt am 31.12. erst am 31.01 geliefert wird, der Besteller aber noch Verwendung dafür hat. Da allerdings der Rücktritt an die Nacherfüllung gekoppelt ist, wird man in diesem Fall eine wesentliche Nichterfüllung von Anfang an nicht erblicken können, so dass auch diese Regelung überflüssig wäre<sup>249</sup>. Da allerdings lit. e) ein Ausfluss von Treu und Glauben ist<sup>250</sup>, ist sie als Korrektur für lit. b) sinnvoll<sup>251</sup>. Weil aber die *conditions*-Lehre allenfalls vor englischen Gerichten Anwendung findet, bleibt neben dieser Nische allenfalls, als Hilfsfunktion für das Rückabwicklungsregime zu dienen<sup>252</sup>. Denn sie schließt die Ausgleichung zusätzlicher Aufwendungen zur Leistungserbringung grundsätzlich aus.

Somit ist deutlich, dass sowohl die geänderte Formulierung als auch die fehlende Definition der wesentlichen Nichterfüllung mit Art. 25 CISG wesentlich übereinstimmt<sup>253</sup>. Die weiteren Kriterien sind überflüssig und die Indizwirkung wird nahezu keinen Unterschied mit der Definitionswirkung des Art. 25 CISG haben, so dass Art. 7.3.1 PICC Art. 25 CISG vollends entspricht.

---

<sup>241</sup> Vgl. *Furmston Am.J.Comp.L.* 40 [1992], 671, 673.

<sup>242</sup> *Coen S.* 234.

<sup>243</sup> *PICC Art. 7.3.1 Comment 3 d).*

<sup>244</sup> *Coen S.* 235.

<sup>245</sup> Vgl. *Schlechtriem Abstandnahme S.* 171.

<sup>246</sup> Vgl. *Flessner ZEuP* 1997, 255, 268.

<sup>247</sup> *Coen S.* 237.

<sup>248</sup> *PICC Art. 7.3.1 Illustration 5.*

<sup>249</sup> *Coen S.* 237.

<sup>250</sup> *Burkart S.* 236.

<sup>251</sup> *Coen S.* 237.

<sup>252</sup> *Coen S.* 237, 238.

<sup>253</sup> Vgl. *Coen S.* 238.

### III. Wesentliche Nichterfüllung im DCFR und den AP

Art. III.- 3:502 II DCFR definiert die wesentliche Nichterfüllung zum einen mit der Verletzung des wesentlichen Vertragsinteresses, zum anderen mit der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Nichterfüllung, die die Besorgnis erregt, der Schuldner würde unzuverlässig bei den weiteren Leistungen sein. Damit entspricht es größtenteils der Regelung in den PECL, jedoch wurde auf ein Rekurrenieren der *conditions*-Lehre verzichtet, was die diesbezüglich möglichen Irrtümer verhindert. Der Grund hierfür ist, dass eine generelle Regelung für alle Verträge als zu weitgehend angesehen wird, so dass es den Parteien überlassen bleibt, dies im Vertrag selber zu regeln<sup>254</sup>. Damit wird de facto der Kritik an der zu weiten Regelung der *conditions*-Lehre abgeholfen. Allerdings ist auch hier Art. III.- 3:502 II lit. b) DCFR hinsichtlich der vorsätzlichen Nichterfüllung überflüssig, zumal es mit Artt. III.- 3:401, III.- 3:504 ff. DCFR dieselben *leges speciales* gibt. Somit ist die einfache Nichtleistung noch nicht ausreichend<sup>255</sup>. Nur dann, wenn weitere Umstände hinzutreten, wie etwa der eines Fixgeschäftes oder anderer großer Bedeutung des Liefertermins, wird hieraus eine wesentliche Vertragsverletzung. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Lieferverzug dauerhaft wird oder über einen ungewöhnlich langen Zeitraum sich erstreckt<sup>256</sup>. Das heißt aber auch, dass eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung und Unmöglichkeit stets wesentliche Vertragsverletzungen sind, die einer Nachfristsetzung nicht bedürfen<sup>257</sup>. Nicht zu vertretende Unmöglichkeit führt dabei gem. Art. III.- 3:104 IV DCFR zum automatischen Untergang der beiderseitigen Leistungspflichten. Vorübergehende und nicht verursachte Unmöglichkeit führt gem. Art. III.- 3:104 III DCFR nur zur Suspendierung der Leistungspflicht und nur dann zur wesentlichen Vertragsverletzung, wenn es das Vertragsinteresse des Gläubigers nachhaltig beeinträchtigt. Dann hat aber auch der Schuldner aus Art. III.- 1:110 DCFR ggfls. selbst ein Aufhebungsrecht<sup>258</sup>.

Art. 8:301 AP beinhaltet keine Definition der wesentlichen Pflichterfüllung, sondern hat Ähnlichkeiten mit dem deutschen Recht. Hiernach ist ein Rücktritt ohne das Setzen einer Nachfrist, wenn von dem Gläubiger vernünftigerweise nicht mehr verlangt werden kann, an den Vertrag festzuhalten. Dabei ist besonders die Art der Nichtleistung oder die Natur der geschuldeten Leistung zu berücksichtigen. Das ähnelt dem deutschen Recht, wo nach Abwägung beiderseitiger Interessen ein Rücktritt gerechtfertigt ist. Allerdings ist festzuhalten, dass es praktisch keine Unterschiede zwischen diesen Rechtsordnungen geben wird. Eine wesentliche Nichterfüllung rechtfertigt auch im deutschen Recht einen Rücktritt, während man eine Abwägung der Interessen auch bei der Wesentlichkeit der Nichterfüllung im Auge behalten muss.

### § 10 Vergleich der Pflichtverletzung

Zentraler Begriff der Principles, des DCFR, der CISG und des deutschen Rechts ist die Nichterfüllung, bzw. Pflichtverletzung. In allen diesen Rechtssammlungen bedeutet sie das Gleiche, nämlich das Zurückbleiben hinter den Pflichten des Vertrages. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass im Endeffekt beide Begriffe mit einander kombiniert nur das Ziel erreichen, alle Arten der Leistungsstörung zu erfassen. Insofern sind sie teleologisch zu kombinieren. Allerdings hat in der CISG die wesentliche Vertragsverletzung weit mehr Gewicht als der Grundtatbestand. Das gilt für die Principles und den DCFR nicht so stark, jedoch hat auch

<sup>254</sup> DCFR Art. III.- 3:502 Comment A.

<sup>255</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 726.

<sup>256</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 726, 727.

<sup>257</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 728.

<sup>258</sup> Huber ZEuP 2008 Fn. 109; vgl. RGZ 42, 114, 114 ff. (Mühlenbrandfall).



hier die wesentliche Vertragsverletzung besondere Bedeutung. Dafür hat das deutsche Recht weitreichendere Regelungen für die Unmöglichkeit und den Verzug als das bei den anderen Rechtssammlungen der Fall ist. Hier hat die Unmöglichkeit auch eine weitergehende Bedeutung, nämlich die der Einschränkung der Leistungs- und Schadensersatzpflicht. Insofern ähnelt diese Lösung der, die der Gesetzgeber für das BGB 1896 vorsah: Die Unmöglichkeit als Zentralbegriff und alles aus ihr heraus zu erklären. Dort war beispielsweise die Lieferung einer mangelhaften Sache als Unmöglichkeit der Lieferung genau der Sache in mangelfreiem Zustand vorgesehen, sofern § 224 I 2 E I BGB nicht eingriff. In den Principles und im DCFR ist die Unmöglichkeit hingegen die Grundnorm für das Nichteintreten der Leistungs- bzw. Schadensersatzpflicht. Hiernach ist die Nichterfüllung entschuldigt, wenn sie unmöglich war und diese nicht zu vertreten ist. Folglich ist die Unmöglichkeit hier zum zentralen Begriff der Entschuldigung geworden. Doch davon später mehr.

## I. Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung ist und bleibt der zentrale Begriff im deutschen Recht, der CISG, dem DCFR und den Principles. Dabei ist es gleichgültig, wie er genannt wird. Es soll zwischen Nichterfüllung und Pflichtverletzung nur einen verbalen, aber keinen inhaltlichen Unterschied geben<sup>259</sup>. Wie oben gezeigt<sup>260</sup>, müssen diese Begriffe allerdings miteinander ergänzt und kombiniert werden, um tatsächlich alle denkbaren Vertragsverletzungen zu erfassen. Es besteht kein inhaltlicher Unterschied zwischen diesen Begriffen. Das kommt auch davon, dass die entsprechenden Vorschriften auf der Nichterfüllung der CISG beruhen<sup>261</sup>. Und die Nichterfüllung in Art. 45 I CISG beruht auf dem EKG<sup>262</sup>. Hier war diese Vorschrift allerdings nach der Vertragswidrigkeit und ihren Rechtsfolgen in verschiedene Vorschriften geteilt<sup>263</sup>. Allerdings waren diese aufeinander abgestimmt und wiederholten sich, so dass eine einzige Norm schon ausgereicht hätte und sich im Vergleich zur CISG nur wenige Detailänderungen ergaben. Diese hier noch darzustellen würde jedoch den Rahmen dieser Dissertation sprengen. Anzumerken sei lediglich, dass der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes von 1935 eine solche Norm nicht vorsah, sondern nur nach Art der Vertragsverletzung zwischen Nichtlieferung bzw. verspäteter Lieferung und Sachmangelhaftung unterschied<sup>264</sup>. Festzustellen ist, dass in allen genannten Rechtssammlungen die Pflichtverletzung bzw. Nichterfüllung jegliches objektive Zurückbleiben hinter den Vertragspflichten umfassen soll und es diesbezüglich keine sachlichen Unterschiede existieren, was aufgrund der gemeinsamen Herkunft nicht verwundert.

## II. Wesentliche Vertragsverletzung bzw. Nichterfüllung

Die wesentliche Vertragsverletzung bzw. Nichterfüllung hat für die Principles, den DCFR und die CISG überragende Bedeutung, insbesondere für die Vertragsaufhebung. Im deutschen Recht, wie auch in den AP, fehlt eine solche Regel. Ebenso sind in den Principles und im DCFR weitergehende Regelungen enthalten, die den Anwendungsbereich der wesentlichen Nichterfüllung scheinbar ausdehnen.

---

<sup>259</sup> Vgl. BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp.

<sup>260</sup> Vgl. §§ 5, 6.

<sup>261</sup> Vgl. BT- Drs. 14/6040 S. 92 re. Sp.; PECL Art. 8:101 Anm. 1.

<sup>262</sup> Staudinger-Magnus Art. 45 Rn. 6.

<sup>263</sup> Artt. 24, 41, 51, 52, 55 EKG.

<sup>264</sup> Vgl. Kapitel III Abschnitt I, II des Entwurfs in: Rabel, RabelsZ 9 [1935], 1, 12 ff.

## 1. Wesentliche Vertragsverletzung in den anderen Rechtsordnungen

Wesentliche Vertragsverletzung ist nach Art. 25 CISG die Verletzung des wesentlichen Vertragsinteresses, also der Fall, in dem dem Gläubiger der wesentliche Vorteil entzogen wird, den er durch den Vertrag bekommen hätte, und dies vorhersehbar war. Dies nimmt auch Art. 8:103 lit. b) PECL mit auf. Allerdings hat diese Definition noch weitere Fallgebiete. Zum einen ist das nach lit. a) die Rezeption der *conditions*-Lehre des englischen Rechts<sup>265</sup>, so dass schon kleinste Pflichtverletzungen zur wesentlichen Vertragsverletzung mutieren und damit auch den sofortigen Rücktritt rechtfertigen können, zum anderen lit. c), welcher bei Dauerschuldverhältnissen dem Gläubiger ein Recht auf sofortige Vertragsbeendigung gibt, wenn die Vertragsverletzung absichtlich oder zumindest grob fahrlässig erfolgte und es zu besorgen ist, dass weitere solcher Handlungen folgen könnten. Beide Punkte sind jedoch überflüssig. Art. 8:103 lit. a) sagt zwar vom Wortlaut, dass schon die geringste Vertragsverletzung wesentlich sein kann, wenn sie eine Vertragsbedingung ist, jedoch ist in den PECL, im Gegensatz zum *common law*, Treu und Glauben als Korrelativ enthalten, so dass sie zu reduzieren ist. Doch dann wird alles Weitere bereits von lit. b) erfasst, so dass lit. a) überflüssig ist. Auch werden nur die englischen Gerichte dies mit Leben ausfüllen. Und bei ihnen kann man nicht sicher sein, ob sie den Grundsatz von Treu und Glauben wirklich richtig erkennen und anwenden. Art. 8:103 lit. c) PECL wiederum ist ebenso überflüssig, da dies bereits von anderen Spezialvorschriften genau so geregelt ist. Dann aber bleibt nur Art. 8:103 lit. b) PECL als einzig relevante Norm erhalten, so dass es *de facto* keine Unterschiede mit Art. 25 CISG gibt. Dasselbe gilt auch für Art. III.- 3:502 II DCFR, der Art. 8:103 lit. b) und c) rekurriert.

Das gilt auch im Endeffekt für Art. 7.3.1 II PICC. Dieser definiert zwar nicht die wesentliche Vertragsverletzung, sondern gibt nur Indizien vor, wann sie vorliegt. Im Endeffekt wird das keinen großen Unterschied machen, da nur in Extremfällen eine Ausnahme von dieser Indizierung zu machen ist. Und für solche Fälle ist bereits mit Treu und Glauben in den PECL und der CISG sowie dem DCFR bereits ein Korrektiv gegeben, so dass ausnahmsweise dann keine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt. Dann ist der Unterschied kaum noch wahrnehmbar. Allerdings erfordert diese Lösung ein gutes Auge für Treu und Glauben, so dass die Indizwirkung der PICC sogar noch flexibler ist, als die auf den ersten Blick starre Definitionswirkung in Art. 25 CISG, da der Anwender in den PICC besser auf seinen Spielraum gestoßen wird. Da dies nur seltene Ausnahmefälle betrifft und gleichzeitig noch Treu und Glauben als Korrelativ existiert, ist hier kein Unterschied bezüglich der Wirkung zu erkennen.

Art. 7.3.1 II lit. a) PICC ist das Äquivalent zu Art. 25 CISG. Lit. b) hingegen ist eine Art „Kompromiss“<sup>266</sup> zum englischen Rechtskreis. Hier wird, wie in Art. 8:103 lit. a) PECL, auf die *conditions*-Lehre abgestellt. Trotzdem ist sie überflüssig, da die angesprochenen Fälle entweder unter lit. a) fallen, oder, da lit. b) nur Indizwirkung hat und auch nur ein Kriterium unter mehreren ist, eben jene Indizwirkung widerlegt wird. Lit. c) stellt ein absichtliches bzw. grob fahrlässiges Handeln einer wesentlichen Vertragsverletzung gleich. Es ist allerdings nur ein untergeordnetes Kriterium<sup>267</sup>, welches einige Probleme bereitet<sup>268</sup>. Damit kann absichtliches Handeln eher schwache Indizwirkung entfalten. Folglich ist es dann aber überflüssig. Kann bewiesen werden, dass der Schuldner den Gläubiger absichtlich schädigte, so kann dieser sich auf die Position stellen, das Vertrauen verloren zu haben und damit auch das wesentliche Vertragsinteresse. Eines Rückgriffs auf Art. 7.3.1 II lit c) PICC bedarf es nicht unbedingt. Ebenso überflüssig ist lit. d), für den es wie bei Art. 8:103 lit. c) PECL *leges speciales* gibt. Hat der Schuldner Anzeichen dafür gezeigt, nicht mehr ordnungsgemäß zu leisten, so kann der Gläubiger bereits nach Art. 7.3.3 und Art. 7.3.4 PICC handeln, so dass es für Art.

<sup>265</sup> Coen S. 261; vgl. PECL Art. 8:103 Anmerkung 1.

<sup>266</sup> Schlechtriem *Abstandnahme* S. 164.

<sup>267</sup> Vgl. *Furmston Am.J.Comp.L.* 40 [1992], 671, 673.

<sup>268</sup> Vgl. *oben* § 9 I.

7.3.1 II lit d) keinen Platz mehr gibt. Lit. e) ist hingegen ein Korrektiv für den Schuldner. Hat er schon übermäßige Aufwendungen getätigt und drohen ihm somit unverhältnismäßige Einbußen, so soll indiziell keine wesentliche Vertragsverletzung angenommen werden. Da jedoch in solchen Fällen das Setzen einer Nachfrist, besser gesagt deren fruchtloser Ablauf, Voraussetzung für die Annahme einer wesentlichen Nichterfüllung ist, ist dieser Punkt ebenfalls überflüssig.

Da diese weiteren Punkte alle überflüssig sind, zumal die meisten im Endeffekt nur Regelungen umfassen, die auch vom Grundtatbestand erfasst werden, ist kein (schwerwiegender) Unterschied zu Art. 25 CISG zu erblicken.

## 2. Wesentliche Vertragsverletzung im deutschen Recht?

Größere Unterschiede bestehen zum deutschen Recht und zu den AP. Eine direkte Regelung der wesentlichen Pflichtverletzung findet sich hier nicht.

Im deutschen Recht kann man nur dann ohne Nachfristsetzung sofort zurücktreten, wenn und sofern nach beiderseitiger Interessensabwägung man zu diesem Ergebnis kommt oder der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Sollten die Pflichtverletzungen nicht so gravierend sein, so muss eine Nachfrist gesetzt werden, nach deren fruchtlosem Ablauf der Gläubiger zurücktreten kann. Und ist der Mangel unerheblich i.S.d. § 323 V 2 BGB, d.h., verletzt er das Interesse des Gläubigers nicht, so ist ein Rücktritt gänzlich ausgeschlossen. Damit hat das deutsche Recht eine Trias der Stufung der Pflichtverletzungen. Nach der Schwersten kann man sofort zurücktreten, nach der Mittleren kann man das nur nach einer Fristsetzung und nach der Leichtesten kann man es überhaupt nicht.

Auf den ersten Blick sind dies große Unterschiede zur CISG und den Principles bzw. DCFR. Aber nur auf den ersten Blick. Denn nach beiderseitiger Interessensabwägung wird man im Fall der Verletzung eines wesentlichen Interesses des Gläubigers nur in den wenigsten und atypischen Fällen ein dieses aufwiegendes Interesse des Schuldners annehmen können, so dass generell zu sagen ist, dass die Verletzung eines wesentlichen Interesses der Gläubiger auch im deutschen Recht sofort zurücktreten kann. Das gilt insbesondere in den Fällen des absoluten Fixgeschäfts. Dort, wo der Leistungszeitpunkt essentiell ist, kann der Gläubiger bei Überschreitung vom Vertrag sofort zurücktreten. Nichts anderes kann für andere, essentielle Pflichtverletzungen gelten wie das Ausbleiben der vertraglich geschuldeten Leistung durch Unmöglichkeit. Dass ein Interesse des Schuldners dies aufwiegen kann, ist höchst unwahrscheinlich. Andere Pflichtverletzungen mutieren nur nach Ablauf einer Nachfrist oder in ihrer Ansammlung zu einem Rücktrittsgrund. Bagatellverletzungen, die kein Interesse des Gläubigers verletzen, führen zu keinem Rücktrittsgrund, es sei denn, sie lägen in größerer Anzahl vor. Dann kann aus der Anzahl der Pflichtverletzungen auf einen unzuverlässigen Schuldner zu schließen sein, so dass dies einen Rücktritt rechtfertigt.

Das deutsche Recht folgt somit einer Trias, die sehr variabel ist. In der CISG, den Principles und dem DCFR besteht sie so nicht. Zwar gibt es zwischen der Abwägung der Interessen und der wesentlichen Vertragsverletzung kaum Unterschiede, jedoch ist der Unterschied im Übrigen sehr viel größer. Zum einen fehlt es an dem Erfordernis einer Nachfristsetzung außerhalb des Lieferungsverzuges in der CISG, den Principles und dem DCFR. Nur in diesen Fällen kann eine Nachfrist gesetzt werden. Zum anderen ist im deutschen Recht die nur unwesentliche Pflichtverletzung als Ausnahme geregelt, während sie in der CISG, dem DCFR und den Principles die eigentliche Regel darstellt. Diese Rechtsordnungen übernahmen mehr von dem anglo-französischen Modell in dieser Hinsicht. Nur für den Fall des Lieferverzuges übernahmen sie das deutsche Modell. Damit gingen sie nicht konsequent einen Weg zu Ende, so dass hier beide Modelle Anwendung finden und damit auch Systembrüche unvermeidbar sind. Diese können nur dann wirklich vermieden werden, wenn man einem System folgte.

Das deutsche Recht wirkt hier im Gegensatz zu den Principles, dem DCFR und der CISG flexibler und in Einzelfall gerechter. Obwohl es im Vergleich zur wesentlichen Pflichtverletzung keine Unterschiede gibt, mit Ausnahme der sehr seltenen Fälle, in denen die Interessen des Schuldners die wesentlichen Interessen des Gläubigers aufwiegen, sind diese bei den anderen Pflichtverletzungen noch größer. Diese können dort nämlich nur dann zu einer wesentlichen Vertragsverletzung mutieren, wenn im Fall des Leistungsverzuges eine Nachfrist gesetzt wurde, nicht jedoch im Übrigen. Im deutschen Recht gilt das für alle Fälle der Leistungsstörungen. Ist allerdings eine Nachfrist gesetzt worden, so ist deren fruchtloses Verstreichen im DCFR, den Principles und der CISG dennoch einer wesentlichen Pflichtverletzung gleichzusetzen. Es gibt nur keine Pflicht der Nachfristsetzung. Liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor, so ist nur im Fall des Leistungsverzuges eine Nachfristsetzung geregelt. Allerdings kann der Gläubiger gleichwohl in anderen Fällen eine Nachfrist setzen. Es ist nur nicht geregelt. Somit ist es schwieriger als im deutschen Recht zurückzutreten, wenn keine wesentliche Vertragsverletzung und kein Fall des Verzuges vorliegen.

Um wirklich Nägel mit Köpfen zu machen, sollten die Principles, der DCFR und die CISG diesen Lösungsansatz des deutschen Rechts ganz übernehmen oder das Erfordernis einer Nachfrist streichen. Es ist nichts Halbes und nichts Ganzes. Die Vorteile des deutschen Rechts sind die größere Einzelfallgerechtigkeit, die bessere Bindung der Parteien an den Vertrag, denn sie werden durch das Erfordernis der Nachfristsetzung besser an den Vertrag gebunden und haben bessere Druckmittel zur Durchsetzung, und das Vermeiden von nicht passenden Rechtsnormen. Der Schuldner wird noch einen Tick besser geschützt, aber auch nur dort, wo er Schutz verdient. Zudem wird er im deutschen Recht besser gezwungen, ordentlich zu leisten und nicht in den Schadensersatz zu „fliehen“. So ist dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* am besten gediehen.

Die AP gehen einen ähnlichen Weg wie das deutsche Recht. Zum einen wird das Erfordernis des Setzens einer Frist zur (Nach-)Erfüllung verlangt, zum anderen kann in den Fällen, in denen ihm ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann, der Gläubiger zurücktreten. Das ist nichts anderes als die Lösung zum deutschen Recht, was auch nicht verwunderlich ist, bedenkt man doch, dass der Rücktritt auch auf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beruht.

Damit ist festzuhalten, dass die Principles, der DCFR, die CISG und auch das deutsche Recht große Übereinstimmungen bzgl. der wesentlichen Vertragsverletzung haben. Die größten Unterschiede bestehen in dem Erfordernis einer Nachfristsetzung bei anderen Pflichtverletzungen und dem umgekehrten Regel-Ausnahmeprinzip wegen der unwesentlichen Vertragsverletzung. Hier zeigt es sich, dass es keine richtige Trias der Arten der Vertragsverletzung in den Principles, dem DCFR und dem CISG gibt, sondern nur 2,5 (für das Setzen einer Nachfrist im Fall des Verzuges).

## Kapitel 3: Unmöglichkeit

### § 11 Die Unmöglichkeit im deutschen Recht

#### I. Einleitung

*Impossibilium nulla obligatio est*<sup>269</sup>. Das Unmögliche zu leisten ist keine Verpflichtung. Damit ist die Unmöglichkeit gleichzeitig eine Grenze des Grundsatzes *pacta sunt servanda*<sup>270</sup>, des obersten Grundsatzes des Zivilrechts<sup>271</sup>. Obwohl dieser Grundsatz schon zwei Jahrtausende alt ist, hat sich seine Bedeutung in dieser Zeit massiv verändert. So war ursprünglich nur gemeint, dass etwas Absurdes kein Leistungsversprechen beinhaltet<sup>272</sup>. Für die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit gab es ein System vertraglicher Haftung. Bei letzterer wurde mit dem Begriff des *casus* eine Haftung für Zufall, wie etwa *vis maior*, ausgeschlossen. Zwar wurden auch diese Fallkonstellationen typisiert, doch geschah dies immer nach objektiven Kriterien<sup>273</sup>.

In der Scholastik hingegen rückte die moralische Verantwortung des Menschen in den Mittelpunkt<sup>274</sup>. Es war eine Sünde, hätte er die Unmöglichkeit vermeiden können. Nur wenn dies verneint war, galt auch hier *ultra posse nemo tenetur*<sup>275</sup>. Niemand ist gehalten, über das Mögliche hinauszugehen. Das Naturrecht schlussendlich verschmolz Morallehre und römisches Schuldrecht miteinander<sup>276</sup>. Das bedeutete aber nur eine Lösung der anfänglichen Unmöglichkeit, die nachträgliche jedoch war mehr problematisch. Sie wurde aufgrund der *rerum mutatio* gelöst<sup>277</sup>. Damit war eine Verbindung mit der *clausula*-Lehre gefunden worden. Ein Versprechen war nur verpflichtend, solange sich die Umstände in dem vorgestellten Rahmen verhielten. War die Kaufsache untergegangen, so konnte der Vertrag aufgelöst werden. Die nachträgliche Unmöglichkeit war somit quasi ein Unterfall der *clausula rebus sic stantibus*.

Die nächste Wandlung kam im frühen 19. Jahrhundert mit der Modifikationslehre<sup>278</sup>. Diese wollte die bisherige vom Richter zu entscheidende Wahl zwischen Sach- und Ersatzleistung im materiellen Recht verankern und sah somit in der nachträglichen Unmöglichkeit einen Grund, die Sachleistungspflicht zum Erlöschen zu bringen. Damit sollte die Sachleistungspflicht immer untergegangen sein, sofern sie unmöglich wurde. Gegen diese Ansicht erhob sich Widerstand<sup>279</sup>. Die Gegenansicht stellte auf das klassische römische Recht ab, das nur für die anfängliche Unmöglichkeit den Grundsatz der *impossibilium nulla obligatio est* angewendet wissen wollte. Außerdem wäre es gleichgültig, ob der Schuldner erfüllen konnte oder nicht. Denn hat der Gläubiger die Leistungspflicht bewiesen, ist es an dem Schuldner zu beweisen, ob er die Sach- oder Ersatzleistung zu erbringen habe. Der Schuldner käme nur frei, sofern er nicht leisten kann und dieses Leistungshindernis nicht zu vertreten habe. Damit sei eine Leistungspflicht nur in diesem Fall untergegangen.

---

<sup>269</sup> D. 50, 17, 185 (Celsus 8 dig.).

<sup>270</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 58.

<sup>271</sup> RG Warn. 1911 Nr. 66 S. 72.

<sup>272</sup> Kaser/Knütel § 37 Rn. 1 ff.; Schermeier JZ 2006 S. 330, 334.

<sup>273</sup> Vgl. z.B. D. 19, 2, 15, 2 (Ulp. ad ed. 32).

<sup>274</sup> Schermeier JZ 2006, 330, 334.

<sup>275</sup> VI. 5, 13, 6 (Bonifatius VIII.).

<sup>276</sup> So etwa v. Pufendorf lib. I cap. V. § 8.

<sup>277</sup> Schermeier JZ 2006, 330, 335 m.w.N.

<sup>278</sup> Grundlegend: v. Savigny, Savignyana I, 255.

<sup>279</sup> Insbesondere F. Mommsen S. 228 ff.

Das BGB von 1900 folgte in der Anlage der Gegenansicht, als es mit der Unmöglichkeit die zentrale Form des Leistungsstörungsrechts einfügte<sup>280</sup>. Es wurde zwischen anfänglicher und nachträglicher sowie objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschieden. Der Sache nach jedoch wurde die Modifikationslehre schnell akzeptiert<sup>281</sup>. Die Leistungspflicht erlischt genauso im Fall des Vertretenmüssens. Auch geht die Kritik<sup>282</sup> hieran fehl. Denn zu einer Leistung, die unmöglich ist, kann niemanden verpflichtet sein. Das Vertretenmüssen ist alleine eine Frage der Sekundäransprüche.

Die Schuldrechtsreform wollte zu Anfang allein auf die Pflichtverletzung zurückgreifen und die Unmöglichkeit selbst in § 275 I BGB- DiskE nur noch andeuten. Dieser Auffassung ist massiv widersprochen worden<sup>283</sup>, so dass sich der Gesetzgeber gezwungen sah, diesen Überlegungen beizupflichten und die Unmöglichkeit wieder einzuführen. Insbesondere die Bedenken bezüglich der fehlenden Verständlichkeit des Gesetzes im Falle der nicht ausdrücklichen Regelung und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit führten zu diesem Schritt<sup>284</sup>. Allerdings wurde jetzt die Aufteilung in anfänglicher und nachträglicher sowie objektiver und subjektiver Unmöglichkeit aufgegeben.

Bei der Wiedereinführung bzw. Reformierung der Unmöglichkeit hat diese aufgrund der herausragenden Stellung der Pflichtverletzung ihre Position als „Säule“ des Rechts verloren. Sie ist jetzt lediglich, wie Verzug, c.i.c. und WGG auch, eine Klarstellung eines Unterfalls der Pflichtverletzung im Gesetz. Die Pflichtverletzung ist die einzige Säule, die Unmöglichkeit lediglich ein (wichtiger) Stützstreben dieser Säule.

## II. Voraussetzungen

### 1. Unmöglichkeit der Leistung

Die Leistungspflicht des Schuldners erlischt, wenn die Leistung unmöglich wird. Das ist im Kaufrecht zumeist der Untergang der Kaufsache. Dabei ist es gleichgültig, ob die Unmöglichkeit vor Abschluss des Kaufvertrages bereits bestand, als sogenannte anfängliche Unmöglichkeit, oder erst danach eintrat als nachträgliche Unmöglichkeit. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Sache vollends untergegangen ist, als objektive Unmöglichkeit, oder die Sache von jemandem anderen theoretisch geleistet werden könnte. Diese subjektive Unmöglichkeit oder auch Unvermögen wird meist mit dem Lehrbeispiel vom Diebstahl der Kaufsache beschrieben. Der Verkäufer kann nicht mehr leisten, der Dieb könnte es theoretisch schon.

Doch als Erstes ist darzustellen, wann Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB vorliegt.

#### a) Bestimmung der Leistung

Die Unmöglichkeit der Leistung setzt zuerst die Bestimmung der Leistung voraus. Bei einer Stückschuld geht die Leistungspflicht mit der Sache unter. Ist allerdings eine Gattungsschuld bestimmt worden, so ist eine Unmöglichkeit nur gegeben, sofern eine Konkretisierung vorgenommen wurde. Ein Rückgängigmachen der Konkretisierung ist nicht möglich<sup>285</sup>, da verhin-

<sup>280</sup> *MK<sup>4</sup>- Emmerich Vor § 275 Rn. 2; Soergel<sup>12</sup>- Wiedemann Vor § 275 Rn. 1; Palandt<sup>59</sup>- Heinrichs Vorbem v § 275 Rn. 3.*

<sup>281</sup> *RGZ 160, 257, 263; BGHZ 62, 388, 393; 68, 372, 377; 97, 178, 181; Staudinger<sup>12</sup>- Löwisch § 275 Rn. 40; Palandt<sup>59</sup>- Heinrichs § 275 Rn. 24; Esser/Schmidt I 1 § 22 I S. 5.*

<sup>282</sup> *Vgl. Schermeier JZ 2006, 330, 336.*

<sup>283</sup> *U. Huber, Leistungsstörungen, S. 49 ff., 142 ff.; Canaris, Unmöglichkeit, S. 44 ff.; Wilhelm/ Deeg JZ 2001, 223, 230; Ernst JZ 1994, 801, 801 ff.*

<sup>284</sup> *BT-Drs. 14/6040 S. 128 li. Sp. zu § 275.*

<sup>285</sup> *Materialien II S. 12, 74; vgl. BGH NJW 1982, 873, 873.*

dert werden soll, dass der Schuldner mit der Ware auf Kosten des Gläubigers spekuliert<sup>286</sup>. Eine Einschränkung hiervon muss für die Fälle gemacht werden, in denen es aufgrund wirtschaftlicher oder anderer Gründe treuwidrig i.S.d. § 242 BGB erschiene, eine Rekonzentration zu verbieten<sup>287</sup>. Das gleiche gilt auch für den Fall, in dem der Käufer kein Interesse an genau der konkretisierten Ware hat<sup>288</sup>.

Wann genau eine Konzentration vorliegt, bestimmt sich danach, ob es sich um eine Hol-, Bring- oder Gattungsschuld handelt.

#### aa) Konkretisierung einer Holschuld

Eine Holschuld wird konkretisiert, sobald die Ware ausgesondert und der Gläubiger benachrichtigt wurde, sie abzuholen<sup>289</sup>. Hier liegen Erfüllungsort, also Ort der Erfüllungshandlung, und Erfolgsort, Ort des Erfolgseintritts, beim Schuldner. Hat er den Gläubiger über die erfolgte Aussonderung benachrichtigt, ist eine Konkretisierung eingetreten. Ab diesem Zeitpunkt handelt es sich somit nicht mehr über eine Gattungsschuld, sondern eine Stückschuld, die untergehen kann.

#### bb) Konkretisierung einer Bringschuld

Um zu konkretisieren, muss der Schuldner die Ware aussondern und an dem Wohnsitz des Gläubigers, soweit nicht anders vereinbart, tatsächlich anbieten<sup>290</sup>. Im Falle einer fehlerhaften Sache i.S.d. § 434 BGB allerdings tritt keine Konkretisierung ein<sup>291</sup>. Hier liegen also Erfüllungs- und Erfolgsort beim Gläubiger. Wurde die ausgesonderte Ware ihm angeboten, so tritt die Konkretisierung ein, und aus einer Gattungs- wird eine Stückschuld.

#### cc) Konkretisierung einer Schickschuld

Hierbei wird der Schuldner verpflichtet, die Sachen auszusondern und einem ordnungsgemäß ausgewählten Transporteur zu übergeben<sup>292</sup>. Weitere Verpflichtungen können dies modifizieren. Ist beispielsweise die Lieferung *FOB*, so tritt die Konkretisierung erst bei Abladen der Ware und Zusenden des Konnossements ein<sup>293</sup>. Erfüllungsort ist dabei der Sitz des Schuldners, Erfolgsort hingegen der Sitz des Gläubigers.

Hier hat allerdings der Gläubiger schon konkretisiert und alles seinerseits erforderliche getan, bevor der Erfolgsort erreicht wurde, d.h., sollte die Ware auf dem Transportweg untergehen, so geht gem. § 447 I BGB die Gefahr auf den Käufer über. Der Käufer muss gem. § 433 II BGB zahlen, kann aber die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 I BGB erheben, damit gem. § 285 BGB der Verkäufer seine Ansprüche gegen den Frachtführer zum Zwecke der Drittschadensliquidation überträgt. § 447 BGB findet allerdings im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 BGB zwischen einem Unternehmer i.S.d. § 14 als Verkäufer und einem Verbraucher i.S.v. § 13 BGB als Käufer gem. § 474 II BGB keine Anwendung, so dass der Käufer keinem Anspruch aus § 433 II BGB ausgesetzt ist, da noch der Verkäufer die Gefahr zu tragen hatte.

---

<sup>286</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 19; MK- Emmerich § 243 Rn. 34; Enn./ Lehmann § 6 IV 2 S. 32, 33; Brox AS § 8 Rn. 7.

<sup>287</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 19; MK- Emmerich § 243 Rn. 34; vgl. Medicus JuS 1966, 297, 303 ff.

<sup>288</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 19.

<sup>289</sup> RGZ 57, 402, 403 ff.; Erman- Westermann § 243 Rn. 15.

<sup>290</sup> MK- Emmerich § 243 Rn. 28; Erman- Westermann § 243 Rn. 17.

<sup>291</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 17.

<sup>292</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 16.

<sup>293</sup> MK- Emmerich § 243 Rn. 29.

#### dd) Untergang der Gattungsschuld

Ein Untergang der Gattungsschuld kommt nur unter sehr strengen Voraussetzungen vor, wenn beispielsweise durch Katastrophe oder Krieg der einzige Herstellungsort einer Ware zerstört wird und Ersatz nicht oder in nicht zumutbarer Weise beschafft werden kann<sup>294</sup>. Bei Geldschulden gilt hingegen: „Geld hat man zu haben!“<sup>295</sup> Die Zahlungsunfähigkeit führt nicht zur Unmöglichkeit<sup>296</sup>.

#### b) Tatsächliche Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB

##### aa) Objektive Unmöglichkeit, § 275 I 2. Alt. BGB

Die tatsächliche Unmöglichkeit beschreibt die Fälle, in denen die Sache nicht mehr geliefert werden kann, also die physische oder naturwissenschaftliche Unmöglichkeit<sup>297</sup>. Insbesondere die Zerstörung der Sache durch Dritte ist hier gemeint<sup>298</sup>. Aber auch wenn durch Verschlechterung ein wirtschaftlich gesehen völlig anderer Gegenstand entstanden ist, liegt Unmöglichkeit vor<sup>299</sup>. Das gleiche gilt auch für die Verarbeitung, es sei denn, der ursprüngliche Zustand wurde wieder hergestellt oder der Käufer wollte diese auch vornehmen bzw. hat ein Interesse an der neuen Sache<sup>300</sup>.

Tatsächliche Unmöglichkeit liegt auch bei einem absoluten Fixgeschäft vor. Das ist dann der Fall, wenn die Leistungszeit so wesentlich ist, dass eine Überschreitung die Erfüllungsuntauglichkeit zur Folge hat<sup>301</sup>. Lehrbeispiel ist hier die Hochzeitstorte, die am Tage nach der Hochzeit geliefert wird. Dadurch wird schon die Erbringung der Leistung und nicht ihre Verwendung unmöglich<sup>302</sup>. Allerdings hat die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts mit gebotener Zurückhaltung stattzufinden, da die Parteien eher auf eine, wenngleich verspätete, Durchführung interessiert sind als auf eine Auseinandersetzung wegen Unmöglichkeit<sup>303</sup>.

Weitere Konstellationen der objektiven Unmöglichkeit sind die Zweckerreichung und der sehr ähnliche Zweckfortfall. Bei der Zweckerreichung ist die Unmöglichkeit gegeben, wenn der intendierte Zweck ohne Zutun des Schuldners erreicht wird<sup>304</sup>. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn das abzuschleppende Schiff wieder freikommt. Der Zweckfortfall hingegen ist dann eingetreten, wenn das Leistungssubstrat ohne Zutun des Schuldners wegfällt und eine Leistung deswegen unmöglich wird<sup>305</sup>. Beispielsweise bricht das abzuschleppende Schiff entzwei und sinkt. Die Zweckerreichung und der Zweckfortfall führen zur Unmöglichkeit der Leistung<sup>306</sup>. Nur bei vorübergehenden Leistungshindernissen kann man von einem Annahmeverzug sprechen, aber das ist nur ausnahmsweise der Fall<sup>307</sup>. Bei diesen Konstellationen hat grundsätzlich der Gläubiger das Risiko der Zweckerreichung und des -fortfalls zu tragen, es sei denn, die Parteien haben es zum Gegenstand der vertraglichen Einigung gemacht, so dass das Risiko hierfür nicht dem Gläubiger nicht mehr zugerechnet werden soll<sup>308</sup>. Da somit der

<sup>294</sup> RGZ 57, 116, 117, 118 („Eichenlaub“); 99, 1, 2 („Galizische Eier“).

<sup>295</sup> Brox AS § 22 Rn. 8; vgl. Medicus BR Rn. 265.

<sup>296</sup> Larenz SAT § 23 I b S. 347; Brox AS § 22 Rn. 8.

<sup>297</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 66; Brox AS § 22 Rn. 4.

<sup>298</sup> BGHZ 2, 268, 270; OLG Oldenburg NJW 1975, 1788, 1789.

<sup>299</sup> OLG Zweibrücken OLGZ 1970, 306, 309, 310; Staudinger- Löwisch/Caspers §275 Rn.13.

<sup>300</sup> Staudinger-Löwisch/Caspers §275 Rn.13.

<sup>301</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 46; Medicus SAT Rn. 420.

<sup>302</sup> Staudinger<sup>2004</sup>-Löwisch §275 Rn.9.

<sup>303</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 47.

<sup>304</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 151.

<sup>305</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 151.

<sup>306</sup> BGHZ 60, 14, 15 ff.; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 26; Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem. zu §§ 293- 304 Rn. 6; Larenz SAT § 25 I c S. 392; Esser/ Schmidt I 2 § 23 II S. 27 ff.

<sup>307</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 152.

<sup>308</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 30 ff.



Gläubiger grundsätzlich das Verwendungsrisiko trägt, bleibt auch bei dem Eintritt von Umständen, nach denen der Gläubiger mit der Sache nichts mehr anfangen kann, die Leistung des Schuldners weiter möglich<sup>309</sup>. Nur ausnahmsweise kann dann aber eine Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB eingetreten sein. Diese Konstellationen sind allerdings selten im Kaufrecht anzutreffen.

Die rechtliche Unmöglichkeit tritt ein, wenn rechtliche Umstände einer Vertragserfüllung im Wege stehen, beispielsweise die Bestellung eines erblichen Nießbrauchs<sup>310</sup>. Eine Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB steht der Unmöglichkeit nicht entgegen<sup>311</sup>. Rechtliche Unmöglichkeit ist wie die tatsächliche Unmöglichkeit nach § 275 I BGB zu beurteilen<sup>312</sup>. Sie tritt insbesondere ein, wenn die Leistung gesetzlich verboten<sup>313</sup>, selbst wenn das Verbot nur im Ausland besteht<sup>314</sup> und auch dann, wenn es unberechtigt<sup>315</sup> oder durch Verwaltungsakt untersagt ist<sup>316</sup>. Ein gesetzliches Verbot zu umgehen oder zu brechen kann von dem Schuldner nicht verlangt werden<sup>317</sup>. Das gilt auch für den Fall, in dem der Charakter der Leistung so verändert wird, dass die Übertragung des Rechts nicht mehr als Leistung angesehen werden kann<sup>318</sup> oder eine zwingend erforderliche behördliche Genehmigung endgültig versagt wird oder ihre Erteilung höchst unwahrscheinlich ist<sup>319</sup>.

#### *bb) Subjektive Unmöglichkeit, § 275 I 1. Alt. BGB*

Ebenso wird von § 275 I BGB das Unvermögen erfasst, also die subjektive Unmöglichkeit. Diese liegt vor, wenn der Schuldner selbst die Leistung nicht erbringen kann, jemand anderes aber theoretisch könnte. Dabei ist es gleichgültig, ob dem Schuldner die Leistungsfähigkeit fehlt oder verloren geht oder ob objektive Umstände vorliegen, die es dem Schuldner unmöglich machen, die Leistung zu erbringen<sup>320</sup>. Höchstpersönliche Leistungspflichten, die nur vom Schuldner erbracht werden können, sind allerdings im Falle der Leistungsunfähigkeit des Schuldners kein Unvermögen, sondern tatsächlich unmöglich i.S.v. § 275 I 2. Alt. BGB<sup>321</sup>. Unvermögen ist vor allem bei Dienst- oder Werkverträgen relevant<sup>322</sup>. Allerdings ist es auch für das Kaufrecht nicht ganz unbedeutend, da dem Schuldner etwa bei Zerstörung seiner Produktionsstätte die Möglichkeit zur Lieferung der gekauften und noch herzustellenden Waren weggefallen ist<sup>323</sup> oder die Sache abhanden gekommen ist. Ist die Sache abhanden gekommen oder der Schuldner auf die Hilfe Dritter angewiesen, so muss definitiv feststehen, dass der Dieb nicht ermittelbar oder der Dritte sich unter allen Umständen weigert zu helfen oder der Schuldner ansonsten sich außerstande sieht, sich in den Zustand der Leistungsfähigkeit zu versetzen<sup>324</sup>. Ist es theoretisch noch möglich, beispielsweise den Dieb zu ermitteln, so liegt

<sup>309</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 160.

<sup>310</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 36; Medicus SAT Rn. 415.

<sup>311</sup> RGZ 95, 347, 348, 349; BGH NJW 1983, 2873, 2873, 2874; MK- Ernst § 275 Rn. 44.

<sup>312</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 66.

<sup>313</sup> RG LZ 1912, 457 Nr. 20; RGZ 102, 203, 205; 146, 60, 64; BGH NJW 1982, 2190, 2190, 2191; Erman- Westermann § 275 Rn. 6.

<sup>314</sup> RGZ 93, 182, 184.

<sup>315</sup> RG JW 1925, 1271, 1271, 1272 Nr. 4.

<sup>316</sup> RG JW 1916, 1333, 1333, 1334 Nr. 3; OLG Hamburg JW 1916, 351, 351; OLGE 32 [1916] Nr. 9 f), S. 316, 316.

<sup>317</sup> RGZ 93, 182, 184.

<sup>318</sup> RGZ 143, 20, 22, 23; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 36.

<sup>319</sup> RGZ 149, 348, 349; RG HRR 1936 Nr. 388; BGHZ 37, 233, 240; BGH MDR 1994, 685, 685; BGH NJW-RR 1995, 853, 854; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 40.

<sup>320</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Löwisch § 275 Rn. 55; MK- Ernst § 275 Rn. 51; Erman- Westermann § 275 Rn. 3.

<sup>321</sup> RGZ 5, 278, 279; RG SeuffA 80 (1926) Nr. 179 S. 327, 328; KG OLGE 15 [1908] Nr. 3 r) S. 73, 74; MK- Ernst § 275 Rn. 38.

<sup>322</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 63.

<sup>323</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Löwisch § 275 Rn. 57.

<sup>324</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 52.

kein Unvermögen und damit auch keine Einrede vor. Allerdings kann der Schuldner dann noch immer einwenden, dass der Aufwand zu unverhältnismäßig wird, so dass eine faktische Unmöglichkeit i.S.d. § 275 II, III BGB oder eine wirtschaftliche Unmöglichkeit i.S.v. § 313 BGB in Betracht kommt<sup>325</sup>. Unvermögen kann fernerhin durch Rechtsvorschriften begründet werden<sup>326</sup>.

Somit ist der § 275 I BGB beim Unvermögen stark begrenzt, da in den meisten Fällen dann eine faktische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit vorliegt, die gem. § 275 II, III bzw. § 313 BGB zu behandeln ist<sup>327</sup>. Es sind praktisch nur die Fälle gemeint, in denen bei einer Stückschuld das Beschaffen oder Wiederbeschaffen unmöglich ist, weil z.B. der Eigentümer den Gegenstand par tout nicht veräußern will<sup>328</sup> oder der Dieb des Gegenstandes nicht auffindbar ist<sup>329</sup>.

Ebenso liegt Unvermögen vor, sofern eine Vorratsschuld vorliegt, also der Schuldner nur die Sachen der Gattung schuldet, die er auf Vorrat hat<sup>330</sup>. Dann geht mit dem Vorrat auch die Leistungsschuld unter<sup>331</sup>. Der Schuldner ist dann nicht mehr verpflichtet, eventuelle Restmengen zu beschaffen, sofern dies unzumutbar ist<sup>332</sup>.

### cc) Vorübergehende Unmöglichkeit

Kann der Schuldner die Leistung zeitweilig nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Anstrengungen erbringen, so ist er für diese Zeit, aber auch nur so lange, von der Leistungspflicht befreit<sup>333</sup>. Dabei ist es gleichgültig, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte oder nicht<sup>334</sup>. Wird das Leistungshindernis beseitigt, so lebt sie wieder auf<sup>335</sup>. Ist es allerdings unabsehbar, wann die Leistung wieder erbracht werden kann, so ist eine zeitweise Unmöglichkeit einer dauernden gleichzustellen, wenn dem Schuldner die Einhaltung des Vertrages nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann<sup>336</sup>. Das gilt auch für den Gläubiger, sofern durch die zeitweilige Unmöglichkeit die Erreichung des Vertragszwecks in Gefahr ist<sup>337</sup>. Der maßgebliche Zeitpunkt hierfür ist der des Eintritts des Leistungshindernisses, so dass ab diesem Zeitpunkt die Leistungspflicht erlischt<sup>338</sup>. Beide Parteien sollen Gewissheit haben, ob sie an den Vertrag gebunden sind oder nicht<sup>339</sup>. Nur unter Umständen ist aufgrund von Treu und Glauben eine Verpflichtung einer Partei zu einem bestimmten Verhalten oder gar zu einem Neuabschluss des Vertrages denkbar<sup>340</sup>. Bei einseitigen Verträgen hingegen ist kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner den wiedererlangten Gegenstand nicht doch noch herausgeben soll, wie er sich ursprünglich verpflichtet hatte<sup>341</sup>. Denn er soll aus dieser Verpflichtung nicht durch den Zufall, dass er die Leistung unerwarte-

<sup>325</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 52.

<sup>326</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 66.

<sup>327</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 67.

<sup>328</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 67.

<sup>329</sup> Brox AS § 22 Rn. 7.

<sup>330</sup> Erman- Westermann § 243 Rn. 11.

<sup>331</sup> RGZ 57, 116, 117, 118 („Eichenlaub“); 84, 125, 126, 127; 108, 419, 420, 421; Erman- Westermann § 275 Rn. 3.

<sup>332</sup> RGZ 57, 116, 117, 118 („Eichenlaub“).

<sup>333</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 48; MK- Ernst § 275 Rn. 134; Arnold JZ 2002, 866, 870, 871.

<sup>334</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 134; Wiesner MDR 2002, 858, 861

<sup>335</sup> RGZ 117, 127, 129 ff.

<sup>336</sup> BGHZ 83, 197, 200 ff; Staudinger<sup>2004</sup>- Löwisch § 275 Rn. 43.

<sup>337</sup> RG JW 1889, 345 Nr. 6; RG SeuffA 46 (1890) Nr. 176 S. 282, 283; RGZ 42, 114, 115 ff.; RG Warn. 1927 Nr. 48 S. 72, 73, 74; RGZ 146, 60, 65, 66; BGHZ 83, 197, 200 ff.; Jauernig- Vollkommer § 275 Rn. 10; Erman- Westermann § 275 Rn. 12; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 51.

<sup>338</sup> BGH LM § 275 BGB Nr. 4.

<sup>339</sup> RGZ 158, 321, 331, 332; Larenz SAT § 21 I a) S. 308; Enn./ Lehmann § 46 IV S. 206.

<sup>340</sup> RGZ 158, 321, 331, 332; Enn./ Lehmann § 46 IV S. 206.

<sup>341</sup> BTDrs. 14/6040 S. 128; Larenz SAT § 21 I a) S. 308.

ter Weise doch noch erbringen kann, entlassen werden, da die zu leistende Sache nicht mehr ihm gebührt, sondern dem Gläubiger.

#### dd) Teilweise Unmöglichkeit

Der Schuldner wird von der Leistungspflicht gem. § 275 I BGB nur befreit, *soweit* es ihm unmöglich ist, die Leistung zu erbringen. Das bedeutet, dass er grundsätzlich verpflichtet ist, die Leistung insoweit zu erbringen, wie er kann. Der Gläubiger kann auch nur insoweit seine Rechte etwa auf Ersatzherausgabe geltend machen, wie die Unmöglichkeit vorliegt. Voraussetzung hiervon ist freilich, dass die Leistung tatsächlich und juristisch teilbar ist<sup>342</sup>. Das ist dann gegeben, wenn ein Ausschnitt des Leistungsgegenstandes seinem Wert und Wesen nach verhältnismäßig zu der gesamten Leistung verhält, also sich nicht die Beschaffenheit der Gesamtleistung ändert, sondern nur die Größe<sup>343</sup>. Die Pflicht zur Teilleistung des noch möglichen Teils wird allerdings durch § 275 II, III BGB begrenzt<sup>344</sup>: Dort, wo die übrige Leistung unverhältnismäßig wird, entsteht eine vollständige Unmöglichkeit. Der Schuldner muss diese Einrede aber erheben. Sind mehrere Gläubiger zu befriedigen, so muss anteilsmäßig erfüllt werden<sup>345</sup>.

Dem gegenüber hat auch der Gläubiger ein Recht, den Vertrag auch bei teilweiser Möglichkeit ganz abzulehnen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse mehr hat<sup>346</sup>. Diese Quasivollunmöglichkeit wird vereinzelt mit dem Argument angegriffen, dem Gläubiger entstünde ein nichtgesetzliches Wahlrecht<sup>347</sup>. Etwas anderes gelte nur bei einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien.

Diese Gegenansicht irrt sich. Zum einen wurde ein solches Recht im Gesetzgebungsverfahren zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nur aus redaktionellen Gründen nicht eingeführt<sup>348</sup>. Der Gesetzgeber hat sich somit auf die Seite der h.M. gestellt und sah sich nur wegen der Komplizierung weiterer Vorschriften gezwungen, den Fall nicht explizit zu regeln. Auch wird das Recht des Gläubigers, die Quasivollunmöglichkeit zu wählen, von § 242 BGB begrenzt<sup>349</sup>. Damit wird eine vorzeitige Loslösung vom Vertrag vermieden und die Rechte des Schuldners nicht verletzt. Im Gegenteil wäre es treuwidrig, einen Gläubiger, der für den Schuldner sichtbar nur an einer vollständigen Lieferung interessiert ist, an den Vertrag zu binden, der für ihn jetzt nur noch wertlos ist.

Somit gibt eine Quasi-Vollunmöglichkeit dem Gläubiger das Recht, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz für den ganzen Vertrag zu verlangen, auch wenn die Möglichkeit einer Teilleistung bestünde. Die Bedenken hiergegen greifen nicht.

#### c) Faktische Unmöglichkeit gem. § 275 II, III BGB

Faktische Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung zwar noch erbracht werden kann, der Aufwand jedoch wegen nahezu unüberwindlicher Schwierigkeiten so hoch ist, dass im Verhältnis zu der Leistung und dem Gebot von Treu und Glauben ein grobes Missverhältnis entsteht<sup>350</sup>. Aufwand ist dabei wegen § 275 II 2 BGB, indem im Fall des Vertretenmüssens grö-

<sup>342</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 121.

<sup>343</sup> RGZ 168, 121, 128; OGH NJW 1949, 943, 944; BGHZ 116, 334, 337; Planck- Siber Vorbem zu §§ 275- 292 Bem. IV 1.

<sup>344</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1995 S. 849, 850; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 55.

<sup>345</sup> RGZ 84, 125, 128, 129.

<sup>346</sup> RGZ 140, 378, 383; 170, 257, 259; OGH NJW 1949, 943, 944; BGHZ 60, 14, 15 Erman- Westermann § 275 Rn. 18; Jauernig- Vollkommer § 275 Rn. 8; RGRK- Alff § 275 Rn. 33; Planck- Siber Vorbem zu §§ 275- 292 Bem. IV 1 b; Enn./ Lehmann § 47 I S. 207; Coing SJZ 1949 Sp. 532, 533; vgl. Scherner JZ 1971, 533, 534 ff.

<sup>347</sup> Kaiser S. 143 ff; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 56; vgl. MK- Ernst § 275 Rn. 127.

<sup>348</sup> DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 74.

<sup>349</sup> Erman- Westermann § 275 Rn. 18.

<sup>350</sup> RGZ 57, 116, 118, 119; 99, 1, 2; Staudinger- Löwisch/Caspers § 275 Rn. 80; DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 69; Medicus SAT Rn. 422.

Bere „Anstrengungen“ verlangt werden, nicht nur ein Geldaufwand, sondern auch Tätigkeiten, Zeitaufwand und andere persönliche Aufwendungen des Schuldners<sup>351</sup>. Hat der Schuldner die Unzumutbarkeit zu vertreten, so ist die Möglichkeit eines Schadensersatzes statt der Leistung mit einzubeziehen<sup>352</sup>. Ferner dient der Rückgriff auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, indem der Gläubiger nur die vernünftigen Aufwendungen erwarten kann, einem Rechtsmissbrauch vorzubeugen<sup>353</sup>. Allerdings sind auch die ideellen Interessen des Gläubigers bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung genauso zu berücksichtigen<sup>354</sup> wie die Möglichkeit der Beschaffung der Kauf- oder Werksachen bei einem anderen Schuldner zu ähnlichen Konditionen<sup>355</sup>. Somit kann ein Fußballfan, der glühender Anhänger seiner Mannschaft ist, für eine Karte um das entscheidende Meisterschaftsspiel mehr Engagement verlangen als den üblichen Kaufpreis<sup>356</sup>, während derjenige, der einen jetzt in Sibirien stehenden gestohlenen Opel Corsa erwerben wollte, den gleichen Typ durchaus bei einem weiteren Händler erwerben kann und somit eine Rückführung nach Deutschland nicht um jeden Preis erwarten darf. Allerdings steht es dem Gläubiger frei, jederzeit den Aufwand des Schuldners zu mindern<sup>357</sup>. Eine Unmöglichkeit entfällt allerdings, sofern er sich zur vertraglichen Handlung verpflichtet hat. Dann wird das Entgelt i.d.R. den Mühen entsprechen, die der Schuldner aufzuwenden hat, und der Gläubiger kann zu Recht erwarten, dass alles technisch Mögliche zur Leistungserbringung unternommen wird, ganz gleich, ob sie Dritten vernünftig erscheinen<sup>358</sup>. Das allerdings nur, sofern die Schwierigkeiten vorhersehbar waren, z.B. die Wiederbeschaffung eines in einen Teich gefallenen Rings<sup>359</sup>. Dabei ist gem. § 275 II 2 BGB auch zu berücksichtigen, inwieweit der Schuldner die Unverhältnismäßigkeit zu vertreten hat. Dann sind ihm größere Anstrengungen eher zuzumuten, als wenn er diese nicht zu vertreten hat<sup>360</sup>. Schlussendlich ist mit der Gegenleistung ein weiterer Faktor gegeben, der in die Überlegungen mit einbezogen werden muss. Denn diese berührt hier nicht nur das Äquivalenzinteresse, so dass eben nicht § 313 BGB eingreift<sup>361</sup>, sondern auch das Leistungsinteresse<sup>362</sup>. Denn es ist nicht gerechtfertigt, einem Schuldner, der keine Entlohnung bekommt, dieselben Pflichten aufzugeben wie jemandem, der eine hohe Belohnung bekommt.

Bei der Abwägung der Interessen steht ein grobes Missverhältnis nur dann fest, wenn es sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt<sup>363</sup>. Faustformeln allein, wie z.B. eine Überschreitung des Gläubigerinteresses von 110 % und bei Verschulden von 150 %<sup>364</sup>, sind willkürlich und werden den Interessen der Parteien nicht gerecht<sup>365</sup>. Allerdings trifft es zu, dass dem Praktiker mit dieser Lösung auch nicht gerade geholfen ist, da sie ihm keine weiteren Anhaltspunkte bietet, wie er denn den Fall zu lösen habe<sup>366</sup>. Zwar kann er aus der Rechtsprechung die äußersten Grenzen entnehmen<sup>367</sup>, was ihm aber auch nicht immer helfen wird. Insofern ist ein Rückgriff auf die Faustformeln insoweit gerechtfertigt, als dass sie ihm Anhaltspunkte liefern, auch wenn er diese für den Einzelfall zu modifizieren hat.

<sup>351</sup> *MK- Ernst* § 275 Rn. 82; *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 69.

<sup>352</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 89.

<sup>353</sup> *Canaris JZ* 2001, 499, 501; *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 69.

<sup>354</sup> *Erman- Westermann* § 275 Rn. 30; *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 69.

<sup>355</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 88.

<sup>356</sup> Vgl. *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 92.

<sup>357</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 94.

<sup>358</sup> *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 69.

<sup>359</sup> *Medicus SAT* Rn. 423.

<sup>360</sup> *Staudinger*<sup>2004</sup> - *Löwisch* § 275 Rn. 88.

<sup>361</sup> *MK- Ernst* § 275 Rn. 75; *Jauernig- Vollkommer* § 275 Rn. 25; *Palandt- Grüneberg* § 275 Rn. 29.

<sup>362</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 92; vgl. *BGH NJW- RR* 1991, 204, 205.

<sup>363</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 96.

<sup>364</sup> *Huber/ Faust* Kap. 2 Rn. 36.

<sup>365</sup> *Picker JZ* 2003, 1035, 1037.

<sup>366</sup> *Picker JZ* 2003, 1035, 1037.

<sup>367</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers* § 275 Rn. 97.

Das hier Gesagte gilt auch für die Fälle des Unvermögens<sup>368</sup>. § 275 II BGB ist im Ergebnis also nur auf Extremfälle zugeschnitten<sup>369</sup>.

Davon strikt zu unterscheiden ist die wirtschaftliche Unmöglichkeit, die gem. § 313 BGB als Störung der Geschäftsgrundlage zu behandeln ist. Hier ist die Leistung zwar immer noch möglich, aber der Erfüllung stehen überobligationsmäßige Schwierigkeiten im Wege<sup>370</sup>. Die Abgrenzung zur Unmöglichkeit wird damit begründet, dass bei jener das Verhältnis von Aufwand und Leistungsinteresse gestört ist, bei der wirtschaftlichen Unmöglichkeit hingegen das Äquivalenzinteresse von Leistung und Gegenleistung<sup>371</sup>. § 313 BGB findet hier Anwendung, auch um den starren Folgen des § 275 BGB zu entgehen und mit einer etwaigen Anpassung zu sachdienlicheren Ergebnissen zu kommen<sup>372</sup>.

§ 275 III BGB lässt persönlich vom Schuldner zu erbringende Leistungen unmöglich werden, sofern es ihm wegen dessen Leistungshindernissen nicht zumutbar ist, die Leistung zu erbringen. § 275 III BGB nennt dabei bewusst keine weiteren Einschränkungen als die relativ unbestimmte Zumutbarkeit, weil hier Hindernisse und Interessen existieren, die von ihrem Wesen her nicht miteinander vergleichbar sind<sup>373</sup>. Eine Sängerin, die am Krankenbett ihres schwerkranken Kindes sein will, muss nicht auftreten<sup>374</sup>. Die Überwindung, das Kind zu verlassen, um zu singen, ist kein Aufwand und mit dem Leistungsinteresse, das in diesem Fall fast nur materieller Natur sein wird, nicht vergleichbar<sup>375</sup>. Somit kann nur die Zumutbarkeit als Kriterium der Unmöglichkeit in § 275 III BGB dienen. Allerdings ist davon ausgenommen die Problematik der Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen, die nur über § 313 BGB oder § 242 BGB zu lösen sind<sup>376</sup>. Für das Kaufrecht ist die Wirkung des § 275 III BGB sehr begrenzt, aber gleichzeitig auch nicht ganz ausgeschlossen.

Die Unmöglichkeit nach § 275 II, III BGB ist eine Einrede und keine Einwendung wie § 275 I BGB. Das ist damit zu begründen, dass man den Schuldner nicht zwingen will, den Vertrag nicht zu erfüllen<sup>377</sup>. Es steht ihm weiterhin frei, seine Leistung zu erbringen, wenn er beispielsweise einen Kunden halten will. Doch sollte ihm die Wahl obliegen und nicht dem Gesetz.

#### d) Qualitative Unmöglichkeit

Unmöglichkeit tritt nicht nur ein, bevor eine Lieferung stattfindet, sondern auch, nachdem der Vertrag bereits erfüllt wurde<sup>378</sup>. Im Kaufrecht bedeutet es beispielsweise, dass, wenn eine Ware nicht gem. § 433 I 2 BGB rechts- oder sachmängelfrei nachgebessert oder nacherfüllt werden kann, weil dies nicht möglich i.S.d. § 275 I BGB oder unverhältnismäßig i.S.v. § 275 II, III BGB ist, Unmöglichkeit gegeben ist. Dabei ist gleichgültig, ob die Unmöglichkeit bereits von Anfang an vorlag oder erst durch ein nachfolgendes Ereignis eintrat. Ist nur eine Art der Nacherfüllung betroffen und kann die andere erfüllt werden, so ist die Geltendmachung dieses Anspruchs nicht ausgeschlossen<sup>379</sup>. Auch ist eine Nacherfüllung immer noch möglich,

<sup>368</sup> *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 70.

<sup>369</sup> *Canaris JZ* 2001, 499, 502; *DHLR- Dauner- Lieb* § 2 Rn. 69; *Brox AS* § 22 Rn. 19; vgl. *MK- Ernst* § 275 Rn. 22.

<sup>370</sup> *Erman- Westermann* § 275 Rn. 23; *Brox AS* § 22 Rn. 21.

<sup>371</sup> *BT- Drs.* 14/6040 S. 130 li. Sp. zu § 275 II 1; *MK- Ernst*, § 275 Rn. 21.

<sup>372</sup> *Brox AS* § 22 Rn. 21.

<sup>373</sup> *Medicus SAT* Rn. 426.

<sup>374</sup> *BT- Drs.* 14/6040, S. 130 re. Sp. zu § 275 II 2.

<sup>375</sup> *Medicus SAT* Rn. 426.

<sup>376</sup> *BT- Drs.* 14/6040, S. 130 li. Sp. zu § 275 II 1.

<sup>377</sup> *MK- Ernst*, § 275 Rn. 96.

<sup>378</sup> *MK- Ernst* § 275 Rn. 128.

<sup>379</sup> *Staudinger- Matuschke- Beckmann* § 439 Rn. 38.

sofern es zu einer Verbesserung der mangelhaften Sache kommt. Eine Nachbesserung ist dann nur insoweit unmöglich, „soweit“ sich die Fehler nicht beheben lassen<sup>380</sup>.

Als Rechtsfolge bleibt die Pflicht bestehen, die Ware zu übergeben und zu übereignen. Lediglich von der Pflicht, sie in einen vertragsgemäßen Zustand zu bringen, ist der Schuldner befreit<sup>381</sup>. Die Rechtsfolgen des Gläubigers in den Fällen des unbeheblichen Mangels bestimmen sich nach §§ 437, 283, 281 I BGB.

## 2. Rechtsfolge

Braucht der Schuldner gem. § 275 BGB nicht leisten, so entfällt auch der Gegenleistungsanspruch gem. § 326 I 1 BGB. Hat aber der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten oder befindet er sich im Annahmeverzug, währenddessen der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gem. § 300 I BGB zu vertreten hat, so besteht nach § 326 II 1 BGB der Gegenleistungsanspruch des Schuldners fort. Allerdings muss er sich dann gem. § 326 II 2 BGB den Teil anrechnen lassen, den er einspart oder anderweitig erwirbt. Ein Verschulden des Gläubigers ist hierbei nicht erforderlich<sup>382</sup>. Besonderheiten gibt es bei der anfänglichen Unmöglichkeit und der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit.

### a) Anfängliche Unmöglichkeit, § 311a BGB

Die anfängliche Unmöglichkeit behindert, im Gegensatz zu § 306 BGB a.F., nach § 311a I BGB nicht mehr die Wirksamkeit des Vertrages. Da § 306 BGB a.F. gestrichen wurde, handelt es sich hierbei um eine Klarstellung des Gesetzgebers<sup>383</sup>. Gleichzeitig wird jede Art der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I- III BGB erfasst. In der Rechtsfolge hat dies zur Konsequenz, dass nicht mehr nur die anfängliche objektive Unmöglichkeit jetzt gesetzlich geregelt ist, sondern jede Art der Unmöglichkeit. Damit entfällt der Streit, inwieweit für anfängliches Unvermögen bzw. Unverhältnismäßigkeit eine Garantiefhaftung des Schuldners vorlag oder nicht<sup>384</sup>. Jetzt haftet der Schuldner generell gem. § 311a II BGB für die Unmöglichkeit nur, wenn er das Leistungshindernis nicht kannte oder kennen musste. Dann kann der Gläubiger im Rahmen des § 284 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Ist dem nicht so, gehen die gegenseitigen Leistungsansprüche gem. § 275 BGB bzw. § 326 I BGB unter, was de facto einer Ungültigkeit gleichkommt<sup>385</sup>. Der größte Unterschied ist der, dass das bereits Geleistete nicht kondiziert werden kann, sondern im Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 320 ff. BGB zurückzuerstatten ist<sup>386</sup>. Ebenso kann der Gläubiger das Surrogat gem. § 285 BGB herausfordern<sup>387</sup>.

### b) Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit

Für den Fall der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit ist die Lösung äußerst umstritten. Einerseits wird vertreten, § 326 I BGB strikt anzuwenden, so dass der Gegenanspruch des Schuldners untergeht und der Gläubiger Schadensersatzansprüche aus § 311a bzw. §§ 280 I, III, 283 BGB hat, gekürzt um den eigenen Verschuldensanteil gem. § 254 BGB<sup>388</sup>. Eine Rege-

<sup>380</sup> Staudinger- Matuschke- Beckmann § 439 Rn. 38.

<sup>381</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 130.

<sup>382</sup> MK- Ernst § 275 Rn. 155.

<sup>383</sup> MK- Ernst § 311a Rn. 2; Erman- Kindl § 311a Rn. 1.

<sup>384</sup> Vgl. MK<sup>4</sup>- Emmerich Vor § 275 Rn. 11 ff.

<sup>385</sup> MK- Ernst § 311a Rn. 3.

<sup>386</sup> Staudinger- Löwisch § 311a Rn. 22.

<sup>387</sup> BT- Drs. S. 164 li. Sp., 165 re. Sp. zu § 311a; MK- Ernst § 311a Rn. 3; Erman- Kindl § 311a Rn. 5.

<sup>388</sup> Gruber JuS 2002, 1066, 1067.

lungslücke für eine analoge Anwendung des § 326 II BGB sei wegen des neugefassten Wortlauts des § 326 BGB nicht gegeben<sup>389</sup>.

Demgegenüber wird vertreten, § 326 II BGB analog anzuwenden. Welche Folgen das genau haben soll, ist wiederum umstritten.

Der Gesetzgeber hat den ursprünglichen Versuch aufgegeben, auch die beiderseitig zu vertretende Unmöglichkeit zu regeln, in dem er das Wort „weit“ in den Gesetzestext integrierte<sup>390</sup>. Das geschah, um Rechtsprechung und Lehre die Möglichkeit zu überlassen, dieses komplexe und schwierige Thema selbst zu lösen<sup>391</sup>. Somit hat der Gesetzgeber die Regelungslücke nicht nur versehentlich, sondern auch bewusst offengelassen. Aber auch in der Sache gibt es ein Argument, das gegen die erstgenannte Ansicht sticht: Die Unbilligkeit, dass das Verschulden des Gläubigers an dem Untergang eben nicht berücksichtigt wird. Somit ist der ersten Ansicht nicht zu folgen, und eine offene Regelungslücke<sup>392</sup> liegt vor, die durch Analogie<sup>393</sup> geschlossen werden muss.

Welche Konsequenzen dies nach sich zieht, ist umstritten. Als Beispiel dient folgender Fall:

Fossilienhändler V verkauft K einen *Confuciusornis sanctus*, einen Urvogel aus der Kreidezeit. Der Kaufpreis des Fossils ist 5.000,- € Das entspricht dem Wert. Durch ein beiderseitiges Missgeschick zerbricht das Fossil in tausend Stücke. V hatte das Fossil an den Rand eines Tisches gelegt, den K durch ein Missgeschick umwarf.

#### aa) Ältere Rechtsprechung

Die erste Ansicht, vertreten von der vorwiegend älteren Rechtsprechung<sup>394</sup>, will den Anspruch desjenigen durchgehen lassen, der am wenigsten Verschulden trifft, gekürzt um das Mitverschulden nach § 254 BGB. Also im Falle des Schuldners hätte der Gläubiger einen Anspruch gem. §§ 280 I, III, 283 (= § 325 a.F.) BGB und im umgekehrten Fall der Schuldner einen Anspruch aus § 326 II (= § 324 I a.F.) BGB. Im Falle des jeweils hälftigen Vertretenmüssens jedoch, käme gem. § 326 I (= § 323 a.F.) BGB von beiden Seiten kein Anspruch durch, so dass im Ergebnis der Schuldner den Schaden allein zu tragen hätte. Und in dieser Schnittstelle liegt auch der Bruch, der nicht zu rechtfertigen ist<sup>395</sup>. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum derjenige, der einen Schaden hat oder für den der Vertrag vorteilhaft war, hier nun den Schaden allein tragen muss<sup>396</sup>. Außerdem wird § 254 hier zu einer Quasianspruchsgrundlage, was methodisch äußerst zweifelhaft ist<sup>397</sup>, da es ein Einwand ist<sup>398</sup>. Somit ist dieser Meinung nicht zu folgen.

Lag die Verschuldensquote bei 40:60, so hat im Beispielsfall entweder V einen Anspruch auf 3.000,- € nach § 326 II BGB (5.000,- weniger 40% (2.000,- €)), der um das Mitverschulden gekürzt wäre, bzw., wenn V ein überwiegendes Verschulden träge, K einen Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB in Höhe derselben Summe. Bei einer Quote von 50:50 ist bei keinem ein überwiegendes Verschulden anzunehmen, so dass kein Anspruch von beiden Seiten begründet ist und V den Schaden im Endeffekt zu tragen hat.

---

<sup>389</sup> Gruber JuS 2002, 1066, 1068.

<sup>390</sup> Canaris JZ 2001, 499, 511.

<sup>391</sup> Canaris JZ 2001, 499, 511 ; vgl. Palandt- Grüneberg § 326 Rn. 15.

<sup>392</sup> Larenz Methoden S. 377.

<sup>393</sup> Larenz Methoden S. 381 ff.

<sup>394</sup> RGZ 71, 187, 192; 94, 140, 141, 142; RG JW 1910, 936, 936; 1937, 3029 (Nr. 14); OLG Hamburg HansGZ 1910, Beibl. S. 61, 63; OLG Zweibrücken DR 1941, 1729, 1730; vgl. Honsell JuS 1979, 81, 85, 86.

<sup>395</sup> Faust JuS 2001, 133, 135.

<sup>396</sup> OLG Frankfurt NJW- RR 1995, 435, 437.

<sup>397</sup> Hadding AcP 168 [1968], 150, 155.

<sup>398</sup> RGZ 51, 186, 193; Enn./ Lehmann § 16 V S. 81.

### bb) Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB

Die nächste Ansicht<sup>399</sup> lässt den Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger aus § 433 II BGB wg. § 326 I BGB entfallen. Stattdessen soll ihm ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB zugutekommen, da der Gläubiger für den Ausschluss seines Anspruchs verantwortlich sei. Allerdings bekommt der Gläubiger ebenso einen Anspruch gegen den Schuldner aus §§ 280 I, 241 II BGB. Beide werden gem. § 254 BGB gekürzt.

Hiernach hat wieder bei einer Quote von 40:60 V zwar keinen Kaufpreisanspruch nach § 433 II BGB mehr, da dieser nach § 326 I BGB, aber einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB, der um das Mitverschulden nach § 254 BGB gekürzt ist. K hat ebenso einen Anspruch diesbezüglich. Ergo kann V 3.000,- € Schadensersatz fordern, während K 2.000,- € fordern kann. Nach Aufrechnung muss K 1.000,- € an V bezahlen.

### cc) Differenztheorie

Die nächste Theorie ist die Differenztheorie<sup>400</sup>. Hiernach werden § 326 II BGB analog und §§ 280 I, III, 283 BGB kumulativ angewendet und beide gem. § 254 BGB gekürzt und alsdann in Abzug gebracht. Die Analogie des § 326 II BGB folge aus der Tatsache, dass die Anspruchserhaltungsnorm ihrem Wortlaut nach nicht greife<sup>401</sup>. Der Schadensersatz ist die Differenz aus Wert und Gegenleistung.

In diesem Fall bleibt hiernach dem V der Kaufpreisanspruch des § 433 II BGB wegen § 326 II BGB. Dieser wird um die Mitverschuldensquote gekürzt (40%), so dass er 3.000,- € fordern kann. K hat zwar einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I, III, 283 BGB, der um die Mitverschuldensquote gemindert ist, da aber Wert und Preis gleich sind, ist der Schadensbetrag von vornherein Null ((5.000,- € - 5.000,- €) \* 40/100 = 0), so dass er die 3.000,- € zahlen muss. Das gilt auch für den Fall, in dem der Wert kleiner ist als der Kaufpreis. Ist der Wert aber 6.000,- € so verbleibt ihm ein Schaden von 400,- € den er geltend machen kann ((6.000,- € - 5.000,- €) \* 40/100) = 400,- €. Nach Aufrechnung muss K dem V immer noch 2.600,- € zahlen.

### dd) Surrogationstheorie

Die letzte Theorie, die Surrogationstheorie<sup>402</sup>, will hingegen dem Gläubiger einen um den Anteil des Mitverschuldens gem. § 254 BGB gekürzten Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 BGB geben. Dem gegenüber stehe der ungekürzte Anspruch des Schuldners gem. § 326 II BGB. Bei dieser Theorie ist der Schaden der wirkliche Wert der Sache.

V kann hiernach 5.000,- € Kaufpreis fordern, muss sich aber einen Gegenanspruch des K nach § 280 I, III, 283 BGB entgegen halten, der um sein Mitverschulden verringert ist. In diesem Fall wären das 2.000,- € (40% von 5.000,- €). V kriegt somit nur 3.000,- € Diese Lösung gleicht der Lösung zur Differenztheorie. Allerdings nur so lange, wie der Wert der Sache geringer oder gleich dem Kaufpreis ist. Für Schnäppchenverkäufe des V, wo der Wert größer ist als der Kaufpreis ergeben sich folgende Unterschiede:

<sup>399</sup> Rauscher ZGS 2002, 333, 336, 337; Stoppel Jura 2003, 224, 227.

<sup>400</sup> Looschelders JuS 1999, 949, 951; Medicus BR Rn. 270; ders. SAT Rn. 506g; vgl. Stoppel Jura 2003, 224, 227.

<sup>401</sup> Rauscher ZGS 2002, 333, 334.

<sup>402</sup> OLG Frankfurt NJW- RR 1995, 435, 437; Teubner NJW 1975, 2295; Baumann/ Hauth JuS 1983, 273, 279; Lorenz/ Riehm Rn. 350, 351; vgl. Stoppel Jura 2003, 224, 227.



Der Wert des Vogelfossils ist jetzt 6.000,- € V kann immer noch die 5.000,- € Kaufpreis fordern. Doch hat K jetzt einen Gegenanspruch i.H.v. 2.400,- € (40% von 6.000,- €). Damit muss er in diesem Fall 2.600,- € zahlen.

Ist der Wert aber geringer (4.000,- €), so bekäme er 3.400,- € da nun der Gegenanspruch (40% von 4.000,- €) 1.600,- € ist.

### ee) Stellungnahme

Von allen Theorien überzeugt allein die Surrogationstheorie. Obschon im Ergebnis die Meinungen fast immer gleich sind, so sind sie es nicht im Fall des guten Geschäfts des Schuldners. Diesen Gewinn berücksichtigt allein die Surrogationstheorie angemessen. Denn sie bemisst den Gegenanspruch des Gläubigers nicht doppelt wie die anderen Theorien<sup>403</sup>. Ebenso falsch ist es, den Gegenanspruch des Schuldners zu kürzen, denn jener beträgt bei §§ 280 I, III, 283 im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit 100 % wie auch bei der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit auch 100 %<sup>404</sup>. Allein der Schadensanspruch des Gläubigers variiert zwischen 0 und 100 %. Außerdem wäre der Schuldner ansonsten doppelt bestraft, sollte er eine anteilige Kürzung seines Anspruchs tragen müssen, da er noch das Sachrisiko trägt<sup>405</sup>. Nur nach der Surrogationstheorie wird auch dem Vertrag an sich Rechnung getragen, indem der Gewinn des Schuldners angemessen berücksichtigt wird, so dass schon wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nur ihr gefolgt werden kann.

## § 12 Unmöglichkeit in der CISG

Obwohl Art. 79 CISG sehr viel von dem enthält, was im deutschen Recht die Unmöglichkeit ist, so wird jedoch nirgends direkt der Untergang der Leistungspflicht in der CISG geregelt<sup>406</sup>. Art. 79 CISG gilt alleine nur für den Schadensersatzanspruch. Für die Unmöglichkeit der Sachleistung kann er nicht herangezogen werden, zumal auch ein entsprechender Antrag der Bundesrepublik Deutschland diesbezüglich scheiterte<sup>407</sup>.

Das heißt allerdings nicht, dass die CISG nicht doch die Unmöglichkeit der Sachleistung kennt. Jedoch ist der Weg hierin strittig. Ebenso muss zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit getrennt werden.

Ebenso ist Art. 79 CISG zwar nicht deckungsgleich mit der Unmöglichkeit des deutschen Rechts. Jedoch enthält er als *force majeure* auch die Unmöglichkeit. Dies sollte nur zur Klarstellung dienen. Art. 79 CISG ist mehr. Er umfasst auch die wirtschaftliche Unmöglichkeit und andere Faktoren, die eher als Störung der Geschäftsgrundlage zu klassifizieren sind<sup>408</sup>. Die bedeutet allerdings nicht, dass er nicht auch die Unmöglichkeit regelt. Im Folgenden wird genau darauf Bezug genommen.

### **I. Objektive Unmöglichkeit**

*Impossibilium nulla obligatio est.* Auch in der CISG gilt dieser Grundsatz. Für die objektive Unmöglichkeit ist es unstrittig, dass der Erfüllungsanspruch entfällt. Strittig ist allein der Weg dahin.

<sup>403</sup> OLG Frankfurt NJW- RR 1995, 435, 437; Teubner NJW 1975, 2295, 2295; Baumann/ Hauth JuS 1983, 273, 278.

<sup>404</sup> Teubner NJW 1975, 2295, 2295.

<sup>405</sup> OLG Frankfurt NJW- RR 1995, 435, 437; Teubner NJW 1975, 2295, 2296.

<sup>406</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 57; S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 52; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 60, 61.

<sup>407</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 57.

<sup>408</sup> Vgl. § 20.

Eine Ansicht will den Vertrag dahinfallen lassen<sup>409</sup>. Eine andere lässt Art. 28 CISG eingreifen und den Gerichten die Aufgabe geben, in solchen Fällen eine Verurteilung der Leistung zu versagen<sup>410</sup>. Durch die Ablehnung der Anträge Deutschlands und Norwegens könne man kein Fortfall des Erfüllungsanspruchs konstruieren, so dass man in Verbindung mit dem Prozessrecht der *lex fori* eine solche Klage ablehnen muss, da es diesbezüglich an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle. Eine letzte Ansicht will eine Lückenfüllung mit konventionsinternen Prinzipien im Wege des Art. 7 II Alt. 1 CISG<sup>411</sup>.

Dieser Ansicht ist auch zu folgen. Es ist erst mal nicht einzusehen, warum der Vertrag automatisch aufgehoben werden soll, zumal der Konventionsgeber *expressis verbis* keine *ipso facto avoidance* einführen wollte<sup>412</sup> und die Folgen für die Nebenpflichten unerwünscht sind<sup>413</sup>. Gegen die zweite Ansicht spricht, dass die Rechtsparodie *impossibilium nulla obligatio est* zu stark und zu evident ist, als dass die CISG es nicht beachten könnte<sup>414</sup>. Der Weg über Art. 28 CISG gibt dem nationalen Gesetzgeber zu viel Spielraum und kann nicht versichern, dass es wirklich zu dem Resultat führt, zu dem es führen soll, da manche Rechtsordnungen zu anderen Ergebnissen führen könnten<sup>415</sup>. Außerdem gilt Art. 28 CISG alleine für einen anderen Problembereich, nämlich dem, der *common law* Gerichten es erlauben soll, nicht auf Erfüllung zu verurteilen<sup>416</sup>. Ferner ist die fehlende Erwähnung des Wegfalls der Leistungspflicht in der CISG allein auf politische Faktoren zurückzuführen<sup>417</sup>. In der Sache war man sich einig, dass der Grundsatz mit umfasst werde. Das wird insofern dadurch bestätigt, als dass Art. 9:102 II lit. a) PECL und Art. 7.2.2 lit. a) PICC auch den Erfüllungsanspruch untergehen lassen<sup>418</sup>. Diese sind zwar nicht direkt anwendbar, jedoch können sie als Handelsbrauch i.S.d. Art. 9 II CISG hinzugezogen werden<sup>419</sup>. Ebenso können sie als rechtvergleichende Kriterien zugezogen werden. Selbst wenn man diese nicht als Handelsbrauch akzeptierte, so kann man dennoch den Rechtsgedanken des Art. 46 I Hs. 2 CISG verallgemeinern und als allgemeinen Grundsatz des Art. 7 II CISG klassifizieren<sup>420</sup>. Der Gegenleistungsanspruch ist dann in analoger Anwendung der Artt. 49 I lit. a), 81 CISG zu lösen<sup>421</sup>. Der Erfüllungsanspruch entfällt somit im Wege des Art. 7 II Alt. 1 CISG.

## II. Subjektive Unmöglichkeit

Ob auch subjektive Unmöglichkeit erfasst wird, ist umstritten. Die Hauptansicht sieht mit der subjektiven Unmöglichkeit den Erfüllungsanspruch nicht tangiert<sup>422</sup>. Allerdings soll dann im Rahmen der Störung der Geschäftsgrundlage bei existenzgefährdenden Erfüllungsansprüchen der Erfüllungsanspruch doch erlöschen. Das vermag nicht zu überzeugen. Auch in diesen Fällen ist der Grundsatz von *impossibilium nulla obligatio est* anzuwenden<sup>423</sup>. Denn erstens ten-

<sup>409</sup> B/B- Tallon Art. 79 Bem. 2.10.2.

<sup>410</sup> H/C Art. 79 Rn. 23.

<sup>411</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 59; MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 8, 9; S/S- Schwenger Art. 79 Rn. 53; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 61, 62.

<sup>412</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 59.

<sup>413</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 9.

<sup>414</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 8.

<sup>415</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 59; MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 9; S/S- Schwenger Art. 79 Rn. 54.

<sup>416</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 9.

<sup>417</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 59, 61 Fn 20.

<sup>418</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 59, 63 a.E.

<sup>419</sup> Vgl. die ähnliche Problematik mit der WGG in der CISG in § 20.

<sup>420</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 9; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 62.

<sup>421</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 9.

<sup>422</sup> BGH IHR 2008, 49, 53; Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 60; S/S- Schwenger Art. 79 Rn. 54; Bamberger/Roth- Saenger Art. 79 Rn. 10.

<sup>423</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 10; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 65.

dieren die Gesetzgeber der modernen Zivilrechte dazu, genau diese Unterscheidung aufzugeben<sup>424</sup>. Und zweitens ist die Ausnahme, die von der Leistungspflicht gemacht wird, nur eine scheinbare Differenzierung. Wenn es jemandem unmöglich ist, die Leistung zu erbringen, so muss er gezwungenermaßen Mittel aufwenden, die existenzbedrohend sind<sup>425</sup>. Ansonsten läuft man Gefahr, gerade diese Ausnahme zu unterlaufen und dem Schuldner unverhältnismäßige Aufwendungen aufzubürden. Der Verkäufer, dem in der Nacht vor der Übergabe der verkaufte Opel Corsa gestohlen und nach Sibirien verbracht wurde, hat eben keine Pflicht, einen Privatdetektiv zu engagieren, um das Auto zurückzubringen. Subjektive und objektive Unmöglichkeit sind somit gleich zu behandeln.

### III. Anfängliche Unmöglichkeit

Auch die anfängliche Unmöglichkeit wird in der CISG nicht direkt erwähnt. Aber aus Art. 68 S. 3 ergibt sich, dass die CISG von einer Weitergeltung des Vertrages ausgeht<sup>426</sup>. Art. 79 I CISG entlastet den Schuldner im Folgenden nur, wenn er die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen musste<sup>427</sup>.

### IV. Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit

Fernerhin ist die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nicht geregelt<sup>428</sup>. Dabei muss beachtet werden, dass mit Vertretenmüssen in der CISG immer das Nichteingreifen von Art. 79 CISG gemeint ist. Im Umkehrschluss heißt das also, dass im Falle des Eingreifens von Art. 79 CISG auch die Unmöglichkeit nicht zu vertreten ist. Dabei sind zwei Wege gangbar, die auch noch in Abhängigkeit davon stehen, ob der Rücktritt erklärt wurde oder nicht<sup>429</sup>. Als Schaden gilt entweder der Sachschaden oder der Kaufpreis.

#### 1. Sachschaden als Schaden

##### a) Keine Aufhebung

Bleibt der Vertrag bestehen, so wird der Schadensersatzanspruch des Käufers nach Art. 74 CISG gem. Artt. 77, 80 CISG um dessen Mitverschulden gekürzt. Etwaiger Profit wird so bei der Partei belassen, die ihn erzielte<sup>430</sup>. Der Verkäufer behält dabei seinen Kaufpreisanspruch.

Im bereits oben zum deutschen Recht dargestellten Beispielfall hieße das hier:

Bei einer Schadensquotelung von 40:60: V behält seinen Kaufpreisanspruch auf 5.000,- € Dem kann K seinen Schadensersatzanspruch entgegenhalten, der 40% der Schadenssumme beträgt, nämlich 2.000,- € so dass er noch 3.000,- € an den V zu zahlen hat. Diese Lösung entspricht der Lösung der Surrogationstheorie im deutschen Recht.

Ist der Schaden größer als der Kaufpreis, so kann K 40% dieser Summe, also bei einem Wert von 6.000,- € 2.400,- € als Schaden verlangen, so dass der Verkäufer dann nur noch 2.600,- € bekommt. Ist der Schaden kleiner, so erhält V immer noch den gekürzten Kaufpreis, K müsste

<sup>424</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 10.

<sup>425</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 10.

<sup>426</sup> MK- Huber Art. 68 Rn. 4; Staudinger- Magnus Art. 4 Rn. 44; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 4 Rn. 14; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 65.

<sup>427</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 45.

<sup>428</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 97.

<sup>429</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 99.

<sup>430</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 99, 100.

aber anteilig dem V seinen Gewinn zahlen. In diesem Fall wären es bei einem Wert von 4.000,- € 3.400,- € (5.000,- € - 40% von 4.000,- € (1.600,- €)).

#### b) Aufhebung erklärt

Wurde die Aufhebung wirksam erklärt, so stehen sich zwei Schadensersatzansprüche gegenüber<sup>431</sup>. Dabei verbleibt dem Käufer lediglich das Äquivalenzinteresse, da das Integritätsinteresse wegen des Wegfalls der Pflicht der Kaufpreiszahlung entfällt. Dieser ist um das Mitverschulden des Käufers zu kürzen. Der Verkäufer hat jedoch zwei Schadensersatzansprüche. Einmal auf das Äquivalenzinteresse und ein anderes Mal auf das Integritätsinteresse, da sein Eigentum beschädigt wurde. Das Äquivalenzinteresse ist separat zu fordern, da ansonsten dem Käufer ein etwaiger Profit entgeht. Beide sind um die Mitverschuldensquote des Verkäufers zu kürzen.

In dem Ausgangsfall bedeutete dies:

Der Kaufpreisanspruch entfällt. K verbleibt auch bei einem Wert, der gleich dem Kaufpreis ist, kein Schadensersatzanspruch, da kein Äquivalenzinteresse sichtbar ist. V hingegen kann auch nur das Integritätsinteresse, gekürzt um sein Mitverschulden, fordern. Diese Ansicht ähnelt der Ansicht des deutschen Rechts, welche beiden Parteien Schadensersatzansprüche geben will, mit der Ausnahme, dass hier das Äquivalenzinteresse besser zur Geltung kommt. Ist der Wert des Urvogels hingegen 6.000,- € so hat der Käufer einen weiteren Schadensersatzanspruch i.H.v. 400,- € V hat einen bereinigten Integritätsschaden von 3.600,- € der jetzt um jene 400,- € noch zu kürzen ist.

Ist der Wert 4.000,- € so hat K kein Äquivalenzinteresse. V hat aber ein Integritätsinteresse i.H.v. 2.400,- € und ein Äquivalenzinteresse i.H.v. 600,- € so dass er 3.000,- € erhält.

### 2. Kaufpreis als Schaden

Im Fall des Kaufpreises als Schaden ergibt sich für den Fall des Profits beim Käufer jedoch, dass dieser den Profit komplett behält, während der Profit des Verkäufers gequotelt wird<sup>432</sup>. Das gilt jedoch nur für den Fall der Vertragsaufhebung.

Der größte Unterschied hierbei zur vorangegangenen Ansicht ist alleine in dem Fall zu sehen, in dem Kaufpreis und Wert auseinanderliegen. Dann kann V nur noch einen Schadensersatz in Höhe der Kaufsumme fordern, gekürzt um sein Mitverschulden, K hingegen das Äquivalenzinteresse. Also kann V 3.000,- € fordern (60% des Kaufpreises von 5.000,- €), während K den Schaden i.H.v. 400,- € (40% von 1.000,- € Differenz zwischen Kaufpreis und Wert) dagesetzen kann, so dass er 2.600,- € an V zahlen muss.

### 3. Lösung

Hier sind zwei Probleme zu lösen. Zum einen das Problem der Anwendbarkeit des Art. 80 CISG in solchen Fällen.

Fraglich ist, ob Art. 80 CISG eingreift, wenn beide Seiten die Nichterfüllung verursacht haben. Einer Meinung nach muss eine Partei allein die Nichterfüllung verursacht haben<sup>433</sup>. Nach anderer Ansicht ist Art. 80 CISG anwendbar, aber in den Rechtsfolgen zu anzupassen<sup>434</sup>. Doch wenn Art. 80 CISG Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, so muss

<sup>431</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 100, 101.

<sup>432</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 100, 101.

<sup>433</sup> Schlechtriem CISG- Gruber Art. 80 Rn. 5, 10.

<sup>434</sup> B/B- Tallon Art. 80 Bem 2. 5.; H/C Art. 80 Rn. 8.

das Bestehen des Gläubigers auf seine formale Position treuwidrig erscheinen, so dass insgesamt die Ursachenbeiträge zu gewichten sind<sup>435</sup>. Da allerdings eine vermittelnde Lösung in dem „Alles- oder- Nichts“ keinen Raum hat, muss das Verschulden des Gläubigers das des Schuldners deutlich überwiegen. Es kommt zwar immer auf den Einzelfall an, aber ein Richtwert von 60:40 sollte zu beachten sein. I.Ü. gilt Art. 77 CISG. Auf den ersten Blick eine gute Lösung.

Somit kommt die Anwendung von Art. 80 nur bei überwiegendem Verschulden des Gläubigers in Betracht. In diesen Fällen ist der Gläubiger an den Vertrag gebunden. In den anderen Fällen kann er es sich aussuchen, ob der Vertrag weiter Bestandskraft haben soll oder nicht<sup>436</sup>. Dies wird damit begründet, dass der Verkäufer den Verlust eher hinnehmen kann als der Käufer, da dieser keine Sachleistung oder Kompensation bekommt. Da diese Lösung nur dann eingreift, wenn auch das Verschulden des Verkäufers größer ist, als das des Käufers, ist diese Lösung wegen ihrer Flexibilität vorzuziehen.

Das andere Problem ist, was denn nun die Grundlage zur Ermittlung des Schadensersatzes sein soll. Hierbei ist der wirkliche Wert maßgebend. Das folgt aus dem Grundsatz der Totalrestitution. Jede Partei soll so gestellt werden, wie sie stünde, wäre ordnungsgemäß erfüllt worden.

Welche Auswirkungen hätte diese Lösung für das deutsche Recht?

#### 4. Folgen für die Unmöglichkeit im deutschen Recht?

§ 326 II BGB wird analog angewandt unter der Surrogationstheorie. Für den Fall aber, dass der Schuldner überwiegend verantwortlich ist, verbleibt ihm auch nicht das Recht am Gewinn. Wie würde sich diese Lösung auswirken?

Für eine Quote von 60:40: Unter der Surrogationstheorie bekäme er 2.000,- € (5.000,- € Kaufpreis weniger 3.000,- € Schadensersatz). Nach der Lösung hier bekäme er für den Fall des Rücktritts nur den Integritätsschaden ersetzt, der noch um sein Mitverschulden zu kürzen ist. Das sind auch 2.000,- € Ist der Wert größer als der Kaufpreis (6.000,- €), so erhielte V mit der Surrogationstheorie immer noch 1.400,- € Mit der anderen Lösung bekommt er 2.400,- € Integritätsinteresse weniger 600,- € des Äquivalenzinteresses des Gläubigers, also 1.800,- € Ist der Wert hingegen kleiner, (4.000,- €) so bekäme er 1.800,- € nach der letzten Ansicht (1.400,- € Integritätsinteresse und 400,- € Äquivalenzinteresse). Nach der Surrogationstheorie bekäme er 2.600,- € (5.000,- € Kaufpreis weniger 2.400,- € Schadensersatz (60% von 4.000,- €)).

Diese Ansichten unterscheiden sich also dort, wo die beiden Parteien Profit machen. Die Surrogationstheorie gibt V mehr, wenn er Profit machte, aber weniger, wenn der Käufer Profit machte. Da hiermit allerdings der Vertragslage besser gedient ist und den Parteien der größere Profit bleibt für den Fall, dass sie Profit haben, bleibt die Surrogationstheorie maßgebend. Diese ist ja schließlich auch maßgebend, wenn Art. 80 CISG eingreift.

Aus diesem Grund ist die Surrogationstheorie in der CISG zu verankern. Damit wäre dem Telos des Vertrages besser gedient. Derjenige, der einen Profit hat ausschlagen können, soll ihn auch behalten. Folglich muss ebenso das oben Gesagte zu Art. 80 CISG korrigiert werden. Art 80 CISG findet immer Anwendung, wenn ein Vertretenmüssen des Gläubigers vorliegt. Das scheinbar starre Bestehen auf einer Formalen Position hier bleibt von Treu und Glauben jedenfalls dann gedeckt, wenn die Surrogationstheorie Anwendung findet.

---

<sup>435</sup> Staudinger- Magnus Art. 80 Rn. 14; Rathjen RIW 1999, 561, 565.

<sup>436</sup> Bach/Stieber IHR 2006, 97, 102, 103.

## V. Ergebnis

Folgt man diesen Ansichten, ist die Unmöglichkeit in der CISG sehr wohl geregelt und kann mit den Regelungen des deutschen Rechts verglichen werden. Allerdings ist in Ermangelung konkreter Normen der Weg hierzu ungleich mühseliger.

### § 13 Unmöglichkeit in den Principles und im DCFR

#### I. Unmöglichkeit in den PECL

Art. 8:108 PECL regelt primär die Unmöglichkeit<sup>437</sup>. Der Schuldner ist entschuldigt, wenn er die Nichterfüllung nicht vertreten muss. Da bei der Schaffung des Art. 8:108 I PECL Art. 79 I CISG Pate gestanden hat<sup>438</sup>, muss derselbe Maßstab für das Vertretenmüssen des Schuldners auch hier angenommen werden. Ebenso sind Handelsbräuche zu beachten, die zu einer unterschiedlichen Haftung führen können<sup>439</sup>. Auch ist Art. 8:108 PECL nicht zwingend und kann anders geregelt werden.

Dabei kann jede Art der Pflichtverletzung von Art. 8:108 PECL erfasst werden, auch die Geldschuld<sup>440</sup>. Letztere allerdings nur insofern, als dass Insolvenz keine hinreichende Entschuldigung darstellt. Allerdings können Devisenausfuhrverbote zur Entschuldigung als Hinderungsgrund herangeführt werden<sup>441</sup>.

Den Parteien steht es frei, abweichende Klauseln zu vereinbaren, die die Voraussetzungen in beide Richtungen modifizieren können<sup>442</sup>.

##### 1. Hinderungsgründe

Hinderungsgründe können jede Art von Ereignissen umfassen, seien es Naturgewalten, Eingriffe Dritter oder behördliche Maßnahmen<sup>443</sup>. Das Ereignis muss aber erst nach Vertragsschluss entstanden sein, da Art. 8:108 PECL nicht auf die anfängliche Unmöglichkeit anzuwenden ist, sondern in dem Fall die Anfechtungsregeln nach Art. 4:103 PECL<sup>444</sup>.

Die Voraussetzungen eines Hinderungsgrundes sind die gleichen, die üblicherweise für das Vorliegen der *force majeure* verlangt werden<sup>445</sup>. Dabei hat der Schuldner deren Vorliegen zu beweisen<sup>446</sup>.

##### a) Hindernis außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners

Das Hindernis muss jenseits des Einflussbereichs des Schuldners entstanden sein<sup>447</sup>. Er bleibt für alle Risiken, die mit seinen eigenen Handlungen verbunden sind, verantwortlich. Dabei ist

---

<sup>437</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar A.

<sup>438</sup> PECL Art. 8:108 Anmerkung I.

<sup>439</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar A.

<sup>440</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar B.

<sup>441</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar B.

<sup>442</sup> Vgl. Lando *Eight Principles* S. 118.

<sup>443</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar B.

<sup>444</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar B.

<sup>445</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C.

<sup>446</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C.

<sup>447</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (i).

es gleichgültig, ob es seine eigenen Handlungen oder die seiner Erfüllungsgehilfen sind<sup>448</sup>. Das gilt auch für Subunternehmer. Bedient er sich eines solchen, so muss das hindernde Ereignis auch außerhalb der Einflussosphäre des Subunternehmers gelegen haben<sup>449</sup>. Liegt tatsächlich Verschulden vor, so ist ein Hindernis außerhalb des Einflussbereichs nicht gegeben<sup>450</sup>.

b) Hindernis war vernünftigerweise nicht vorhersehbar

Das Hindernis muss ebenso so beschaffen gewesen sein, dass es dem anderen Vertragspartner nicht hätte in Rechnung gestellt werden können<sup>451</sup>. Hätte der Schuldner es nämlich voraussehen können, so hat er entweder das Risiko zu tragen, oder ihn trifft ein Verschulden, dass er es nicht gesehen hat<sup>452</sup>. Andernfalls hätte er ja das Risiko dem Gläubiger auftragen können, und sei es in Form eines Preisanstiegs, oder eine spezielle Versicherung dagegen abschließen können. Dies ist auch eines der beiden Hauptargumente für die Einführung einer solchen Regelung<sup>453</sup>. Das andere ist, dass der Schuldner, dem hohe Ersatzansprüche drohen, generell mit einer größeren Sorgfalt vorgeht, als bei der Erfüllung alltäglicher Geschäfte<sup>454</sup>. Maßstab der Vorhersehbarkeit ist der objektive Dritte<sup>455</sup>. Damit kommt es darauf an, ob der objektive Dritte ohne übertriebenen Optimismus bzw. Pessimismus das Ereignis hätte erwarten können zu dem Zeitpunkt und an dem Ort, wo es tatsächlich auftrat. Ein Wirbelsturm in der Karibik mag während der Zeit von Juni bis November vorhersehbar sein, kann aber im März als solcher vernünftigerweise nicht vorhersehbar sein<sup>456</sup>.

c) Hindernis war unüberwindlich

Das Kriterium der Vernünftigkeit beinhaltet, dass das Hindernis zudem unüberwindlich sein muss<sup>457</sup>. D.h., es darf weder vermeidbar noch überwindbar sein, damit die Entschuldigung eingreifen kann. Das hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab, ob tatsächlich ein unüberwindliches Hindernis auftrat<sup>458</sup>. Allerdings muss dabei die Verhältnismäßigkeit im Auge behalten werden. Der Schuldner muss nicht Maßnahme treffen die exorbitant zu dem Risiko oder ungesetzlich sind<sup>459</sup>. So braucht der Schuldner nicht die Ware zu schmuggeln, um ein Embargo zu umgehen, und zwar selbst dann, wenn das Embargo rechtswidrig ist<sup>460</sup>.

## 2. Rechtsfolgen

Der Schuldner wird von der Haftung für seine Nichterfüllung befreit, wenn er sich nach Art. 8:108 PECL entschuldigen kann. Das betrifft aber nur die Ansprüche auf Erfüllung und Schadensersatz<sup>461</sup>. Die Erfüllung i.S.d. Artt. 9:101, 9:102 PECL ist schon *per definitionem* ausgeschlossen. Das Gleiche gilt nach Art. 9:102 II lit. b) für den Fall, in denen die Leistung zwar theoretisch möglich ist, aber unangemessene Anstrengungen oder Kosten der Leistung im Wege stehen. Ebenso entfällt der Schadensersatzanspruch diesbezüglich. Da es jedoch sinnlos

---

<sup>448</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (i).

<sup>449</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (i).

<sup>450</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (i).

<sup>451</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (ii).

<sup>452</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (ii).

<sup>453</sup> Rabel I S. 497; Koziol. S. 201.

<sup>454</sup> Koziol. S. 201, 202.

<sup>455</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (ii).

<sup>456</sup> Vgl. Beispiel in PECL Art. 8:108 Kommentar C (ii)

<sup>457</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (iii).

<sup>458</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (iii).

<sup>459</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (iii).

<sup>460</sup> Vgl. RGZ 93, 182, 184, 185.

<sup>461</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar D.

wäre, den Gläubiger an einen wirtschaftlich nutzlosen Vertrag zu binden<sup>462</sup>, sieht Art. 9:303 IV PECL vor, dass der Vertrag von dem Zeitpunkt aufgehoben ist, an dem der vollständige und dauerhafte Hinderungsgrund eintrat. Einer Aufhebungserklärung bedarf es somit nicht. Der Gegenleistungsanspruch geht somit auch mit diesem Zeitpunkt unter. Insofern hat der Gläubiger nur dann noch eine wirkliche Wahl, wenn es sich um eine Teilunmöglichkeit handelt<sup>463</sup>. Dann ist es seiner Wahl überlassen, ob er sich mit der Teilerfüllung zufrieden gibt oder den Vertrag ganz aufhebt. Das unterliegt dann aber den allgemeinen Regeln hierzu, so dass nachzufragen ist, ob die unterbliebene Teilleistung vertragswesentlich ist oder nicht<sup>464</sup>. Haben beide Parteien hingegen die Unmöglichkeit zu vertreten, so kann nichts anderes gelten, was bereits oben zur beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit in der CISG geschrieben wurde<sup>465</sup>.

Liegt das Hindernis aber nur zeitweilig vor, so ist gem. Art. 8:108 II PECL die Entschuldigung auch nur für die Zeit gegeben. Das kann allerdings länger sein als die Dauer des Hindernisses. So ist in dem Moment der Zeitpunkt maßgeblich, wo der Schuldner wieder leisten kann. Ist beispielsweise ein Lagerhaus mit Rohstoffen für Medizin unvorhersehbar überflutet worden, so braucht der Pharmahersteller erst dann wieder liefern, wenn er sich mit frischer Ware wieder eingedeckt hat<sup>466</sup>. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich die Frist hierbei um den Zeitraum verlängert, in dem er vernünftigerweise Ersatzmaterial beschaffen und die Medikamente produzieren kann. Er muss dabei so zügig wie möglich vorgehen. Verspätet er sich hierbei, muss er diesbezüglich die Konsequenzen seines Verzuges tragen. Aber auch nur diesbezüglich. Für die erste Verzögerung kann er nicht verantwortlich gemacht werden.

Stellt die Dauer der Verspätung allerdings eine wesentliche Vertragsverletzung da, so kann der Gläubiger immer noch vom Vertrag zurücktreten<sup>467</sup>. Das Recht ist nicht betroffen. Ebenso kann der Gläubiger in diesem Fall dem Schuldner eine Nachfrist i.S.d. Art. 8:106 II PECL setzen, damit der Zeitfaktor zu einem entscheidenden Kriterium wird<sup>468</sup>. Dabei ist aber zu beachten, dass es treulos wäre, eine Nachfrist zu setzen, die der Schuldner voraussehbar nicht einhalten kann. Dann muss der Gläubiger akzeptieren, dass es zu einer Verzögerung kommt. Es sei denn, die Zeit ist wesentlich für den Vertrag geworden. Dann bedarf es aber auch keiner weiteren Nachfrist mehr, da das nur noch sinnlose Förmerei wäre. Für den Fall aber, dass es ungeklärt ist, wie lange das Hindernis andauert, ist der Gläubiger angehalten, eine Nachfrist zu setzen. Denn er soll nicht das Risiko tragen, allzu lange auf die Leistung zu warten, und Klarheit über die Lage bekommen. Genauso ist der Fall zu entscheiden, wenn der Gläubiger sich nicht sicher ist, ob der Zeitablauf schon eine wesentliche Vertragsverletzung ist oder nicht. Um diese Unwägbarkeit ganz zu vermeiden, sollte ein jeder Gläubiger in einem solchen Fall eine Nachfrist setzen.

Art. 8:108 III PECL ist eine spezielle Ausformung des Grundgedankens von Treu und Glauben<sup>469</sup>. Der Schuldner muss den Vertragspartner von den neuen Hindernissen innerhalb angemessener Frist warnen, damit dieser selbst Maßnahmen ergreifen kann, um negativen Folgen, die durch die Nichterfüllung entstanden sind oder drohen, zu begegnen<sup>470</sup>. Auch ist die Mitteilung notwendig, damit der Gläubiger sein Aufhebungsrecht ausüben kann. Dabei hat er ihn auch die voraussichtliche Zeitspanne des Hindernisses zu unterrichten<sup>471</sup>.

---

<sup>462</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar D.

<sup>463</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar D.

<sup>464</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar D.

<sup>465</sup> Vgl. § 12 IV.

<sup>466</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar E.

<sup>467</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar E.

<sup>468</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar E.

<sup>469</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar F.

<sup>470</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar F.

<sup>471</sup> Vgl. PECL Art. 8:108 Beispiel 7.



Die Angemessenheit der Frist beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls, so dass auch eine sofortige Frist durchaus angemessen sein kann<sup>472</sup>. Damit einhergehend hat der Schuldner den Gläubiger über Folgen, die am Anfang noch nicht absehbar waren, in wiederum angemessener Zeit zu informieren, so dass ggfls. weitere Mitteilungen erforderlich werden können<sup>473</sup>. Das jeweilige Übermittlungsrisiko trifft dabei gem. Art. 1:303 PECL den Schuldner. Unterlässt der Schuldner es, binnen angemessener Frist eine Mitteilung zu schicken, so hat er die Folgen diesbezüglich zu tragen.

## II. Unmöglichkeit in den PICC

Nach Art. 7.1.7 I PICC ist der Schuldner von der Nichterfüllung entschuldigt, wenn er nachweist, dass die Nichterfüllung auf einem Hindernis außerhalb seines Einflussbereichs beruht und dieser vernünftigerweise bei Vertragsschluss nicht voraussehbar war oder der Hinderungsgrund oder seine Folgen unvermeidbar waren. Hierbei stellen die PICC sowohl auf die *doctrines of frustration* und *impossibility* des *Common Law* als auch auf die *force majeure* und *Unmöglichkeit* des kontinentaleuropäischen Rechts ab, ohne jedoch mit einer von ihnen gänzlich übereinzustimmen<sup>474</sup>. Einzig und allein weil der Begriff *force majeure* im internationalen Handel so verbreitet ist, wurde er als offizielle englischer Terminus benutzt. Dabei ist festzustellen, dass die höhere Gewalt wirklich Unmöglichkeit verlangt<sup>475</sup>. Wirtschaftliche Unmöglichkeit, wo es also noch tatsächlich möglich ist, die Leistung zu erbringen, diese aber nicht mehr wirtschaftlich angemessen ist, fällt nicht hierunter, sondern unter die Art. 6.2.1 ff. PICC.

Besteht der Hinderungsgrund nur eine gewisse Zeit über, so wirkt nach Art. 7.1.7 II PICC die Entschuldigung für den Zeitraum, der in Anbetracht der Art der Hinderung angemessen ist. Die mag im Endeffekt kürzer oder länger sein, je nachdem, inwieweit das Hindernis die Nichterfüllung beeinflusst<sup>476</sup>. Ist beispielsweise durch einen Krieg im Nachbarland der Bau einer Pipeline nicht rechtzeitig vor der Monsunzeit, in der nicht gearbeitet werden kann, abgeschlossen, so wirkt die Entschuldigung nicht nur für die Monsunzeit, sondern so lange, wie der Schuldner braucht, die Pipeline in angemessener Zeit zu vollenden<sup>477</sup>.

Der Schuldner hat gem. Art. 7.1.7 III PICC dem Gläubiger eine Mitteilung vom Hinderungsgrund und dessen Einwirken auf die Nichterfüllung zu schicken. Erhält der Gläubiger sie nicht innerhalb angemessener Frist, innerhalb derer der Schuldner den Grund zumindest hätte kennen müssen, so haftet der Schuldner für den Schaden, der eingetreten ist, weil er nicht rechtzeitig die Mitteilung schickte.

Art. 7.1.7 IV PICC stelle klar, dass durch das Vorliegen des Entschuldigungsgrundes zwar der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, keineswegs jedoch das Recht auf Vertragsaufhebung, Zurückbehaltung der eigenen Leistung oder das Fordern für Zinsen auf einen Geldbetrag, sollte eine Geldschuld gefordert sein. Nur die Haftung für Schadensersatz entfällt in solchen Fällen, da der Schuldner entschuldigt ist<sup>478</sup>. Die Nichterfüllung kann trotzdem eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen.

Nach Art. 3.3 I PICC bleibt ein Vertrag gültig, auch wenn er von Anfang an unmöglich war. Die Haftung erfolgt nach den Grundsätzen der Haftung für Nichtleistung<sup>479</sup>. Dabei besteht

---

<sup>472</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar F.

<sup>473</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar F.

<sup>474</sup> PICC Art. 7.1.7 Comment 1.

<sup>475</sup> Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 21.

<sup>476</sup> PICC Art. 7.1.7 Comment 2; Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 19.

<sup>477</sup> Vgl. PICC Art. 7.1.7 Illustration.

<sup>478</sup> PICC Art. 7.1.7 Comment 2; Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 18.

<sup>479</sup> PICC Art. 3.3 Comment 1.

eine Haftung jedoch nur insoweit, als dass der Schuldner von dem Hindernis zumindest hätte wissen müssen<sup>480</sup>.

Zur beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit kann man hier die Ausführungen diesbezüglich von oben wiederholen.

Nach Art. 7.2.2 lit. b) PICC lassen unverhältnismäßige Kosten oder Anstrengungen die Leistungspflicht ebenfalls entfallen.

Art. 7.1.7 PICC entspricht somit Art. 8:108 PECL, nur ist er teilweise etwas exakter gefasst. Es gibt inhaltlich aber keine Abweichungen.

### III. Unmöglichkeit in den AP und dem DCFR

Art. III.- 3:104 DCFR ist nur eine redaktionell leicht veränderte Kopie von Art 8:108 PECL. Inhaltlich hat sich nichts geändert. Insofern erübrigt sich hier eine genauere Beschreibung, da sich an der Regelung der PECL im DCFR nichts ändert.

Art. 8:401 II AP ist nur eine inhaltliche Kopie von Art. 8:108 I PECL, so dass sich auch hier keine Unterschiede in der Regelung ergeben.

## § 14 Vergleich der Unmöglichkeit

Der Gesetzgeber des BGB hatte ursprünglich die Unmöglichkeit des BGB als zentrale Säule des Leistungsstörungsrechts im Blick<sup>481</sup>. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und der folgenden Neubekanntmachung des BGB<sup>482</sup> hat der Gesetzgeber diese Lösung aufgegeben und die Pflichtverletzung zur tragenden Säule gemacht. Die Unmöglichkeit, die anfänglich sogar nur rudimentär geregelt werden sollte, wurde schließlich nur noch zu einem Stützstreben der Säule, ein Unterfall der Pflichtverletzung. Dabei hatte der Gesetzgeber immer die CISG im Blickwinkel. Umso erstaunlicher ist, dass in den Principles, im DCFR und in der CISG die Unmöglichkeit, hier als sog. *force majeure*, eine weitaus wichtigere Rolle spielt, als im jetzt geltenden deutschen Recht. Zwar ist *force majeure* nicht ganz übereinstimmend mit der Unmöglichkeit des deutschen Rechts, da sie weitergehend ist und auch Fälle der Störung der Geschäftsgrundlage erfasst, jedoch ändert das am Kern der Aussage nichts. Man kann mit guten Gründen behaupten, dass in diesen Rechtsordnungen die Bedeutung der Unmöglichkeit der Bedeutung im BGB entsprach, wie es 1900 in Kraft trat. Und das, obwohl genau jenes international als unvoreilhaft charakterisiert wurde<sup>483</sup>. Auf den ersten Blick erscheint das leicht schizophran. Allerdings ist hier die Unmöglichkeit nicht per se die tragende Säule des Leistungsstörungsrechts in dem Sinn, als dass hierunter jede Art der Pflichtverletzung zu subsumieren ist, sondern jede Art der Entschuldigung. Als Korrektur der Garantief Haftung ist die Unmöglichkeit in diesen Rechtsordnungen so bedeutend, wie sie es vor der Schuldrechtsmodernisierung im deutschen Recht war. Hat der Schuldner nicht die Unmöglichkeit zu vertreten, so braucht er keinen Schadensersatz und keine Naturalerfüllung zu leisten. Dabei ist jeder Entschuldigungsgrund unter die Unmöglichkeit zu subsumieren. Wenn der Verkäufer auf dem Weg zum Käufer in einen von ihm nicht verschuldeten Unfall verwickelt wird und die Kaufsache erst später liefern kann, ist es genauso unmöglich wie der klassische

---

<sup>480</sup> Vgl. PICC Art. 3.3 Comment 1.

<sup>481</sup> MK<sup>4</sup> - Emmerich Vor § 275 Rn. 2; Soergel<sup>12</sup> - Wiedemann Vor § 275 Rn. 1; Palandt<sup>59</sup> - Heinrichs Vorbem v § 275 Rn. 3.

<sup>482</sup> BGBl. 2001 I S. 42 ff.

<sup>483</sup> Vgl. Zimmermann JZ 1995, 477, 480.

Fall, in dem bei dem Unfall auch die Kaufsache zerstört wird. Unmöglich ist dabei nicht die Leistung per se, sondern die rechtzeitige Leistung.

Die größten inhaltlichen Übereinstimmungen gibt es zwischen dem deutschen Recht, der CISG und den PICC. Die AP, PECL und der DCFR differieren nur im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit.

In allen Rechtsordnungen ist die nicht zu vertretende Unmöglichkeit ein Ausschlussgrund für das Fordern der Leistung und den Schadensersatz.

In all den dargestellten Rechtsordnungen ist die nachträgliche, objektive wie subjektive, tatsächliche wie rechtliche Unmöglichkeit gleich geregelt. Eine unmögliche Leistung kann nicht verlangt werden, und zwar gleichgültig, ob sie überhaupt nicht mehr oder nicht mehr vom Schuldner erbracht werden kann. Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei. Er wird ebenso von seiner Schadensersatzpflicht frei, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte bzw. ihn kein Verschulden trifft. Dabei ist es möglich, dass die Unmöglichkeit nur temporär vorliegt oder nur teilweise vorhanden ist.

Das deutsche Recht, die CISG und die PICC kennen die anfängliche Unmöglichkeit als Unterfall der Unmöglichkeit, wo der Schuldner nur dann haftet, wenn er von dem Hinderungsgrund wenigstens hätte wissen müssen. Die PECL und das DCFR sehen in der anfänglichen Unmöglichkeit eine Anfechtungsmöglichkeit gegeben. Es ist schade, dass das DCFR nicht der moderneren Regelung der anderen Rechtsordnungen folgt und sich hier etwas zu nah an den PECL orientiert. Die AP sind in diesem Fall zu rudimentär, um sie hier vergleichen zu können.

Das deutsche Recht kennt mit § 275 II, III BGB die Fälle der Unverhältnismäßigkeit und der Unzumutbarkeit. Die Unverhältnismäßigkeit des § 275 II BGB ist eine besondere Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben<sup>484</sup>. Sie ist auf Extremfälle zugeschnitten<sup>485</sup>. Der Fall der Unzumutbarkeit des § 275 III BGB ist weit gefasst. Die entsprechenden Vorschriften kann man in Artt. 9:102 II lit. b) PECL, 7.2.2 lit. b) PICC, III.- 3:302 III lit. b) DCFR und 8:202 III lit. b) AP (hier als *grey letter rule* aus dem DCFR übernommen) finden. In Art. 46 III CISG gilt das eigentlich nur für die Nachbesserung vertragswidriger Ware. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, warum man nicht Art. 46 III CISG analog anwendet auf die Fälle, in denen schon die Leistung selber unverhältnismäßig wurde.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so kommen die Rechtsordnungen auch im Fall der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit zum gleichen Ergebnis.

Art. 9:303 IV PECL und Art. III.- 3:104 IV DCFR lassen im Fall der dauerhaften und totalen Unmöglichkeit den Vertrag automatisch aufheben.

Im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen hat das deutsche Recht keine Vorschrift, dass für den Fall des Eintritts eines Leistungshindernisses der Vertragspartner zu kontaktieren ist. Allerdings wird man das als Nebenpflicht i.S.d. § 241 II BGB annehmen.

Die Unmöglichkeit ist, von wenigen kleinen Ausnahme abgesehen, im Großen und Ganzen in den Rechtsordnungen gleich geregelt. Allerdings gilt das nicht für die Systematik. Während die Unmöglichkeit im deutschen Recht nur noch einen Unterfall der Pflichtverletzung darstellt, stellt sie in den anderen hier untersuchten Rechtsordnungen den zentralen Eckpfeiler der Entschuldigung dar.

---

<sup>484</sup> RGZ 57, 116, 118, 119; 99, 1, 2; Staudinger<sup>2004</sup> - Löwisch § 275 Rn. 70; DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 69; Medicus SAT Rn. 425.

<sup>485</sup> Canaris JZ 2001, 499, 502; DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 69; Brox AS § 22 Rn. 19; vgl. MK- Ernst § 275 Rn. 22.

## Kapitel 4: Verzug

### § 15 Verzug

#### I. Einleitung

Auch an der Regelung des Verzugs ist die Schuldrechtsreform nicht spurlos vorübergegangen. So verlor auch der Verzug seine Position in der klassischen Dreiteilung von Verzug, Unmöglichkeit und PVV, indem ebenfalls der Verzug der Pflichtverletzung untergeordnet wurde<sup>486</sup>. Allerdings bleiben die Regelungen des Verzugs als gesonderte Tatbestände erhalten. Auch hier gilt wie bei der Unmöglichkeit, dass eine eventuelle Verschmelzung mit der Forderungsverletzung nur zu Rechtsunsicherheit geführt hätte, da die Regelungen, die bisher galten, quasi analog weiterzugesetzt hatten, dann aber im Gewand der Pflichtverletzung. Ein solcher Schritt ist aber nicht notwendig. In Gegenteil. Man sollte nur so viel zusammenlegen, wie es sinnvoll ist.

Verzug setzt voraus, dass die Leistung noch nachgeholt werden kann<sup>487</sup>. Damit schließt Unmöglichkeit Verzug aus. Insbesondere ist damit auch das absolute Fixgeschäft gemeint, nicht jedoch das relative<sup>488</sup>. Der Ansicht, dass vom Schuldner zu vertretende Leistungsverzögerungen gleichzeitig auch einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB neben den aus §§ 280 I, II, 286 BGB darstellen<sup>489</sup>, kann nicht gefolgt werden, da eine schuldhaft Verletzung der Pflicht der rechtzeitigen Erfüllung nichts anderes ist als der zu vertretende Umstand i.S.d. § 286 IV BGB<sup>490</sup>. Zudem würden auf diesem Weg die Vorschrift des § 280 II BGB und die weiteren Voraussetzungen des Verzuges unterlaufen werden<sup>491</sup>. Somit sind ebenso verspätete Erfüllungen von Nebenpflichten, soweit sie die Hauptpflicht ergänzen, beispielsweise die verspätete Lieferung eines dringend benötigten Handbuchs zu einer pünktlich gelieferten Maschine, nach den Verzugsregeln zu bemessen<sup>492</sup>. Allerdings fallen die Nebenpflichten, die das Integritätsinteresse des Gläubigers schützen, nicht hierunter, da hier der Schwerpunkt des Fehlverhaltens nicht die verspätete Lieferung, sondern die Gefährdung der Rechtsgüter des Gläubigers ist<sup>493</sup>. Das gilt erst recht bei einer Schlechtleistung, da hier die Mangelhaftigkeit der Sache im Vordergrund steht.

---

<sup>486</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem. zu §§ 286- 292 Rn. 1.

<sup>487</sup> RGZ 97, 6, 9; BGHZ 84, 244, 248; BAG NJW 1986, 1831, 1832; Erman- Hager § 286 Rn. 4; MK- Ernst § 286 Rn. 34.

<sup>488</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem zu §§ 286- 292 Rn. 7; MK- Ernst § 286 Rn. 39, 40; Erman- Hager § 286 Rn. 5.

<sup>489</sup> RGZ 68, 192, 194; Palandt<sup>65</sup>- Heinrichs § 286 Rn. 6.

<sup>490</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem zu §§ 286- 292 Rn. 18; Enn./ Lehmann § 53 I S. 225.

<sup>491</sup> Erman- Hager § 286 Rn. 11.

<sup>492</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem zu §§ 286- 292 Rn. 19.

<sup>493</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem zu §§ 286- 292 Rn. 20; Canaris ZIP 2003, 321, 324.

## II. Voraussetzungen

### 1. Schuldnerverzug, §§ 286 ff. BGB

#### a) Fälliger und durchsetzbarer Anspruch im Zeitpunkt der Mahnung

##### aa) Fälligkeit des Anspruchs

§ 286 I 1 BGB setzt voraus, dass die Leistung fällig ist. Der Anspruch ist fällig nach den Bedingungen des Vertrages. Sind keine Bedingungen festgelegt worden und ergibt sich nichts anderes aus den Umständen, so ist gem. § 271 I BGB die Leistung sofort fällig.

Verzug ist bei fehlender Fälligkeit nicht gegeben. Auch ein gesetzliches Verbot lässt den Verzug nicht eintreten<sup>494</sup>. Der Verzug setzt dann erst ein, wenn das Verbot aufgehoben ist. Ebenso lässt eine Stundung die Fälligkeit entfallen<sup>495</sup>. Das gilt aber nur insoweit, als die Folgen des Verzugs erst ab dem Zeitpunkt der Stundung wegfallen und nicht auch noch rückwirkend<sup>496</sup>, es sei denn, dass der Gläubiger ausdrücklich auch auf die Geltendmachung dieser Rechte verzichten will<sup>497</sup>. Das Stellen einer Rechnung ist grundsätzlich nicht ausreichend, um Fälligkeit zu begründen<sup>498</sup>. Allerdings ist es möglich, dass vertraglich oder spezialgesetzlich, hier insbesondere die Gebührenvorschriften der freien Berufe, etwas anderes geregelt ist<sup>499</sup>. Letzteres ist aber für das Kaufrecht irrelevant.

##### bb) Durchsetzbarkeit

Die Durchsetzbarkeit wird bedingt durch mögliche Einreden und Einwendungen. Grundsätzlich schließen Einreden und Einwendungen die Durchsetzbarkeit aus, da diese Tatbestandsmerkmal des Verzugs ist<sup>500</sup>. Für die Einrede ist dies allerdings strittig.

Zum einen wird vertreten, dass die Einrede als Gestaltungsrecht des Schuldners ihm nur dann das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, wenn er sich auf sie beruft<sup>501</sup>. Erst ab diesem Zeitpunkt liege kein Verzug mehr vor. Ähnlich sieht es eine zweite Meinung, die aber den Standpunkt vertritt, der Schuldner müsse zwar bis zur letzten mündlichen Verhandlung die Einrede erheben, bis dahin sei aber der Verzug „gehemmt“, da der Schuldner die Ausübung der Hemmung verweigern dürfe<sup>502</sup>. Beide machen für die Einrede des nichterfüllten Vertrages allerdings eine Ausnahme, wo sie schon das Bestehen als verzugshemmend ansehen<sup>503</sup>. Die h.M. sieht aber in der bloßen Existenz der Einrede ein die Fälligkeit bzw. Wirksamkeit der Forderung<sup>504</sup> ausschließendes Hindernis des Verzugs<sup>505</sup>.

Den ersten beiden Ansichten kann auch nicht gefolgt werden. Zwar ist der ersten Ansicht zugestehen, dass sie dem Leitsatz des Einrederechts, die erforderliche Geltendmachung der

<sup>494</sup> BGH NJW 1974, 1080, 1080; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 6.

<sup>495</sup> Staudinger- Bittner § 271 Rn. 10.

<sup>496</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 7.

<sup>497</sup> Eisenhardt JuS 1970, 489, 494.

<sup>498</sup> BGHZ 79, 176, 178, 179.

<sup>499</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 9.

<sup>500</sup> Brox AS § 23 Rn. 6.

<sup>501</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 13; Planck- Siber § 284 Bem. 3 a); v. Thur I § 17 II 3 S. 294; Jahr JuS 1964, 293, 301, 302; Adler ZHR 86 [1923], 1, 3, 4; Oertmann ZHR 78 [1915], 1, 1 ff.

<sup>502</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 27; Erman- Hager § 286 Rn. 21; Palandt<sup>65</sup>- Heinrichs § 286 Rn. 12; Larenz SAT § 23 I c) S. 349 ff.

<sup>503</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 24 ff.; Larenz SAT § 23 I c) S. 351, 352.

<sup>504</sup> Vgl. MK- Ernst § 286 Rn. 21.

<sup>505</sup> RG JW 1911, 486 Nr. 4; JW 1921 S. 523, 523, 524 Nr. 2 m. Bem. Endemann a.a.O.; Warn. 1925 Nr. 120 S. 153, 154; RGZ 126, 280, 285; BGHZ 34, 191, 197; 113, 232, 236; BGH NJW 2001, 3114, 3115; OLG Dresden SeuffA 72 (1917), Nr. 210, S. 353, 354; RGRK- Alff § 284 Rn. 6; Palandt- Grüneberg § 286 Rn. 10; Esser/Schmidt I 2 § 28 I 1 a) S. 112; Enn./ Lehmann § 51 I 1 S. 218.

Einrede, vollends entspricht, doch wird das alleinige Bestehen der Einrede schon im Gesetz mit § 390 BGB durchbrochen, der eine Aufrechenbarkeit mit einer einredebehafteten verneint<sup>506</sup>. Somit ist das Vorliegen einer einredebehafteten Forderung nicht immer notwendigerweise auch an deren Geltendmachung verbunden, da schon die Existenz allein Rechtsfolgen ipso iure auslöst. Wenn außerdem schon eine Einrede vorliegt, kann man auch dem Schuldner selbst keinen Vorwurf machen, dass er nicht geleistet hat<sup>507</sup>. Er hat das Recht, nicht zu leisten, ob er sich darauf beruft oder nicht.

Deshalb geht auch die zweite Ansicht fehl. Sie macht einen Schritt zu wenig. Der Schuldner braucht sich nicht auf das Recht zu berufen, denn das Bestehen dieses Rechts lässt zumindest den Vorwurf des Verzugs entfallen und damit auch den Verzug selber<sup>508</sup>. Doch auch schon die Fälligkeit ist nicht gegeben. Weil der Gläubiger seinerseits selbst noch nicht alles erfüllt hat bzw. ist noch nicht zur Erfüllung bereit ist<sup>509</sup>. Er verlangt mehr, als dass ihm zu fordern erlaubt ist<sup>510</sup>. Damit begibt er sich seiner Möglichkeiten. Dass dies auf den ersten Blick zu „unhaltbaren“<sup>511</sup> bzw. „merkwürdigen“<sup>512</sup> Ergebnissen führt, ist verständlich, jedoch nicht zutreffend. Ja, der Schuldner muss den Gegenstand herausgeben und braucht keine Verzugsfolgen zu fürchten, wenn er sich nicht auf die Einrede beruft. Denn weil der Gläubiger selbst noch nicht alles getan hat, was die Einrede verhindern könnte, ist es nicht gerecht, ihm die Folgen des Verzuges zu entschädigen, da er selbst für diesen verantwortlich ist. Ganz gleich, ob sich der Schuldner auf die Einrede beruft oder nicht.

Somit ist auch das alleinige Bestehen von Einreden ausreichend. Der Schuldner braucht sich nicht darauf zu berufen. Die Ausnahme hiervon ist die Einrede des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 I BGB. Dort gibt es einen rechtlichen Zusammenhang von den Forderungen<sup>513</sup>. Der Gläubiger kann diese Einrede gem. § 273 III BGB durch Sicherheitsleistung abwehren. Da ihm dieses Recht nicht genommen werden darf, kann die Einrede auch nicht zurückwirken, so dass hier der Schuldner sich erst einmal darauf berufen muss<sup>514</sup>. Im Übrigen bleibt er solange im Verzug.

### *cc) Mahnung*

Wegen der schwerwiegenden Folgen muss der Schuldner grundsätzlich besonders gewarnt werden<sup>515</sup>. Das geschieht durch die Mahnung, die den Schuldner gem. § 286 I BGB in Verzug setzt. Eine Mahnung ist dabei eine einseitige, empfangsbedürftige Leistungsaufforderung, die eindeutig und bestimmt sein muss<sup>516</sup>. Die Bestimmtheit ist gegeben, wenn aus der Mahnung hervorgeht, dass der Schuldner zu leisten hat<sup>517</sup>. Weitergehende Androhungen von Folgen sind nicht erforderlich<sup>518</sup>. Allerdings ist die einfache erstmalige Rechnungserteilung, sofern nichts anderes bestimmt ist, keine Mahnung<sup>519</sup>. Denn hiermit wird dem Schuldner der letztendlich zu zahlende Betrag mitgeteilt, und es ist üblich, erst nach Rechnungserhalt zu zah-

<sup>506</sup> Vgl. Larenz SAT § 23 I c) S. 350.

<sup>507</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 28; Enn./ Lehmann § 51 II 1 S. 218; vgl. Larenz SAT § 23 I c) S. 350.

<sup>508</sup> RG JW 1921, 523, 524 Nr. 2; RGRK- Alff § 284 Rn. 6.

<sup>509</sup> RG JW 1921, 523, 524 Nr. 2 m. Bem. Endemann a.a.O.; vgl. D. 19, 1, 13, 8.

<sup>510</sup> Endemann JW 1921, 523, 524.

<sup>511</sup> Vgl. Jahr JuS 64, 293, 301.

<sup>512</sup> Vgl. Larenz SAT § 23 I c) S. 350.

<sup>513</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 28; Larenz SAT § 23 I c) S. 351, 352; Medicus SAT Rn. 459.

<sup>514</sup> RGZ 77, 436, 438; MK- Ernst § 286 Rn. 28; Medicus SAT Rn. 459.

<sup>515</sup> Enn./ Lehmann § 51 II S. 218; Medicus SAT Rn. 460.

<sup>516</sup> BGH NJW 1998, 2132, 2132.

<sup>517</sup> BGH NJW 1998, 2132, 2133; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 28.

<sup>518</sup> BGH NJW 1998, 2132, 2133; RGRK- Alff § 284 Rn. 13; Erman- Hager § 286 Rn. 32; Pressmar JA 1999, 593, 593 ff.

<sup>519</sup> RGZ 118, 346, 353, 354; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 30.

len<sup>520</sup>. Ebenso muss der Käufer die Möglichkeit haben, die Rechnung zu überprüfen, ohne dass er durch Zinsforderungen gedrängt wird. Eine quittierte Rechnung hingegen kann u.U. ebenso eine Mahnung sein wie die mehrmalige Zusendung einer Rechnung<sup>521</sup>, nicht aber ein Vergleichsvorschlag<sup>522</sup>.

Die Mahnung bedarf keiner speziellen Form<sup>523</sup> und kann sogar in Versform vorgenommen werden<sup>524</sup>. Somit kann auch schlüssiges Verhalten eine Mahnung darstellen<sup>525</sup>. Allerdings muss sie nach Fälligkeit geschickt werden, da sie ansonsten unwirksam ist und auch nach Fälligkeit unwirksam bleibt<sup>526</sup>. Dafür kann sie mit der fälligkeitsbegründenden Handlung versendet werden. Auch muss eine bestimmte Leistung gefordert werden<sup>527</sup>. Das bedeutet, dass der Gläubiger, der mehrere Forderungen gegen den Schuldner hat, diesem mitteilen muss, welche er anmahnt<sup>528</sup>. Desgleichen begründet eine nichtgeschuldete Forderung keine wirksame Leistung<sup>529</sup>. Das gilt nicht, wenn für den Schuldner die zu erbringende Leistung erkennbar ist, selbst wenn sie nicht genau, ähnlich einer *falsa demonstratio non nocet*, bezeichnet wurde<sup>530</sup>.

Die Mahnung eines zu geringen Betrages gilt nur als Mahnung für den gemahnten Betrag, während eine zu hohe Mahnung nur dann als Mahnung zu verstehen ist, wenn der Schuldner nach Treu und Glauben gem. §§ 133, 157 BGB annehmen musste, nur für die tatsächliche Schuld gemahnt worden zu sein, während der Gläubiger zur Annahme der geschuldeten Minderleistung bereit ist<sup>531</sup>. Dabei kommt es allerdings auf den Einzelfall an<sup>532</sup>. Generell wird bei einem offensichtlichen Irrtum wie einem Rechenfehler oder bei einer geringfügigen Abweichung die Mahnung nicht treuwidrig erscheinen lassen. Das gilt auch für den Fall, wo der Schuldner selbst nicht bereit ist, den geschuldeten Minderbetrag zu entrichten, den er für korrekt hält<sup>533</sup>. Ist hingegen durch die Zuvielmahnung nicht mehr erkennbar, welche Summe geschuldet ist, so liegt keine genügend bestimmte Mahnung vor<sup>534</sup>. Ähnlich sieht es dann aus, wenn die Zuvielmahnung den geschuldeten Betrag so in den Hintergrund drängt, dass sich der Schuldner nicht als wirksam gemahnt ansehen muss<sup>535</sup>. Schlussendlich liegt auch dann keine Mahnung vor, wenn der Gläubiger den tatsächlich geschuldeten Betrag nicht annahm bzw. angenommen hätte<sup>536</sup>. Sollte der Gläubiger selbst auch noch Handlungen erbringen, damit der Schuldner leisten kann, so muss er diesem die Handlungen zumindest angeboten haben, es sei denn, der Schuldner verweigert die Leistung ernsthaft und endgültig<sup>537</sup>.

Wiederkehrende Leistungen müssen für jede Rate angemahnt werden, die in Zukunft erfolgt<sup>538</sup>. Rückwirkend kann jedoch die Mahnung einer Rate auch die Anmahnung der Zahlung von Rückständen ermöglichen.

<sup>520</sup> RGZ 118, 346, 353, 354; MK- Ernst § 284 Rn. 49; Erman- Hager § 284 Rn. 32; Peters NJW 1977, 552, 552.

<sup>521</sup> Planck- Siber § 284 Bem. 4 b); Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 30; MK- Ernst § 284 Rn. 49; Rot- her AcP 164 [1964], 97, 106; vgl. RG LZ 1910, 547 Nr. 12.

<sup>522</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 30.

<sup>523</sup> Brox AS § 23 Rn. 10.

<sup>524</sup> LG Frankfurt a.M. NJW 1982, 650, 650, 651.

<sup>525</sup> RGZ 156, 150, 154; Larenz SAT § 23 I a) S. 345; vgl. BGH NJW 1985, 2526, 2526.

<sup>526</sup> RGZ 50, 255, 261; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 43; Medicus SAT Rn. 460.

<sup>527</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 48; Brox AS § 23 Rn. 11.

<sup>528</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn.33; Larenz SAT § 23 I a) S. 345.

<sup>529</sup> BGH DB 1971, 2155, 2155; MK- Ernst § 286 Rn. 50; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 35.

<sup>530</sup> BGHZ 80, 269, 277; NJW 1981, 1732, 1732; Soergel<sup>12</sup>- Wiedemann § 284 Rn. 27; MK- Ernst § 286 Rn. 50.

<sup>531</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 50; Medicus SAT Rn. 460; Brox AS § 23 Rn. 12.

<sup>532</sup> BGH MDR 1967, 826, 826 Nr. 25; NJW 1991, 1286, 1288; NJW 1999, 3115, 3116; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 36.

<sup>533</sup> RG SeuffA 59 (1904) Nr. 219 S. 388, 389, 390; RGZ 109, 16, 22; BGH NJW 1999, 3115, 3116.

<sup>534</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 36.

<sup>535</sup> BGH MDR 1967, 826, 826 Nr. 25; ZIP 1993, 421, 423; Oertmann JW 1931, 1183, 1184.

<sup>536</sup> RG JW 1924, 1137, 1137 Nr. 1; JW 1931, 1183, 1184 Nr. 4.

<sup>537</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 56.

<sup>538</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 40.

Die Mahnung darf nicht bedingt werden, da sie ansonsten mangels hinreichender Bestimmtheit keine Wirksamkeit erlangt<sup>539</sup>. Der Schuldner soll erfahren, was genau der Gläubiger verlangt. Und das ist bei bedingten Mahnungen nicht gegeben, da der Schuldner den Eintritt der Bedingung regelmäßig nicht selbst in der Hand hat, so dass er zumindest nicht schuldhaft ist, wenn er nicht leistet. Andernfalls könnten ihn schwerere Rechtsfolgen treffen, wenn er das Geleistete am Ende zurückfordern kann<sup>540</sup>. Dem Schuldner und dem Rechtsverkehr entstünden dadurch unzumutbare Unsicherheiten. Deswegen ist es in aller Regel auch schon treuwidrig, Bedingungen in Mahnungen einzuarbeiten<sup>541</sup>. Das gilt dann nicht, wenn der Eintritt einer Potestativbedingung allein vom Willen des Schuldners abhängt. Eine mit einer solchen Potestativbedingung versehene Mahnung kann somit nicht als unwirksam angesehen werden<sup>542</sup>.

Sollte die Mahnung nicht befristet sein, so tritt der Verzug mit dem Zugang der Mahnung ein, wenn der Schuldner nicht alsbald die Leistung erbringt<sup>543</sup>.

Der Mahnung steht gem. § 286 I 2 BGB die Klagerhebung und die Zustellung eines Mahnbescheids gem. §§ 688 ff. ZPO gleich. Bei der Klagerhebung muss es sich aber um eine Leistungs- oder zumindest Stufenklage<sup>544</sup> handeln<sup>545</sup>. Nicht ausreichend ist eine Feststellungsklage<sup>546</sup>.

Einer Mahnung bedarf es nach § 286 II BGB nicht, wenn nach dem Grundsatz *dies interpellat pro homine*<sup>547</sup> ein bestimmter kalendarischer Termin oder ein Zeitpunkt, der kalendarisch zu berechnen ist, als Leistungsdatum angegeben ist („3 Wochen nach Lieferung“). Ebenso ist eine Mahnung entbehrlich, wenn sich der Schuldner ernsthaft und endgültig weigern sollte, die Leistung zu erbringen oder ein bestimmter Termin einseitig als sog. Selbstmahnung vom Schuldner zugesagt wurde. Schlussendlich ist gem. § 286 II Nr. 4 BGB eine Mahnung entbehrlich, wenn sich der Schuldner der Mahnung entzieht oder die Leistung evident dringlich ist. Beispiel hierfür sind der Wasserrohrbruch und der Klempner, der nicht kommt<sup>548</sup>.

Als letzter Verzugsgrund normiert § 286 III BGB einen Verzugsbeginn 30 Tage nach Fälligkeit und Erhalt der Rechnung für Entgeltforderungen. Der Verzug bei einem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB beginnt nicht, wenn es keinen separaten Hinweis hierfür gab.

#### b) Beweislast

Da Fälligkeit und Mahnung Voraussetzungen der Ansprüche aus dem Verzug sind, hat der Gläubiger zu beweisen, ob die Voraussetzungen bzw. die Entbehrlichkeit der Mahnung vorliegen<sup>549</sup>. Den Schuldner trifft die Beweislast, dass er sich aus dem Verzug durch Leistung bzw. Gläubigerverzug befreit hat. Das gilt auch für ein fehlendes Vertretenmüssen der Leistungsverzögerung.

#### c) Rechtsfolge

Für den Schuldner tritt eine Haftungsverschärfung gem. § 287 S. 1 BGB in Kraft, in der der Schuldner nicht nur für jede Fahrlässigkeit, sondern auch für Zufall haftet, sofern nicht der Erfolg doch bei ordnungsgemäßer Lieferung eingetreten wäre.

<sup>539</sup> RGZ 75, 333, 335; JW 1927, 521, 521 Nr. 12; Erman- Hager § 286 Rn. 35.

<sup>540</sup> Vgl. RG JW 1927, 521, 521 Nr. 12.

<sup>541</sup> Vgl. RGZ 75, 333, 335.

<sup>542</sup> Planck- Siber § 284 Bem. 4 e); Soergel<sup>12</sup>- Wiedemann § 284 Rn. 25; Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 51; MK- Ernst § 286 Rn. 48.

<sup>543</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 59.

<sup>544</sup> Vgl. BGHZ 80, 269, 277.

<sup>545</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 64.

<sup>546</sup> RG JW 1927, 521, 521 Nr. 12.

<sup>547</sup> Larenz SAT § 23 I a S. 346; Medicus SAT Rn. 461; Brox AS § 23 Rn. 16.

<sup>548</sup> Medicus SAT Rn. 463.

<sup>549</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 131.



Der Schuldnerverzug endet wenn eine der Voraussetzungen entfällt, sei es, dass geleistet wurde, die Sache unterging, Gläubigerverzug vorliegt oder der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung fordert<sup>550</sup>.

## 2. Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB

Ist der Gläubiger im Verzug mit der Annahme der Schuld oder der Mitwirkung an der Leistung, so tritt der Gläubigerverzug ein. Dafür müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein.

### a) Erfüllbarkeit des Anspruchs

Der Anspruch muss erfüllbar sein. Das ist dann der Fall, wenn der Schuldner leisten darf und der Gläubiger annehmen muss. Grundsätzlich ist dies aus dem Vertrag oder den Umständen zu entnehmen. Ist das aber nicht der Fall, so gilt gem. § 271 I BGB, dass der Schuldner sofort zu leisten hat und der Gläubiger sofort anzunehmen und zu zahlen hat. Ist eine Zeit bestimmt, so wird gem. § 271 II BGB im Zweifel angenommen, dass der Schuldner auch vor der Zeit die Leistung erbringen darf, dem Gläubiger aber nicht erlaubt ist, sie zu fordern. Gläubigerverzug setzt auch dann nicht ein, wenn der Schuldner zu einem Unterlassen oder der Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet ist, da es dann einer irgendwie gearteten Mitwirkung des Gläubigers nicht bedarf<sup>551</sup>.

### b) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners

Der Schuldner muss gem. § 294 BGB seine Leistung tatsächlich und ordnungsgemäß dem Gläubiger angeboten haben. Das heißt, etwaige Mängel schließen den Annahmeverzug aus<sup>552</sup>. Der Gläubiger muss nur noch zugreifen und die Leistung annehmen<sup>553</sup>. Ist an einen Dritten zu leisten, so muss diesem gegenüber das Angebot gemacht werden<sup>554</sup>. Lehnt dieser die Annahme ab, so tritt Annahmeverzug ein. Eine Kenntnis des Gläubigers vom Leistungsangebot ist nicht erforderlich, sofern § 299 BGB nicht eingreift<sup>555</sup>. Außerdem muss Treu und Glauben des § 242 BGB beachtet werden, d.h., dass eine Leistung regelmäßig nicht nachts oder unter Beschimpfungen des Gläubigers gemacht werden darf<sup>556</sup>. Ebenfalls muss der Schuldner die Leistung tatsächlich angeboten haben. Eine bloße Leistungsbereitschaft reicht nicht aus<sup>557</sup>. Hat der Schuldner die Einrede des nichterfüllten Vertrages oder ein Zurückbehaltungsrecht, so muss er dennoch die Leistung dem Gläubiger anbieten, um Annahmeverzug herbeizuführen<sup>558</sup>. Sind mehrere Leistungen geschuldet, so bestimmt gem. § 366 I BGB der Schuldner, auf welche Schuld er leistet. Nimmt der Gläubiger die Leistung nicht an, so tritt Gläubigerverzug ein<sup>559</sup>. Nach § 295 BGB ist ein wörtliches Angebot ausreichend, sofern der Gläubiger sich weigert, die Leistung anzunehmen oder an der Leistung mitwirken muss. Sodann liegt Annahmeverzug vor, wenn der Gläubiger zwar die Leistung annehmen, nicht aber die Gegenleistung erbringen will<sup>560</sup>. Die zweite Ausnahme ist in § 296 BGB normiert, wo das Angebot entbehrlich ist, wenn des Gläubigers seine Mitwirkungshandlung an dem bestimmten Zeitpunkt nicht durchführt.

---

<sup>550</sup> *MK- Ernst* § 286 Rn. 93.

<sup>551</sup> *Erman- Hager Vor* § 293 Rn. 2; *MK- Ernst* § 293 Rn. 2; *Enn./ Lehmann* § 57 I S. 242.

<sup>552</sup> *Staudinger- Löwisch/ Feldmann* § 293 Rn. 14; *Brox AS* § 26 Rn. 5; *Medicus SAT* Rn. 516.

<sup>553</sup> *RGZ* 85, 415, 416.

<sup>554</sup> *Staudinger- Löwisch/ Feldmann* § 293 Rn. 4.

<sup>555</sup> *Brox AS* § 26 Rn. 5; *Medicus SAT* Rn. 517.

<sup>556</sup> *Medicus SAT* Rn. 516.

<sup>557</sup> *Erman- Hager* § 294 Rn. 2; vgl. *Palandt- Grüneberg* § 294 Rn. 2.

<sup>558</sup> *Staudinger- Löwisch/ Feldmann* § 293 Rn. 3.

<sup>559</sup> *Staudinger- Löwisch/ Feldmann* § 293 Rn. 14.

<sup>560</sup> *BGH NJW* 1997, 581, 581.

### c) Leistungsbereitschaft des Schuldners

Gem. § 297 BGB muss der Schuldner fähig sein, die Leistung zu erbringen. Somit schließt Unmöglichkeit, sofern diese vor dem Zeitpunkt des ordnungsgemäßen Angebots eintrat, den Gläubigerverzug aus<sup>561</sup>. Entscheidend, ob Unmöglichkeit oder Verzug vorliegt, ist, ob die geschuldete Leistung noch nachholbar ist<sup>562</sup>. Unzumutbarkeit jedoch schließt den Annahmeverzug nicht aus, d.h., wenn der Schuldner trotz Unzumutbarkeit leisten will, kann er den Gläubiger gegebenenfalls in Annahmeverzug setzen<sup>563</sup>.

### d) Nichtannahme des Gläubigers

Der Gläubiger darf das Leistungsangebot gem. § 293 BGB nicht annehmen, damit Annahmeverzug vorliegt. Ein Verschulden hierbei ist nicht erforderlich<sup>564</sup>. Der Grund hierfür ist, dass in der Regel der Gläubiger nur berechtigt und nicht verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen<sup>565</sup>. Eine Ausnahme hiervon ist etwa die Abnahme im Werkrecht. Es ist somit nur die Nichtausübung eines ihm zustehenden Rechts. Das gilt nicht, sofern der Schuldner für die Nichtannahme verantwortlich ist, da es treuwidrig i.S.d. § 242 BGB wäre, sich auf Annahmeverzug zu berufen<sup>566</sup>. Das kann allerdings nur sein, sofern der Schuldner absichtlich handelte. Dann kann man auch schon die Leistungsbereitschaft in Zweifel ziehen<sup>567</sup> und die Annahme gem. § 162 BGB als erfolgt ansehen<sup>568</sup>. Ähnliches gilt für die fahrlässige Herbeiführung des Annahmeverzuges durch den Schuldner, sofern das Annahmehindernis durch ein Ereignis aus dem Leistungsbereich des Schuldners herbeigeführt wird. Hierbei ist es allerdings sachgerechter auf eine Nebenpflichtverletzung i.S.v. §§ 280 I, 241 II BGB abzustellen<sup>569</sup>. Der Gläubiger erhält somit im Rahmen des Schadensersatzes gem. § 249 BGB den Anspruch gegen den Schuldner, ihn von seinem Annahmeverzug freizustellen. Im Gegensatz zum vollständigen Ausschluss der Rechtsfolgen über § 242 BGB lässt sich hiermit auch ein etwaiges Mitverschulden des Gläubigers berücksichtigen. Für Folgen außerhalb der Leistungsverpflichtung des Schuldners, Haupt- und Nebenleistungspflichten, aber, also beispielsweise dem allgemeinen Verkehr, privater Besuch etc., bleibt der Gläubigerverzug bestehen<sup>570</sup>. Die Gegenansprüche des Gläubigers etwa aus §§ 823 ff. BGB bleiben davon unangetastet, so dass hiernach die Folgen des Gläubigerverzuges wieder vom Schuldner zurückgenommen werden müssen, so es die Umstände gebieten.

Ebenfalls ist in § 298 BGB normiert, dass der Gläubiger in Annahmeverzug kommt, wenn er zwar die Leistung annehmen, die Gegenleistung jedoch nicht erbringen will. Dagegen ist der Gläubigerverzug abzulehnen, wenn der Gläubiger berechtigterweise, beispielsweise wenn der Schuldner mit der Erbringung der Leistung an einem späteren Termin einverstanden ist, die Leistung ablehnt<sup>571</sup>. Ist es streitig, ob ein Schuldverhältnis vorliegt, so kann der Gläubiger nur dann einen Annahmeverzug verhindern, wenn er unter Vorbehalt annimmt<sup>572</sup>.

---

<sup>561</sup> BGHZ 60, 14, 16, 17; Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem. zu §§ 293-304 Rn. 5.

<sup>562</sup> Jauernig- Vollkommer § 294 Rn. 8; Brox AS § 26 Rn. 4.

<sup>563</sup> MK- Ernst § 293 Rn. 7.

<sup>564</sup> RGZ 72, 4,7; BGH NJW- RR 1994, 1469, 1470; Erman- Hager § 293 Rn. 7; Brox AS § 26 Rn. 8.

<sup>565</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann Vorbem zu §§ 293- 304 Rn. 1.

<sup>566</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 18; Larenz SAT § 25 I d S. 393, 394; Wertheimer JuS 1993, 646, 650.

<sup>567</sup> Vgl. Wertheimer JuS 1993, 646, 650.

<sup>568</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 18.

<sup>569</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 18.

<sup>570</sup> Wertheimer JuS 1993, 646, 650, 651.

<sup>571</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 19.

<sup>572</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 20.

#### e) Keine vorübergehende Annahmeverhinderung

Es darf sich auch nicht um eine vorübergehende Annahmeverhinderung i.S.v. § 299 BGB handeln. Das ist dann der Fall, wenn der Schuldner unerwartet frühzeitig die Leistung anbietet. D.h., dass die Leistungszeit nicht bestimmt war oder der Schuldner gem. § 271 II BGB vorzeitig leisten durfte und der Gläubiger nicht in angemessener Zeit vorher informiert wurde.

#### f) Rechtsfolge

Die Leistungspflicht besteht fort. Der Schuldner wird jedoch von den Konsequenzen eines etwaig bestehenden Schuldnerverzuges befreit, der mit diesem Zeitpunkt endet.

Ferner hat der Gläubigerverzug Auswirkungen auf die Unmöglichkeit. Wie oben gezeigt<sup>573</sup>, muss der Gläubiger nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vertreten, sollte die geschuldete Sache jetzt untergehen. Somit ist eine Haftungserleichterung gegeben. Sie betrifft aber nur die Sorge für den Leistungsgegenstand, nicht jedoch die anderen Pflichten des Schuldverhältnisses<sup>574</sup>.

Für den Fall, dass die geschuldete Sache einer Gattungsschuld entsprach, die noch nicht konkretisiert war, geht gem. § 300 II BGB die Leistungsgefahr über, sofern die Ware wenigstens ausgesondert war<sup>575</sup>. Das bedeutet, dass im Falle des Untergangs der Schuldner von seiner Leistungspflicht entbunden wird. Nicht betroffen hiervon ist allerdings die Gegenleistungspflicht des Gläubigers, die durch § 326 II 1 BGB geregelt wird<sup>576</sup>. Das ist möglich bei der Schick- oder Bringschuld, wo die Annahme verweigert wird bzw. der Gläubiger sich schon vor der Konzentration weigert, die Sache anzunehmen<sup>577</sup>, und bei der Geldschuld. Zwar trägt der Schuldner die Versendungsgefahr gem. § 270 I BGB, jedoch wenn sich der Gläubiger weigert, die Summe anzunehmen, so trifft ihn (analog) § 300 II BGB die Gefahr, dass das Geld auf dem Rückweg verloren geht<sup>578</sup>. Eine Analogie ist hier notwendig, wenn man Geldschulden nicht als Unterfall der Gattungsschulden betrachtet<sup>579</sup>. Wie oben gezeigt, behält der Schuldner den Gegenleistungsanspruch, wenn er in diesem Fall den Untergang nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

Ebenso kann der Schuldner nun gem. § 304 BGB Ersatz für Mehraufwendungen verlangen, die er wegen des Gläubigerverzuges nun hatte.

Auch kann er nun selbst gem. §§ 280 I, II 286 bzw. §§ 280 I, III, 281 BGB Ersatz des Verzögerungs- resp. des Verzugsschadens verlangen, da er hinsichtlich der Mitwirkung des Gläubigers der Hauptforderung selbst Gläubiger ist und die Pflicht zur Mitwirkung bestand, wie z.B. bei dem Kaufvertrag die Annahme gem. § 433 II BGB.

Es besteht zugleich gem. § 301 BGB keine Pflicht des Schuldner, eine Geldschuld zu verzinsen. Auch beschränkt sich nach § 302 BGB die Pflicht, Nutzungen herauszugeben auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen.

Der Annahmeverzug endet, soweit der Gläubiger sich zur Annahme der Leistung bereiterklärt hat<sup>580</sup>. Dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Schuldner<sup>581</sup>. Ist seine Mitwirkung erforderlich bei der Leistungserbringung, so muss der Gläubiger sie vollständig vornehmen<sup>582</sup>. Ein weiterer Grund für die Beendigung des Schuldnerverzuges ist das

---

<sup>573</sup> § 3 II 2.

<sup>574</sup> *Medicus AS Rn. 440; Brox AS § 26 Rn. 12.*

<sup>575</sup> *Staudinger- Löwisch/Feldmann § 300 Rn. 17.*

<sup>576</sup> *Jauernig- Vollkommer § 300 Rn. 4; Brox AS § 26 Rn. 13.*

<sup>577</sup> *Larenz SAT § 25 II b S. 396, 397; Medicus SAT Rn. 522.*

<sup>578</sup> *Larenz SAT § 25 II b S. 396, 397.*

<sup>579</sup> *Enn./ Lehmann § 51 I S. 217; Medicus BR Rn. 261.*

<sup>580</sup> *Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 24.*

<sup>581</sup> *RG SeuffA 60 [1905] Nr. 176 S. 333, 334.*

<sup>582</sup> *Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 30.*

Erlöschen des Schuldverhältnisses, sei es Hinterlegung i.S.d. § 378 BGB oder der Aufrechnung i.S.d. § 389 BGB<sup>583</sup>. Bereits eingetretene Rechtsfolgen bleiben bestehen.

g) Beweislast

Der Schuldner hat zu beweisen, dass er dem Gläubiger die Leistung ordnungsgemäß angeboten hat, während es an dem Gläubiger zu beweisen ist, dass er sie nicht angenommen hat<sup>584</sup>. Ihn trifft ebenso gem. § 297 BGB die Beweislast, dass der Schuldner nicht in der Lage oder bereit war, die Leistung zu erbringen<sup>585</sup>.

## § 16 Verzug in der CISG

### I. Lieferverzug

Der Käufer hat für den Fall des Lieferverzuges<sup>586</sup> dem Verkäufer eine Nachfrist i.S.d. Art. 47 CISG zu stellen, um ihm eine letzte Chance zu geben. In den übrigen Fällen kann nur dann eine Nachfristsetzung zur sofortigen Vertragsaufhebung führen, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.d. Art. 25 CISG vorliegt. Die Nachfrist bindet den Käufer und gibt dem Verkäufer eine verlängerte Erfüllungsmöglichkeit<sup>587</sup>. Die Erfüllung jeder Vertragspflicht i.S.d. Art. 46 CISG kann so angemahnt werden<sup>588</sup>. Somit fällt nicht nur die Lieferpflicht, sondern auch Ersatzlieferung, Nachbesserung oder andere vertragliche und gesetzliche Vertragspflichten darunter<sup>589</sup>. Dabei ist es gleichgültig, ob die Vertragsverletzung als wesentlich anzusehen ist oder nicht, da selbst bei einer wesentlichen Vertragsverletzung das Interesse des Käufers an der Erfüllung so stark sein kann, dass es ihm von Nachteil wäre, keine ordnungsgemäße Erfüllung zu verlangen<sup>590</sup>. Die Nachfristsetzung ersetzt hierbei aber nicht die ordnungsmäßige Rüge<sup>591</sup>. Ebenso ist es für die Nachfristsetzung ohne Bedeutung, ob der Anspruch erfüllbar ist oder nicht. Die Erfüllbarkeit wird von den hierfür geltenden Vorschriften bestimmt, nicht jedoch von der Nachfrist. Sollte der Verkäufer trotz des Nichtbestehens eines begehrten Anspruchs gleichwohl auf diese Nachfrist vertrauen, so bindet sie den Käufer dennoch<sup>592</sup>. Sekundäre Ansprüche hingegen, etwa auf Schadensersatz, werden von Art. 47 CISG nicht tangiert<sup>593</sup>.

---

<sup>583</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 32.

<sup>584</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 293 Rn. 36.

<sup>585</sup> RG Recht 1918 Nr. 679.

<sup>586</sup> S/S-Müller-Chen Art. 47 Rn. 1.

<sup>587</sup> Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 1.

<sup>588</sup> MK/HGB- Benicke Art. 47 Rn. 2; Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 8.

<sup>589</sup> Sekretariatskommentar Art. 43 Bem. 6; Achilles Art. 47 Rn. 2; E/M- Strohbach Art. 47 Bem. 3; Honsell-Schnyder/ Straub Art. 47 Rn. 8; Karollus S. 139; a.A.: B/B- Will Art. 47 Bem. 1.2.

<sup>590</sup> B/B- Will Art. 47 Bem. 2.1.1; Soergel<sup>13</sup>- Lüderitz/ Schüssler-Langeheine Art. 47 Rn. 2; S/S- Müller- Chen Art. 47 Rn.1.

<sup>591</sup> Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 9.

<sup>592</sup> Soergel<sup>13</sup>- Lüderitz/ Schüssler- Langeheine Art. 47 Rn. 6.

<sup>593</sup> Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 12; Achilles Art. 47 Rn. 2; a.A. H/C Art. 47 Rn. 9.

### 1. Verstreichen des Erfüllungstermins

Da Art. 47 CISG implizit voraussetzt, dass eine Vertragspflicht vom Verkäufer nicht erfüllt wurde, kann das Recht zur Nachfristsetzung erst dann eingreifen, wenn der Erfüllungstermin verstrichen ist<sup>594</sup>.

### 2. Nachfristsetzung

Die Nachfristsetzung ist formlos möglich<sup>595</sup>. Es muss hierbei ein bestimmter Termin genannt werden<sup>596</sup>. Es reicht nicht aus, eine Frist zu setzen, die unbestimmt ist oder nur eine dringende Mahnung enthält wie z.B. „alsbald“ oder „sofort“<sup>597</sup>, wohl aber „bis Ende des Monats“ oder „binnen zwei Wochen nach Eingang“<sup>598</sup>. Ebenso muss eine Aufforderung zu einer bestimmten Leistung enthalten sein<sup>599</sup>. Solange eine Leistungsaufforderung bestimmt genug ist, können auch höfliche Umschreibungen gewählt werden<sup>600</sup>. Die Frist beginnt erst mit Ablauf der Lieferzeit zu laufen<sup>601</sup>. Auch muss die Frist angemessen lang sein, so dass wieder den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen ist<sup>602</sup>. So muss sowohl das Interesse der beiden Parteien berücksichtigt werden, als auch die Art der Ware der Leistungsstörung<sup>603</sup>. Sie braucht aber nicht so lange zu sein, dass der Schuldner die Möglichkeit erhält, zu leisten, wenn er noch nicht mit den Vorbereitungen begonnen hat<sup>604</sup>. In der Regel wird eine Frist von sieben Wochen angemessen sein<sup>605</sup>. Eine zu kurze Nachfrist wird in eine angemessene umgedeutet, so dass innerhalb dieser der Verkäufer seiner Pflicht nachkommen muss und der Käufer deswegen nicht innerhalb der angemessenen Frist Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung ergreifen darf<sup>606</sup>. Der Käufer ist bei einer zu langen Frist aber auch an sie gebunden<sup>607</sup>. Während der Nachfrist ist es dem Käufer gem. Art. 47 II CISG nicht erlaubt, irgendwelche Rechtsmittel wegen Vertragsverletzung zu ergreifen, die sich aus der nicht fristgerechten Lieferung, mit Ausnahme des Verzögerungsschadens, ergeben. Eine Erfüllungsverweigerung beendet die Nachfrist dagegen sofort mit Eingang der Erklärung. Ist der Verkäufer innerhalb einer längeren Frist zur Leistung imstande und nennt er diese, so beginnt die Gegenfrist des Art. 48 II, III CISG zu laufen.

### 3. Recht zur zweiten Andienung

Art. 48 I CISG normiert ebenso das Recht zur zweiten Andienung<sup>608</sup>. Hier kann der Verkäufer den Mangel auf eigene Kosten beseitigen. Das Recht besteht nicht, wenn eine Aufhebungserklärung existiert oder dadurch die Erfüllung unzumutbar verzögert wird<sup>609</sup>. Der Verkäufer kann aber nicht gegen den Willen des Käufers agieren<sup>610</sup>, sondern muss ihm gem. Art. 48 II

---

<sup>594</sup> *Honsell- Schnyder/ Straub Art. 47 Rn. 9 ff.; Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 14.*

<sup>595</sup> *Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 15.*

<sup>596</sup> *MK- Gruber Art. 47 Rn. 9; S/S- Müller- Chen Art. 47 Rn. 4; Karollus S. 139.*

<sup>597</sup> *Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 17.*

<sup>598</sup> *Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 15.*

<sup>599</sup> *S/S- Müller- Chen Art. 47 Rn. 5.*

<sup>600</sup> *OLG Nürnberg CISG- Online Nr. 267.*

<sup>601</sup> *Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 18.*

<sup>602</sup> *S/S- Müller- Chen Art. 47 Rn. 6; MK- Gruber Art. 47 Rn. 11.*

<sup>603</sup> *MK- Gruber Art. 47 Rn. 11.*

<sup>604</sup> *Vgl. RGZ 89, 123, 125; S/S- Müller- Chen Art. 47 Rn. 6.*

<sup>605</sup> *OLG Celle CISG- Online Nr. 167; Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 20.*

<sup>606</sup> *S/S Müller- Chen Art. 47 Rn. 9; Karollus S. 139.*

<sup>607</sup> *Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 20.*

<sup>608</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 1.*

<sup>609</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 13.*

<sup>610</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 22.*

CISG eine Frist setzen, in der er zur Erfüllung bereit ist, und eine weitere Frist, in der der Käufer sich erklären muss, ob er das Angebot annimmt. Schweigt er, so gilt das gem. Art. 48 III CISG als Zustimmung. Auch kann der Käufer innerhalb dieser Frist keinen Rechtsbehelf mit Ausnahme des Schadensersatzes wegen verspäteter Leistung ausüben.

Das Recht auf Nacherfüllung des Verkäufers steht ihm nur so lange zu, wie Art. 49 CISG nicht eingreift, d.h., der Käufer zu Recht die Vertragsaufhebung erklärt hat<sup>611</sup>. Dabei ergeben sich aber zwei Probleme:

#### a) Vorrang der erklärten Aufhebung

Das Erste ist der Vorrang des Art. 49 CISG nur bei erklärter Aufhebung. Hiernach ist es strittig, ob schon die Aufhebungslage, also wenn der Käufer zur Aufhebung berechtigt ist, schon ausreicht, um das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers auszuschalten<sup>612</sup>, oder die Erklärung erfolgt sein muss<sup>613</sup>. Doch würde ein Insistieren auf eine Erklärung den Käufer zu sehr schädigen. Seine Rechte würden zu sehr beschnitten, sollte ihm die Möglichkeit der Vertragsaufhebung genommen werden. Das entspricht nicht dem Sinn von Art. 49 CISG, wo ja gerade in diesen Fällen der Käufer zurücktreten kann. Außerdem würde er somit gezwungen sein, zu schnell die Aufhebung zu erklären, um ja nicht Gefahr zu laufen, dass dieses Recht zu früh verloren geht. Das aber widerspricht dem Ziel der anderen Meinung, den Vertrag so lange wie möglich aufrecht zu erhalten, noch mehr. Der Käufer soll Zeit haben, die Konsequenzen seines Tuns zu überdenken. Auch ist der Verkäufer beileibe nicht schutzlos. Er kann immer noch die Erfüllung anbieten und versuchen, solange die Aufhebung nicht erklärt wurde, den Käufer von der Aufrechterhaltung des Vertrages zu überzeugen<sup>614</sup>. Das geht aber nur mit dem Willen des Käufers und nicht gegen ihn, was schon das Vorhandensein von Art. 48 II, III CISG deutlich macht. Die CISG hat nämlich gerade nicht die Erklärung als Voraussetzung übernommen, wie sie der New Yorker Entwurf in Art. 44 vorsah<sup>615</sup>, so dass auch entwicklungsge-schichtlich kein Grund besteht, auf diesen Art. 44 des New Yorker Entwurfs zu rekurrieren<sup>616</sup>.

#### b) Problem der Behebbarkeit

Das andere Problem ist die Frage, ob es eine wesentliche Vertragsverletzung gibt, wenn die Vertragswidrigkeit zu beheben ist.

Die eine Ansicht will die wesentliche Vertragsverletzung insoweit teleologisch reduzieren<sup>617</sup>. Besteht eine Möglichkeit noch, den Mangel zu beheben, liege keine wesentliche Vertragsverletzung vor.

Eine weitere Ansicht will differenzieren<sup>618</sup>. Hiernach soll die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung je nach angestrebter Rechtsfolge neu definiert werden, so dass für Art. 46 II CISG ein anderer Maßstab gilt als für Art. 49 I lit. a) CISG.

Die letzte Ansicht<sup>619</sup> sieht in der Möglichkeit der Behebung keinen Grund für eine generelle Ablehnung der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung.

---

<sup>611</sup> *Bamberger/ Roth- Saenger Art. 47 Rn. 5; Staudinger- Magnus Art. 47 Rn. 17; S/S- Müller- Chen Art. 48 Rn. 14; Karollus S. 142.*

<sup>612</sup> *MK- Huber Art. 48 Rn. 10; Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 22; S/S- Müller- Chen Art. 48 Rn. 17; Piltz § 4 Rn. 65; Gutknecht S. 66, 67.*

<sup>613</sup> *E/M- Strohbach Art. 48 Bem. 1; Honnold Rn. 296; Honsell- Schnyder/ Straub Art. 48 Rn. 35; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 48 Rn. 5 Fn. 6.*

<sup>614</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 22.*

<sup>615</sup> *Art. 44: "Unless the buyer has declared the contract avoided..., the seller may... remedy..."*

<sup>616</sup> *MK- Huber Art. 48 Rn. 10.*

<sup>617</sup> *B/B- Will Art. 48 Bem. 2.1.1.1.1; H/C Art. 48 Rn. 9; Gutknecht S. 64, 65.*

<sup>618</sup> *Karollus ZIP 1993, 490, 496, 497.*

<sup>619</sup> *E/M- Strohbach Art. 48 Bem. 10; Soergel- Lüderitz/ Schüßler- Langeheine Art. 48 Rn. 3, 4; Piltz § 4 Rn. 66; Holthausen RIW 1990, 101, 103.*

Der zweiten Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die CISG gerade versucht, die wesentliche Vertragsverletzung durchweg in einem einheitlichen Sinn zu definieren<sup>620</sup>. Da diese Auffassung gegen das Telos des Art. 25 CISG verstößt, kann ihr nicht gefolgt werden<sup>621</sup>. Ebenso ist festzuhalten, dass es für eine Wesentlichkeit der Vertragsverletzung nicht darauf ankommt, ob diese behebbar ist oder nicht<sup>622</sup>, sondern ob sie noch in zumutbarer Frist vollständig behoben werden kann. Somit stellen selbst schwere Mängel, die leicht und zügig behoben werden können, keine wesentlichen Vertragsverletzungen dar<sup>623</sup>, und erst recht nicht, wenn der Mangel schon beseitigt worden ist<sup>624</sup>! Gleichfalls ist selbst dann ein kleiner Fehler eine wesentliche Vertragsverletzung, wenn eine fehlerfreie Lieferung fix oder fixähnlich geschuldet war und somit der Kaufzweck des Käufers vereitelt wurde<sup>625</sup>. Auch abhanden gekommenes Vertrauen in den Verkäufer muss dem Käufer als Aufhebungsgrund erhalten bleiben<sup>626</sup>. Dieses austarierte System würde kollabieren, wenn man allein auf die Nachbesserungsmöglichkeit als Hauptmerkmal der Wesentlichkeit abstellt<sup>627</sup>. In den Fällen, wo das Interesse des Käufers auf Lieferung deswegen wegfällt, weil der Kaufzweck weggefallen ist, sei es, dass nicht pünktlich geliefert wurde, das Vertrauen nicht mehr existiert oder andere schwerwiegende Nachteile dem Käufer erwachsen, kann der Verkäufer nicht mehr schutzwürdig sein<sup>628</sup>. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Vertragsverletzung so objektiv schwerwiegend ist, dass eine sofortige Vertragsauflösung des Käufers gerechtfertigt ist, ohne dass es einer Nachfrist bedarf. Dann aber kann in diesen Fällen ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nicht bestehen, so dass es für die Wesentlichkeit nicht ausschließlich auf die Behebbarkeit des Mangels ankommt<sup>629</sup>.

## II. Zahlungsverzug

Auf der anderen Seite besteht bei Zahlungsverzug ein Anspruch nach Art. 78 CISG auf die Verzugszinsen. Dabei ist klarzustellen, dass Art. 78 CISG nicht die Zinseszinsen mit umfasst<sup>630</sup>, da diese Verzinsungspflicht international nicht üblich ist<sup>631</sup>. Ist sie aber dennoch üblich zwischen den Parteien oder in den entsprechenden Handelsbräuchen, so ist auf eine Verzinsungspflicht auch der Zinseszinsen zu erkennen. Die Verzinsungspflicht gilt sowohl für den Kaufpreis, den Fall der zuviel gelieferten Ware nach Art. 52 II 2 CISG als auch für alle weiteren Zahlungspflichten, die aus Vertrag oder CISG folgen<sup>632</sup>. Das schließt die Verzinsung von Schadensersatzforderungen auch mit ein<sup>633</sup>. Die Zinspflicht beginnt an dem Tag zu laufen, an dem die Zahlungspflicht fällig wurde<sup>634</sup>. Nach Art. 59 CISG bedarf es keiner besonderen Aufforderung zur Zahlung. Damit entfällt die Pflicht, den Gläubiger abzumahnen.

<sup>620</sup> *MK- Huber Art. 49 Rn. 21 ff.; Gutknecht S. 64; Bitter/ Bitter BB 1993, 2315, 2322*

<sup>621</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 29.*

<sup>622</sup> *Honsell- Schnyder/ Straub Art. 48 Rn. 33; Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 30.*

<sup>623</sup> *OLG Köln IHR 2003, 15, 15 ff.; HG Aargau IHR 2003, 178, 178 ff.; Lurger IHR 2001, 91, 98.*

<sup>624</sup> *Cour d'appel de Grenoble CLOUT Nr. 152.*

<sup>625</sup> *Honsell- Schnyder/ Straub Art. 48 Rn. 32; S/S- Müller- Chen Art. 48 Rn. 15; Gutknecht S. 64, 65; Fountoulakis IHR 2003, 160, 163.*

<sup>626</sup> *Hof's- Gravenhage IHR 2004, 119, 119; Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 30.*

<sup>627</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 30.*

<sup>628</sup> *MK- Huber Art. 48 Rn. 10; Schlechtriem Rn. 180.*

<sup>629</sup> *Staudinger- Magnus Art. 48 Rn. 30.*

<sup>630</sup> *Staudinger- Magnus Art. 78 Rn. 5.*

<sup>631</sup> *E/M- Strohbach Art. 78 Bem. 4.5.*

<sup>632</sup> *MK/HGB-Mankowski Art. 78 Rn. 3.*

<sup>633</sup> *KG Zug IHR 2004, 65, 67; Staudinger- Magnus Art. 78 Rn.8; MK/HGB Mankowski Art. 78 Rn. 4.*

<sup>634</sup> *S/S- Bacher Art. 78 Rn. 7 ff.*

Fällig ist der Kaufpreis dann, wenn er nach Vertrag oder Übereinkommen zu zahlen ist<sup>635</sup>. Das ist auch dann der Fall, wenn sie zwar nicht kalendarisch bestimmt, sondern bestimmbar ist<sup>636</sup>. Ist aus dem Vertrag nichts ersichtlich, greift Art. 58 I CISG ein. Das ist dann der Fall, sobald dem Käufer die Ware und die Dokumente zur Verfügung stehen. Der Verkäufer kann dabei die Übergabe von der Zahlung abhängig machen, so dass eine Zug-um-Zug-Leistung im Zweifel gegeben ist<sup>637</sup>. Allerdings hat der Verkäufer die Pflicht gem. Art. 58 III CISG, dem Käufer die Gelegenheit zu geben, die Ware zu prüfen. Er muss dem Käufer den Zugang zur Ware gewähren<sup>638</sup>. Dabei genügt die Gelegenheit zur oberflächlichen Untersuchung, bei der gravierende äußere Mängel erkannt werden können<sup>639</sup>.

Andererseits hat der Verkäufer die Pflicht, die Ware rechtzeitig zu liefern. Die Rechtzeitigkeit bestimmt sich dabei nach Art. 33 CISG. Nach lit. a) ist das dann der Fall, wenn sich der Lieferzeitpunkt aus dem Vertrag ergibt, sei es nun direkt oder dass er aus dem Vertrag bestimmbar ist. Ist nach lit. b) ein Lieferzeitraum vorhanden, ist jederzeit innerhalb dieser Frist zu leisten. Ansonsten ist nach lit. c) eine angemessene Frist zu nehmen. Die bemisst sich dann nach den Umständen des Einzelfalls und den Usancen der Branche<sup>640</sup>. Auch hier bedarf es einer weiteren Mahnung nicht<sup>641</sup>. Der Käufer kann sofort die Rechtbehelfe der Artt. 45 ff. CISG ausüben, freilich mit den dort befindlichen Einschränkungen<sup>642</sup>. Ihm steht das Recht auf Verzugsschaden gem. Artt. 45 I lit. b) 74 CISG zu.

### III. Verzugszinsen

Die Höhe des Zinssatzes bestimmt sich dabei nach nationalem Recht<sup>643</sup>, weil man sich nicht über die Zinshöhe einigen konnte<sup>644</sup>. Ist dabei auf ein Recht abzustellen, was eine Zinspflicht nicht kennt, so ist ein funktionsäquivalentes Institut des Rechts zu wählen<sup>645</sup>. Fehlt dieses, können keine Zinsen verlangt werden<sup>646</sup>. Davon bleibt jedoch das Recht des Gläubigers unberührt, Schadensersatz für die Nichtnutzung des Geldes zu verlangen.

### IV. Annahmeverzug

Annahmeverzug liegt gem. Art. 69 I CISG vor, wenn der Käufer die Ware zu dem Zeitpunkt, indem er die Ware zur Verfügung gestellt bekommt, nicht nach Art. 60 lit. b) CISG abnimmt und er durch diese Nichtabnahme eine Vertragsverletzung begeht. Dann geht die Gefahr auf ihn über, und zwar nicht nur die Preis- sondern auch die Leistungsgefahr<sup>647</sup>. Dabei muss die Ware zur Verfügung gestellt worden sein, also abholbereit und konkretisiert (Holschuld)<sup>648</sup>, ihm vor Ort angeboten (Bringschuld) oder alles für die Versendung nötige getan worden sein.

<sup>635</sup> Staudinger- Magnus Art. 59 Rn. 4.

<sup>636</sup> LG Berlin IHR 2003, 228; S/S- Hager/Maultzsch Art. 59 Rn. 2.

<sup>637</sup> MK/HGB- Benicke Art. 58 Rn. 13; Staudinger- Magnus Art. 58 Rn. 7.

<sup>638</sup> Staudinger- Magnus Art. 58 Rn. 25.

<sup>639</sup> MK/HGB- Benicke Art. 58 Rn. 11; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 58 Rn. 7.

<sup>640</sup> Staudinger- Magnus Art. 33 Rn. 25.

<sup>641</sup> S/S- Widmer Art. 33 Rn. 2.

<sup>642</sup> Z.B. muss für eine Vertragsaufhebung eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen.

<sup>643</sup> Str. Wie hier MK/HGB- Mankowski Art. 78 Rn. 18. Zu einem Überblick über den Streit s. MK/HGB- Mankowski Art. 78 Rn. 13 ff.

<sup>644</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 78 Rn. 12, 4 m.w.N.

<sup>645</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 78 Rn. 20.

<sup>646</sup> Staudinger- Magnus Art. 78 Rn. 17.

<sup>647</sup> S/S- Widmer Art. 31 Rn. 62.

<sup>648</sup> Staudinger- Magnus Art. 69 Rn. 13.



Eine Mitteilung ist nur insoweit erforderlich, als dass der Käufer in die Lage versetzt wird, die Ware annehmen zu können<sup>649</sup>. Art. 79 greift hier nicht ein, da es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt<sup>650</sup>. Dabei reist diese Mitteilung entgegen der Regel des Art. 27 CISG auf Gefahr des Verkäufers<sup>651</sup>. Nimmt der Käufer die Ware nicht ab, so geht zwar die Gefahr auf den Käufer über, der Verkäufer hat jedoch die Pflicht gem. Artt. 85, 88 CISG, die Ware zu erhalten, wobei er die Ware so lange später zurückhalten kann, wie er seine diesbezüglichen Aufwendungen noch nicht ersetzt bekommen hat, bzw. bei leicht verderblicher Ware einen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen. Art. 69 I CISG ist analog auch dann heranzuziehen, wenn durch eine Vertragsverletzung des Käufers die Übergabe nicht erfolgen kann<sup>652</sup>. Eine andere Ansicht will Art. 69 I CISG nicht analog anwenden, aber dafür die Schadensersatzhaftung<sup>653</sup>. Doch übersieht diese Meinung Zweierlei: Zum einen war der deutsche Vorschlag Art. 69 dementsprechend zu konkretisieren, nur deshalb abgelehnt worden, weil man dachte, dass die Regelung des Art. 69 I CISG ausreichend sei<sup>654</sup>, zum anderen ist die Schadensersatzhaftung wegen Art. 79 CISG zu vermeiden. Art. 79 CISG griffe ein, wenn man der letzten Ansicht folgte. Das ist von ihr intendiert<sup>655</sup>. Jedoch ist in solchen Fällen ein Einklang mit der Annahme der Ware herzustellen. Wenn der Käufer schon die Hauptpflicht, die Ware anzunehmen, verletzt und sich nicht auf Art. 79 CISG stützen kann, sollte er es erst recht nicht bei anderen Pflichtverletzungen, die die Übergabe verhindern. Ebenso ist die Ware immer noch über Artt. 85, 88 CISG geschützt, während der Verkäufer seinerseits von der Gefahr frei wird und gleichzeitig auch Schadensersatz wegen der Verzögerung verlangen kann. Deswegen ist dieser letzten Ansicht nicht zu folgen.

## **§ 17 Verzug in den Principles und im DCFR**

### **I. Verzug in den PECL**

Art. 7:102 PECL kopiert Art. 33 CISG beinahe wortwörtlich und dehnt diesen auf die Zahlungspflicht aus. Dabei sind die Leistungen gem. Art. 7:104 PECL im Zweifel Zug um Zug zu gewähren. Eine Mahnung ist nicht vorgesehen<sup>656</sup>. Der Schuldner kommt automatisch in Verzug.

Die Nachfristsetzung des Art. 8:106 PECL entspricht ebenfalls dem der CISG und damit auch größtenteils dem deutschen Recht. Auch hier ist die Nachfristsetzung nur dann möglich, wenn es sich um eine Leistungsverzögerung handelt. Damit soll in beiden Fällen vermieden werden, dass sich kleine Fehler zu Rücktrittsgründen entwickeln. Eine Nachfrist kann zwar auch bei einer Schlechtleistung gesetzt werden, jedoch soll diese dann nur die Wirkung einer Mahnung haben, nämlich, dass der Schuldner an seine Leistungspflicht erinnert und ihm gleichzeitig signalisiert wird, dass der Gläubiger immer noch annahmefähig ist<sup>657</sup>. Ihm soll so eine letzte Chance gegeben werden, zu leisten, bevor der Gläubiger weitere Schritte einleitet. Diese können sich aber nur auf Erfüllung und Schadensersatz beziehen, es sei denn, es läge eine wesentliche Vertragsverletzung vor, dass der Gläubiger sofort zurücktreten kann.

<sup>649</sup> Staudinger- Magnus Art. 69 Rn. 14.

<sup>650</sup> Staudinger- Magnus Art. 69 Rn. 15.

<sup>651</sup> S/S- Hager/ Mautzsch Art. 69 Rn. 4; MK/HGB- Benicke Art. 69 Rn. 3

<sup>652</sup> S/S- Hager/ Mautzsch Art. 69 Rn. 9; Staudinger- Magnus Art. 69 Rn. 16.

<sup>653</sup> MK/HGB- Benicke Art. 69 Rn. 4.

<sup>654</sup> S/S- Hager/ Mautzsch Art. 69 Rn. 9.

<sup>655</sup> MK/HGB- Benicke Art. 69 Rn. 4.

<sup>656</sup> PECL Art. 8:106 Kommentar A.

<sup>657</sup> PECL Art. 8:106 Kommentar C.

Allerdings ist das Recht einer Gegenfrist gem. Art. 8:104 PECL im Vergleich zu Art. 48 CISG eingeschränkt<sup>658</sup>. Diese kann nur noch dann gesetzt werden, wenn die Leistung als nicht vertragsgemäß zurückgewiesen wurde. Damit liegt aber kein Fall des Verzuges vor, so dass folglich beim Verzug keine Gegenfrist gesetzt werden kann. Das gilt aber nur insoweit, als dass, sofern keine Anzeichen vorliegen, dass es sich um eine Verzögerungstaktik handelt und die Gegenfrist treuwidrig ist, diese Gegenfrist die angemessenere ist. Ebenso mag es treuwidrig sein, diese Frist gänzlich zu ignorieren. Folglich gilt das auch für das deutsche Recht diesbezüglich Gesagte auch hier.

Innerhalb der Nachfrist ist es auch in den PECL nicht gestattet, andere Rechtsbehelfe mit Ausnahme der Zurückbehaltung der eigenen Leistung und Ersatz des Verzögerungsschadens zu verlangen.

Die Verzugsverzinsung ist unterschiedlich geregelt. Zwar ist nirgends im Kommentar klargestellt, dass sich die Verzinsungspflicht des Art. 9:508 PECL auf Zinseszinsen *nicht* bezieht. Wenn aber klar ist, dass international eine Zinseszinspflicht unüblich ist<sup>659</sup>, so ist *insofern* auch die Pflicht zur Zahlung des Zinseszinses ausgeschlossen. Das gilt nicht, wenn sich aus anderen Umständen, etwa des Handelsbrauchs oder der Usancen zwischen den Parteien, etwas anderes ergibt. Insofern gleichen sich die Rechtsgrundlagen. Jedoch ist die Berechnung des Zinssatzes unterschiedlich. Während das deutsche Recht 5 bzw. 8%-Punkte über dem Basiszinssatz gem. § 288 BGB gewährt und die CISG auf das nationale Recht verweist, will Art. 9:508 PECL den durchschnittlichen Bankensatz gewähren, der für kurzfristige Kredite an erstklassige Kunden in der vertraglichen Zahlungswährung am Zahlungsort gewährt wird. Diese Regelung wird weiter unten kritisiert, so dass nur noch dahin verwiesen wird<sup>660</sup>.

Im Fall des Annahmeverzuges rekurriert Art. 7:110 PECL die Regelungen der CISG, so dass hier Einklang besteht. Somit ist diese Norm auch weitergehender als das deutsche Recht.

## II. Verzug in den PICC

Auch Art. 6.1.1 PICC ist von Art. 33 CISG „inspiriert“<sup>661</sup> worden. Er entspricht fast wörtlich ebenso Art. 7:102 PECL. Auch hier sind sowohl die Sachleistung als auch die Gegenleistung mit gemeint. Eine Zug-um-Zug-Leistung wird zwar nirgends im Bereich des Kapitels 6 Erfüllung geregelt, jedoch wird dies als Grundfall von den PICC vorausgesetzt, was sich systematisch aus beispielsweise Artt. 3.17 II oder 7.3.6 I PICC ergibt.

Art. 7.1.5 PICC ist ebenfalls fast gleichlautend zu Art. 8:106 PECL. Nur Abs. 4 ist nicht bei Art. 8:106 PECL vorhanden. Dieser erlaubt für den Fall des Verzuges i.S.d. Abs. 3 nicht dessen Anwendung dann, wenn die Vertragsverletzung nur einen untergeordneten Teil der Vertragsverpflichtungen betrifft und ist insofern etwas strenger als die PECL. Wobei bei jenen auch Treu und Glauben zu berücksichtigen ist, so dass bei gleichgelagerten Fällen auch dann in den PECL die Anwendung des Art. 8:106 III PECL ausgeschlossen ist.

Auch in Art. 7.1.5 PICC ist die Nachfristsetzung auf den Verzug beschränkt<sup>662</sup>. Das wird damit begründet, dass sich der Verzug von den anderen Leistungsstörungen dadurch unterscheidet, dass dieser eben keine passenden Rechtsbehelfe gebe, weil die Leistungszeit für immer verstrichen sei. Ebenso sei unklar, wann der Schuldner zu leisten geruhe. Das stimmt. Aber warum das auf der anderen Seite die Leistungsstörungen durch Nachfristsetzung in den *anderen* Fällen als dem Verzug nicht durch das Setzen einer Nachfrist behoben werden können, wird nicht erklärt.

---

<sup>658</sup> Vgl. PECL Art. 8:104 Anm. 2.

<sup>659</sup> So E/M- Strohbach Art. 78 Bem. 4.5.

<sup>660</sup> Vgl. § 36 I 3 d).

<sup>661</sup> PICC Art. 6.1.1 Comment.

<sup>662</sup> PICC Art. 7.1.5 Comment 1.

Art. 7.1.4 PICC gibt dem Schuldner das Recht zur Nachleistung. Hiernach kann der Schuldner die Nichterfüllung auf eigene Kosten heilen, sofern er dem Gläubiger dies anzeigt und eine Frist zur Leistung angibt, die Nachleistung geeignet ist und umgehend durchgeführt wird und dem kein Interesse des Gläubigers entgegensteht. Dann kann der Schuldner die Leistungszeit erweitern<sup>663</sup>. Während dieser Zeit hat der Gläubiger nicht das Recht, andere Rechtsmittel als Zurückhaltung der eigenen Leistung und Schadensersatz bezüglich der Verzögerung geltend zu machen. Hiermit folgen die PICC den Artt. 37, 48 CISG im Gegensatz zu den PECL uneingeschränkt. Auch im Fall des Verzugs kann eine Gegenfrist gesetzt werden. Diese suspendiert auch den Effekt einer Erklärung der Vertragsaufhebung, selbst dann, wenn die Vertragsverletzung wesentlich war<sup>664</sup>. Ist die Frist jedoch fruchtlos abgelaufen, tritt die Rechtsfolge ein, sofern es sich um eine wesentliche Vertragsverletzung handelte. In den übrigen Fällen ist eine Vertragsaufhebung weiterhin ausgeschlossen. Art. 7.1.4 PICC entspricht inhaltlich dem Art. 48 CISG. Bzgl. der Aufforderung an den Käufer, sich zu erklären, ob er die Sache annimmt oder nicht, gibt es in Art. 7.1.4 PICC keine entsprechenden Regelungen. Jedoch hat der Käufer, sofern er die Nachleistung als unangemessen sieht, es dem Verkäufer mitzuteilen. Das folgt einerseits aus Treu und Glauben des Art. 1.7 I PICC, wie auch aus der Pflicht, den Schaden gering zu halten und dem Verkäufer keine unnötigen Kosten zu verursachen gem. Art. 7.4.8 PICC. Insofern ist ein Gleichlauf mit der CISG auch hier vorhanden.

Auch in den PICC kann der Gläubiger nach Art. 7.1.5 II PICC während der Nachfrist keine anderen Rechtsbehelfe als den Schadensersatz wegen der Verzögerung und die Zurückhaltung der Leistung.

Die Zinsenregelung des Art. 7.4.9 PICC entspricht Art. 9:508 PECL, so dass sich hier weiter Ausführungen erübrigen. Lediglich ist in Art. 7.4.9 PICC *expressis verbis* erwähnt, dass die Entschuldigung der Nichtzahlung auf die Zahlungspflicht von Zinsen keinen Einfluss hat. Dies gilt jedoch auch in den PECL, da der Zinsanspruch kein normaler Schadensersatzanspruch ist<sup>665</sup>, so dass ein Gleichlauf gewährleistet ist.

Der Annahmeverzug ist in den PICC nicht geregelt. Nichtannahme ist somit „nur“ eine „normale“ Nichtleistung und bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln. Der Verkäufer kann für die Nichtabnahme Schadensersatz dafür verlangen, dass ihm zusätzliche Kosten entstehen, etwa Lagerungskosten. Er kann vom Vertrag zurücktreten, sofern er dem Käufer eine Nachfrist gesetzt hat, in der er die Ware anzunehmen hat. Ebenso kann er die Ware verkaufen, sofern dies angezeigt ist, da er eine Schadensminderungspflicht hat. In Ermangelung jeglicher Regelung genau den Gefahrübergang betreffend, sagen die PICC auch nichts über den Gefahrübergang bei dem Annahmeverzug. Da der Gefahrübergang allerdings notwendigerweise auch von den PICC vorausgesetzt wird, dieser aber nicht von ihnen auch nur ansatzweise geregelt wird, kann in den PICC keine derartige Lösung nach Art. 1.6 PICC gefunden werden. Stattdessen müssen die für den Fall geltenden nationalen Normen herangezogen werden. So können auch die Regelungen des CISG Anwendung finden. Das gilt jedoch nur für den Gefahrübergang, nicht aber für den Annahmeverzug als solchen.

---

<sup>663</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 1.

<sup>664</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 8.

<sup>665</sup> PECL Art. 9:508 Kommentar B.

### **III. Verzug in den AP und dem DCFR**

#### **1. Verzug in den AP**

Der Verzug in den AP ist anders geregelt als in den anderen Principles, dem DCFR und der CISG. Ohne festgeschriebenen Leistungszeitpunkt muss der Schuldner nach Art. 7:201 I AP unverzüglich leisten, soweit es die Umstände des Einzelfalls erlauben. Nach Abs. 2 ist längstens binnen 30 Tagen nach Vertragsschluss zu leisten, sofern nichts anderes bestimmt ist. Erst danach tritt der Verzug ein. Wenn etwas anderes bestimmt ist, also eine Nachfrist gesetzt wurde, gilt diese. Die Zinsregelung des Art. 8:404 AP entspricht Art. III.- 3:708 DCFR und damit auch den Regelungen der AP und PICC. Im Übrigen sind die AP zu lückenhaft, um sie weiter zu vergleichen. Es befinden sich keinerlei weiteren Regelungen zu der Gefahrtragung, Gefahrübergang oder Nachleistungsrecht des Schuldners in den AP. Diese Lücken müssen, soweit möglich, über das allgemeine Leistungsstörungenrecht gelöst werden. Das gilt auch für den Verzögerungsschaden. Ein richtiger Vergleich ist bei dieser Lückenhaftigkeit und Verweis auf andere Normen nicht möglich.

#### **2. Verzug im DCFR**

Art. III.- 2:102 DCFR entspricht Art. 7:102 PECL. Er ist ausführlicher gestaltet als dieser, jedoch findet eine inhaltliche Änderung nicht statt. Dasselbe gilt auch für Art. III.- 2:104 DCFR, der Art. 7:104 PECL entspricht. Auch dieser ist nur ausführlicher gefasst, ohne dass eine Änderung der Norm gewollt ist.

Art. III.- 3:103 DCFR entspricht Art. 8:106 I, II PECL. Auch hier liegt keine inhaltliche Änderung vor. Artt. III.- 3: 503, 507 II DCFR steht an der Stelle von Art. 8:106 III PECL und enthält ebenso keine inhaltlichen Änderungen. Das Recht des Schuldners auf zweite Andienung in den Artt. III.- 3:202, 203 DCFR entspricht Art. 8:104 PECL. Auch hier finden sich zwar Ergänzungen, die aber nur die bisherige Regelung unterstützen. Eine inhaltliche Neuregelung fehlt auch hier.

Art. III.- 3:708 DCFR kopiert inhaltlich die Regelung des Art. 9:508 PECL, ohne eine inhaltliche Veränderung vorzunehmen. Artt. III.- 2:111, 212 DCFR rekurren Artt. 7:110, 111 PECL ohne inhaltliche Änderungen.

Die Regelungen des DCFR entsprechen mit denen der PECL, so dass nur auf die oberen Ausführungen verwiesen wird.

### **§ 18 Vergleich der Verzugsregeln**

Der Verzug ist in den Principles, dem DCFR und der CISG nur rudimentär geregelt, während der Verzug im deutschen Recht ausführlichst behandelt wird.

#### **I. Deutsches Recht**

Im deutschen Recht bedarf es eines fälligen und durchsetzbaren Anspruchs, um jemanden in Verzug zu setzen. Grundsätzlich ist dafür auch eine Mahnung von Nöten. Diese kann nur ausnahmsweise unterbleiben. In dieser Zeit hat der Schuldner sogar für Zufall einzustehen nach § 287 S. 1 BGB, es sei denn, der Schadenseintritt wäre auch ohne die fehlende pünktliche Übergabe erfolgt. Er haftet dem Gläubiger für dessen Verzögerungsschaden.

Beim Gläubigerverzug gem. §§ 293 ff. BGB haftet der Schuldner hingegen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Das ist dann der Fall, wenn der Anspruch erfüllbar ist, der Gläubiger leistungsbereit ist und dieser dem Gläubiger ein ordnungsgemäßes Angebot gemacht hat. Der Gläubiger muss fernerhin nicht die Leistung angenommen bzw. bei der Leistung nicht wie vertraglich vorgesehen mitgewirkt haben. Auf ein Verschulden des Gläubigers kommt es nicht an. Dann besteht die Leistungspflicht zwar fort, der Schuldner hat aber nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wird von einem etwaig bestehenden Schuldnerverzug frei und kann selber Ersatz seines Verzögerungs- und Verzugsschadens fordern. Dasselbe gilt auch für den Ersatz von Mehraufwendungen.

## II. CISG

In der CISG ist der Verzug nur rudimentär geregelt. Er gilt, genauso wie im deutschen Recht, als Unterfall der Schlechtleistung, hat aber im Gegensatz zum deutschen Recht nur wenige Sonderregelungen erfahren, die den Verzug selber regeln.

Der erste und wichtigste Unterschied ist der, dass man automatisch in Verzug kommt und es einer Mahnung deswegen nach Artt. 33, 58 I CISG nicht bedarf. Leistet der Schuldner nicht zum Leistungszeitpunkt, so ist er automatisch in Verzug. Der Gläubiger kann dann jegliches Recht sofort ausüben. Er kann sofort Verzögerungsschaden geltend machen. Allerdings hat er dem Verkäufer grundsätzlich eine Nachfrist gem. Art. 47 CISG zu setzen, es sei denn, es liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor, wie etwa ein absolutes Fixgeschäft. Dabei gibt es kaum Unterschiede zum deutschen Recht, zumal die Nachfristsetzung des Art. 47 CISG auf diesem beruht<sup>666</sup>. Das deutsche Recht ist in der Zwischenzeit nur noch einen Schritt weiter gegangen und macht die Nachfristsetzung zum generellen Erfordernis für alle Rechte des Leistungsstörungenrechts. Der Käufer kann nur dann andere Rechtsbehelfe ausüben, wenn er zuvor die Nachbesserung mit einer Nachfristsetzung angedroht hat. Allerdings besteht insofern ein Gleichklang mit dem deutschen Recht, dass im Handelsgeschäft nach § 353 HGB die Geldschuld schon ab Fälligkeit mit 5% nach § 352 HGB zu verzinsen ist.

Die CISG hingegen lässt im Falle einer Gegenfristsetzung vom Schuldner, also Verkäufer, diese nach Art. 48 III CISG als Gegenfrist zu laufen beginnen. Das deutsche Recht kennt dies so nicht. Zwar gibt es eine Selbstmahnung, nach der dann eine Fristsetzung durch den Käufer entbehrlich wird, jedoch nicht für den Fall, dass die Selbstmahnung nach der Fristsetzung des Käufers geschieht. In solchen Fällen muss allerdings beachtet werden, dass eine zu kurze Frist in eine angemessene umgedeutet wird, so dass im Zweifel anzunehmen sein wird, dass in einem solchen Fall die Gegenfrist die angemessene ist. Damit wäre wieder ein relativer Gleichlauf erreicht. Jedoch muss man in solchen Fällen aufpassen, dass man die Rechte des Käufers zu sehr untergräbt. Die Gegenfrist muss immer noch angemessen sein. Das folgt aus Treu und Glauben des § 242 BGB bzw. Art. 7 I CISG. Der Schuldner hat eine angemessene Frist zu setzen. Hat er noch gar nicht mit den Vorbereitungen begonnen, so hilft eine Gegenfristsetzung mit einer Zeit, in der er es schaffte, auch nicht weiter. Die Nachfristsetzung ist somit fast gleich mit dem deutschen Recht.

Beiden Rechten gemeinsam ist die Tatsache, dass der Käufer allein Schadensersatz wegen der Verzögerung und Zurückbehaltungsrecht ausüben darf. Weitere Rechtsbehelfe, einschließlich der des Rücktritts und des Schadensersatzes statt der Leistung, stehen ihm erst nach Ablauf der Frist wieder zur Verfügung, unabhängig davon, ob sie ihm schon vorher zustanden.

Der Zahlungsverzug ist ebenso bei beiden Rechten sehr ähnlich. Wieder ist allerdings in der CISG eine Mahnung nach Art. 59 CISG nicht nötig. Ebenso wie das deutsche Recht in § 289 BGB kennt die CISG die Pflicht zur Zahlung einer Zinseszins nicht. Allerdings verweist für die Zahlung der Zinsen die CISG auf das nationale Recht.

---

<sup>666</sup> *Staudinger-Magnus Art. 47 Rn. 3; vgl. Rabel RabelsZ 9 [1935], 1, 68.*

Ebenfalls ist der Annahmeverzug sehr ähnlich. Jedoch hat der Verkäufer mit den Erhaltungspflichten, einschließlich der Pflicht zum Selbsthilfeverkauf, aus den §§ 85, 88 CISG weit mehr Pflichten als im deutschen Recht § 300 BGB verlangt. Dafür ist gleich, dass Preis- und Leistungsgefahr auf den Käufer übergehen, der Verkäufer Ersatz seiner Mehraufwendungen verlangen kann und selber auch Schadensersatz wegen des Annahmeverzuges geltend machen kann.

### **III. Principles und DCFR**

Die Darstellung der Principles und des DCFR enthielt bereits einen umfassenden Vergleich, so dass nur noch nach oben<sup>667</sup> zu verweisen ist. Sie ähneln grundsätzlich mehr der CISG.

---

<sup>667</sup> Vgl. § 17.

## Kapitel 5: Störung der Geschäftsgrundlage

### § 19 Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

#### I. Einleitung

*Pacta sunt servanda*. Dieser oberste Grundsatz des Vertragsrechts<sup>668</sup> ist einer der wesentlichen Eckpfeiler des Zivilrechts. Er wird schon Ulpianus (ca. 170- 228 n.Chr.) in den Mund gelegt, wenngleich dieser es so nicht formuliert hat. Denn das klassische römische Recht war einem schuldrechtlichen Typenzwang unterlegen, wo nur diese einklagbar waren<sup>669</sup>, obwohl sich dies in nachklassischer Zeit allmählich änderte<sup>670</sup>. Trotzdem war es dem kanonischen Recht vorbehalten, den Typenzwang, der mit Formen wie *do ut des, facio ut facias*<sup>671</sup> noch im *corpus iuris civilis* vorhanden war, endgültig zu durchbrechen<sup>672</sup> und zu bestimmen, dass jede Art von Vertrag einklagbar und zu erfüllen war<sup>673</sup>. Im BGB wurde das mit § 311 I BGB normiert, der zur Begründung eines Schuldverhältnisses einen Vertrag zwischen den Parteien verlangt<sup>674</sup>. Damit wird gleichzeitig den Vertragsparteien garantiert, dass sie sich gem. § 241 I 1 BGB von Rechts wegen die vereinbarten Leistungen können.

Doch schon bald trat das Problem auf, dass mit einer strikten Anwendung Unbilligkeiten entstehen, wenn sich die Umstände des Vertragsschlusses gravierend änderten. Dem entgegenzutreten wurde das Institut der Störung der *clausula rebus sic stantibus* in das ältere Gemeine Recht eingeführt<sup>675</sup>. Dies lehnte jedoch das neuere Gemeine Recht als Verstoß gegen die Rechtssicherheit<sup>676</sup> ab. Deswegen wurde die *clausula rebus sic stantibus*, von einigen Ausnahmen wie § 775 S. 1 BGB abgesehen, zu Anfang nicht ins BGB übernommen<sup>677</sup>, obwohl auch schon das ALR in I 5 §§ 377 ff. eine Regelung geschaffen hatte. Das änderte sich erst mit der Einführung des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach dem Ersten Weltkrieg. Dieses Institut wurde im Zuge der Umwälzungen nach dem Ersten Weltkrieg 1922 vom Reichsgericht<sup>678</sup> im Rahmen des § 242 BGB entwickelt<sup>679</sup> und schließlich im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung 2001 kodifiziert<sup>680</sup>, nicht nur um globalen Auswirkungen zu begegnen, sondern auch in normalen Zeiten nicht bedachte Veränderungen<sup>681</sup> zu begegnen. Damit wurde den Unbilligkeiten der strikten Anwendung der *pacta sunt servanda* wieder entgegengewirkt. Aber nicht nur diese durch veränderte Umstände entstandenen Unbilligkeiten gebieten dieses Institut. Denn es ist keine Ausnahme des Grundsatzes der *pacta sunt servanda*<sup>682</sup>, sondern dessen Bestätigung. Der Vertrag wird nur auf das reduziert, was die Vertragsparteien tatsächlich regeln wollten<sup>683</sup>. Folglich ist auch keine fehlende Rechtsunsicher-

<sup>668</sup> RG Warn. 1911 Nr. 66 S. 72.

<sup>669</sup> Kaser II § 255 S. 331 ff.; Fikentscher GG S. 1, 2.

<sup>670</sup> Kaser II § 255 S. 332.

<sup>671</sup> Vgl. D. 19, 5, 5 (Paulus).

<sup>672</sup> Grundlegend: Beschluss des Konzils von Karthago aus dem Jahr 348 n. Chr., c. 1 X de pactis 1.35 (*liber extra*) = „c. Antigonus“; MK- Emmerich § 311 Rn. 14, 15.

<sup>673</sup> Vgl. Söllner ZRG Rom. Abt. 77 [1960], 182, 240 ff.

<sup>674</sup> Staudinger- Löwisch § 311 Rn. 3.

<sup>675</sup> Vgl. Thibaut § 992 S. 374.

<sup>676</sup> Vgl. v. Wächter § 84 S. 439, 440.

<sup>677</sup> Vgl. Materialien II S. 314 ff.

<sup>678</sup> Zuerst: RGZ 103, 328, 332 ff.

<sup>679</sup> MK- Roth § 313 Rn. 23 ff.; Medicus AT Rn. 857.

<sup>680</sup> BGBl. 2002 I S. 42 ff.

<sup>681</sup> Medicus AT Rn. 857.

<sup>682</sup> Vgl. BGH NJW 1976, 565, 566; 1977, 2262, 2263.

<sup>683</sup> Medicus AT Rn. 858.

heit zu befürchten, sondern im Gegenteil eine weitere Verbesserung der Rechtssicherheit erfolgt. Der Vertrag wird den Umständen angepasst, bleibt aber im Übrigen bestehen. Nur dann, wenn eine Anpassung nicht mehr möglich ist, wird der Vertrag aufgelöst. Die Parteien bleiben somit grundsätzlich an den Vertrag gebunden, können aber das, was treuwidrig geworden ist, nicht verlangen. Damit bleibt der Vertrag im Grundsatz bestehen und zugleich Basis der Veränderung. Wenn aber der Vertrag bestehen bleibt und im Ergebnis die Parteivereinbarung zu einer Vertragsanpassung führt, ist das keine Gefährdung der Rechtssicherheit, sondern deren Stärkung. Andernfalls müsste man immer den Vertrag auflösen oder ein treuwidriges Ergebnis akzeptieren, was beides die Rechtssicherheit weitaus mehr beeinträchtigt.

Bevor diese Einrede allerdings erhoben werden kann, muss versucht werden, den Vertrag durch Auslegung anzupassen. Erst wenn das scheitert, ist eine Störung der Geschäftsgrundlage gegeben<sup>684</sup>. Ebenso von § 313 BGB ist die *condictio ob rem* oder *condictio causa data causa non secuta* gem. § 812 I 2 2. Alt. BGB zu unterscheiden. Bei dieser geht es eben um einen Umstand, der vom Vertrag nicht erreicht wurde, der also vertraglich geregelt war, während dies bei der Störung der Geschäftsgrundlage gerade nicht der Fall ist, da er hier nicht von den Parteien geregelt wurde<sup>685</sup>. Eine Störung der Geschäftsgrundlage ist fernerhin nicht gegeben, wenn Mängelgewährleistungsrechte geltend gemacht werden können, da diese vorrangig gegenüber der Störung der Geschäftsgrundlage sind<sup>686</sup>.

## II. Voraussetzungen

Folgende drei Elemente müssen vorliegen, um eine Vertragsanpassung oder -aufhebung i.S.d. § 313 BGB zu erreichen. Es muss ein reales, ein hypothetisches und ein normatives Element vorliegen. Doch zuerst muss die Geschäftsgrundlage bestimmt werden.

### 1. Bestimmung der Geschäftsgrundlage

Die Geschäftsgrundlage als Gesamtheit aller Umstände, die Grundlage des Vertrages, aber nicht Vertragsinhalt selbst, geworden sind, beinhaltet sowohl objektive, als auch subjektive Elemente<sup>687</sup>. In ihr gehen die von Paul Oertmann entwickelte<sup>688</sup>, von der Rechtsprechung zuerst angewendete subjektive Theorie<sup>689</sup> als auch die ursprünglich von Karl Larenz stammende objektive Theorie<sup>690</sup> auf<sup>691</sup>.

„Eine Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsabschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf ihnen aufbaut.“<sup>692</sup> Dies ist die Definition der subjektiven Theorie, die allerdings zusätzlich einen Nachweis forderte, dass durch die entsprechenden Umstände der Partei ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar geworden ist<sup>693</sup>.

---

<sup>684</sup> Medicus BR Rn. 163; ders. AT Rn. 875; Flume AT II § 26 4 a) S. 501, 502.

<sup>685</sup> Medicus BR Rn. 163.

<sup>686</sup> BGHZ 60, 319, 320, 321; NJW 1992, 1384, 1385; NJW-RR 2003, 1318, 1319.

<sup>687</sup> MK- Roth § 313 Rn. 43 ff.; Palandt- Grüneberg § 313 Rn. 2 ff.

<sup>688</sup> Oertmann GG S. 37.

<sup>689</sup> RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25, 390, 392; 128, 230, 236.

<sup>690</sup> Larenz SAT § 21 II S. 322 ff.

<sup>691</sup> MK- Roth § 313 Rn. 43 ff.; Palandt- Grüneberg § 313 Rn. 4.

<sup>692</sup> MK- Roth § 313 Rn. 47; vgl. BGHZ 25, 390, 392; 40, 334, 335, 336; 74, 370, 372, 373; BGH NJW 1997, 3371.

<sup>693</sup> BGH NJW 1989, 289, 290



Diese Theorie zeigte allerdings Schwächen im Erfassen von Störungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts, so dass die objektive Theorie entstand, in der Geschäftsgrundlage diejenigen Umstände waren, deren Vorhandensein oder Fortgeltung objektiv erforderlich waren, damit der Vertrag im Sinn der Intentionen beider Vertragsparteien als sinnvolle Regelung Bestand hatte, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien tatsächlich daran dachten.<sup>694</sup> Als Kriterien wurden sowohl Äquivalenzstörung<sup>695</sup> als auch Zweckvereitelung<sup>696</sup> herangezogen.

Durch den Gesetzeswortlaut allerdings werden beide Theorien miteinander vereint, indem sowohl objektive als auch subjektive Elemente verlangt werden<sup>697</sup>, so dass ein Rekurs auf die subjektive Theorie überflüssig und sinnlos ist, da beide Theorien vereint wurden<sup>698</sup>. Somit hat insoweit die subjektive Theorie an Einfluss verloren<sup>699</sup>. § 313 I BGB spricht von (objektiven) „Umständen, welche die Grundlage des Vertrages geworden sind“, während § 313 II BGB auf (wesentliche) „Vorstellungen“ eingeht.

Das bedeutet aber nicht, dass Abs. 1 eine objektive, Abs. 2 eine subjektive Geschäftsgrundlage verlangt<sup>700</sup>. Denn Abs. 1 verlangt, dass die Umstände Grundlage des Vertrages geworden sind und die nochmals gewichtet als schwerwiegend einzustufen sind, um zu dessen Eingreifen zu führen. Diese Gewichtung wird sowohl nach objektiven, als auch nach subjektiven Kriterien durchgeführt, zumal der Gesetzgeber nach dem objektiven Kriterium des „schwerwiegenden“ Umstands den subjektiven Tatbestand anschließt, der verlangt, dass die Parteien die Regelung nicht so getroffen hätten, wenn sie den Eintritt der Umstände vorausgesehen hätten<sup>701</sup>. Folglich ist neben dem objektiven Tatbestand eines „schwerwiegenden“ Umstandes der subjektive zu prüfen, ob die Parteien den Eintritt des Umstandes nicht vorausgesehen haben und dass sie andernfalls den Vertrag nicht oder wenigstens nicht so geschlossen hätten, wie sie es taten.

Auf der anderen Seite verlangt Abs. 2 eine Gewichtung der Vorstellungen, die „wesentlich“ sein müssen<sup>702</sup>. Das heißt, dass die Vorstellung wesentlicher Umstände zur Grundlage des Vertrages geworden ist. Was aber nicht weniger bedeutet, als dass jene Umstände wie in Abs. 1 zu klassifizieren sind<sup>703</sup>. Voraussetzung hierbei ist allerdings auch hier, dass die Parteien keine Kenntnis der Umstände haben, denn Kenntnis bzw. Voraussehung schließen § 313 II BGB aus. Es ist jedoch falsch zu schlussfolgern, dass hiermit die positive Unkenntnis der Umstände zu beweisen ist. Vielmehr müssen die Umstände bewiesen werden, deren Fehlen bzw. Vorhandensein man sinnvollerweise oder als selbstverständlich voraussetzte, auch ohne sie zu bedenken<sup>704</sup>. Folglich ist dann aber auch hier nicht die subjektive Fehlvorstellung der Parteien maßgeblich, sondern die objektive Gewichtung der objektiven Begebenheiten<sup>705</sup>.

Probleme bereiten hingegen rein subjektiv begründete Störungen. Prinzipiell bleiben Pläne und Absichten bei der Geschäftsgrundlage außen vor. Doch wenn sich beide Parteien irren, kann diese Fehlvorstellung u.U. zur Geschäftsgrundlage werden, und zwar dann, wenn ihnen beiden diese Fehlvorstellung zugerechnet werden kann<sup>706</sup>. Doch ist das immer abhängig vom Einzelfall, so dass sogar die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Fehlvorstellung der einen Seite

---

<sup>694</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 59; *Palandt-Grüneberg* § 313 Rn. 4; *Jauernig-Vollkommer* § 313 Rn. 4; *Larenz SAT* § 24 II S. 322 ff.

<sup>695</sup> *Larenz SAT* § 21 II S. 324 ff.

<sup>696</sup> *Larenz SAT* § 21 II S. 326 ff.

<sup>697</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 43 ff.

<sup>698</sup> *Palandt-Grüneberg* § 313 Rn. 4; vgl. schon *Enn./Lehmann* § 41 II 4 S. 177 ff.

<sup>699</sup> Vgl. *Jauernig-Vollkommer* § 313 Rn. 4.

<sup>700</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 44.

<sup>701</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 44.

<sup>702</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 45.

<sup>703</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 45.

<sup>704</sup> *BGHZ* 131, 209, 215; *Drexel DtZ* 1993, 194, 195.

<sup>705</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 45.

<sup>706</sup> *MK-Roth* § 313 Rn. 223.

ausreicht, um eine Störung begründen zu können. Auch hier ist die Wertung des Einzelfalls entscheidend, ob und wann eine Störung der Geschäftsgrundlage bei einer bloßen Fehlvorstellung der Parteien vorliegt oder nicht.

Strittig ist fernerhin, ob ein beiderseitiger Irrtum von § 313 BGB oder über die Irrtumsregelungen des § 119 II BGB zu erfassen ist. Als Beispiel<sup>707</sup> sei das Gemälde erwähnt, das nicht von dem Schüler eines berühmten Künstlers gefertigt wurde, sondern von dem Meister selbst, beide Parteien aber davon ausgehen, der Schüler habe es gemalt. Allgemein wird in einem solchen Fall eine Störung der Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB gesehen, da es unbillig erschiene, dass derjenige, der zuerst, und das vielleicht auch nur zufälligerweise, anficht, Schadensersatz leisten müsse<sup>708</sup>. Außerdem biete die Anwendung des § 313 BGB flexiblere Lösung durch die Möglichkeit der Vertragsanpassung. Doch ist dieser Ansicht nicht zu folgen, da gerade in diesem Fall nur derjenige angefochten wird, für den das Geschäft ein schlechtes war, so dass eben der Schadensersatz gerechtfertigt ist<sup>709</sup>. Somit ist nicht die Störung der Geschäftsgrundlage in einem solchen Fall zu sehen, sondern eine Anfechtung i.S.d. § 119 II BGB. Etwas anderes gilt freilich, wenn beide Parteien anfechtungsbefugt und -willig sind. Für die Fälle ist in der Tat § 313 BGB anzuwenden<sup>710</sup>.

## 2. Reales Element

Das reale Element liegt vor, sofern ein Umstand gegeben ist, der im Vertrag nicht geregelt wurde, den aber wenigstens eine Partei beim Vertragsschluss vorausgesetzt hat. Er ist zu einem ungeschriebenen Teil des Vertrages geworden, auf den wenigstens eine Partei sich verlassen hat. Ebenso muss dieses reale Element weggefallen sein, um zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage zu kommen.

Bsp<sup>711</sup>: Haben Käufer und Verkäufer einer Lieferung Wodka aus Russland auf 1,- € 50 Rubel angesetzt, und ist der Kurs aber 1:40 statt 1:50, so ist die Annahme, der Kurs wäre 1:50 das reale Element für beide Parteien.

## 3. Hypothetisches Element

Die benachteiligte Partei hätte den Vertrag nicht oder jedenfalls nicht so geschlossen, wenn sie vom Vorliegen des Umstandes erfahren hätte.

## 4. Normatives Element

Die andere Partei hätte sich auch redlicherweise darauf einlassen müssen, dass der Umstand mitberücksichtigt wird. Dies ist abhängig, in wessen, vertragliche oder gesetzliche, Risikosphäre der hinzutretende Umstand fällt. Ein vertragskonform zugeteiltes Risiko lässt eine Anwendung des § 313 BGB entfallen<sup>712</sup>. Denn auch glückliche Geschäftsabschlüsse fallen nicht zwangsläufig unter den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Anhaltspunkt allein ist nicht nur der Wortlaut, sondern auch und gerade durch das Wort „redlicherweise“ eine Auslegung des Vertrages an Treu und Glauben gem. §§ 157, 242, BGB, die erst zu einer angemessenen Grenze der Risikoübernahme kommen<sup>713</sup>. Wichtige Anhaltspunkte hierfür sind die Verkehrs-

---

<sup>707</sup> Vgl. RGZ 135, 339, 340 (van Ruysdael).

<sup>708</sup> BGHZ 25, 390, 392, 393; BGH NJW 1986, 1348, 1349; Larenz/Wolf § 38 Rn. 5; DHLR-Arnold § 3 Rn. 73.

<sup>709</sup> Medicus BR Rn. 162; vgl. Flume AT II § 24 4 S.480.

<sup>710</sup> Medicus BR Rn. 162.

<sup>711</sup> Ähnlich BGHZ 25, 390 ff.

<sup>712</sup> MK-Roth § 313 Rn. 59.

<sup>713</sup> MK-Roth § 313 Rn. 77; Medicus BR Rn. 165a; ders. AT Rn. 866.

sitte, die Höhe der Gegenleistung, die man insofern auch als eine Art Risikoprämie verstehen kann, und die Kalkulation, sofern sie von der anderen Partei erkennbar ist<sup>714</sup>.

Hinzu kommt als weiterer Unsicherheitsfaktor, dass nicht jede Abweichung zu einer Störung oder gar Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, sondern nur ein solcher, der nach Treu und Glauben so schwer wiegt, dass ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar ist. Da das BGB keine *laesio enormis* kennt<sup>715</sup>, ist eine pauschale Einteilung nicht vorzunehmen, so dass nur der Einzelfall Beachtung finden kann<sup>716</sup>. Also ist für die Annahme der Unzumutbarkeit dem Vertrag zu entnehmen, welche Opfergrenze er hat und ob diese überschritten wird<sup>717</sup>.

Dennoch muss man folgende Grundsätze beachten, nämlich die Vorhersehbarkeit und ob die Leistung einem Versorgungszweck dienen sollte<sup>718</sup>. Die Vorhersehbarkeit ist ein Grund, um eher eine Störung zu verneinen, denn wenn etwas vorhersehbar war, ist ein Spekulationsgeschäft nicht schutzwürdig<sup>719</sup>. Hingegen ist dann eine Störung anzunehmen, wenn die Grenze des akzeptierten Risikos zwischen Leistung und Gegenleistung überschritten wird und das Interesse jener Partei auch nur annähernd gewahrt werden kann<sup>720</sup>. So ist beispielsweise bei einer Erbbauzinsvereinbarung eine Inflation von 60% eine Störung, da sie in diesem Umfang trotz gewisser Vorhersehbarkeit, wegen der Inflationen nach den Weltkriegern, das Interesse der benachteiligten Partei in zu großem Umfang nicht berücksichtigt wurde<sup>721</sup>. Ein Versorgungszweck schließlich bildet grundsätzlich einen Teil der Geschäftsgrundlage, so dass bei Vorliegen dieses Zweckes, z.B. in Form einer Pension oder Ruhegeldes<sup>722</sup>, eine Störung eher anzunehmen ist. War dieses Risiko allerdings nicht vorhersehbar, so kann sich daraus eine Einschränkung ergeben<sup>723</sup>. Auch wenn eine Partei ein Risiko trägt, braucht sie nicht für jedes zufällig eintretende Ereignis geradestehen. Aber nicht jedes unvorhergesehene Ereignis führt zum Fortfall der Geschäftsgrundlage. Das kann nur im Kontext mit den weiteren Umständen des Falls geschehen. Ähnlich verhält es sich mit der Beherrschbarkeit oder Beeinflussbarkeit durch die eine oder andere Partei. Kann eine Partei das Risiko beherrschen, so lässt dies die Notwendigkeit einer Vertragsanpassung oder gar -auflösung entfallen<sup>724</sup>.

Allerdings sind diese Kriterien nicht zu starr zu handhaben, sondern innerhalb eines beweglichen Wertungssystems, da keines für sich allein absolute Geltungskraft erlangen kann<sup>725</sup>. So mag unter den Umständen des Einzelfalls ein Risiko vorhersehbar und beherrschbar sein, dennoch wegen überwiegender anderer Erwägungen eine Vertragsanpassung oder Aufhebung im Rahmen des § 313 BGB geboten sein<sup>726</sup>. Allein in der Gewichtung der Kriterien des Einzelfalls kann die Grundlage dafür geben, eine Störung der Geschäftsgrundlage anzunehmen oder zu verneinen.

## 5. Rechtsfolge

Aus Gründen der Vertragstreue und Verkehrssicherheit muss in erster Linie versucht werden, den Vertrag an die herrschenden Bedingungen anzupassen<sup>727</sup>. Dies hat gem. § 313 I BGB das

---

<sup>714</sup> BAG NJW 2005, 2732, 2734; Medicus BR Rn. 165a.

<sup>715</sup> Vgl. Materialien II S. 178.

<sup>716</sup> Medicus BR Rn. 166/167.

<sup>717</sup> Erman-Hohloch § 313 Rn. 27.

<sup>718</sup> Medicus BR Rn. 166/167.

<sup>719</sup> Medicus BR Rn. 166/167; ders. AT Rn. 868.

<sup>720</sup> BGHZ 86, 167, 169.

<sup>721</sup> BGHZ 90, 227, 227 ff.; 91, 32, 32 ff.; 94, 257, 257 ff.; 96, 371, 371 ff.; 97, 171, 171 ff.

<sup>722</sup> BGHZ 61, 31, 31 ff.; 97, 52, 61 ff.; BAG NJW 1973, 959 ff.

<sup>723</sup> Soergel<sup>12</sup>-Teichmann § 242 Rn. 239; vgl. RGZ 101, 47, 48 ff.

<sup>724</sup> BGH NJW 1992, 2690, 2690; NJW-RR 1993, 880, 881, 882.

<sup>725</sup> MK-Roth § 313 Rn. 66.

<sup>726</sup> BGH NJW 1974, 1864, 1865; MK-Roth § 313 Rn. 66.

<sup>727</sup> BGHZ 47, 48, 51, 52; Medicus BR Rn. 168.

Gericht zu entscheiden. Erst wenn das nicht möglich ist, gewährt § 313 III BGB ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die benachteiligte Partei den Vertrag bei Kenntnis der neuen Umstände nicht geschlossen hätte<sup>728</sup>. Dies ist aber schon wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* die *ultima ratio*. Nur dann, wenn die Vertragsanpassung nicht möglich ist, wird der Vertrag aufgelöst.

## **§ 20 Störung der Geschäftsgrundlage in der CISG**

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist im UN-Kaufrecht nicht direkt geregelt. Das heißt allerdings nicht, dass sie doch noch Anwendung finden könnte. Doch bevor man Lösungswege sucht, muss man sich die Gründe vor Augen führen, warum eine direkte Regelung unterblieb. Daher muss der Hintergrund des UN-Kaufrechts und der maßgeblichen Rechtskreise beachtet werden. Denn eine explizite Ablehnung der Aufnahme eines solchen Instituts könnte bedeuten, dass eine Anwendung der Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen ist.

### **I. Vergleichender Überblick**

Obwohl schon oben kurz auf das Gemeine Recht und das deutsche Recht eingegangen wurde<sup>729</sup>, wird hier nochmals kurz ein Überblick über diese Rechte gegeben.

#### **1. Gemeines Recht**

Das ältere Gemeine Recht kannte die *clausula rebus sic stantibus*<sup>730</sup> genauso wie das preußische ALR in §§ 377, 378 I 5. Jedoch wurde später die Kritik an diesem Institut so groß, dass sie im neueren Gemeinen Recht nicht mehr angewendet wurde<sup>731</sup>. Ihr wurde vorgeworfen, eine Ausnahme vom Grundsatz des *pacta sunt servanda* zu sein<sup>732</sup> und die Verkehrssicherheit zu beeinträchtigen<sup>733</sup>.

#### **2. Deutsches Recht**

Aus genau diesen Gründen wurde während der Kodifikation des BGB die *clausula rebus sic stantibus*, von einigen wenigen Ausnahmen wie § 775 I BGB abgesehen, nicht übernommen<sup>734</sup>. Allerdings wurde die wirtschaftliche Unmöglichkeit als Unerschwinglichkeit anerkannt, sofern sie unzumutbar war, und als Unterfall der Unmöglichkeit behandelt<sup>735</sup>. Doch war diese Lösung auch aufgrund der unflexiblen Rechtsfolgen nicht befriedigend. Wegen des Ersten Weltkrieges, der Hyperinflation danach und der sich rasant verändernden wirtschaftlichen Situation wurde auch die Opposition gegen das Institut der *clausula rebus sic stantibus* aufgehoben. Im Zuge dieser Umwälzungen war der Bedarf hiernach zu groß geworden, so dass das Reichsgericht 1922 das Institut als Störung der Geschäftsgrundlage wieder generell einführte<sup>736</sup>, auch auf Druck aus der Literatur<sup>737</sup>. Als Grundlage wurde Treu und Glauben des

---

<sup>728</sup> Medicus BR Rn. 169/170.

<sup>729</sup> Siehe § 19 I.

<sup>730</sup> Vgl. Thibaut § 992, S. 374.

<sup>731</sup> Vgl. v. Wächter § 84 S. 439, 440.

<sup>732</sup> So auch BGH NJW 1976, 565, 566; 1977, 2262, 2263.

<sup>733</sup> V. Wächter § 84 S. 439, 440.

<sup>734</sup> Vgl. Materialien II S. 314 ff.; vgl. für die Rspr. RGZ 50, 255, 257 ff.

<sup>735</sup> RG LZ 1910, 770 Nr. 14.

<sup>736</sup> Zuerst: RGZ 103, 328, 332 ff.

§ 242 BGB angeführt. Bereits zuvor hatte das RG in einzelnen Entscheidungen die *clausula rebus sic stantibus* angewendet<sup>738</sup>, ohne sie jedoch als allgemeinen Rechtsgrundsatz anzuerkennen<sup>739</sup>. 2001 wurde mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>740</sup> schlussendlich die Störung der Geschäftsgrundlage als § 313 BGB kodifiziert.

### 3. Französisches Recht

Das französische Zivilrecht kennt nur eine sehr restriktive Auslegung der *force majeure*, ob- schon es im französischen öffentlichen Recht mit der *imprévision* ein Äquivalent gibt<sup>741</sup>. Eine Verschmelzung der Institute wird mit der Begründung abgelehnt, dass die *imprévision* sich auf den wirtschaftlichen Aspekt bezieht, die *force majeure* hingegen auf den tatsächlichen<sup>742</sup>. Daher folgt das französische Zivilrecht immer noch der strikten Auslegung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*, in dem eine *clausula rebus sic stantibus* als Ausnahme hiervon angesehen wird, die zu einer Verkehrsunsicherheit führt. Somit ist nur unter außergewöhnlichen und schwerwiegenden Fällen im Rahmen der *force majeure* eine Auflösung eines Vertrages mög- lich. Als Einschränkung hiervon ist allerdings anerkannt, dass die Vertragsparteien *hardship clauses* in die Verträge einführen dürfen, die quasi eine vertragliche Einbeziehung der *imprévision* darstellen<sup>743</sup>. Davon wird häufig Gebrauch, um dem strikten Institut des *pacta sunt servanda* zu entkommen<sup>744</sup>.

### 4. Angloamerikanischer Rechtskreis

Im Gegensatz zum kontinentalen Recht, welches auf dem römischen Recht basiert, geht das angloamerikanische Recht, zumindest teilweise, Sonderwege.

#### a) Englisches Recht

Das englische *common law* kannte die vielleicht strikteste Auslegung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Seit der Entscheidung *Paradine v. Jane*<sup>745</sup> galt, und gilt teilweise immer noch, die sog. *doctrine of absolute contracts*. Hierbei sind die vertragsschließenden Parteien an den Vertrag gebunden, gleichgültig, was geschehen möge, d.h., sofern etwas im Vertrag geregelt wurde, muss es erfüllt werden<sup>746</sup>. Wenn man das durch ein zufälliges Ereignis resultierende Ergebnis nicht wollte, hätte man die Vertragsklausel so fassen müssen, dass das Ereignis als entschuldigend anerkannt wäre. Selbst Katastrophen und Kriege werden in einem solchen Fall nicht als entschuldigend angesehen. Ja, selbst ein Vertrag, der etwas Unmögliches zum Inhalt hat, muss erfüllt werden, da der römischrechtliche Grundsatz des *impossibilium non obligatio est* vom englischen Recht nicht anerkannt wird<sup>747</sup>. Kann der Schuldner die Leistung nicht er- bringen, muss er Schadensersatz zahlen.

Im Laufe der Zeit jedoch musste von dieser ganz restriktiven Doktrin Ausnahmen gemacht werden. Schon relativ kurze Zeit später wurde die Ausnahme des gesetzlichen Verbotes aner-

---

<sup>737</sup> Vgl. z.B. Oertmann, *Geschäftsgrundlage* S. 37; Heymann JW 1921, 830 f.; Krückmann JW 1921, 1447 f..

<sup>738</sup> RGZ 100, 129, 129 ff.

<sup>739</sup> RGZ 99, 258, 259.

<sup>740</sup> BGBl. 2002 I S. 42 ff.

<sup>741</sup> Zuerst *Gaz de Bordeaux-Fall*, *Conseil d'État* 30.03.1916, DP 1916 3:25; vgl. B/B- Tallon Art. 79 Bem. 3.1.; S/S- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 30; Puelinckx, *JIntArb* 3 [1986], 47, 55.

<sup>742</sup> *Ghestin* Nr. 326 S. 389.

<sup>743</sup> Vgl. *Fontaine* S. 487 ff.

<sup>744</sup> *Fontaine* S. 530.

<sup>745</sup> (1647) *Aleyn* 26 = *Kiralfy*, *A Source Book of English Law*, S. 22.

<sup>746</sup> *Treitel* Rn. 2-003.

<sup>747</sup> *Treitel* Rn. 1-002.

kannt, sofern dieses nach Vertragsschluss in Kraft trat<sup>748</sup>. Auch wenn ein höchstpersönliches Geschäft unmöglich wird, weil derjenige, der es ausführen soll, dies nicht mehr kann, wurde eine Entschuldigung anerkannt<sup>749</sup>. Der erblindete Maler brauchte das bestellte Gemälde somit nicht mehr malen. Nachdem weitere Ausnahmen anerkannt wurden<sup>750</sup>, wurde mit der Entscheidung *Taylor v. Caldwell*<sup>751</sup> wurde die *doctrine of absolute contracts* von der *doctrine of discharge by supervening events* abgelöst, wenngleich in einigen Bereichen, wie dem Seehandel oder der Feuerversicherung, die *doctrine of absolute contracts* weiterhin uneingeschränkt gilt<sup>752</sup>.

Nach der *doctrine of discharge by supervening events* ist bei Unmöglichkeit der Leistung der Vertrag aufzuheben, sofern ein später hinzutretender Umstand dies bewirkt hat und weder Preis- noch Leistungsgefahr übergegangen sind<sup>753</sup>. Eine weitere Einschränkung ist zusätzlich noch das Erfordernis, dass dies nicht gilt, sofern die betroffene Vertragspartei vernünftigerweise gegen dieses Risiko hätte vorbeugen können<sup>754</sup>. Allerdings wurde auch der Anwendungsbereich erweitert auf andere Leistungshindernisse, wie beispielsweise eine temporäre kriegsbedingte Beschlagnahme, oder auch dann, wenn der gemeinsame Leistungsgrund weggefallen ist<sup>755</sup>. Obwohl dies auf den ersten Blick so aussehen mag, als ob damit eine dem deutschen § 313 BGB ähnliche Regelung getroffen wurde, ist dies falsch. Diese Doktrin ist sehr restriktiv auszulegen, zumal gerade die wirtschaftliche Unmöglichkeit als Rücktrittsgrund generell nicht anerkannt wird<sup>756</sup>. Genauso verhält es sich mit der partiellen Unmöglichkeit, welche im englischen Recht ebenso nicht anerkannt wird, was zur Folge hat, dass die Dogmatik in diesen Fällen Schwierigkeiten bekommt, partielle Unmöglichkeit zu erklären oder zu lösen<sup>757</sup>.

Ogleich es nach dem Ersten Weltkrieg einige Entscheidungen gab, die die wirtschaftliche Unmöglichkeit anerkennen scheinen<sup>758</sup>, wird dies heute, von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>759</sup>, kaum noch anerkannt, ja selbst die *doctrine of discharge by supervening events* befindet sich auf dem Rückzug. Begründet wird dies vor allen Dingen mit dem Aufkommen der *force majeure* und *hardship* Klauseln. Diese Klauseln kamen auf, um zum einen den Risiken zufälliger Ereignisse entgegenzuwirken und zum anderen eine Vertragsanpassung vorzusehen, von welcher die englischen Richter sich außerstande sehen, diese selbst vorzunehmen<sup>760</sup>. Dabei ist anzumerken, dass mit der Einführung einer solchen Klausel auch das auf dem französischen Art. 1148 Code civil beruhende Rechtsinstitut eingeführt wird<sup>761</sup>. Doch können diese Klauseln auch viel weitreichender sein, als es die *force majeure* des französischen Rechts eigentlich vorsieht<sup>762</sup>. Damit können sie auch den Umfang bekommen, den der deutsche § 313 BGB vorgibt. Die *doctrine of frustration* hingegen wird durch eine *force majeure*-Klausel nicht ausgeschlossen, sondern diese kann vielmehr auch als Hinweis dienen, um den Rahmen zu geben, wann die *doctrine of frustration* in diesem Fall angewendet werden soll<sup>763</sup>.

---

<sup>748</sup> Treitel Rn. 2-011.

<sup>749</sup> Treitel Rn. 2-013.

<sup>750</sup> Vgl. Treitel Rn. 2-010 ff.

<sup>751</sup> (1863) 3 B. & S. 826.

<sup>752</sup> Treitel Rn. 2-029 ff.

<sup>753</sup> Treitel Rn. 2-026, benutzt hier die wörtliche Übersetzung der deutschen Begriffe.

<sup>754</sup> Treitel Rn. 2-034.

<sup>755</sup> Treitel Rn. 2-035.

<sup>756</sup> Treitel Rn. 2-036.

<sup>757</sup> Vgl. McKendrick S. 40; Nicholas, *AmJCompLaw* 27 [1979], 231, 235.

<sup>758</sup> Vgl. z.B. *Bank Line Ltd. v. Arthur Capel & Co.* [1919] A.C. 435.

<sup>759</sup> Treitel Rn. 6-029 ff.

<sup>760</sup> Treitel Rn 2-038, S. 51, Keil S. 177.

<sup>761</sup> Puelinckx, *JIntArb* 3 [1986], 47, 56; Swadling in: McKendrick S. 8.

<sup>762</sup> Swadling in: McKendrick S. 9.

<sup>763</sup> McKendrick S. 29.

Da die wirtschaftliche Unmöglichkeit nicht anerkannt wurde, wäre es auch nur folgerichtig gewesen, die Anwendung der *doctrine of discharge* zu verwehren, wenn für den Leistungsempfänger die Geschäftsgrundlage weggefallen ist. Dies geschah in den sog. Krönungszugfällen, allen voran *Chandler v. Webster*<sup>764</sup> jedoch nicht. Ab dem Eintritt des Ereignisses, welches die Basis des Geschäfts fundamental veränderte, in den Krönungszugfällen die plötzlicher Erkrankung König Edwards VII., ist der Vertrag *frustrated* und aufzuheben. Doch schien dieses Ergebnis viel zu unbefriedigend, zumal nur ab dem Zeitpunkt des Eintritts zu leistende Leistungen aufgehoben wurden, nicht aber die Leistungen, die bereits vorher zu leisten waren<sup>765</sup>. Obgleich selbst die Rechtsprechung erste Schritte unternahm, dies zu ändern<sup>766</sup>, sah sich der englische Gesetzgeber genötigt einzugreifen und für England den Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 zu erlassen, welcher als Modell zu einer Reihe weiterer Gesetze im Gebiet des *common law* führte<sup>767</sup>. Doch wird dieses Gesetz als zu makelbehaftet betrachtet, so dass im Endeffekt es wieder den Vertragsparteien auferlegt ist, für eine Lösung des Problems zu sorgen<sup>768</sup>.

#### b) Recht der US-Bundesstaaten

Die Vereinigten Staaten haben nicht ein zusammenhängendes Zivilrechtsgebiet, sondern jeder US-Staat hat sein eigenes Zivilrecht. Allerdings wurde mit dem Uniform Commercial Code ein Mustergesetz vom American Law Institute verabschiedet, welcher zumindest in großen Teilen als Basis des Handelsrechts der Bundesstaaten gilt. Einzig Louisiana hat ihn nicht in großen Teilen übernommen. Obwohl es immer noch Unterschiede zwischen den Bundesstaaten gibt, kann hier nur der Uniform Commercial Code betrachtet werden.

In diesem entschuldigt Art. 2 sec. 2-615 den Verkäufer, nicht oder verspätet zu liefern, sofern die Voraussetzungen der Leistungserbringung weggefallen sind und die Leistung *impracticable*, also wirtschaftlich unmöglich wurde. Gem. sec. 2-616 kann der Käufer den Vertrag anpassen oder zurücktreten. Diese Vorschrift ist unter Beeinflussung des deutschen Rechts gefasst worden<sup>769</sup>, allerdings ist im *Official Comment* hierzu Widersprüchliches geschrieben worden, so dass es Aufgabe der Gerichte ist, diese Widersprüche zu lösen<sup>770</sup>. Indes war schon vorher im US-amerikanischen Recht die wirtschaftliche Unmöglichkeit mit der Entscheidung *Mineral Park Land Co. v. Howard*<sup>771</sup> anerkannt worden. Dennoch ist in der Folgezeit nach einer allgemeinen Anerkennung die tatsächliche Anerkennung solcher Umstände vor Gericht stark zurückgegangen, so dass besonders in Langzeitverträgen Preisfluktationsklauseln eingefügt werden, um dem entgegenzutreten<sup>772</sup>. Insbesondere wird von den Gerichten die Auslegung der sec. 2-615 und 2-616 immer noch mehr im Sinne des *common law* restriktiv ausgelegt<sup>773</sup>, und zwar wider das Telos<sup>774</sup>. Inwieweit sich nach der Entscheidung Richter Treitelbaums in *Aluminium Co. of America (Alcoa) v. Essex Group, Inc.*<sup>775</sup>, in der sogar eine Anpassung des Vertrages durch den Richter stattfand, diese Restriktionen des *common law* in den Entscheidungen der amerikanischen Gerichte aufrechterhalten werden, muss sich erst noch zeigen<sup>776</sup>.

---

<sup>764</sup> [1904] 1. K.B. 493.

<sup>765</sup> Puelinckx, *JIntArb* 3 [1986], 47, 51.

<sup>766</sup> Vgl. *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*, [1943] A.C. 32.

<sup>767</sup> *McKendrick* S. 54 ff.

<sup>768</sup> *McKendrick* S. 70, 71; Puelinckx, *JIntArb* 3 (1986), 47, 52.

<sup>769</sup> Treitel, a.a.O., Rn. 6-010.

<sup>770</sup> Keil a.a.O., S. 172, 173.

<sup>771</sup> 156 P. 458 (1916).

<sup>772</sup> Treitel, a.a.O., Rn. 6-007.

<sup>773</sup> Keil S. 173, 174, Nicholas, *AmJCompLaw* 27 [1979], 231, 236.

<sup>774</sup> Keil S. 177.

<sup>775</sup> 499 F.Supp. 53 (W.D.Pa. 1980).

<sup>776</sup> Vgl. Keil S. 180.

Bis zu dem Zeitpunkt, an dem diese Restriktionen aufgehoben werden, wird auch in den USA eine Benutzung einer *force majeure*-Klausel in vielen Verträgen als notwendig erachtet werden müssen.

### c) Zusammenfassung

Während das amerikanische Recht sich in diesem Fall dem deutschen Recht angleichen wollte, was aufgrund der restriktiven Rechtsprechung (noch) nicht gelungen ist, hat das englische Recht noch weniger unternommen, den Bedürfnissen der Wirtschaft entgegenzukommen. In beiden Ländern ist es den Vertragsparteien überlassen, sich des Problems zu entledigen.

## II. Die Lösung der CISG

Aufgrund der engen Auslegung des französischen Rechts und der weiten Auslegung des deutschen Rechts entstanden auf den Konferenzen zur Erschaffung des UN-Kaufrechts lange Diskussionen. Damit die *imprévision* nicht in die Konvention eingeführt werden sollte, aller Gegenargumente zum Trotz, wurde auf eine Einführung einer *clausula rebus sic stantibus* im UN-Kaufrecht verzichtet<sup>777</sup>. Damit könnte man sagen: *Roma locuta, causa finita!* Die Konvention habe die *clausula rebus sic stantibus* nicht eingeführt, also gebe es auch keine Möglichkeit, diese einzuführen<sup>778</sup>.

Doch das ist zu kurz gegriffen. Nicht das französische, deutsche oder gar angloamerikanische<sup>779</sup> Recht bilden die Auslegungskriterien, sondern gem. Art. 7 II CISG die Konvention selbst, auch dann, wenn etwas nicht direkt, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen der CISG hergeleitet werden kann. Nationales Recht ist in solchen Fällen nicht anwendbar<sup>780</sup>.

### 1. Vertragsauflösung

Zunächst aber ein Blick in die Konvention selbst. Ausdrücklich ist gem. Art. 79 CISG geregelt, dass der Schuldner nicht zu leisten braucht, sofern unerwartete und unvermeidbare Umstände eingetreten sind, die der Leistung entgegenstehen. Ob damit auch die wirtschaftliche Unmöglichkeit mit umfasst ist, ist umstritten.

Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass dies auch die wirtschaftliche Unmöglichkeit ganz einschließt<sup>781</sup>. Mit Hinweis auf die Vorgeschichte lehnt dies die Gegenmeinung ab. Eine Unterströmung allerdings will dies nur dann nicht gelten lassen, wenn die Existenz bedroht ist<sup>782</sup>, während eine andere, meist vom engen Verständnis der *force majeure* kommend, sogar diese Einschränkung nicht macht<sup>783</sup>.

Doch ist diese letzte Ansicht zu restriktiv, zumal die *force majeure* nicht ganz mit Art. 79 CISG gleichzusetzen ist<sup>784</sup>. Denn zum einen muss das, was für Kriege, Exportverbote oder sonstige Katastrophen gilt, und zwar unbestritten<sup>785</sup>, auch für die wirtschaftliche Unmöglich-

---

<sup>777</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 30; Schlechtriem *Einheitliches UN- Kaufrecht* S. 97.

<sup>778</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 30.

<sup>779</sup> Nicholas, *AmJCompLaw* 27 [1979], 231, 235.

<sup>780</sup> S/S- Ferrari, Art. 4 Rn. 44.

<sup>781</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 24; MK- Huber Art. 79 Rn. 21; MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 38; Schlechtriem *Int. UN- Kaufrecht* Rn. 291; ders. *Int. Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht* S. 76; H/C Art. 79 Rn. 8.

<sup>782</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 30 ff., 32; Rathjen *RIW* 1999, 561, 563; Keil S. 184 ff, 195; wohl auch Treitel, Rn. 6-043.

<sup>783</sup> B/B- Tallon Art. 79 Bem. 3.1.

<sup>784</sup> Schlechtriem *Einheitliches UN- Kaufrecht* S. 95.

<sup>785</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 22, 23; S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 16, 17; MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 33; B/B- Tallon Art. 79 Bem. 2.6.5.



keit gelten, da auch das Beschaffungsrisiken sind, auf die der Schuldner keinen Einfluss hat<sup>786</sup>. Eine plötzliche und außergewöhnlich starke Preisänderung trifft ihn jedoch genauso hart, wie wenn plötzlich Krieg ausbräche oder eine Katastrophe sich ereignete. Natürlich nur insofern, als dass dies unvorhersehbar war, da der Schuldner das Spekulationsrisiko trägt. Doch ist dieses im Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit nicht tangiert, da der plötzliche und unvorhersehbare Zusammenbruch des bestimmten Marktes nicht den Charakter eines Spekulationsrisikos hat<sup>787</sup>. Vielmehr ähnelt er einer Katastrophe, zumal auch hier unvorhersehbare Ereignisse eintreten, gegenüber denen sich der Schuldner bei Vertragsschluss nicht hat wappnen können, sei es, dass er den Vertrag nicht eingegangen wäre oder sich eine Haftungsfreizeichnung für dieses Risiko besorgte.

Zum anderen ist gem. Art. 7 I CISG Treu und Glauben zu beachten. Und es ist treuwidrig, eine Leistung zu verlangen, die dem Schuldner unverhältnismäßige Schwierigkeiten aufbürdet oder ihn deswegen gar in den Ruin treibt, da dieses Ergebnis untragbar und mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbar ist<sup>788</sup>. Deshalb ist die Gegenansicht zu Recht abzulehnen. Daran ändert auch nichts, dass aufgrund der Bedenken von Teilnehmern aus dem französischen Rechtskreis die *imprévision* nicht eingeführt wurde. Denn auch die strenge Auslegung der *force majeure* wurde nicht eingeführt<sup>789</sup>, wohl aber das Prinzip von Treu und Glauben. Mit der Einführung dieses Prinzips und der Zustimmung eben jener Teilnehmer wurde gleichzeitig auch die Basis gelegt, dass ein Vertrag aufzuheben ist im Falle der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, selbst wenn er der strengen Auslegung der *force majeure* widerspricht, die selbst auch nicht angewendet werden kann, da sie lediglich nationales französisches Recht tangiert. Inwieweit diese enge Auslegung der *force majeure* selbst ein Verstoß gegen Treu und Glauben i.S.d. Art. 1134 Code civil ist, ist allein eine Frage des nationalen französischen Rechts. Allerdings kann die Opposition gegen die *imprévision* im internationalen Privatrecht als überwunden gelten<sup>790</sup>, da in beiden Einheitsprojekten, dem Art. 6:111 der PECL und dem Art. 6.2.3 PICC, eine *clausula rebus sic stantibus* eingeführt wurde, so dass dieses auch die Auslegung im UN-Kaufrecht beeinflussen muss.

Ebenso ist die Kritik, dass die Verkehrssicherheit in Mitleidenschaft gerät, nicht überzeugend. Denn gerade aufgrund der fehlenden Möglichkeiten im englischen, französischen und amerikanischen Recht ist es zu der weitläufigen Verwendung von *force majeure*- und *hardship*-Klauseln gekommen, da so den Defiziten und Unwägbarkeiten des Mutterrechts begegnet werden soll<sup>791</sup>. Doch wenn schon hier eine weitgehende Verwendung solcher Klauseln notwendig ist, zeigen diese Rechtsordnungen in diesem Fall schwerwiegende Mängel auf. Ja, auch die Kritik an der Verkehrssicherheit ist nicht nur zurückzuweisen, sondern zurückzugeben. Da solche Klauseln nicht einheitlich gefasst werden und auch nicht in allen Verträgen gelten, entsteht so hier eine Verkehrsunsicherheit<sup>792</sup>. Allein schon die weite Verbreitung solcher Klauseln ist Hinweis genug, dass sich das Gesetz von den Bedürfnissen gelöst hat. Zumindest aber ist dem Rechtsverkehr bei einer solchen Auslegung der CISG mehr gedient als in den Ländern, wo man sich mit Klauseln behelfen muss<sup>793</sup>.

Zudem ist die generelle Kritik, dass die *clausula rebus sic stantibus* eine Ausnahme des Grundsatzes des *pacta sunt servanda* ist, nicht zutreffend. Der Grundsatz des *pacta sunt servanda* ist in der Tat der oberste Grundsatz des Vertragsrechts<sup>794</sup>, und das nicht nur im deut-

<sup>786</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 24.

<sup>787</sup> MK HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 38.

<sup>788</sup> Vgl. BGH NJW 1958, 1772, 1772; 1977, 2262, 2263.

<sup>789</sup> A.A.: Ghestin Nr. 327 S. 391.

<sup>790</sup> Schlechtriem Int. Einheitliches Kaufrecht S. 76.

<sup>791</sup> Vgl. für das Common Law McKendrick S. 32 ff.

<sup>792</sup> Vgl. PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>793</sup> Vgl. Diamond in: McKendrick S. 174.

<sup>794</sup> RG Warn. 1911 Nr. 66 S. 72.

schen Recht. Allerdings ist die *clausula rebus sic stantibus* in keiner Weise eine Ausnahme. Das mag zwar durch das sonst unbillige zwingende Festhalten am Vertrag, obgleich sich die Situationen grundlegend verändert haben, so erscheinen, doch ist vielmehr hierin eine Vertragsreduktion zu sehen<sup>795</sup>. Der Vertrag wird nur auf das reduziert, was die Vertragsparteien hatten regeln wollen. Das ist aber keine Ausnahme, sondern eine Bestätigung dieses Grundsatzes, ja, er erfährt noch eine weitere Stärkung, da der Vertrag, wenngleich in veränderter Form, weiter Bestand hat, und nur dann aufgelöst wird, wenn es nicht mehr möglich ist ihn aufrechtzuerhalten.

## 2. Vertragsanpassung

Somit ist die Vertragsaufhebung wegen veränderter Geschäftsgrundlage möglich im Rahmen des Art. 79 CISG. Doch ist dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* hiermit nicht gedient. Denn der Vertrag kann somit nur aufgehoben, aber nicht angepasst werden. Dieser erste Schritt muss aber getan werden, bevor es zu einer Aufhebung kommt. Nur wenn eine Aufhebung die *ultima ratio* darstellt, ist dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* Genüge getan<sup>796</sup>. Außerdem muss auch hier das *argumentum a maiore ad minus* gelten: Wenn schon die schwerwiegendere Vertragsaufhebung möglich ist, muss schon erst recht die weniger schwerwiegende Vertragsanpassung möglich sein. Insofern kann auch keine die Lückenschließung verhindernde bewusste Ausgrenzung des Rechtsinstituts durch den Konventionsgeber ersichtlich sein<sup>797</sup>.

Für diesen Weg stehen zwei Wege offen. Der erste geht über Treu und Glauben des Art. 7 I CISG, wie ihn auch schon das Reichsgericht 1922 bestritt<sup>798</sup>. Doch kann man hiergegen einwenden, dass dies zu sehr vom nationalen deutschen Recht her gedacht ist oder dass, auch aufgrund der Vorgeschichte, eine Lückenfüllung nicht innerhalb der CISG möglich ist<sup>799</sup>.

Stattdessen wird andererseits vorgeschlagen, den Weg über Art. 9 II CISG zu beschreiten, in dem man insbesondere die Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC, vielleicht auch § 313 BGB, als Handelsbräuche klassifiziert<sup>800</sup>. Ob sie tatsächlich Handelsbräuche sind, ist allerdings noch nicht völlig geklärt. Dafür spricht allerdings die weitverbreitete Benutzung von *force-majeure*-Klauseln. Zudem müssen auch die Voraussetzungen des Art. 9 II CISG vorliegen<sup>801</sup>. Das kann in der Praxis nur zu einer weiteren Komplikation des Falles führen. Da allerdings diese Regelungen für die Vertragsanpassung Bestandteil dessen sind, was dem CISG zugrunde lag bzw. in ihm Niederschlag wenigstens durch die erlaubte Vertragsaufhebung gefunden hat, ist das Heranziehen dieser Regelungen gem. grundsätzlich Art. 7 II CISG erlaubt<sup>802</sup>.

Somit sind beide Wege für sich allein problematisch. Allerdings eröffnen sie eine dritte Möglichkeit, nämlich die Synthese der beiden Ansichten: Art. 7 I CISG i.V.m. Art. 9 II CISG i.V.m. Art. 6:111 PECL, Art. 6.2.3 PICC.

In der Tat ist dies eine komplizierte Kette. Doch werden hierbei die Angriffspunkte, die man beiden Lösungswegen entgegenhalten könnte, minimiert. Erstens wird klar, dass diese Auslegung des Art. 7 I CISG nicht nur eine deutsche Auslegung ist, die auch nicht zulässig wäre. Das lässt sich aus der Existenz der Art. 6:111 PECL, Art. 6.2.3 PICC ableiten. Außerdem ist es möglich, eine Vertragsanpassung aus den Grundsätzen der CISG selbst zu entwickeln, so dass die Kritik, dass eine solche Möglichkeit der Vertragsanpassung nicht existiert, ins Leere

---

<sup>795</sup> Medicus AT Rn. 858.

<sup>796</sup> Vgl. Öst. OGH IHR 2001, 42, 43.

<sup>797</sup> Vgl. Magnus UNIDROIT S. 62, 63.

<sup>798</sup> RGZ 103, 328, 332 ff.

<sup>799</sup> Schlechtriem Rn. 291.

<sup>800</sup> Vgl. Schlechtriem Rn. 291; S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 54.

<sup>801</sup> Schlechtriem Rn. 291.

<sup>802</sup> Näheres unter § 27.

geht. Weiterhin besteht der Vorteil, dass man über Treu und Glauben des Art. 7 I CISG die Voraussetzungen des Art. 9 II CISG, nämlich dass dies zu beachtende Handelsbräuche sind, indiziert. D.h., nur noch dann, wenn der Gegner beweisen kann, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen *und* dieses nicht gegen Treu und Glauben verstößt, ist eine Vertragsanpassung nicht möglich. Das dürfte praktisch kaum möglich sein. Schlussendlich gibt Art. 7 I CISG den Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC den Charakter eines Handelsbrauchs i.S.d. Art. 9 II CISG, da die Vertragsanpassung als Ausstülpung von Treu und Glauben gleichzeitig Handelsbrauch sein muss. Der Charakter der PECL und PICC als solcher mag hier noch dahingestellt bleiben, jedoch sind zumindest Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC Handelsbräuche i.S.d. Art. 9 II CISG.

Damit ist festzustellen, dass im CISG auch eine Vertragsanpassung möglich ist, zumindest aufgrund von Art. 7 I i.V.m. Art. 9 II CISG i.V.m. Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC.

### **III. Fazit**

Die Vertragsaufhebung aufgrund veränderter wirtschaftlicher Umstände ist im Rahmen des Art. 79 CISG möglich, genauso wie die Vertragsanpassung über Art. 7 I i.V.m. Art. 9 II CISG i.V.m. Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC. Dies kann auch bei Art. 79 als Unterstreichung mit angefügt werden.

Hiergegen kann nun mit Recht eingewandt werden, dass dies eine ziemlich komplizierte Lösung darstellt. Das ist sie auch. Doch leider ist dieser Weg der beste, da mit ihm die Angriffspunkte minimiert werden. Das heißt zwar nicht, dass die anderen Wege nicht gangbar sind, sondern nur, dass sie der Kritik zu viele Anhaltspunkte geben. Eine Reform der CISG, die die *clausula rebus sic stantibus* generell einführt, wäre zwar wünschenswert, ist aber in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten. Somit müssen die Regeln angewendet werden, die wir haben, selbst wenn es dabei zu solchen „Monstern“ in den Paragraphenkettens kommt. Als Alternative gäbe es nur die Möglichkeit, Treu und Glauben in diesem Punkt im CISG aufzugeben. Und dieser Weg ist nicht gangbar.

## **§ 21 Störung der Geschäftsgrundlage in den Principles und im DCFR**

### **I. Störung der Geschäftsgrundlage in den PECL**

#### **1. Allgemeines**

Die *clausula rebus sic stantibus* ist in Art. 6:111 PECL geregelt. Dabei regelt Art. 6:111 I PECL den Grundsatz, dass eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist, gleichgültig, ob sie durch eine Kostensteigerung oder Verminderung des Gegenleistungswertes belastender geworden ist.

Abs. 2 regelt davon die Ausnahme. Ist durch Veränderung der Umstände die Erfüllung zu belastend geworden, so sind die Parteien verpflichtet, in Verhandlungen über die Änderung oder Aufhebung des Vertrages zu treten. Dabei müssen nach lit. a) die Umstände sich nach Vertragsschluss verändert haben, diese Veränderung nach lit. b) von den Parteien nicht in Betracht gezogen werden konnte und gem. lit. c) diese Veränderungen nicht in die Risikosphäre der benachteiligten Partei.

Abs. 3 gibt dem Richter für den Fall des Fehlschlags der Verhandlungen die Möglichkeit, den Vertrag nach billigem Ermessen aufzuheben oder anzupassen. Dabei bleiben die Modalitäten der Aufhebung oder Anpassung dem Richter vorbehalten. Gleichzeitig dient Art. 6:111 III PECL auch als Schadensersatzgrundlage für den Fall, dass eine Partei sich geweigert hat, in Verhandlungen zu treten, oder diese treuwidrig abbrach.

Diese Regelung soll die Strenge der Vertragsfreiheit und Privatautonomie abmildern, indem sie hilfsweise dem Gericht die Befugnis einräumt, die Kostentragungspflicht zu bestimmen, die entsteht, wenn unvorhersehbare Umstände zu einer Belastung für eine Partei geworden sind<sup>803</sup>. Die Schaffer der PECL haben dabei zutreffend erkannt, dass trotz des Anreizes, eine entsprechende Klausel schon im Wege der Privatautonomie einzufügen, dies nicht immer der Fall ist, und selbst wenn dies geschieht, diese auch nicht immer alle Eventualitäten erfassen<sup>804</sup>. Dasselbe gilt auch für die PICC<sup>805</sup>. Damit ist im Sinne der Rechtssicherheit die Einführung der *clausula rebus sic stantibus* unumgänglich. Freilich ist es den Parteien freigestellt, diese zu modifizieren und verschiedene Umstände zu regeln<sup>806</sup>. Doch dann sind diese Umstände auch vorausgesehen worden, so dass sie nicht unter Art. 6:111 PECL unterfallen. Jedoch als spezielle Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist eine Abbedingung zur Gänze oder eine de facto Aushöhlung nicht möglich. Eine entsprechende Klausel belastete eine Partei über Gebühr, so dass sie sittenwidrig ist. Jedoch ist das nicht Thema dieser Arbeit. Art. 6:111 II PECL hat Ausnahmecharakter, was schon die Verwendung von „jedoch“ klargestellt wird<sup>807</sup>. Grundsätzlich findet Abs. 1 Anwendung, so dass nicht jedes schlechte Geschäft alleine deswegen angreifbar wird. Der Schuldner soll sich aber auch nicht ruinieren<sup>808</sup>. Insofern ist auch hier die Unterscheidung, wie im deutschen Recht, zur Unmöglichkeit gegeben. Der Schuldner ist bei der Unmöglichkeit nicht mehr in der Lage zu leisten. Hier kann er noch leisten, aber nur unter einem zu hohen Preis<sup>809</sup>.

Insofern sind auch andere Rechtsfolgen einschlägig. Es kann zwar der Vertrag aufgehoben werden, jedoch besteht immer noch die Möglichkeit, den Vertrag anzupassen<sup>810</sup>. Aus dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* folgt auch hier, dass die Möglichkeit der Vertragsaufhebung nur *ultima ratio* sein kann<sup>811</sup>. Nur dann, wenn es nicht mehr möglich ist, den Vertrag anzupassen, muss der Vertrag aufgehoben werden. Das haben aber in erster Linie die Parteien selber zu entscheiden<sup>812</sup>. Sie sind gehalten, das Problem selber durch Verhandlungen zu lösen. Nur dann, wenn dieser Weg versperrt ist, kann der Richter als letzter Ausweg fungieren. Schließlich hat der Schuldner, der seine Ware wegen der übermäßigen Belastung zurückhält, hierzu das Recht<sup>813</sup>.

## 2. Voraussetzungen

Das setzt aber voraus, dass eine nach Art. 6:111 II lit. a) übermäßig belastende Leistungspflicht vorhanden ist. Diese muss aber übermäßig belastend sein<sup>814</sup>. Eine nachträgliche Veränderung, die zu einer Verschlechterung der Vertragsbedingungen führt, ist für sich genom-

---

<sup>803</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>804</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>805</sup> Maskow *AmJCompLaw* 40 [1992], 657, 661.

<sup>806</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>807</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>808</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>809</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>810</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>811</sup> A.A. Schlechtriem *ZEuP* 1993, 217, 245, der den Gerichten zu weiten Spielraum beimisst; vgl. aber Maskow *AmJCompLaw* 40 [1992], 657, 663.

<sup>812</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>813</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar A.

<sup>814</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (i).

men noch nicht ausreichend. Vielmehr müssen die Kosten exorbitant hoch sein, damit eine Vertragsanpassung oder gar Aufhebung in Betracht kommt<sup>815</sup>. Diese kann sowohl in höheren Erfüllungskosten als auch in einer geringeren Gegenleistung liegen. Dabei muss die Leistungspflicht zu einem außer Verhältnis stehendem Ungleichgewicht zwischen Kosten und Gegenleistung führen. Das ist zwar der Fall bei einer ruinösen Leistungspflicht, jedoch muss schon viel früher die Grenze gezogen werden. Maßstab hierbei muss immer der Vertrag als solcher bleiben. Dabei sind die Kosten und die Gegenleistung *des Vertrages* maßgeblich. Es kommt also auf die Umstände des Einzelfalls an, wann man eine Störung der Geschäftsgrundlage annehmen kann. Jegliche Werte, die hier genannt werden könnten, wann eine Störung so wesentlich ist, beispielsweise 50%<sup>816</sup>, sind persönliche Meinungen und allenfalls Richtwerte. Das die Umstände des Vertrages ändernde Ereignis muss erst nach Vertragsschluss entstanden sein<sup>817</sup>. Lag es schon ohne Wissen der Parteien vor Vertragsschluss vor, so finden die Regeln des Irrtumsrechts Anwendung.

Ein weiteres Kriterium ist die Unvorhersehbarkeit. Diese ist gleich der Unvorhersehbarkeit bei der Unmöglichkeit<sup>818</sup>. Insofern ist nach oben<sup>819</sup> zu verweisen.

Ferner darf die belastete Partei auch nicht das Gefahrtragungsrisiko tragen, damit sie den Vertrag anpassen oder aufheben kann<sup>820</sup>. Hat sie sich ausdrücklich zu dieser Gefahrtragung verpflichtet oder ist es in der Natur des Vertrages ihr eigenes Risiko, so kann sie sich nicht auf Art. 6:111 PECL stützen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Vertrag von Anfang an spekulativ war<sup>821</sup>. Allerdings fehlt es in solchen Fällen meistens schon an der Unvorhersehbarkeit. Freilich besteht auch in den Fällen der Illiquidität des Schuldners kein Zweifel, dass diese in seinen Risikobereich fällt<sup>822</sup>.

### 3. Rechtsfolgen

Liegen aber diese Kriterien vor, so ergibt sich hieraus die Neuverhandlungspflicht des Art. 6:111 II PECL. Diese Verhandlungen unterliegen, wie alle anderen auch, dem Prinzip von Treu und Glauben. Die benachteiligte Partei hat sie zu initiieren<sup>823</sup>. Die Verhandlung darf nicht in die Länge gezogen, missbräuchlich abgebrochen oder anders treuwidrig durchgeführt werden<sup>824</sup>. Verstößt eine Partei dagegen, so ist sie nach Art. 6:111 III 2 PECL der anderen Schadensersatzpflichtig.

Scheitern die Verhandlungen, aber auch erst dann, kann das Gericht eingreifen. Es hat aber zuerst alle Versuche zu unternehmen, die Parteien auf eine gütliche Einigung hinzubewegen<sup>825</sup>. Erst wenn alle diesbezüglichen Mittel, die ihm vom nationalen Recht zugestanden werden, aufgebraucht bzw. nicht erfolgversprechend sind, kann das Gericht nach Maßgabe des Abs. 3 entscheiden.

Diese Stringenz ist insoweit zu kritisieren<sup>826</sup>, als dass die Pflicht, Verhandlungen zu führen, um sich nicht Schadensersatzpflichtig zu machen, dem Gläubiger Vorteile selbst dann aus

---

<sup>815</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (i).

<sup>816</sup> Maskow AmJCompLaw 40 [1992], 657, 662; vgl. Bonell S. 117 Fn. 75, der darauf verweist, dass für die PICC Auflage 2004 der Kommentar gestrichen wurde, dass ein Verlust von 50% oder mehr als Erschütterung des Vertrages gesehen werden können.

<sup>817</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (ii).

<sup>818</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (iii).

<sup>819</sup> Siehe § 13 I 1 b).

<sup>820</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (iv).

<sup>821</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar B (iv).

<sup>822</sup> Vgl. Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 16.

<sup>823</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar C.

<sup>824</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar C.

<sup>825</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>826</sup> Vgl. DCFR Art. III.- 3:1.110 Comment C.

Hand schlagen könnte, wenn die Bedingungen noch nicht unzumutbar für die benachteiligte Partei sind. Insofern ist eine Verhandlungspflicht, die Art. 6:111 III 2 PECL erschafft, zu weitgehend. Allerdings muss auch diese Kritik insoweit eingeschränkt werden, als dass es durchaus sein kann, dass Treu und Glauben den Gläubiger dazu verpflichten, den Anliegen des Schuldners nachzukommen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner es in der Hand hat, dagegen zu klagen, wenn der Gläubiger sich Gesprächen verweigerte. Ein Schadensersatz ist somit nur dann wirklich zu fordern, wenn der Gläubiger sich dem Ansinnen des Schuldners bewusst verschließt oder diesem treugemäß hätte nachkommen müssen und dem Schuldner dadurch ein Schaden entstanden ist, der über die Vertragsanpassung oder – aufhebung hinausgeht.

Bei der Vertragsanpassung hat das Gericht die Aufgabe, die interne Vertragsbalance wieder herzustellen<sup>827</sup>. Dabei muss Sorge getragen werden, dass die Kosten billigerweise auf beide Parteien zu verteilen sind und nicht eine allein sie tragen muss. Das Risiko muss also geteilt werden<sup>828</sup>. Wie das Gericht entscheidet, ist ihm selber überlassen. Allerdings soll dabei das nationale Prozessrecht nicht verdrängt werden, so dass dieses dem Gericht den Maßstab geben soll<sup>829</sup>. Dies ist eine Schwachstelle in den PECL. Sollte das angerufene Gericht nämlich über keine oder unzureichende Rechte diesbezüglich verfügen, so liefe Art. 6:111 PECL leer. In solchen Fällen wird man in Art. 6:111 PECL eine Sonderermächtigung für das Gericht sehen, über das Maß des nationalen Prozessrechts hinaus Anpassungen durchführen zu können. Ansonsten ist die Gefahr der Umgehung dieses Rechts durch Wahl des Gerichtsstandes, der keine diesbezüglichen Kompetenzen hat, möglich.

Eine weitere Grenze, die das Gericht auf keinen Fall überschreiten darf, ist diejenige, dass den Parteien ein gänzlich neuer Vertrag aufoktroiyert wird<sup>830</sup>. Das Gericht darf nur einzelne Klauseln, nicht aber den ganzen Vertrag, verändern. Dann kann der Vertrag nicht mehr am Leben gehalten werden. Die Schwierigkeiten sind dann zu groß, so dass er aufgehoben werden muss. Spielraum hat das Gericht in solchem Fall aber, wann der Eintritt der Wirkung der Vertragsaufhebung stattfindet<sup>831</sup>. So soll verhindert werden, dass der Vertragspartner dafür, dass er sich nicht auf eine Vertragsaufhebung einlassen wollte oder die Verhandlungen unnötig in die Länge zog, einen unfairen Vorteil zugesprochen bekommt, wenn der Vertrag bis zur Entscheidung des Gerichts weiterlaufen sollte. Ebenso hat das Gericht die Möglichkeiten, die weiteren Modalitäten der Vertragsaufhebung zu bestimmen, ob beispielsweise noch eine Entschädigungszahlung geleistet werden muss<sup>832</sup>.

Art. 6:111 PECL gibt dem Gericht sehr weitreichende Mittel. Diese muss es aber vorsichtig einsetzen, damit das vertragliche Gleichgewicht wieder hergestellt wird und das Pendel nicht zur anderen Seite ausschlägt<sup>833</sup>.

Art. 6:111 PECL ist abdingbar<sup>834</sup>. Die Parteien selber können die Voraussetzungen festlegen.

---

<sup>827</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>828</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>829</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>830</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>831</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>832</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>833</sup> PECL Art. 6:111 Kommentar D.

<sup>834</sup> Vgl. Lando *Eight Principles* S. 120.

## II. Störung der Geschäftsgrundlage in den PICC

### 1. Allgemeines

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist in den PICC in Art. 6.2.1 ff. PICC geregelt. In diesen ist Art. 6.2.1 PICC die Grundnorm. Nach ihr ist es grundsätzlich so, dass auch eine belastender gewordene Vertragsverpflichtung zu erfüllen ist. Nur wenn die folgenden Bestimmungen über die veränderten Umstände eingreifen, kann davon abgewichen werden.

Damit wird klargestellt, dass die Parteien an den Vertrag grundsätzlich gebunden sind, selbst wenn dies durch eine Veränderung der Umstände zu schweren Verlusten führte<sup>835</sup>. Das gilt aber auch nicht absolut. Dann, wenn durch eine Veränderung der Umstände die Grundfesten des Vertrages erschüttert werden, ist eine außerordentliche Situation gegeben, die als veränderte Umstände (*hardship*) anerkannt ist<sup>836</sup>. Dabei wurde der Terminus *hardship* nur gewählt, weil er so weite Verbreitung gefunden hat in den Standardklauseln des internationalen Handels<sup>837</sup>. Da diese Arbeit jedoch ein Vergleich auch mit dem deutschen Recht ist und *hardship* genau der Störung der Geschäftsgrundlage entsprechen soll<sup>838</sup>, wird der Übersicht halber, wie auch bei den PECL, der Terminus der Störung der Geschäftsgrundlage weiter benutzt.

### 2. Definition

Art. 6.2.2 PICC definiert die Störung der Geschäftsgrundlage. Diese liegt vor, wenn sich durch den Eintritt von Ereignissen die Leistungskosten einer Partei erhöht haben oder sich der Wert der Gegenleistung vermindert hat. Zudem muss noch nach lit. a) diese Ereignisse nach Vertragsschluss eintreten oder der benachteiligten Partei bekannt werden, nach lit. b) von dieser nicht vernünftigerweise in Betracht gezogen worden sein, nach lit. c) auch außerhalb ihres Einflussbereichs liegen und schließlich nach lit. c) nicht im Risikobereich der benachteiligten Partei liegen.

Hiernach sollen veränderte Umstände, wenn sie die Grundfesten des Vertrages erschüttern, als Störung der Geschäftsgrundlage angesehen werden können, aber auch nur dann<sup>839</sup>. Wie bereits Art. 6.2.1 PICC feststellte, reicht eine einfache, wenngleich sehr hohe, Kostensteigerung nicht aus. Wann die Geschäftsgrundlage nun wesentlich verändert wurde, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab<sup>840</sup>. Das mag einmal eine Erhöhung der Leistungskosten sein, etwa durch einen dramatischen Preisanstieg bei den benötigten Rohstoffen oder neuen gesetzlichen Sicherheitsvorschriften<sup>841</sup>, oder eine Verringerung des Wertes der Gegenleistung, die sowohl eine Geldleistung als auch eine Sachleistung zum Gegenstand haben kann<sup>842</sup>. Dabei kann es sein, dass das Geld durch eine Inflation an Wert verliert oder die gekaufte Ware für den Weiterverkauf in ein anderes Land durch ein Embargo nicht mehr geeignet ist. Daneben ist aber darauf zu achten, dass hierbei ein objektiver Maßstab zu benutzen ist<sup>843</sup>. Es ist nicht ausreichend, dass eine Partei ihre Meinung geändert hat.

Allerdings ist das allein nicht ausreichend. Es müssen noch weitere Faktoren dazu kommen. Als erstes müssen die hierfür kausalen Ereignisse erst nach Vertragsabschluss bekannt gewor-

---

<sup>835</sup> PICC Art. 6.2.1 Commentary 1.

<sup>836</sup> PICC Art. 6.2.1 Commentary 2; Bonell S. 117 Fn. 74; Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 22.

<sup>837</sup> PICC Art. 6.2.1 Commentary 2.

<sup>838</sup> PICC Art. 6.2.1 Commentary 2.

<sup>839</sup> Maskow AmJCompLaw 40 [1992], 657, 662; Schlechtriem EJLR 1999, 305, 314.

<sup>840</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 1.

<sup>841</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 2 a).

<sup>842</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 2 b).

<sup>843</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 2 b).

den sein<sup>844</sup>. Ansonsten hätte die benachteiligte Partei für ihre Preisberechnungen diese in Betracht ziehen können, so dass sie sich nicht mehr auf die Störung der Geschäftsgrundlage stützen kann. Das gleiche gilt, wenn sie sie vernünftigerweise hätte voraussehen müssen<sup>845</sup>. Auch dann hätte die benachteiligte Partei die Möglichkeit gehabt, dies in ihre Preisgestaltung mit einzubeziehen, so dass es nun treuwidrig erscheint, *venire contra factum proprium*, sich auf die Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen. Da im Endeffekt fast alles vorhersehbar ist, liegt es an der Wahrscheinlichkeit des Eintritts<sup>846</sup>. Nur dann, wenn der Eintritt des ändernden Umstandes so unwahrscheinlich ist, dass mit dem Eintritt nicht gerechnet werden durfte, war dieser Eintritt nicht mehr vernünftigerweise voraussehbar. Hingegen kann auch im Fall einer allmählichen Änderung der Umstände eine Störung der Geschäftsgrundlage gegeben sein<sup>847</sup>. Sollte dies aber schon vor dem Vertragsschluss bekannt gewesen sein, so kann allenfalls ein dramatischer Anstieg zu einer Störung der Geschäftsgrundlage führen. Somit führt eine Inflation erst dann zur Störung der Geschäftsgrundlage, wenn sie durch weitere Ereignisse zur Hyperinflation wird<sup>848</sup>. Ansonsten ist eine Inflation grundsätzlich nicht beachtlich, da sie immer zumindest voraussehbar ist. Auch müssen die zur Störung führenden Ereignisse außerhalb der Kontrolle der benachteiligten Partei liegen<sup>849</sup> und auch nicht deren Risikobereich tangieren. Wenn der Eintritt dieser Umstände in den Risikobereich der benachteiligten Partei fällt, kann diese deren Nachteile nicht vertragswidrig abweisen<sup>850</sup>. Dabei umfasst dieser Risikobereich nicht nur das vertraglich anerkannte Risiko, sondern auch das Risiko, das kraft Natur der Sache zumindest konkludent mit übernommen wurde<sup>851</sup>. Es ist ausreichend, dass sich die Risikoübernahme aus der Natur des Vertrages ergibt. Diejenige Partei, die ein Spekulationsgeschäft tätigt, muss auch die Konsequenzen tragen, und zwar auch dann, wenn sie diese bei Vertragsschluss nicht völlig überblickte<sup>852</sup>. Auch muss die benachteiligte Partei für ihre Liquidität geradestehen<sup>853</sup>.

Störung der Geschäftsgrundlage kann nur eintreten, wenn die Vertragsverpflichtung der benachteiligten Partei noch nicht geleistet wurde<sup>854</sup>. Nach der Leistung hat sie alle Veränderungen selber zu tragen. Bei einer bereits geleisteten Teilleistung ist eine Störung dann auch nur bezüglich des noch nicht geleisteten Teils gegeben<sup>855</sup>. Das bedeutet auch, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage fast nur bei langfristigen Verträgen eingreift, obwohl es auch theoretisch bei anderen Verträgen vorkommen kann<sup>856</sup>.

Da diese Definition mit der der *force majeure* nach Art. 7.1.7 ähnlich ist und somit Schnittmengen existieren, hat die benachteiligte Partei in solchen Fällen die Wahlmöglichkeit<sup>857</sup>. Entweder sie lässt ihre eigene Nichtleistung entschuldigen oder sie versucht, eine Störung der Geschäftsgrundlage geltend zu machen. Dann muss sie aber auch versuchen, den Vertrag durch Neuverhandlungen am Leben zu erhalten.

Art. 6.2.2 PICC ist abdingbar. Den Parteien verbleibt es immer noch, ihn für ihre eigenen Zwecke zu modifizieren<sup>858</sup>.

<sup>844</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 a).

<sup>845</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 b).

<sup>846</sup> Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 16.

<sup>847</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 b).

<sup>848</sup> Vgl. PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 b) Illustration 3.

<sup>849</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 c).

<sup>850</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 c).

<sup>851</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 c).

<sup>852</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 3 c).

<sup>853</sup> Perillo Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5, 16.

<sup>854</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 4.

<sup>855</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 4.

<sup>856</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 5.

<sup>857</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 6.

<sup>858</sup> PICC Art. 6.2.2 Commentary 7; Maskow AmJCompLaw 40 [1992], 657, 661.



### 3. Rechtsfolgen

Nach Art. 6.2.3 I PICC hat die benachteiligte Partei das Recht, um Neuverhandlungen zu verlangen. Das Verlangen soll unverzüglich erfolgen und die Gründe für die Störung angeben. Nach Abs. 2 ist es der benachteiligten Partei alleine wegen des Verlangens der Nachverhandlungen nicht gestattet, die eigene Leistung auszusetzen. Kommt es während der Nachverhandlungen in angemessener Zeit zu keinem Übereinkommen, so können beide Seiten nach Abs. 3 das Gericht anrufen. Dann kann das Gericht nach Abs. 4 lit. a), sofern es eine Störung der Geschäftsgrundlage anerkennt, den Vertrag zu einem Zeitpunkt zu Bedingungen, die festzulegen sind, aufheben oder gem. lit. b) den Vertrag mit dem Ziel der Wiederherstellung des Gleichgewichts anpassen, je nachdem, was vernünftiger ist.

Abs. 1 gibt der Partei das Recht zur Nachverhandlung, wenn eine Störung der Geschäftsgrundlage eingetreten ist. Das gilt nicht für die Fälle, in denen es schon bestimmte Vertragsanpassungsklauseln gibt, es sei denn, diese erfassen gerade nicht die Störung<sup>859</sup>. Ebenso hat die Benachrichtigung mit dem Ansinnen von Neuverhandlungen der anderen Partei so schnell wie möglich zuzukommen<sup>860</sup>. Die dafür angemessene Zeitspanne hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Allerdings ist ein Versäumen dieser Frist nicht in der Weise schädlich, als dass der Schuldner sein Recht verliert, sondern es bestimmt den Eintritt der Störungen als vertragswesentlich und deren Konsequenzen für den Vertrag<sup>861</sup>. Hat der Schuldner somit dem Gläubiger zu spät von seinen Problemen berichtet und um Nachverhandlungen gebeten, so ist erst ab diesem späteren Zeitpunkt mit dem Eintritt der Störung zu rechnen, obwohl das schon vorher der Fall gewesen sein kann. Da der Schuldner es aber versäumt hat, rechtzeitig um Nachverhandlungen zu bitten, kann er sich nicht mehr auf den früheren Zeitpunkt stützen, sondern muss sich seine verspätete Mitteilung entgegenhalten. Denn dann macht es den Anschein, dass es doch noch nicht so schlimm gewesen war, als dass eine Nachverhandlung hätte stattfinden müssen. Damit der Gläubiger auch genau abwägen kann, ob das Verlangen von Neuverhandlungen gerechtfertigt ist, muss mit dem Verlangen des Schuldners auch dessen Gründe mitgeteilt werden. Macht der Schuldner das nicht, so wird das Verlangen so lange als nicht rechtzeitig angesehen, wie er die Gründe nicht mitteilt, es sei denn, dass die Gründe so offensichtlich sind, dass sie nicht mehr mitgeteilt werden müssen<sup>862</sup>. Dabei ist zu beachten, dass die Nachverhandlungen auch und gerade dem Gebot von Treu und Glauben nach Art. 1.7 PICC und der Pflicht auf Mitwirkung nach Art. 5.1.3 PICC unterliegen<sup>863</sup>. Der Schuldner muss also ehrlicher Weise an das Vorliegen glauben und darf so etwas nicht als taktisches Spielchen missbrauchen<sup>864</sup>. Beide Parteien haben ebenso die Pflicht, die Verhandlungen konstruktiv zu führen<sup>865</sup>. Das heißt, dass alle notwendigen Informationen der anderen Partei zu geben sind und alles zu unterlassen ist, was die ehrliche Vertragsverhandlung torpedieren könnte.

Abs. 2 lässt die Leistungspflicht des Schuldners nicht entfallen. Das wird dadurch begründet, dass Störung der Geschäftsgrundlage ein außergewöhnlicher Rechtsbehelf ist und er nicht missbraucht werden sollte<sup>866</sup>. Nur unter außergewöhnlichen Umständen ist die Zurückbehaltung möglich.

Ist es nicht möglich, binnen angemessener Frist zu einem neuen Vertrag zu kommen, so gibt Abs. 3 beiden Parteien die Möglichkeit, das Gericht anzurufen. Die Frist bestimmt sich dabei

---

<sup>859</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 1.

<sup>860</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 2.

<sup>861</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 2.

<sup>862</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 3.

<sup>863</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 5.

<sup>864</sup> Bonell S. 119, 120.

<sup>865</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 5.

<sup>866</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 4.

nach den Umständen des Einzelfalls<sup>867</sup>. Lässt sich der Gläubiger nicht auf Nachverhandlungen ein oder werden diese nicht gemäß Treu und Glauben geführt, so kann das Gericht schon vorher angerufen werden.

Das Gericht hat dann die Möglichkeit den Vertrag entweder aufzuheben oder anzupassen. Bei der Vertragsaufhebung hat das Gericht die Umstände und den Zeitpunkt selber festzulegen. Damit kann das Ergebnis der Aufhebung nach Art. 6.2.3 IV lit. a) PICC von denen der generellen Aufhebung nach Artt. 7.3.1 ff. PICC abweichen<sup>868</sup>. Allerdings darf das wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nur die *ultima ratio* sein. Wenn irgend möglich ist der Vertrag vorher anzupassen nach lit. b) und das Vertragsgleichgewicht wieder herzustellen, da nur dann aufgehoben werden kann, wenn es *vernünftig* ist<sup>869</sup>. Und das ist nur dann der Fall, wenn eine Anpassung nicht mehr möglich ist. Dabei hat das Gericht die Verluste beiden Parteien fair aufzubürden<sup>870</sup>. Das schließt, je nach den Umständen des Einzelfalls eine Preisanpassung mit ein. Die mag aber nicht vollständig sein, da nicht einer Partei allein die Verluste aufzubürden sind<sup>871</sup>. Ebenso ist zu berücksichtigen, inwieweit eine Partei das Risiko des Eintritts der Umstände übernommen hat, so dass die andere Partei in diesem Umfang berechtigt ist, die Vorteile zu behalten<sup>872</sup>. Das gilt natürlich nur dann, wenn ein Risiko nur zum Teil von einer Partei übernommen wurde. Für diesen Teil gilt die Anpassung nicht. Auch für die Vertragsanpassung gilt, dass diese vernünftig sein muss. Das mag zur Folge haben, dass die einzig vernünftige Lösung weitergehende Verhandlungen der beiden Parteien darstellen oder dass der Vertrag als solcher bestätigt wird.

### III. Störung der Geschäftsgrundlage in den AP und dem DCFR

Die AP kennen direkt keine Störung der Geschäftsgrundlage, da diese bisher nicht im *acquis* zu entdecken ist<sup>873</sup>. In diesem Regelwerk kann die Störung der Geschäftsgrundlage nur unter Zuhilfenahme des Grundsatzes von Treu und Glauben aus Artt. 7.101 und 7.102 AP eingeführt werden. Damit wird auch hier ein Weg beschritten, wie das deutsche Recht ihn vor der Schuldrechtsmodernisierung vorsah. Ebenso kann man Art. III.- 1:110 DCFR als *grey-letter-rule* ansehen und so die Störung der Geschäftsgrundlage einfügen.

Dieser Art. III.- 1:110 DCFR ist die Entsprechung von Art. 6:111 PECL. Dabei gibt es nur kleine Änderungen. Abs. 1 stellt immer noch fest, dass die Leistung grundsätzlich zu geschehen hat, selbst wenn sich die Kosten erhöht oder der Wert der Gegenleistung sich vermindert hat. Wenn aber die Verpflichtung aus dem Vertrag oder, was neu ist, einer einseitigen juristischen Verpflichtung so belastend geworden ist, dass ein Festhalten daran ungerecht wäre, den Schuldner an die Leistung zu binden, darf das Gericht nach Abs. 2 lit a) den Vertrag vernünftig und gerecht abändern oder ihn gem. lit. b) nach vom Gericht festzulegenden Umständen und Zeitpunkt aufheben. Das Gericht darf das aber nur dann machen, wenn nach Abs. 3 lit. a) die veränderten Umstände nach Eingehen der Verpflichtung eintraten, sie nach lit. b) der Schuldner zumindest nicht den Eintritt dieser Ereignisse vernünftigerweise in Betracht ziehen hätte können, sie nach lit. c) in die Risikosphäre des Schuldners fallen und schließlich nach lit. d) versucht hat, vernünftige, Treu und Glauben beachtende Nachverhandlungen zu initiieren, die eine gerechte Vertragsanpassung zum Inhalt hatten. Jedoch ist dies nunmehr nur noch eine

---

<sup>867</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 6.

<sup>868</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 7.

<sup>869</sup> Maskow AmJCompLaw 40 [1992], 657, 663; a.A. Schlechtriem ZEuP 1993, 217, 245, der den Gerichten zu weiten Spielraum beimisst.

<sup>870</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 7.

<sup>871</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 7.

<sup>872</sup> PICC Art. 6.2.3 Commentary 7.

<sup>873</sup> Magnus ZEuP 2007, 260, 278.

Voraussetzung und keine Schadensminderungspflicht (und keine Obliegenheit) mehr<sup>874</sup>. Der Grund hierfür ist die Kritik an der Vorgängerregelung der PECL, dass diese Pflicht u.U. nicht eingehalten werden kann bzw. es unökonomisch wäre. Der Gläubiger wird so u.U. zu Unrecht zu Verhandlungen gezwungen und ihm ein Vorteil ohne Not aus der Hand geschlagen. Somit wurde versucht, dieser Kritik zu begegnen. Jedoch bleibt auch hier das Recht der Vertragsparteien unberührt, jederzeit um Nachverhandlungen zu bitten<sup>875</sup>.

Damit entspricht Art. III.- 1:110 DCFR Art. 6:111 PECL. Es sind fast nur redaktionelle Änderungen, nicht aber sachliche. Die einzigen sachlichen Änderungen sind einerseits die Eingliederung von einseitigen juristischen Verpflichtungen. Das hat jedoch für das Kaufrecht keine direkten Änderungen zur Folge. Und eben andererseits die Herabstufung des Versuchs von Verhandlungen als Schadensminderungsobligation und nicht als Voraussetzung.

## **§ 22 Vergleich der Störung der Geschäftsgrundlage**

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist in allen Rechtsordnungen gleich geregelt. Dahin kommt man aber nur dann, wenn man in der CISG für die Vertragsanpassung Treu und Glauben des Art. 9 II CISG und Art. 6:111 PECL und Art. 6.2.3 PICC hinzuzieht. Dies ist allerdings bereits ausführlich oben<sup>876</sup> dargestellt worden, so dass insoweit nur dorthin verwiesen wird.

---

<sup>874</sup> DCFR Art. III.- 3:1.110 Comment C.

<sup>875</sup> DCFR Art. III.- 3:1.110 Comment C.

<sup>876</sup> Vgl. § 20 II 2.

## Kapitel 6: Mängelhaftung und Schlechtleistung

### § 23 Schlechtleistung und Mängelgewährleistung

#### I. Einleitung

Die Schlechtleistung ist das wenigstens teilweise Erbringen der Leistung in nicht vereinbarter Qualität<sup>877</sup>, gleichgültig wie geringfügig der Mangel auch ist<sup>878</sup>. Dies kann auf der Verletzung sowohl von einer Haupt- als auch Nebenleistungspflicht bestehen<sup>879</sup>. Damit grenzt sie sich ebenso zur Unmöglichkeit ab, wo die Leistung überhaupt nicht erbracht werden kann bzw. unzumutbar zu erbringen ist, wie auch zum Verzug, wo die Leistung verspätet erfolgt. Im Kaufrecht liegt eine Schlechtleistung insbesondere vor, wenn eine mangelhafte Kaufsache geliefert wurde. Wann ein Mangel vorliegt, bestimmen § 434, 435 BGB. Der Verkäufer hat die Pflicht, die Sache dem Käufer sach- und rechtsmangelfrei zu übereignen. Will der Verkäufer mit einer mangelhaften Sache leisten, so erfüllt er nicht gem. § 362 I BGB. Deswegen kann der Käufer verweigern, die Sache anzunehmen, wenn diese mangelhaft ist, ohne in Annahmeverzug zu kommen<sup>880</sup>.

Ab Übergabe und Übereignung der Kaufsache greifen die Kaufgewährleistungsrechte der §§ 437 ff. BGB ein<sup>881</sup>. Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB ist der Sachkauf. Über § 453 I BGB finden sie entsprechende Anwendung auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen. Ebenso gelten sie gem. § 480 BGB für Tauschverträge und § 651 S. 1 BGB für Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen. Dabei ist für eine Anwendung der §§ 437 ff. BGB eine Übergabe und Übereignung nötig. Erst dann können die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte gefordert werden. Zuvor bleibt es bei den Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Allerdings können Sachmängel die Gewährleistungsrechte auch vor Gefahrübergang auslösen, wenn eine Nacherfüllung unmöglich ist oder der Verkäufer sich ernsthaft und endgültig weigert, den Fehler zu beheben<sup>882</sup>. Der Grund hierfür ist, dass die Rechtsbehelfe der Sachmängelgewährleistung nicht noch länger hinausgeschoben werden sollen und der Käufer die Möglichkeit bekommt zu handeln<sup>883</sup>.

#### II. Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit

##### 1. Sachmangel, § 434 BGB

###### a) Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I BGB

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 I 1 BGB liegt vor, wenn bei Gefahrübergang die Sache nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Der Begriff „Beschaffenheit“ ist ausdrücklich vom Gesetzgeber nicht definiert worden<sup>884</sup>. Der Grund hierfür ist, dass nicht entschieden werden

---

<sup>877</sup> v. Wilmsky *JuS* 2002 *Beil. zu Heft 1* S. 3, 9.

<sup>878</sup> *MK-Westermann* § 434 Rn. 7.

<sup>879</sup> *Brox AS* § 24 Rn. 2.

<sup>880</sup> *Palandt-Putzo* § 434 Rn. 8a; *Oechsler NJW* 2004, 1825, 1827, 1828.

<sup>881</sup> *Brox BS* § 4 Rn. 2.

<sup>882</sup> *Erman-Grunewald* § 434 Rn. 67.

<sup>883</sup> *RG SeuffA* 67 Nr. 198 S. 358; *BGHZ* 34, 32, 34, 35.

<sup>884</sup> *BT-Drs.* 14/6040 S. 213. *Sp. zu* § 434.

soll, ob nur Eigenschaften, die unmittelbar physisch sind, Sachmängel darstellen, oder auch Umstände, welche außerhalb der Sache selbst liegen. Damit wurde die strenge Ansicht der Rechtsprechung zum Eigenschaftsbegriff des § 459 BGB a.F. aufgegeben<sup>885</sup>, die nur den Mangel dann als gegeben ansah, wenn er in der physischen Beschaffenheit der Kaufsache vorhanden war<sup>886</sup>. Dies hatte die Literatur schon länger gefordert<sup>887</sup>. Selbst die Rechtsprechung hat diese strikte Auslegung durch eine vermehrte Anwendung einer *culpa in contrahendo* bzw. Zusage oder Garantie abzumildern versucht<sup>888</sup>. Die neue Gesetzeslage hingegen hat diese Unterscheidung aufgegeben. Beschaffenheit i.S.d. § 434 I BGB ist so zu verstehen, dass die Vereinbarung sich auf die Erwartungen der Parteien beziehen muss, die mit der physischen Beschaffenheit der Sache und den Umweltbeziehungen der Kaufsache verknüpft sind<sup>889</sup>. Sie muss gegenwärtig vorhanden sein, denn zukünftige Erwartungen können nur nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelt werden<sup>890</sup>.

Die Konstruktion des Gesetzes verlangt, dass bewiesen wird, dass die Kaufsache vertragsgemäß ist. Inwieweit das tatsächlich ein Verstoß gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>891</sup> ist, die vermutet, dass die Sache nicht vertragsgemäß ist, mag in dieser Dissertation dahingestellt bleiben<sup>892</sup>. Anzumerken ist lediglich, dass die Vermutung, dass etwas nicht vertragsgemäß ist, der gleiche Ansatzpunkt ist, als wenn verlangt wird, zu beweisen, dass die Sache vertragsgemäß ist. Vom Ergebnis her gesehen ist ein Unterschied nicht ersichtlich.

Vereinbart heißt hier nicht, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung *expressis verbis* gemacht werden müsste, sondern nur, dass in erster Linie der Vertrag zu bewerten ist<sup>893</sup>. Sie kann auch konkludent erfolgen<sup>894</sup>. Das kann der Fall sein, in dem der Verkäufer einen Prospekt oder gar ein Musterexemplar als Probe oder als Anschauungsmaterial benutzt<sup>895</sup>. Des Weiteren gibt es Mängel, die sich aus der Beziehung der Kaufsache zur Umwelt ergeben, wie z.B. der freie Ausblick<sup>896</sup>. Ebenso sind baurechtliche Beschränkungen zur Zeit des Gefahrübergangs Mängel<sup>897</sup>.

Gleichfalls muss die Sache nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet sein. Diese Verwendung ist weit auszulegen, so dass nicht nur die Art des Gebrauchs, sondern auch die Umweltbeziehungen zu berücksichtigen sind<sup>898</sup>. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden, so bestimmt sich der Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB nach der gewöhnlichen Verwendung bzw. der für diese Sache üblichen Beschaffenheit. Diese Regelung ist als weiter Auffangtatbestand zu sehen<sup>899</sup>. Hierzu gehört auch die ordnungsgemäße Verpackung, sofern diese über den Transport hinaus von Bedeutung ist<sup>900</sup>. Ansonsten stellt die ordnungsgemäße Verpackung nur eine Nebenpflicht dar. Genauso verhält es sich mit dem Absenden von Gütern mit nicht unerheblichem Wert als Wertpaket oder mit einer Versicherung, wenn wenigstens Anhaltspunkte für eine erhöhte Verlustgefahr gegeben sind<sup>901</sup>.

---

<sup>885</sup> *Staudinger- Matusche- Beckmann* § 434 Rn. 44.

<sup>886</sup> *RGZ* 67, 86, 87; 117, 315, 316, 317; *BGH NJW* 1992, 2564, 2565.

<sup>887</sup> *Vgl. MK<sup>3</sup>- Westermann* § 459 Rn. 17 m.w.N.

<sup>888</sup> *Vgl. BGH NJW* 1992, 2564, 2564; *MK<sup>3</sup>- Westermann* § 459 Rn. 17.

<sup>889</sup> *MK- Westermann* § 434 Rn. 9.

<sup>890</sup> *MK- Westermann* § 434 Rn. 9.

<sup>891</sup> *ABl. EG* 1999 L 171 S. 12 ff.

<sup>892</sup> *Vgl. MK- Westermann* § 434 Rn. 6 m.w.N.; *Staudinger- Matusche- Beckmann* § 434 Rn. 37 ff.

<sup>893</sup> *Brox BS* § 4 Rn. 9.

<sup>894</sup> *MK- Westermann* § 434 Rn. 12.

<sup>895</sup> *Brox BS* § 4 Rn. 9.

<sup>896</sup> *RGZ* 161, 330, 334, 335 = *RG HRR* 1940, Nr. 220.

<sup>897</sup> *RGZ* 52, 429, 431, 432; 161, 193, 195; *BGH NJW* 2001, 66, 66, 67; *Erman- Grunewald* § 434 Rn. 7.

<sup>898</sup> *MK- Westermann* § 434 Rn. 15.

<sup>899</sup> *MK- Westermann* § 434 Rn. 18.

<sup>900</sup> *RGZ* 59, 120, 122, 123; *Erman- Grunewald* § 434 Rn. 49.

<sup>901</sup> *OLG Königsberg SeuffA* 76 (1921) Nr. 10 S. 16.

Auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder Herstellers i.S.d. § 4 I, II ProdHaftG und deren Gehilfen, insbesondere durch Werbung, kann gem. § 434 I 3 BGB die Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB definieren. Hersteller i.S.d. § 4 I, II ProdHaftG ist dabei nicht nur der Hersteller, sondern auch der Importeur, Zulieferer von Grundstoffen oder Teilen und derjenige, der sich durch Anbringen seines Namens oder seiner Marke als Hersteller geriert. Durch diese Regelung soll der Verkäufer, auch wenn eine Vereinbarung bezüglich Beschaffenheit oder Verwendung nicht getroffen wurde, haften<sup>902</sup>. Derjenige, der solche Äußerungen hört, soll ihnen vertrauen dürfen<sup>903</sup>. Das führt allerdings zu der Situation, dass der Verkäufer für Äußerungen verantwortlich ist, die er gar nicht gemacht hat und die er schwerlich beeinflussen kann. Das ist aber dadurch gerechtfertigt, da der Verkäufer durch die Werbung des Dritten einen Vorteil bekommt<sup>904</sup>. Also muss er auch die Risiken übernehmen können. Eine Einschränkung dabei ist § 434 I 3 2. Hs. 1. Fall BGB. Damit ist der Verkäufer nicht haftbar, wenn der Verkäufer diese Aussagen nicht kannte und auch nicht kennen musste. Hierbei ist der Verkäufer beweispflichtig<sup>905</sup>. Der 2. Fall lässt ihn ebenso nicht haften, wenn die Aussage auf gleichem Weg berichtet wurde oder sie gem. § 434 I 3 2. Hs. 3. Fall BGB für den Kauf nicht entscheidend war. Angesichts der Schwere der Norm für den Verkäufer, der bei der Weite des zu berücksichtigenden Personenkreises wenige Chancen hat, die Fehlinformationen zu korrigieren, wird vorgeschlagen, diese Norm zurückhaltend anzuwenden<sup>906</sup>. So ist bei den Erwartungen des Käufers kein individueller Maßstab anzulegen, sondern der eines durchschnittlich kundigen<sup>907</sup>. Das ist im Gesetz mit den Wörtern „*erwarten kann*“ ausgedrückt worden<sup>908</sup>. Desgleichen muss, damit die Verkäuferhaftung nicht überspannt wird, die Angabe des Herstellers geeignet sein, so dass der Kunde Rückschlüsse auf die Beschaffenheit des Kaufguts schließen kann<sup>909</sup>. Freilich greift eine Haftung des Verkäufers nicht ein, wenn er sich von den Aussagen des Herstellers distanziert<sup>910</sup>.

Hierbei ist zu erkennen, dass der Theorienstreit um den Fehlerbegriff<sup>911</sup>, inwieweit er objektiv oder subjektiv zu verstehen ist, erledigt ist<sup>912</sup>. Der subjektive Fehlerbegriff ist zuerst zu prüfen. Das heißt, dass zuerst nach der Beschaffenheitsvereinbarung, dann nach der Abrede über den Verwendungszweck und schließlich über die Art des normalen Gebrauchs der Sache zu fragen ist und sich somit ein dreistufiger Prüfungsaufbau ergibt<sup>913</sup>.

#### b) Montagefehler

Montagefehler gem. § 434 II 1 BGB liegen vor, wenn die Montage durch den Verkäufer oder seinen Erfüllungsgehilfen nicht sachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Fehler liegt mit der sog. IKEA- Klausel<sup>914</sup> auch vor, wenn die Montageanleitung fehlerhaft war. Das gilt dann nicht, wenn die Sache fehlerfrei montiert wurde. Die Montage braucht auch nicht versucht worden sein<sup>915</sup>. Auch der Käufer, der resigniert hat, wird geschützt.

---

<sup>902</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 21.

<sup>903</sup> Brox BS § 4 Rn. 18.

<sup>904</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 214 Re. Sp. zu Satz 3.

<sup>905</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 214 re. Sp. zu Satz 3 a.E.

<sup>906</sup> Buck S. 112; MK- Westermann § 434 Rn. 21.

<sup>907</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 23.

<sup>908</sup> Buck S. 113; Pfeifer JR 2001, 265, 268.

<sup>909</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 23.

<sup>910</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 25.

<sup>911</sup> Vgl. MK<sup>3</sup>- Westermann § 459 Rn. 7 ff. m.w.N.

<sup>912</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 5; HK- Saenger § 434 Rn. 7; AnwKo- Büdenbender § 434 Rn. 3; Lorenz/ Riehm Rn. 483.

<sup>913</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 5; DHLR- Büdenbender § 8 Rn. 29.

<sup>914</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 33; Brox BS § 4 Rn. 25.

<sup>915</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 434 Rn. 109.

### c) Falsch- und Zuweniglieferung

Dem Sachmangel gleich steht nach § 434 III BGB die Lieferung eines *aliud* bzw. einer zu geringen Menge. Eine Lieferung einer zu geringen Menge ist aber nur im Fall der versteckten Zuweniglieferung ein Sachmangel, also dort, wo der Schuldner aus Sicht des Gläubigers mit seiner Zuweniglieferung die ganze Schuld tilgen will<sup>916</sup>. Eine offene Zuweniglieferung, wo der Gläubiger das erkennt, steht dem nicht gleich. Er kann sie als Teilleistung annehmen oder ablehnen<sup>917</sup>. Hierfür ist i. Ü. auch das allgemeine Leistungsstörungenrecht anzuwenden.

Da der Gesetzgeber die Abgrenzung zwischen der Lieferung eines *aliud* und der Sachmängelgewährleistung entbehrlich machen wollte, sei ein *aliud* sowohl bei der Gattungs- als auch bei der Stückschuld anwendbar, zumal in den Materialien nirgends zwischen Stück- und Gattungsschuld unterschieden werde<sup>918</sup>. Dies ist vielfältig kritisiert worden. Zum einen, weil nun der Käufer anstatt von der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 3 Jahren nur noch 2 Jahre hat<sup>919</sup>. Zum anderen muss dafür Sorge getragen werden, dass die Einrede der Unzumutbarkeit i.S.d. § 439 III BGB nicht eingreift<sup>920</sup>. Da die *Aliudlieferung* einem Mangel gleichsteht, muss in einem solchen Fall § 439 III BGB teleologisch reduziert werden, damit der Verkäufer sich nicht durch die Unzumutbarkeit der Erfüllungspflicht entziehen kann. Doch der wesentlich gewichtigere Kritikpunkt ist das Fehlen von Rechten des Verkäufers bei Stückschulden.

Sollte der Verkäufer dem Käufer eine weitaus wertvollere Ware liefern als geordert, ist es problematisch, inwieweit der Verkäufer seine wertvollere Ware zurückverlangen kann, wenn der Käufer die Falschlieferung nicht beanstandet. Lehrbuchbeispiel ist der gebrauchte BMW 318i, der dem Käufer anstelle des bestellten gebrauchten VW Golf geliefert wird<sup>921</sup>. Nach der Gesetzeslage ist der BMW nun ein mangelhafter Golf. Doch das ändert nichts an der Tatsache, dass der Käufer nach Belieben seine Rechte ausüben kann. Er muss es aber nicht! Es werden verschiedene Wege vorgeschlagen, wie der Verkäufer die Ware zurückverlangen kann.

#### aa) Teleologische Reduktion des § 437 III BGB

Eine direkte Anwendung des § 437 III BGB ist abzulehnen, da der Gesetzgeber die Stückschulden ausdrücklich mit umfasst sehen wollte<sup>922</sup> und auch im Gesetz kein Hinweis zu finden ist, aus der man so eine Einschränkung finden könnte<sup>923</sup>. Deshalb wird eine teleologische Reduktion vorgeschlagen<sup>924</sup>. Dagegen spricht jedoch, dass hier keine zu weit geratene Regelung vorliegt<sup>925</sup>. Denn es ist dem Gesetzgeber klagewesen, dass die Mangelbeseitigung in aller Regel nur durch die Lieferung der bestellten mangelfreien Sache behoben werden kann<sup>926</sup>. Ebenso wird die Gleichstellung des Verjährungsrechts gerechtfertigt. Obwohl eine offensichtliche Erfüllungsuntauglichkeit zuerst als Ausnahme geregelt war, hat der Gesetzgeber gerade auf die Kritik hin, dies sei nicht richtlinienkonform<sup>927</sup> bzw. würde wie in § 278 HGB a.F. zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen<sup>928</sup>, diese Ausnahme gestrichen. Damit liegt

<sup>916</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 42; Brox BS § 4 Rn. 26.

<sup>917</sup> Brox BS § 4 Rn. 26.

<sup>918</sup> Dauner- Lieb/ Arnold JuS 2002, 1175, 1175, 1176.

<sup>919</sup> Knütel NJW 2001, 2519, 2521.

<sup>920</sup> Vgl. MK- Westermann § 434 Rn. 39.

<sup>921</sup> Musielak Rn. 585.

<sup>922</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 216 li. Sp. zu Abs. 3.

<sup>923</sup> Lorenz/ Riehm Rn. 494; Musielak NJW 2003, 89, 90.

<sup>924</sup> Lettl JuS 2002, 866, 871; vgl. Fritzsche Fall 28 Rn. 41.

<sup>925</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 40; Musielak NJW 2003, 89, 90.

<sup>926</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 216 li. Sp. zu Abs. 3.

<sup>927</sup> Gsell JZ 2001, 65, 66, 67.

<sup>928</sup> Zimmer S. 198.

aber keine versehentlich zu weit gefasste Norm mehr vor, und eine teleologische Reduktion ist ausgeschlossen<sup>929</sup>.

#### bb) Aliud als Nichterfüllung

Diese Meinung sieht in der *Aliudlieferung* eine Nichterfüllung<sup>930</sup>. Offenbar orientiert sie sich an der zu § 378 HGB a.F. herrschenden Ansicht<sup>931</sup>. Die Begründung hierfür war, dass im Falle der *Aliudlieferung* beim Stückkauf der Käufer sofort hätte wandeln oder mindern müssen, ohne die Gelegenheit zur Nachlieferung zu bekommen<sup>932</sup>. Doch ist dieser Grund gerade bei der neuen Gesetzeslage weggefallen. Der Käufer kann jetzt gem. § 439 BGB Nacherfüllung verlangen. Bei einem Identitätsaliud bedeutet das aber, dass ein vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch verschiedener Nacherfüllungsanspruch nicht besteht<sup>933</sup>. Außerdem wäre durch den Wegfall von § 378 HGB a.F. eine Rügeobliegenheit i.S.d. § 377 HGB nicht gegeben, folgte man dieser Meinung und qualifizierte die *Aliudlieferung* nicht als Sachmangel, den § 377 HGB voraussetzt<sup>934</sup>.

Jedoch hilft das alles nicht weiter, wenn der Käufer von dem Recht keinen Gebrauch macht. Eine teleologische Reduktion kommt auch nicht in Betracht. Und das Recht zur zweiten Andienung<sup>935</sup> greift als „verhaltener“ Anspruch nur ein, wenn der Käufer von seinen Rechten Gebrauch macht<sup>936</sup>. Nicht nur der Wortlaut des § 437 spricht gegen eine solche Auslegung, sondern auch die Tatsache, dass ansonsten der Käufer gegen seinen Willen eine zweite Andienung tolerieren muss, auch wenn er eine Fristsetzung nicht machen braucht<sup>937</sup>. Damit wäre der Sinn des Gesetzes unterlaufen, dem Käufer die Möglichkeit zum sofortigen Einsatz der weiteren Gewährleistungsrechte zu geben, sofern die Umstände hierfür gegeben sind. Ebenso wird durch diese Ansicht gerade der Zweck des Gesetzes ignoriert, dass die Unterschiede zwischen Gattungs- und Stückschulden nach Möglichkeit zu nivellieren sind<sup>938</sup>. Dagegen wird hier unnötiger Weise verstoßen, so dass schon deswegen diese Ansicht unzulässig ist<sup>939</sup>.

#### cc) Kondiktionsanspruch gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Diese Ansicht geht davon aus, dass dem Verkäufer ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zusteht<sup>940</sup>. Hiernach sind mangelhafte Lieferungen ungeeignet, die Verkäuferpflichten aus § 433 I 1 und 2 BGB zu erfüllen, so dass ein bereicherungsrechtlicher Anspruch entstände<sup>941</sup>. Dieser sei allerdings wegen einer teleologischen Subsidiarität im Falle eines Minderungs- oder Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer gesperrt. Freilich gelte auch bei einer Stückschuld, dass die Lieferung eines *aliuds* die Pflicht des Verkäufers aus § 433 I 1 nicht erfülle, so dass er das *aliud* kondizieren könnte<sup>942</sup>.

---

<sup>929</sup> Musielak NJW 2003, 89, 90.

<sup>930</sup> Canaris Karlsruher Forum 2002, 1, 66; Lettl JuS 2002, 866, 871.

<sup>931</sup> Vgl. nur BGH NJW 1979, 811, 811, 812; R. Schmidt NJW 1962, 710, 714; Schultz NJW 1980, 2172, 2172 ff.; Marburger JuS 1983 1, 8.

<sup>932</sup> BGH NJW 1979, 811, 811.

<sup>933</sup> Huber/ Faust Kap. 13 Rn. 20.

<sup>934</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 908, 909.

<sup>935</sup> Vgl. LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517, 518; Bitter/ Meidt ZIP 2001, 2114, 2116; Boerner ZIP 2001, 2264, 2269 ff.

<sup>936</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 11; Musielak NJW 2003, 89, 90; Lettl JuS 2002, 866, 867.

<sup>937</sup> Lettl JuS 2002 866, 867.

<sup>938</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 94 li. Sp. zu Kauf- und Werkvertragsrecht.

<sup>939</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 434 Rn. 115; Bamberger/Roth- Faust § 434 Rn. 107; Wiese AcP 206 [2006], 902, 908.

<sup>940</sup> Lettl JuS 2002, 866, 869; Lorenz JuS 2003, 36, 39; Lorenz/ Riehm Rn. 574; Oetker- Maultzsch Rn. 165 ff.

<sup>941</sup> Oetker- Maultzsch Rn. 165 ff.

<sup>942</sup> Oetker- Maultzsch Rn. 165.



Ähnlich sieht es eine weitere Ansicht, die zwar nicht per se in der Lieferung eines *aliuds* oder einer mangelhaften Sache eine Leistungskondition entstanden sieht, aber dem Verkäufer bei einer irrtümlichen Lieferung die Tilgungsbestimmung anfechten lässt<sup>943</sup>. Damit soll die Verbindung der gelieferten Sache mit dem Kaufvertrag gekappt werden, so dass der Kaufvertrag als Rechtsgrund entfällt.

Beide Ansichten sind sehr nah verwandt. Zwar will die zweite Ansicht mit der Anwendung von §§ 119, 121 BGB zuerst weitere Hürden aufbauen, doch sind im Endeffekt auch bei der ersten Ansicht wegen § 814 BGB nur Irrtumsfälle heranzuziehen<sup>944</sup>. Ebenso sind bei Rechtsbehelfen des Käufers nach beiden Ansichten die Konditionen des Verkäufers gesperrt. In jedem Fall aber ist der Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 dann gesperrt, wenn der Käufer Neulieferung i.S.d. § 439 I BGB begehrt<sup>945</sup>.

Der erste Fehler der ersten Ansicht ist es, anzunehmen, es bestünde keine Verbindung zwischen Kaufvertrag und *Aliudlieferung*<sup>946</sup>. Da aber das Gesetz die Falschlieferung den Sachmängeln zuordnet, muss es somit auch eine innere Verbindung mit dem Kaufvertrag geben, so dass diese Ansicht die Struktur des Gesetzes verkennt<sup>947</sup>.

Des Weiteren ist es falsch anzunehmen, dass die Falschlieferung den Tilgungszweck verfehle<sup>948</sup>. Damit wird im Ergebnis Nicht- und Schlechterfüllung gleichgesetzt<sup>949</sup>. Doch ist die mangelhafte Lieferung nur als Teilnichtleistung zu qualifizieren<sup>950</sup>. Der Verkäufer ist gem. § 266 BGB zwar in keiner Weise dazu berechtigt, eine qualitative Teilleistung oder Falschleistung zu erbringen<sup>951</sup>, doch muss der Gläubiger die Schuld nicht ablehnen, sondern kann sie auch annehmen<sup>952</sup>. Dann ist aber auch die Schuld teilweise getilgt<sup>953</sup>. Folglich liegt dann ein Tilgungszweck vor<sup>954</sup>. Das bedeutet aber auch, dass ein Rechtsgrund per se nicht negiert werden kann<sup>955</sup>.

Dieses Problem vermeidet, zumindest auf den ersten Blick, die „Anfechtungslösung“<sup>956</sup>. Bei ihr ist mit dem Kaufvertrag ein bereicherungsrechtlicher Rechtsgrund gegeben, und auch das *aliud* ist bei ihr einem Kaufvertrag zugeordnet. Allerdings verlangt sie eine Tilgungsbestimmung zwischen Kaufvertrag und *Aliudlieferung*<sup>957</sup>. Der Verkäufer muss seine ihm obliegende Leistung willentlich erfüllen müssen. Dann kann im Fall des Irrtums durch Anfechtung diese Verbindung wieder gelöst werden<sup>958</sup>.

Das hat zur Folge, dass man sich der Theorie der finalen Leistungsbewirkung anschließt, die neben der tatsächlichen Leistungserbringung einen Willen zur Leistung fordert<sup>959</sup>. Doch ist dies dann falsch, wenn der Schuldner die Leistung ohne diesen Willen erbringt<sup>960</sup>. Der Uhrmacher, der eine fremde Uhr versehentlich als eigene hält und repariert, muss auch später,

---

<sup>943</sup> *AnwKo- Büdenbender* § 434 Rn. 71.; *MK- Westermann* § 434 Rn. 39; *DHLR- Büdenbender* § 8 Rn. 38; *Thier AcP* 203 [2003], 399, 421 ff.; *Tiedtke/ Schmitt JZ* 2004, 1092, 1095 ff.

<sup>944</sup> *Oetker- Maultzsch Rn.* 165; *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 914.

<sup>945</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 914.

<sup>946</sup> *Lorenz JuS* 2003, 36, 39.

<sup>947</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 916.

<sup>948</sup> *Oetker- Maultzsch Rn.* 141.

<sup>949</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 917.

<sup>950</sup> *Lorenz/ Riehm Rn.* 465.

<sup>951</sup> *MK- Krüger* § 266 Rn. 18; *Esser/ Schmidt I 1* § 15 III S. 257, 258.

<sup>952</sup> *MK- Krüger* § 266 Rn. 1.

<sup>953</sup> *RGZ* 79, 359, 361; *Staudinger- Bittner* § 266 Rn. 35.

<sup>954</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 917.

<sup>955</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 918.

<sup>956</sup> *Wiese AcP* 206 [2006], 902, 918.

<sup>957</sup> *AnwKo- Büdenbender* § 434 Rn. 71.; *MK- Westermann* § 434 Rn. 39; *Tiedtke/ Schmitt JZ* 2004, 1092, 1095.

<sup>958</sup> *Huber/ Faust Kap.* 13 Rn. 157.

<sup>959</sup> *Beuthin JZ* 1968, 323, 324 ff.; *Muscheler/ Bloch JuS* 2000, 729, 732 ff.

<sup>960</sup> *MK- Wenzel* § 362 Rn. 13.

wenn der Irrtum aufgeklärt ist, seinen Werklohn fordern können<sup>961</sup>. Das könnte er nicht, wenn man der finalen Leistungstheorie folgt, da er keine Leistungshandlung durchgeführt hätte. Außerdem entstehen Komplikationen, wenn der Verkäufer durch einen Irrtum an den Falschen leistet<sup>962</sup>. Dann kann der Verkäufer diesen *error in persona* nur dann anfechten, wenn dieser rechtsgeschäftlich zu qualifizieren ist. Dies wird allerdings von der Theorie der finalen Leistungsbewirkung gedeckt<sup>963</sup>.

Diese Kritik wird auch teilweise von den Vertretern dieser Ansicht geteilt<sup>964</sup>. Deswegen wollen sie nur für diesen Fall der *Aliudlieferung* eine Nähe zur Theorie der finalen Leistungserbringung suchen, nicht jedoch in den übrigen Fällen. Es ist aber zu bezweifeln, inwieweit diese Distanzierung überhaupt durchzuhalten ist. Wieso gerade in diesem Fall, nicht aber anderswo? Warum wird bei einem „normalen“ Kaufvertrag auf eine solche Konstruktion bewusst verzichtet? Logisch konsequent müsste diese Erweiterung auch für alle Schlechtleistungen gelten<sup>965</sup>. Es erscheint hier als eine reine Hilfsargumentation, um diese Theorie am Leben zu erhalten. Rechtssicherheit wird hiermit nicht erreicht.

Tilgungsbestimmungen sind zumindest in entsprechender Anwendung des § 119 BGB anfechtbar<sup>966</sup>. Dennoch liegt hier keine vor, die angefochten werden könnte. Auch in den Gesetzesmaterialien<sup>967</sup> bedeutet die Formulierung, dass der Verkäufer seine Leistung „als Erfüllung seiner Pflicht erbringt“ und dass „dieser Zusammenhang“ für den Käufer ersichtlich ist, nicht, dass dies als Ausnahme von der realen Leistungsbewirkung zu sehen ist<sup>968</sup>. Doch ist diese Passage im Zusammenhang mit dem Käuferverhalten zu lesen. Er muss das *aliud* als Erfüllung entgegennehmen<sup>969</sup>. Weist der Käufer diese Lieferung zurück, liegt keine Erfüllung vor und auch keine *Aliudlieferung*. Somit muss der Käufer zu erkennen geben, dass er mit der *Aliudlieferung* eine Verbindung mit der Leistungspflicht des Gläubigers sieht<sup>970</sup>. Folglich ist dann die Prämisse, die *Aliudlieferung* sei eine Ausnahme von der Theorie der realen Leistungsbewirkung, nicht durch die Gesetzesmaterialien gedeckt. Damit ist die Theorie der finalen Leistungsbewirkung gänzlich abzulehnen. Das führt aber auch dazu, dass ein Kondiktionssanspruch nicht entsteht<sup>971</sup>, da eine Anfechtung der Tilgungsbestimmung nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung nicht die Erfüllung als solche nichtig werden lässt<sup>972</sup>. Ergo kann auch der Rechtsgrund nicht entfallen.

Schlussendlich bleibt festzustellen, dass diesen Ansichten nicht gefolgt werden kann. Ein Kondiktionssanspruch entsteht nicht.

#### dd) Einheitliches Grundmodell

Das sog. einheitliche Grundmodell<sup>973</sup> will eine Lösung ganz innerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte finden. Hiernach soll dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch gem. §§ 439 I, IV, 346 I BGB, sofern er eine mangelfreie Sache nachliefert, welches einzige Voraussetzung sein soll<sup>974</sup>. Das Recht soll auch im Zweifel gegen den Willen des Käufers durchgesetzt werden können.

---

<sup>961</sup> MK- Wenzel § 362 Rn. 13.

<sup>962</sup> Musielak NJW 2003, 89, 91.

<sup>963</sup> Musielak NJW 2003, 89, 91.

<sup>964</sup> Tiedtke/ Schmitt JZ 2004, 1092, 1096.

<sup>965</sup> Wiese AcP 206 [2006], 912, 919.

<sup>966</sup> BGHZ 106, 163, 166; MK- Wenzel § 362 Rn. 14; Erman- Westermann § 362 Rn. 3.

<sup>967</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 216 re. Sp. zu Abs. 3.

<sup>968</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 920.

<sup>969</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 437 Rn. 6.

<sup>970</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 920.

<sup>971</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 921.

<sup>972</sup> Larenz § 18 I 5 S. 238 ff.; Ehrlicke JZ 1999, 1075, 1076.

<sup>973</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 936.

<sup>974</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 936.

Für den Fall, dass der Käufer Nachlieferung verlangt, ist die Gesetzeslage klar. Der Verkäufer kann dann ohne Probleme den Anspruch gem. §§ 439 I, IV 346 I BGB geltend machen. Für den Fall, dass der Käufer sein Recht nicht ausübt und auch seine Gewährleistungsrechte, insbesondere bei Unzumutbarkeit der Nachlieferung gem. § 440 S. 1 BGB<sup>975</sup>, nicht tangiert sind, soll der Verkäufer nachliefern dürfen oder bei Nichtannahme hinterlegen<sup>976</sup>. Das wird damit begründet, dass der Verkäufer bei der Lieferung eines *melius* seine Pflichten übererfüllt. Niemand kann in einem solchen Fall Ansprüche stellen, weder Käufer noch Verkäufer, da der Vertrag erfüllt wurde. Das ändert sich sofort, wenn der Verkäufer die Übereignung anfechtet<sup>977</sup>. Das ist unproblematisch zumindest gem. § 119 I BGB zulässig<sup>978</sup>. Ob das auch im Rahmen des § 119 II BGB möglich ist<sup>979</sup>, sei dahingestellt. Eine Problematisierung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Eine Anfechtung ist auch deswegen nicht ausgeschlossen, da hier der Käufer nicht die Gewährleistungsrechte des Käufers beschneidet.

Hat der Verkäufer aber aufgrund eines *error in obiecto* angefochten, so wird wegen des Abstraktionsprinzips allein die Übereignung hinfällig, da der Irrtum erst nach Vertragsschluss auftrat<sup>980</sup>. Der Verkäufer wird wieder Eigentümer des *melius*. Die Gefahr, dass der Verkäufer jetzt kondizieren könnte, ohne dass der Käufer eine Möglichkeit hätte, das *aliud* als Druckmittel zur Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers behalten zu können, wird dadurch beseitigt, dass man die nun vorliegende fehlende Eigentumsverschaffung zutreffenderweise als Rechtsmangel ansieht<sup>981</sup>. Dann hat der Verkäufer immer noch eine rechtsmangelbehaftete Teilleistung erbracht, wenn der Käufer die Sache als Erfüllung angenommen hat<sup>982</sup>. Dieser Rechtsgrund sperrt bis zur gänzlichen Erfüllung durch den Verkäufer jede Vindikation oder Kondiktion<sup>983</sup>.

Dann kann der Verkäufer aber auch gegen den Willen des Käufers diesen in Annahmeverzug setzen, wenn er ihm die geschuldete Kaufsache anbietet und der Käufer keine Nacherfüllung, also Neuübereignung des *melius*, verlangen kann<sup>984</sup>. Hinterlegt der Verkäufer gem. §§ 378, 383 BGB dann, hat er seine Nacherfüllungspflichten erfüllt und kann gem. §§ 439 IV, 346 I BGB Rückgewähr des gelieferten *melius* verlangen<sup>985</sup>. Ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht ist nicht notwendig und sogar mit der Anwendung des Rückgewährschuldverhältnisses ausgeschlossen.

Liefert der Schuldner gar bewusst ein *aliud*, ist er auch nach dieser Ansicht nicht schutzwürdig. Bei einem Verbraucher als Käufer dürfte schon mit § 241a BGB der Verkäufer keine Ansprüche mehr stellen können. Jedenfalls liegt nun ein gem. §§ 440 S. 1, 281 II, 323 II Nr. 3 besonderer Umstand vor, der den Nacherfüllungsanspruch des Käufers entfallen lässt<sup>986</sup>. Damit ist der Verkäufer nicht mehr berechtigt, gegen den Willen des Verkäufers nachzuerfüllen. Dieser Ansicht ist auch zu folgen. Nicht nur, dass die überzeugendere Konstruktion, die im Rahmen des vom Gesetzgebers gedachten Kaufrechts bleibt<sup>987</sup>, sondern auch die weiteren Folgen führen zu einer billigeren Lösung als die anderen hier dargestellten Ansichten. Zumal der Verkäufer nun gem. § 439 II BGB die Kosten der Nachlieferung zu tragen, gem. §§ 439 IV, 347 II 1 die Verwendungen des Käufers zu ersetzen und mit der Nachlieferung eine

---

<sup>975</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 938.

<sup>976</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 939.

<sup>977</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 939.

<sup>978</sup> Grigoleit AcP 199 [1999], 379, 393 ff.; Wiese AcP 206 [2006], 902, 939.

<sup>979</sup> Vgl. Darstellung bei Grigoleit AcP 199 [1999], 379, 396 ff.

<sup>980</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 940.

<sup>981</sup> OLG Karlsruhe NJW 2005, 989, 991; Pahlow JuS 2006, 289, 293; Canaris JZ 2003, 831, 832.

<sup>982</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 940.

<sup>983</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 940.

<sup>984</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 941.

<sup>985</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 941.

<sup>986</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 941.

<sup>987</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 943.

Bringschuld zu erfüllen hat, so dass er die Preis- und Leistungsgefahr trägt. Außerdem ist die Haftung des Käufers im Rahmen der §§ 439 IV, 345 II, III BGB nicht so streng wie unter §§ 818, 819 BGB<sup>988</sup>.

#### ee) Treuwidrigkeit

Damit bleibt schlussendlich nur die Ansicht übrig, die direkt auf die Treuwidrigkeit i.S.d. § 242 BGB abstellt<sup>989</sup>. Da aber schon die „Einheitslösung“ zu einem billigen Ergebnis kommt, bedarf es keines Rückgriffs auf § 242 BGB.

#### ff) Fazit

Der Verkäufer kann gem. §§ 439 IV, 346 I BGB einen Anspruch auf Herausgabe herleiten, selbst wenn er wegen der Nichtannahme gezwungen ist, die Kaufsache zu hinterlegen. Das gilt nur dann nicht, wenn die *Aliudlieferung* absichtlich geschah. Dann greift § 241a BGB ein, sofern der Käufer Verbraucher ist. In jedem Fall liegt dann ein besonderer Umstand vor, der gem. §§ 440 S. 1, 281 II, 323 II Nr. 3 das Erfordernis eines Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer entfallen lässt. Gleiches gilt, wenn für den Käufer aus anderen Gründen ein Nacherfüllungsanspruch unzumutbar wird.

#### d) Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorhandensein eines Sachmangels ist gem. § 434 I 1 BGB der des Gefahrenübergangs. Ab diesem Zeitpunkt soll der Verkäufer das Veränderungsrisiko nicht mehr tragen<sup>990</sup>. Ab Vertragsschluss bis Gefahrübergang finden ausschließlich die allgemeinen Rechtsbehelfe Anwendung<sup>991</sup>. Das gilt nicht, sofern der Verkäufer nicht willens oder in der Lage ist, seine Leistung ordnungsgemäß zu erfüllen<sup>992</sup>. Denn dann ist der intendierte Schutz des Verkäufers, der die Chance erhalten soll, ordnungsgemäß zu liefern, nicht berührt, und der Käufer kann die Sachmängelgewährleistungsrechte ausüben<sup>993</sup>.

### 2. Rechtsmangel

Ein Mangel besteht gem. § 437 BGB auch, wenn es sich um einen Rechtsmangel handelt. Nach der Definition des § 435 BGB ist ein Rechtsmangel gegeben, wenn ein Dritter Rechte dem Käufer gegenüber geltend machen kann. Damit sind sowohl dingliche Rechte wie Pfandrecht oder Nießbrauch, das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>994</sup> oder auch schuldrechtliche Rechte (wie Mietrecht) und öffentlich rechtliche Befugnisse am Kaufgegenstand gemeint<sup>995</sup>. Der Hauptfall allerdings wird vor allem die Vindikation sein<sup>996</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der des Eigentumserwerbs<sup>997</sup>.

### 3. Kein Ausschluss

Grundsätzlich sind die §§ 437 ff. BGB dispositiv<sup>998</sup>. Das gilt jedoch nach § 444 BGB nicht für arglistig verschwiegene Mängel oder für den Fall, dass der Verkäufer eine Beschaffenheitsga-

---

<sup>988</sup> Wiese AcP 206 [2006], 902, 943.

<sup>989</sup> Becker Rn. 1028.

<sup>990</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 434 Rn. 126.

<sup>991</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 434 Rn. 127.

<sup>992</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 45; Erman- Grunewald § 434 Rn. 67.

<sup>993</sup> Canaris JZ 2004, 214, 216.

<sup>994</sup> BGHZ 110, 196, 198.

<sup>995</sup> Brox BS § 4 Rn. 28.

<sup>996</sup> Medicus SBT Rn. 113.

<sup>997</sup> MK- Westermann § 435 Rn. 6.

<sup>998</sup> Brox BS § 4 Rn. 31.

rantie übernommen hat. Für den Verbrauchsgüterkauf ist gem. § 474 BGB die Dispositionsfähigkeit ebenfalls ausgeschlossen.

Allerdings ist gem. § 442 I 1 BGB eine Haftung ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel kennt oder grob fahrlässig nicht kennt. Das gilt bei Kenntnis selbst dann, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde<sup>999</sup>, nicht jedoch bei grob fahrlässiger Unkenntnis<sup>1000</sup>.

### III. Rechtsfolge

Die Rechtsfolgen werden im Kaufrecht selbst nur partiell geregelt. In der Tat ist die Grundkonzeption so, dass, wie bereits oben erwähnt, das Gewährleistungsrecht im allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelt ist und nur durch kauf- oder werkrechtliche Sondervorschriften ergänzt wird<sup>1001</sup>. § 437 BGB regelt dabei die Rechtsbehelfe des Käufers.

Der Käufer muss zuerst Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangen. Weitere Rechte, Schadensersatz, Rücktritt und Minderung, kommen erst dann in Betracht, wenn die Frist zur Nacherfüllung fruchtlos geblieben ist oder die Nacherfüllung gescheitert ist. Dabei hat der Käufer nach § 439 I BGB ein Wahlrecht auf Nachbesserung oder Nachlieferung. Die Kosten hierfür muss gemäß § 439 II BGB der Verkäufer tragen. Liefert dieser hingegen eine mangelfreie Sache, so erlischt gem. §§ 433 I, 437 Nr. 1, 362 BGB seine Leistungspflicht. Das gilt auch bei verspäteter Nacherfüllung, sofern der Käufer noch nicht weitere Mängelrechte ausgeübt hat. Dem Käufer verbleiben allenfalls Schadensersatzansprüche wegen Schäden an anderen Rechtsgütern gem. § 280 I BGB.

## § 24 Mangelbegriff in der CISG

### I. Sachmangel i.S.d. Art. 35 CISG

#### 1. Vertragliche Festsetzung

Ein Sachmangel ist gem. Art. 35 I CISG gegeben, sofern die Kaufsache nicht in qualitativer und quantitativer Art und Weise dem Vertrag entspricht. Damit werden alle Anforderungen an die physische Beschaffenheit der Ware postuliert<sup>1002</sup>. Das gilt auch für die Verpackung. Art. 35 CISG, der auf Art. 36 EKG basiert<sup>1003</sup>, ist somit die Grundvorschrift der Sachmängelhaftung<sup>1004</sup>. Ihr liegt der subjektive Fehlerbegriff zu Grunde<sup>1005</sup>.

Desgleichen werden *aliud-* und *Zuweniglieferungen* von Art. 35 CISG miterfasst<sup>1006</sup>, wobei bei letzteren branchenübliche Abweichungen zu berücksichtigen sind<sup>1007</sup>. Die Gegenansicht<sup>1008</sup>, die zumindest eine krasse Falschlieferung als Nichtlieferung ansieht, so dass eine Rügeobliegenheit entfällt, kommt zu nicht überzeugenden Ergebnissen. Denn hier würden sich wieder genau die Abgrenzungsschwierigkeiten nach Gattungen bei der krasen *Aliudlie-*

<sup>999</sup> RGZ 102, 394, 395.

<sup>1000</sup> Brox BS § 4 Rn. 37.

<sup>1001</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 210 re. Sp. zu § 434.

<sup>1002</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 7.

<sup>1003</sup> Zur Entstehungsgeschichte: Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 3- 5.

<sup>1004</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 2.

<sup>1005</sup> S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 6; MK- Gruber Art. 35 Rn. 9; Schlechtriem Rn. 234.

<sup>1006</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 35 Rn. 2; S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 10; MK- Gruber Art. 35 Rn. 4; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 9; MK/HGB- Benicke Art. 35 Rn. 4; Schlechtriem Rn. 134.

<sup>1007</sup> S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 8.

<sup>1008</sup> Sekretariatskommentar Art. 29 Bem. 3; B/B- Bianca Art. 35 Bem. 2.4; Neumayer RIW 1994, 99, 105.

ferung fortsetzen, obwohl man genau dies verhindern wollte<sup>1009</sup>. Zwar war in Art. 33 I b) EKG die *Aliudlieferung* ausdrücklich geregelt, doch sollte das Fehlen einer ausdrücklichen Formulierung in Art. 35 CISG nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit keinerlei Ausnahme der *Aliudlieferung* aus der Regelung der Vertragswidrigkeit gemeint ist<sup>1010</sup>. Das wichtigste Argument ist allerdings, dass es wertungsmäßig kaum überzeugend ist, eine Rügeobligenheit in keinem Fall anzuerkennen. Denn schon mit Artt. 40, 44 CISG wird dem Käufer Schutz genügend Rechnung getragen<sup>1011</sup>. In den meisten Fällen wird ein Verkäufer, der ein krasses *aliud* liefert, bösgläubig sein und sich nicht auf den Schutz des Unterlassens Rüge durch den Käufer berufen können<sup>1012</sup>. Sollte er hingegen gutgläubig sein, so steht ihm auch der Schutz durch die Rügeobligenheit des Käufers zu. Damit ist aber jeglicher Grund für die Gegenansicht weggefallen.

Die Formulierung „Qualität der Ware“ meint alle der Sache selbst anhaftende Eigenschaften<sup>1013</sup>. Damit fallen die Zusammensetzung der Ware genauso unter diese Regel wie der Umstand, dass Originalware geschuldet ist oder der vereinbarte oder gewöhnliche Vertragszweck erreicht werden muss<sup>1014</sup>.

Primäres Auslegungskriterium der Vertragsmäßigkeit der Ware ist der Vertrag selbst<sup>1015</sup>. Damit ist nicht nur eine explizite Erwähnung gemeint, sondern auch eine konkludente<sup>1016</sup>. Selbst Werbung des Verkäufers ist zu berücksichtigen<sup>1017</sup>. Allerdings kann eine konkludente Absprache nur bei hinreichendem Parteiwillen anzunehmen sein<sup>1018</sup>. Für Anleitungen, die den Gebrauch erst möglich machen, gilt das nicht. Diese hat der Verkäufer in der Sprache zu verfassen oder mitzugeben, welche die hauptsächliche Amtssprache im Land des Käufers ist<sup>1019</sup>. Ebenso liegt eine konkludente Einigung vor, wenn sich der Vertragsinhalt aus den handelsüblichen Gebräuchen oder den Gepflogenheiten der Parteien ergibt<sup>1020</sup>.

Gleichfalls hat der Verkäufer keine Verpflichtung, öffentlich-rechtliche Vorschriften oder die Verwaltungspraxis im Land des Käufers zu kennen<sup>1021</sup>. Er tritt nur für die Vorschriften ein, die in seinem Sitzland Geltung haben. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn er positive Kenntnis der Vorschriften hat oder haben muss, sei es, dass er in engem Geschäftskontakt mit dem Käufer steht, regelmäßig in das Land exportiert, eine Zweigniederlassung dort betreibt oder gar für die Kaufsache wirbt<sup>1022</sup>.

Die Aufzählung der Eigenschaften in Art. 35 I CISG ist nicht abschließend, so dass die Parteien weitere Anforderungen an die Kaufsache vereinbaren könne, etwa hinsichtlich der Zusammensetzung oder Einhaltung bestimmter Normen<sup>1023</sup>.

---

<sup>1009</sup> MK/HGB- Benicke Art. 35 Rn. 4; MK- Gruber Art. 35 Rn. 4; Bamberger/Roth- Saenger Art. 35 Rn. 2.

<sup>1010</sup> S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 10.

<sup>1011</sup> MK/HGB- Benicke Art. 35 Rn. 4; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 9.

<sup>1012</sup> Bamberger/Roth- Saenger Art. 35 Rn. 2; MK/ HGB Art. 35 Rn. 4.

<sup>1013</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 8.

<sup>1014</sup> Vgl. zum EKG: BGH NJW 1982, 2730, 2731.

<sup>1015</sup> Hovioikeus Turku IHR 2003, 277, 279; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 13.

<sup>1016</sup> BG CISG- Online Nr. 628; Herber/ Czwerwenka Art. 35 Rn. 3.

<sup>1017</sup> B/B- Bianca Art. 35 Bem. 2.5.1.; S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 7; Otto MDR 1992, 533, 534.

<sup>1018</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 13.

<sup>1019</sup> LG Duisburg IHR 2001, 27, 28; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 13.

<sup>1020</sup> Öst. OGH IHR 2004, 25, 28; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 14.

<sup>1021</sup> BGHZ 129, 75, 81 ff. (Muschel- Fall); MK/HGB- Benicke Art. 35 Rn. 13; Bamberger/Roth- Saenger Art. 35 Rn. 6, Schlechtriem IPRax 1996, 12, 12 ff., Magnus ZeuP 2008, 318, 328.

<sup>1022</sup> LG Ellwangen CISG- Online Nr. 279; Medical Marketing International Inc. vs. Internazionale Medico Scientifica S.R.L., U.S. Dist. CT. (E. D. La.), 17.05.1999, CISG-Online Nr. 387 = 1999 WL 311 945; Bamberger/Roth- Saenger Art. 35 Rn. 6; S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 17; Otto MDR 1992, 533, 534; offengelassen in BGHZ 129, 75, 84 (Muschel- Fall).

<sup>1023</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 15.

## 2. Objektive Vertragsmäßigkeit, Art. 35 II CISG

### a) Gewöhnlicher Gebrauchszweck, lit. a)

Ist keine derartige Einigung gegeben, so bestimmt sich der Mangel gem. Art. 35 II CISG nach objektiven Anhaltspunkten. Hiernach ist i.S.v. Art. 35 II lit. a) CISG ein Mangel gegeben, wenn sich die Sache nicht zum vertraglichen Gebrauch eignet. Damit ist aber ein objektiver Maßstab gemeint, der sich an der Verkehrsauffassung über die gewöhnliche Nutzung entsprechender Ware orientiert<sup>1024</sup>. Die Ware muss somit in ihrer Qualität den Anforderungen gerecht werden, die ein durchschnittlicher Benutzer an sie stellt, und zwar auch zu allen Zwecken, so dass es nicht ausreichend ist, wenn nur einige erfüllt werden<sup>1025</sup>. Die Ware muss ihren vom Käufer gedachten Zweck erfüllen, so dass Ware mittlerer Art und Güte, also durchschnittlicher Qualität (*average quality*), sein muss<sup>1026</sup>. Eine gegensätzliche Ansicht<sup>1027</sup>, die auf Handelbarkeit (*merchantability*) abstellt, fußt auf einem Irrtum in der Entstehungsgeschichte bzw. einer veralteten Rechtslage in England<sup>1028</sup>. In jedem Fall muss die Ware aber wiederverkäuflich<sup>1029</sup> und darf auch nicht verdorben oder gar gesundheitsschädlich sein<sup>1030</sup>.

Örtliche Begebenheiten im Käuferland sind bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung zu beachten, allerdings nicht ausschließlich<sup>1031</sup>. Kein Verkäufer kann die Umstände in jedem Land genau kennen. Nur dann, wenn er dort häufig tätig ist, wirbt oder anderweitig mit den Begebenheiten in diesem Land vertraut ist, und selbst ein Urlaub dort wird in der Regel nicht ausreichend sein, muss etwas anderes gelten<sup>1032</sup>. Ansonsten würde man mit dem Grundsatz brechen, dass der Käufer das Risiko der Verwendbarkeit im Nutzungsland trägt<sup>1033</sup>. Nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen durch enge Geschäftskontakte, Zweigniederlassungen oder Werbung kann man die örtlichen Begebenheiten vollends berücksichtigen. Im Übrigen nur insofern, wie das Allgemeinwissen in etwa ausreicht. Will jemand Ware nach Bolivien verkaufen, so muss er mit einem Gebirgsklima und großen Höhen rechnen, während in Bangladesch mit Überflutungen zu rechnen ist. In solchen Fällen muss der Verkäufer das Fehlen eines Hinweises verantworten. Alles weitere nicht.

Ebenso sind Handelsbräuche zu beachten<sup>1034</sup>. Sind nach bestimmten Handelsbräuchen weitergehende Anforderungen an die Kaufsache zu stellen, so sind diese maßgebend. Verlangt etwa ein Handelsbrauch, dass Fische ohne weitere Absprachen als Fänge des laufenden Jahres zu gelten haben, so ist die Lieferung von Fängen des vorangegangenen Jahres vertragswidrig<sup>1035</sup>, selbst wenn sie ansonsten vertragskonform wären.

Ein Verdacht, dass die Ware nicht vertragsgemäß ist, ist allein grundsätzlich nicht ausreichend<sup>1036</sup>. Erst in dem Moment, in dem der Verdacht zur Tatsache wurde, ist ein Mangel gegeben. Ausnahmsweise kann der Mangelverdacht gleichwohl als Vertragswidrigkeit gelten, wenn es klare Anhaltspunkte für einen schwerwiegenden Mangel gibt und die Ware schnell

<sup>1024</sup> S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 14; H/C Art. 35 Rn. 4; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 18.

<sup>1025</sup> Sekretariatskommentar Art. 33 Bem. 5.

<sup>1026</sup> LG Berlin CISG- Online Nr. 399; S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 15; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 19; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 35 Rn. 5; MK- Gruber Art. 35 Rn. 17; Achilles Art. 35 Rn. 6; H/C Art. 35 Rn. 4; Piltz § 5 Rn. 40; Otto MDR 1992, 532, 533; zum EKG: OLG Hamm IPRax 1983, 231, 232.

<sup>1027</sup> Netherlands Arbitration Institute IHR 2003, 283, 285 ff.; Soergel<sup>13</sup>- Langeheine Art. 35 Rn. 10.

<sup>1028</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen: Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 19; S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 15.

<sup>1029</sup> China International Economic and Trade Arbitration Commission, Schiedsspruch vom 03.06.2003, CISG- PACE; Piltz NJW 2007, 2159, 2162.

<sup>1030</sup> BGH NJW- RR 2005, 1218, 1218, 1220.

<sup>1031</sup> So aber B/B- Bianca Art. 35 Bem. 2.5.1; E/M- Strohbach Art. 35 Bem. 8; dagegen öst. OGH IHR 2006, 110, 110, 111.

<sup>1032</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 21

<sup>1033</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 22.

<sup>1034</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 21; vgl. öst. OGH IHR 2004, 25, 28.

<sup>1035</sup> Öst. OGH IHR 2004, 25, 28.

<sup>1036</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn 25.

weiterveräußert werden muss<sup>1037</sup>. Dann ist es dem Käufer nicht zumutbar, auf ein Ergebnis einer Untersuchung zu warten.

#### b) Tauglichkeit für besondere Zwecke

Grundsätzlich kann der Verkäufer nicht dafür haftbar gemacht werden, dass der die Kaufsache nicht zu Verwendungszwecken taugt, die über den üblichen hinausgehen<sup>1038</sup>. Hat aber der Käufer dem Verkäufer zumindest konkludent<sup>1039</sup> dargetan, für welchen besonderen Zweck er die Sache benötigt, liegt nach Art. 35 II lit. b) CISG ein Fehler ebenso vor, wenn sich die Sache für den bestimmten Gebrauch nicht eignet. Denn hier konnte der Käufer auf den Sachverstand des Verkäufers vertrauen, dass dieser ihm für den Fall der Untauglichkeit abgeraten hätte<sup>1040</sup>. Allerdings musste zum maßgeblichen Zeitpunkt bei Vertragsschluss<sup>1041</sup> ein objektiver Verkäufer den Gebrauchszweck erkennen können<sup>1042</sup>. Dabei sind die Grundsätze des redlichen Geschäftsbetriebes zu beachten. Das heißt, der weitergehende Verwendungszweck muss tatsächlich erkennbar gewesen sein und der Käufer muss auch dem Verkäufer vertraut haben<sup>1043</sup>. Hat der Käufer aber mehr Sachverstand als der Verkäufer, ist dieser erkennbar nur ein Zwischenhändler ohne Spezialkenntnisse oder sonst nicht vertrauenswürdig, wobei sich in diesem Fall die Frage stellt, warum der Käufer mit diesem kontrahiert, liegt kein schutzwürdiges Vertrauen vor.

Ebenso muss die Kaufsache noch immer dem gewöhnlichen Zweck dienen, selbst wenn sie den besonderen erfüllt<sup>1044</sup>. Ist dem nicht so, liegt gleichwohl ein Mangel vor.

#### c) Musterübereinstimmung

Eine Sache ist weiterhin mangelhaft gem. Art. 35 II lit. c) CISG, wenn die Sache nicht den vorgelegten Mustern oder Proben entspricht. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Ansicht der Probe unverbindlich geschah<sup>1045</sup>. Die Parteien mussten sich gerade darauf geeinigt haben, dass der Kauf auf Basis des Musterexemplars erfolgt<sup>1046</sup>. Ebenso greift Art. 35 II lit. c) CISG nicht ein, wenn die Probe als Bestellprobe vom Käufer vorgelegt wurde<sup>1047</sup>.

#### d) Übliche oder angemessene Verpackung

Auch eine nichtordnungsgemäße oder unübliche Verpackung stellt gem. Art. 35 II lit. d) CISG einen Mangel dar, unabhängig davon, ob gem. Art. 31 CISG eine Schick-, ein sog. Versendungskauf, oder eine Holschuld vereinbart war<sup>1048</sup>. Da der Zweck der Verpackung allein darin besteht, die Ware vor Beschädigungen auf dem Transport zu schützen, ist eine Lieferung gleichwohl vertragskonform, wenn zwar die Verpackung beschädigt oder sonst mangelhaft, die Kaufsache aber makellos ist<sup>1049</sup>. Das gilt allerdings dann nicht, wenn die Ware verpackt weiterverkauft werden soll oder die Verpackung Bestandteil der Ware ist, etwa bei Originalverpackung bei Markenartikeln.

<sup>1037</sup> OLG Frankfurt IHR 2004, 113, 114.

<sup>1038</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 26.

<sup>1039</sup> LG München I IHR 2003, 233, 234.

<sup>1040</sup> HG Aargau IHR 2003, 178, 179; Schmitz- Weke GmbH & Co v Rockland Industries, Inc, IHR 2003, 292, 293, 294; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 26.

<sup>1041</sup> S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 22; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 30.

<sup>1042</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 26, 28; S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 21; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 35 Rn. 7.

<sup>1043</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 35 Rn. 8; S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 23; MK- Gruber Art. 35 Rn. 13.

<sup>1044</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 35 Rn. 7.

<sup>1045</sup> S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 25; Schlechtriem Rn. 141.

<sup>1046</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 36.

<sup>1047</sup> S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 27.

<sup>1048</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 42.

<sup>1049</sup> S/S- Schwenger Art. 35 Rn. 31.



#### e) Haftungsausschluss

Ausgeschlossen ist ein Mangel hingegen, wenn er nach Art. 35 III CISG dem Käufer bekannt gewesen ist oder ihm hätte bekannt gewesen sein müssen. Gemeint ist, dass der Käufer grob fahrlässig den Mangel nicht gesehen hat<sup>1050</sup>. Allerdings bezieht sich Abs. 3 in seinem Wortlaut nur auf Abs. 2. Er greift nicht ein, sofern der Käufer darauf vertrauen durfte, der Verkäufer werde den Mangel rechtzeitig beheben, da dann die vertragliche Vereinbarung vorgeht<sup>1051</sup>. Arglist hingegen kann dem Verkäufer nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vorgeworfen werden, da der Käufer dann schutzwürdiger ist<sup>1052</sup>. Bei positiver Kenntnis des Käufers war die Arglist nicht ursächlich für den Kauf, und der Käufer erhält genau das, was ihm bekannt war.

#### f) Maßgeblicher Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit, Art. 36 CISG

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Vertragsmäßigkeit der Sache ist nach Art. 36 I der Gefahrübergang. Das gilt gem. Art. 36 II nicht, sofern der Verkäufer für die Vertragsmäßigkeit im Übrigen verpflichtet war oder diese garantiert hat.

Art. 36 CISG bestimmt also den Zeitpunkt, ab wann der Verkäufer für die Vertragsmäßigkeit haften soll<sup>1053</sup>. Die Vorschrift hat eine klarstellende Funktion für die Abgrenzung des Risikoübergangs vom Verkäufer zum Käufer, ist aber keine eigene Anspruchsgrundlage<sup>1054</sup>. Der Moment des Gefahrübergangs ist zuerst nach der Parteivereinbarung zu beurteilen<sup>1055</sup>. So hat der Verkäufer bei einer Schickschuld mit Aussortieren und Absenden sein Schuldiges getan, und der Käufer muss sich an Dritte halten, wie den Transporteur, da gem. Art. 67 I CISG die Gefahr auf ihn überging<sup>1056</sup>. Ist die Sache auf dem Weg, so geht mit Vertragsschluss gem. Art. 68 CISG die Gefahr über, ansonsten nach Art. 69 CISG mit der Übernahme durch den Käufer. Allerdings müssen nicht alle Vertragswidrigkeiten offen zu Tage getreten sein<sup>1057</sup>. Es genügt, dass sie nicht erkennbar waren, aber in diesem Zeitpunkt schon vorlagen<sup>1058</sup>.

Nach Art. 36 II CISG gilt das nicht, wenn eine Pflichtverletzung vorliegt, die vor oder nach Gefahrübergang begangen wurde<sup>1059</sup>. Ist der Vertrag aber schon gänzlich abgeschlossen, so kommt ggf. nur ein Anspruch nach dem anwendbaren Deliktsrecht infrage<sup>1060</sup>.

Ebenso muss der Verkäufer für Garantien eintreten, die er selbst gegeben hat, Art. 36 II 2. HS CISG.

#### g) Rechtsmängel, Artt. 41, 42 CISG

Rechtsmängel sind in Artt. 41, 42 CISG geregelt. Art. 41 CISG erhebt dingliche und obligatorische Rechte Dritter zum Rechtsmangel, während Rechte aus geistigem Eigentum Rechtsmängel i.S.v. Art. 42 CISG sind. Dabei kommt es gar nicht auf ein Bestehen an<sup>1061</sup>, sondern es ist ausreichend, dass sie beansprucht werden<sup>1062</sup>. Der Grund hierin ist, dass dem Käufer eine Auseinandersetzung mit dem Beanspruchenden nicht zugemutet werden soll<sup>1063</sup>. Das gilt

---

<sup>1050</sup> MK- Gruber Art. 35 Rn. 36; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 47.

<sup>1051</sup> Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 59.

<sup>1052</sup> OLG Köln CISG- Online Nr. 254; Staudinger- Magnus Art. 35 Rn. 52.

<sup>1053</sup> MK- Gruber Art. 36 Rn. 1

<sup>1054</sup> Staudinger- Magnus Art. 36 Rn. 2.

<sup>1055</sup> Staudinger- Magnus Art. 36 Rn. 8.

<sup>1056</sup> LG Flensburg IHR 2001, 202, 202, 203; Staudinger- Magnus Art. 36 Rn.8.

<sup>1057</sup> Staudinger- Magnus Art. 36 Rn.9.

<sup>1058</sup> Staudinger- Magnus Art. 36 Rn.9.

<sup>1059</sup> S/S- Schwenger Art. 36 Rn. 5.

<sup>1060</sup> Staudinger- Magnus Art. 36 Rn.10.

<sup>1061</sup> S/S- Schwenger Art. 41 Rn. 9.

<sup>1062</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 15.

<sup>1063</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 15.

nicht, wenn die Ansprüche offensichtlich unbegründet sind<sup>1064</sup>. Dabei ist zu beachten, dass die CISG die Eigentumsübertragung und den möglichen gutgläubigen oder lastenfreien Erwerb nicht selbst regelt gem. Art. 4 S. 2 b) CISG. Hierüber entscheidet das maßgebliche nationale Recht<sup>1065</sup>, i. d. R. nach *lex rei sitae*. Maßgebender Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Lieferung<sup>1066</sup>. Das Gesagte gilt nicht für den Fall, dass der Käufer einwilligt oder gar der Verkäufer es mit ihm vereinbart hat.

## **§ 25 Schlechtleistung und Sachmängelgewährleistung im Vergleich**

### **I. Deutsches Recht**

Im deutschen Recht ist die Schlechtleistung das wenigstens teilweise Erbringen der Leistung in nicht vereinbarter Qualität<sup>1067</sup>, gleichgültig wie geringfügig der Mangel auch ist<sup>1068</sup>. § 434 BGB bestimmt für das Kaufrecht, wann ein Sachmangel vorliegt. Solange er nicht eine mangelfreie liefert, hat der Verkäufer nicht i.S.d. § 362 I BGB geleistet. Ein Rechtsmangel wird in § 435 BGB definiert.

#### 1. Sachmangel

Der vom Gesetzgeber vorgesehene Grundfall ist eine Verletzung der Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB verletzt wurde. Beschaffenheit i.S.d. § 434 I BGB ist dabei so zu verstehen, dass die Vereinbarung sich auf die Erwartungen der Parteien beziehen muss, die mit der physischen Beschaffenheit der Sache und den Umweltbeziehungen der Kaufsache verknüpft sind<sup>1069</sup>. Diese muss gegenwärtig vorhanden sein, denn zukünftige Erwartungen können nur über das allgemeine Leistungsstörungenrecht geregelt werden. Die Beschaffenheitsvereinbarung muss sich aus dem Vertrag ergeben. Sie muss aber nicht *expressis verbis* vereinbart sein, sondern kann auch *konkludent* erfolgen<sup>1070</sup>. Auch Beziehungen zur Umwelt können genauso Sachmängel darstellen<sup>1071</sup> wie öffentlich-rechtliche Beschränkungen, sofern sie im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlagen<sup>1072</sup>.

Ebenso liegt ein Mangel vor, wenn die Kaufsache ihrer vertraglich vorausgesetzten Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB nicht gerecht werden kann<sup>1073</sup>. Dabei sind auch die konkreten Umweltbedingungen zu berücksichtigen. Eine Maschine, die in Mitteleuropa tadellos funktioniert, muss nicht in 5.000 m Höhe in den Anden funktionieren. Eine *konkludente* Vereinbarung liegt auch vor, wenn ein Muster oder eine Probe verwandt wird.

Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so greift als weiter Auffangtatbestand Nr. 2 ein<sup>1074</sup>. Hiernach ist die gewöhnliche Verwendung maßgebend. Dazu gehört auch die Pflicht, die Wa-

---

<sup>1064</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 16; H/C Art. 41 Rn. 6.

<sup>1065</sup> S/S- Schwenzler Art. 41 Rn. 2.

<sup>1066</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 19.

<sup>1067</sup> v. Wilmsky JuS 2002 Beil. zu Heft 1 S. 3, 9.

<sup>1068</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 7.

<sup>1069</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 9.

<sup>1070</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 12.

<sup>1071</sup> Vgl. RGZ 161, 330, 334, 335 = RG HRR 1940, Nr. 220.

<sup>1072</sup> Vgl. RGZ 52, 429, 431, 432; 161, 193, 195; BGH NJW 2001, 66, 66, 67; Erman- Grunewald § 434 Rn. 7.

<sup>1073</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 15.

<sup>1074</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 18.

re ordnungsgemäß zu verpacken, sofern dies von Bedeutung ist<sup>1075</sup>. Ansonsten ist die Verpackung eine Nebenpflicht.

Öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder Herstellers i.S.d. § 4 I, II ProdHaftG und deren Gehilfen, insbesondere durch Werbung, können gem. § 434 I 3 BGB die Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB definieren. Das gilt dann nicht, wenn der Verkäufer die Werbung nicht kannte und auch nicht kennen musste. Dafür ist er aber beweispflichtig<sup>1076</sup>.

Montagefehler gelten gem. § 434 II 1 BGB ebenso als Sachmängel, wie die Lieferung eines *aliud* oder eine Zuwenig-Lieferung i.S.d. § 434 III BGB vorliegt. Ist die Lieferung eines *aliud* geschehen, so hat der Verkäufer einen Rückgewähranspruch gem. §§ 439 I, IV, 346 I BGB, sofern er die Leistung versehentlich erbrachte oder an keinen Verbraucher die Ware absandte.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels ist nach § 434 I 1 BGB der Gefahrübergang. Zu diesem Zeitpunkt muss der Mangel vorhanden sein. Er muss aber noch nicht entdeckt worden sein.

Der subjektive Fehlerbegriff ist der grundsätzliche Maßstab für das Vorliegen eines Sachmangels. Danach ergibt sich eine dreistufige Prüfung, nach der zuerst die Beschaffenheitsvereinbarung, dann die Abrede über den Verwendungszweck und schließlich die Art des normalen Gebrauchs der Sache festzustellen ist, bevor der Sachmangel identifiziert werden kann<sup>1077</sup>.

## 2. Rechtsmängel

Ein Mangel liegt nach § 437 BGB auch dann vor, wenn ein Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn der Dritte dem Käufer Recht entgegenhalten kann.

# II. CISG

## 1. Sachmangel

Nach Art. 35 I CISG liegt ein Sachmangel vor, wenn die Kaufsache nicht qualitativ und quantitativ dem Vertrag entspricht. Damit eingeschlossen sind *aliud*- und Zuweniglieferungen. Art. 35 liegt somit der subjektive Fehlerbegriff zu Grunde<sup>1078</sup>.

Ist das nicht möglich, muss auf den objektiven Fehlerbegriff des Abs. 2 zurückgegriffen werden. Hiernach liegt ein Fehler vor, wenn sich die Ware nach lit. a) nicht für den Zweck geeignet ist, für den die Ware gewöhnlich gebraucht wird. Dies entspricht dem § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

Lit. b) verlangt für das Vorliegen eines Fehlers, dass der bestimmte Zweck, der dem Käufer zumindest konkludent mitgeteilt wurde, durch die Ware nicht erreicht wird, es sei denn, der Käufer durfte der Sachkenntnis des Verkäufers nicht vertrauen. Auch dies entspricht § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Mit der zumindest konkludenten Zusicherung, der Zweck werde erreicht, wurde der Kaufvertrag diesbezüglich verändert. Die einzige Änderung scheint der Zusatz zu sein, dass dies nicht gelte, wenn der Käufer zumindest hätte erkennen können, dass er dem Urteilsvermögen des Verkäufers nicht hätte vertrauen dürfen. Doch ist auch im deutschen Recht § 242 BGB zu beachten<sup>1079</sup>. Danach muss sich der Käufer dann sein widersprüchliches Verhalten entgegenhalten, dass er seinen Zweifeln nicht nachgegangen ist. Er nahm somit in Kauf,

<sup>1075</sup> RGZ 59, 120, 122, 123; Erman- Grunewald § 434 Rn. 49.

<sup>1076</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 214 re. Sp. zu Satz 3 a.E.

<sup>1077</sup> MK- Westermann § 434 Rn. 5; DHLR- Büdenbender § 8 Rn. 29.

<sup>1078</sup> S/S- Schwenzler Art. 35 Rn. 6; MK- Gruber Art. 35 Rn. 9; Schlechtriem Rn. 234.

<sup>1079</sup> Vgl. RGZ 128, 116, 121, 122; BGH BB 1977, 515, 515, 516; MK- Kramer § 123 Rn. 29.

dass die Sache doch nicht den Anforderungen entsprach, die er vorgab. Dann allerdings liegt strenggenommen auch kein Mangel mehr vor, da er das bekam, was ihm zustand. Ihm stand nicht mehr zu, weil er die Angaben zumindest als nicht vertrauenswürdig einzustufen hatte und ihnen nicht nachgegangen ist. Selbst wenn der Verkäufer ihn arglistig zu täuschen versuchte, liegt eine Täuschung nicht mehr vor, wenn der Käufer von den Fakten und der Täuschung weiß. Nichts anderes kann hier gelten, so dass der Sachmangelbegriff auch hier gleich ist.

Lit. c) verlangt, dass ein vorgelegtes Musterexemplar oder eine Probe die Eigenschaften der Ware bestimmen und ein Verstoß hiergegen als Sachmangel zu werten ist. Auch dies entspricht dem deutschen Recht<sup>1080</sup>. Eine zumindest konkludente Beschaffenheitsvereinbarung liegt dann vor.

Lit. d) sieht vor, dass ein Sachmangel bei nicht ausreichender Verpackung vorliegt. Dies ist so *expressis verbis* nicht im deutschen Recht zu finden, jedoch stellt fehlerhafte Verpackung einen Sachmangel insofern dar, als dass der gewöhnliche Verbrauch dadurch beeinträchtigt ist, sofern es auf eine Verpackung ankommt. Kommt es nicht darauf an, ist es nur eine Nebenpflichtverletzung. In Anbetracht der Internationalität der Geschäfte, die der CISG unterfallen, macht eine solche Regelung durchaus Sinn. Denn es handelt sich meist um Verkaufskäufe, die nicht beschädigt werden sollen. Insofern wäre grundsätzlich die Verpackung etwas, auf das es im Kaufvertrag ankommt. Einen vollständigen Gleichlauf erhält man jedoch nicht. In den Fällen, in denen es auf die Verpackung nicht ankommt, ist in der CISG ein Sachmangel gegeben, nicht jedoch im deutschen Recht. *De facto* hingegen ist in den meisten Fällen ein Gleichlauf zu erreichen.

Angaben Dritter sind im Vergleich zum deutschen Kaufrecht generell keine Möglichkeiten in der CISG einen Mangel zu begründen.

Art. 35 III CISG schließt eine Haftung aus, wenn der Käufer wusste oder nicht in Unkenntnis des Mangels sein konnte. Dies entspricht der groben Fahrlässigkeit<sup>1081</sup>, nach der solche Mängel ausgeschlossen sind, die dem Käufer hätten auffallen müssen. Allerdings ist die Regelung des § 442 I 2 BGB, nach der das Kennenmüssen des Mangels einen Haftungsausschluss darstellt, der nur dann nicht eingreift, wenn Arglist oder eine Garantie vorliegt, nicht übernommen worden<sup>1082</sup>. Bei einer Zusicherung greift Art. 35 I CISG ein, so dass aufgrund der Tatsache, dass sich Abs. 3 nur auf Abs. 2 bezieht, Abs. 3 in solchen Fällen nicht anwendbar ist<sup>1083</sup>. Bei der Arglist greift Abs. 3 nur im Falle der grob fahrlässigen Unkenntnis ein<sup>1084</sup>. Im Falle der Kenntnis des Käufers hat dieser die Ware so bekommen, wie er sie erwartete. Alles andere wäre ein *venire contra factum proprium*<sup>1085</sup>. Die Täuschung war somit nicht kausal. Bei der grob fahrlässigen Unkenntnis hingegen ist der Käufer schutzwürdiger, so dass seine Rechte erhalten bleiben<sup>1086</sup>. Grundlage hierfür ist Treu und Glauben des Art. 7 I CISG.

Art. 35 III CISG entspricht somit nur zum Teil der Regelung des deutschen Rechts. § 442 I 2 BGB findet in allen Fällen Anwendung und macht für den Fall einer vertraglichen Vereinbarung keine Ausnahme und geht somit weiter.

## 2. Rechtsmangel

Artt. 41, 42 CISG regeln die Rechtsmängel. Nach Art. 41 CISG sind dingliche und obligatorische Rechte Dritter Rechtsmängel, während Rechte aus geistigem Eigentum Rechtsmängel

---

<sup>1080</sup> Brox BS § 4 Rn. 9.

<sup>1081</sup> Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 48; MK- Gruber Art. 35 Rn. 36; strenger S/S-Schwenzer Art. 35 Rn. 34.

<sup>1082</sup> S/S- Schwenzer Art. 35 Rn. 37.

<sup>1083</sup> S/S- Schwenzer Art. 35 Rn. 37, 38.

<sup>1084</sup> Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 52.

<sup>1085</sup> Bamberger-Roth/Saenger Art. 35 Rn. 12.

<sup>1086</sup> OLG Köln CLOUT Nr. 168; Staudinger-Magnus Art. 35 Rn. 52; S/S-Schwenzer Art. 35 Rn. 37.

i.S.v. Art. 42 CISG darstellen. Auf ein Bestehen kommt es indes nicht an<sup>1087</sup>, sondern es ist ausreichend, dass das Recht beansprucht wird<sup>1088</sup>. Der Grund dafür ist, dass dem Käufer eine Auseinandersetzung mit dem Beanspruchenden nicht zugemutet werden soll<sup>1089</sup>, selbst dann, wenn diese offensichtlich unbegründet sind<sup>1090</sup>. Das ist im deutschen Recht in § 435 BGB anders. Dort ist es nicht ausreichend, dass ein Dritter diese Rechte behauptet, sondern sie müssen objektiv vorliegen<sup>1091</sup>. Jedoch ist dieser Unterschied hier den verschiedenen Rechtsordnungen geschuldet. Man will den Käufer nicht das Risiko eines Prozesses in anderen Staaten aufbürden.

### III. DCFR und Principles

Eine Regelung, wann ein Mangel vorliegt, findet sich alleine im DCFR in Artt. IV.A.- 2:301 ff. DCFR. Die Principles schweigen sich aus, jedoch sollte auch hier der subjektive Mangelbegriff anzunehmen sein. Artt. IV.A.- 2:301 ff. folgen auch diesem subjektiven Mangelbegriff. Allerdings definieren sie einen Mangel etwas unglücklich, weil sie vorgeben, wann ein Mangel nicht vorliegt und nicht, wann ein Mangel vorliegt. Diese Regelungen entsprechen zum größten Teil dem deutschen Recht. Lediglich die fehlerhafte Verpackung ist ausdrücklich als Mangel aufgenommen worden. Auch muss der Mangel generell bei Gefahrübergang vorgelegen haben gem. Art. IV.A.- 2:308 DCFR.

Art. IV.A.- 2:301 lit. a) DCFR definiert einen Mangel dahingehend, dass die Qualität, Quantität und Beschreibung den vertraglichen Voraussetzungen entsprechen müssen. Nach Lit. b) liegt genauso ein Mangel vor, wenn keine vom Vertrag vorausgesetzte Verpackung vorhanden ist. Nach lit. c) sind Mängel auch dann gegeben, wenn Zubehörteile und Instruktionen, besonders Installationshandbücher, nicht in der vertraglichen Form vorliegen. Lit. d. erfasst alle folgenden Regelungen.

Art. IV.A.2:302 lit. a) DCFR ist Art. 35 II lit. b) CISG nachempfunden. Insofern wird auf das oben Gesagte verwiesen.

Lit. c) besagt, dass ein Mangel vorliegt, wenn die Ware nicht mit dem Muster oder der Probe übereinstimmt. Insofern ergibt sich auch hier kein Unterschied.

Lit. d) bestimmt, dass die Verpackung für die Ware angemessen sein muss, wenigstens, wenn kein solcher Maßstab vorhanden ist, die Ware vor Beschädigungen adäquat schützen muss.

Lit. e) bezieht sich auf das Zubehör und die Handbücher, die so vorliegen müssen, wie ein vernünftiger Käufer es erwarten konnte.

Lit. f) als Auffangtatbestand lässt einen Mangel dann anfallen, wenn die Qualität und Leistungsvoraussetzungen nicht dem entspricht, was der Käufer vernünftiger Weise zu erwarten hatte.

Nach Art. IV.A.- 2:303 DCFR liegt ein Mangel auch dann vor, wenn vorgehende Mitglieder in der Produktionskette Äußerungen diesbezüglich machten und diese entsprechend Art. II.- 9:102 DCFR Vertragsbestandteil wurden. Dieser Artikel entspricht der Regelung des deutschen Rechts aber nicht der der CISG.

Art. IV.A.- 2:304 DCFR ist die IKEA-Klausel des DCFR und entspricht inhaltlich ihrem deutschen Pendant. In der CISG gibt es kein diesbezügliches Gegenstück. Art. IV.A.- 2: 308 III DCFR definiert den Gefahrübergang für die IKEA- Klausel auf den Endzeitpunkt der Montage.

Nach Artt. IV.A.- 2:305, 306 DCFR muss die Ware frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter sein. Art. IV.A.- 2:306 DCFR führt dies bezüglich industrielle und intellektuelle Güter fort.

---

<sup>1087</sup> S/S- Schwenger Art. 41 Rn. 9.

<sup>1088</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 15.

<sup>1089</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 15.

<sup>1090</sup> Staudinger- Magnus Art. 41 Rn. 16; H/C Art. 41 Rn. 6.

<sup>1091</sup> MK- Westermann § 435 Rn 4; Erman- Grunewald § 435 Rn. 4.

Der Haftungsausschluss des Art. IV.A.- 2:307 DCFR entspricht Art. 35 III CISG. Abs. 2 bezieht sich dabei auf Art. IV. A.- 2:304 DCFR und ist in der CISG nicht zu finden. Die Unterschiede sind geringer im Vergleich zum deutschen Recht als zur CISG.

## Teil 3: Rechtsfolgen

### Kapitel 7: Nacherfüllung

#### § 26 Nacherfüllung im deutschen Recht

##### I. Einleitung

Der Käufer muss, bevor er die weiteren Rechte aus Schadensersatz statt der Leistung, Minderung oder Rücktritt geltend machen kann, Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangen. Das ist im Gesetz ein wenig kompliziert geregelt worden. § 437 Nr. 1 und Nr. 2 BGB sind mit einem Komma verbunden, während Nr. 2 und Nr. 3 mit einem „Und“ verbunden sind<sup>1092</sup>. Damit verweist diese Kette für die weiteren Rechtsbehelfe auch auf die Fristsetzung der Nacherfüllung, so dass diese zuerst versucht werden muss. Ebenso wird in den §§ 440, 323 I BGB auf die Fristsetzung verwiesen.

Dabei ist die durch Art. 3 II Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eingeführte Neuerung eine weitere Stärkung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Denn nun sind beide Parteien gebunden, den Vertrag zu erfüllen, bevor weitere Rechte den Vertrag abwickeln und als solchen aufheben. Viel wichtiger aber ist die Tatsache, dass den Interessen beider Parteien mehr Bedeutung zukommt. Denn der Käufer wird grundsätzlich nicht vorrangig an einer Rückgängigmachung des Kaufvertrages interessiert sein, sondern an einer Behebung des Fehlers, während der Verkäufer daran interessiert ist, den Fehler zu korrigieren, den Kaufvertrag aber auch am Leben zu erhalten<sup>1093</sup>. Das war einer der Hauptgründe für die Einführung der Nacherfüllung, weil das BGB hierdurch an die Praxis mit den verschiedenen AGBs, die das regelten, angepasst wurde<sup>1094</sup>. Somit hat der Verkäufer nicht nur die Pflicht zur Nacherfüllung, sondern gleichzeitig auch ein damit korrespondierendes „Recht zur zweiten Andienung“<sup>1095</sup>. Das ist im Vergleich zur Nichtlieferung gerechtfertigt, da in diesem Fall der Verkäufer bereits einen Versuch der Erfüllung unternommen hat und somit auch die Chance der zweiten Andienung erhalten soll<sup>1096</sup>.

Da der Anspruch auf Nacherfüllung nur eine direkte Folge der Pflicht des Verkäufers aus § 434 BGB ist, die Sache rechts- und sachmangelfrei zu verschaffen, ist dieser Anspruch ein unechter Gewährleistungsanspruch<sup>1097</sup>. Ebenso ist es gleichgültig, ob er die Pflichtverletzung zu vertreten hat oder nicht<sup>1098</sup>.

##### II. Nacherfüllungsanspruch

###### 1. Wahlrecht des Käufers

Der Käufer kann im Fall der mangelhaften Leistung zwischen „Beseitigung des Mangels“ und

---

<sup>1092</sup> MK- Westermann § 437 Rn. 4.

<sup>1093</sup> BT Drs. 14/6040 S. 89 li. Sp.

<sup>1094</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 220 li. Sp. zu Nr. 1.

<sup>1095</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 1.

<sup>1096</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 221 re. Sp. zu Nr. 2.

<sup>1097</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 1; Huber NJW 2002, 1004, 1005;

<sup>1098</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 231 li. Sp. zu Abs. 1.; MK Westermann § 439 Rn. 8.

Lieferung einer mangelfreien Sache wählen. Diese Wahl geschieht durch eine empfangsbefähigte Willenserklärung, in der der Käufer den Mangel so genau wie möglich beschreiben muss, da ansonsten der Verkäufer seines Rechts aus § 439 III BGB beraubt wäre, die gewählte Art der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern<sup>1099</sup>. Ob auch deutlich sein muss, dass der Käufer eine letzte Frist zur vertragskonformen Lieferung setzen will<sup>1100</sup>, ist zu strittig. Generell darf man nicht allzu große Ansprüche an eine Nachfristsetzung stellen, da nach der Intention des Gesetzgebers die Ablehnungsandrohung als Gefahrenquelle für den Gläubiger abgeschafft wurde<sup>1101</sup>. Dies würde konterkariert, müsste die Fristsetzung eine quasi Ablehnungsandrohung haben<sup>1102</sup>. Auch ist dann fraglich, was nach Ablauf der Frist es mit weiteren Nachfristen des Gläubigers auf sich hat. Denn es drängt sich durch dies gerade auf, dass der Gläubiger zu weiteren Rechtsbehelfen greifen muss, selbst wenn er das nicht will<sup>1103</sup>. Das Gesetz fordert kein letztes Wort oder besondere Maßnahmen zur Unterstreichung der Ernsthaftigkeit<sup>1104</sup>. Schon aus Gründen der Vertragserhaltung und Respektierung des Käuferinteresses kann die Fristsetzung nur als solche verstanden wissen. Der Schuldner weiß, dass gegen ihn eine Uhr läuft und es Konsequenzen haben wird, die Frist zu versäumen! Damit ist dem Warncharakter der Aufforderung in der Regel genüge getan<sup>1105</sup>. Weitere Anforderungen sind nicht zu stellen.

Der Gläubiger kann auch die Art der Nacherfüllung ganz dem Käufer überlassen und einfach nur generell Nacherfüllung verlangt, ohne diese weiter zu spezifizieren<sup>1106</sup>.

Um sicher zu sein, dass der Käufer das Nacherfüllungsbegehren beweisen kann, sollte dieses in einer Form geschehen, die die Möglichkeit bietet, ihm einen Beweis zu geben<sup>1107</sup>. Somit sind Anrufe bei Hotlines problematisch, sofern er sie nicht aufnimmt. Ein Fax oder ein Brief sind insofern vorzugswürdig.

Ebenfalls problematisch ist die Einordnung dieses *ius variandi* als Wahlschuld i.S.d. analogen Anwendung des § 262 BGB<sup>1108</sup> oder als sog. *elektiver Konkurrenz*<sup>1109</sup>. Ersteres hätte zur Folge, dass der Gläubiger nach erfolgter Wahl wegen § 263 II BGB keine Möglichkeit mehr hätte, diese Wahl zu ändern. Doch ist diese Ansicht zu repressiv für den Gläubiger, da er nach erfolgter, aber vergeblicher Nacherfüllung nicht auf die andere Art der Nacherfüllung schwenken könnte<sup>1110</sup>. Sein Interesse an der Leistung der Sache wäre dadurch zu sehr tangiert<sup>1111</sup>. Zwar ist der anderen Ansicht<sup>1112</sup> zuzugestehen, dass eine Wahlschuld auch durch gesetzliche Verpflichtungen begründet werden kann<sup>1113</sup>, jedoch ist der Sinn der Wahl gerade die Erweiterung der Rechte des Gläubigers und nicht deren Einengung<sup>1114</sup>. Der Käufer soll

---

<sup>1099</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 4.

<sup>1100</sup> OLG Köln ZSG 2003, 392, 392 ff.; MK- Westermann § 439 Rn. 4.

<sup>1101</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 139 li. Sp. zu Abs. 2.

<sup>1102</sup> Mankowski EWiR 2003, 1125, 1126.

<sup>1103</sup> Mankowski EWiR 2003, 1125, 1126; vgl. Lorenz NJW 2007, 1, 3.

<sup>1104</sup> Zimmer NJW 2002, 1, 5.

<sup>1105</sup> Canaris JZ 2001, 499, 510; Zimmer NJW 2002, 1, 5; Mankowski EWiR 2003, 1125, 1126.

<sup>1106</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 4.

<sup>1107</sup> Mankowski EWiR 2003, 1125, 1126.

<sup>1108</sup> OLG Celle NJW 2005, 2094, 2095; Jauernig- Stadler § 281 Rn. 15; AnwKo.- Bündenbender § 439 Rn. 15 ff.; ders. AcP 205 [2005], 386, 386 ff.; Schwab JZ 2006, 1030, 1031; wohl auch Erman- Grunewald § 439 Rn. 6.

<sup>1109</sup> BGH NJW 2006, 1198, 1198, 1199 Abs. 17; MK- Ernst § 281 Rn. 102; MK- Westermann § 439 Rn. 4 ff.; Bamberger/Roth- Faust § 438 Rn. 9; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 7; Reinicke/ Tiedtke Rn. 413; Lorenz NJW 2007, 1, 3; Althammer NJW 2006, 1179, 1180; vgl. zu § 281 BGB a.F. RGZ 108, 184, 186, 187.

<sup>1110</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 9.

<sup>1111</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 9.

<sup>1112</sup> Schwab JZ 2006, 1030, 1031.

<sup>1113</sup> A.A. BGH NJW 2006, 1198, 1198, 1199 Abs. 17.

<sup>1114</sup> Vgl. RGZ 108, 184, 186, 187.



aber gerade nicht auf eine frühzeitige Festlegung seiner Rechte gedrängt werden<sup>1115</sup>. Ebenso ist in § 439 III BGB geregelt, dass im Falle der Unmöglichkeit der Art der Nacherfüllung sich der Käufer mit der anderen zufrieden geben muss. Allein das Vorhandensein dieser Regelung spricht gegen die Annahme einer Wahlschuld<sup>1116</sup>. Ergo liegt eine elektive Konkurrenz vor. Dies ist in der Tat für den Schuldner misslich. Er weiß nicht, woran er ist, bis der Gläubiger tatsächlich den Weg der Sekundäransprüche geht. Erst dann entfällt der Primäranspruch. Das heißt aber auch, dass diese verlangt werden müssen. So lange besteht der Primäranspruch noch fort und wird auch nicht durch die erfolglose Nachfristsetzung beendet<sup>1117</sup>. Damit einhergehend ist die reziproke Anwendung des § 281 IV BGB<sup>1118</sup> ausgeschlossen<sup>1119</sup>. Dieser Vorschrift ist *e contrario* zu entnehmen, dass der Fristablauf das Erfüllungsbegehren nicht beeinträchtigt<sup>1120</sup>.

Der Schuldner ist in einer schwierigen Situation. Doch ist er am wenigsten schutzwürdig, da man davon ausgehen muss, dass er durch Leistung sich den Konsequenzen entziehen kann bzw. hätte entziehen können<sup>1121</sup>. Ansonsten handelte er auch nicht schuldhaft<sup>1122</sup>. Er ist vertragsbrüchig geworden, und nicht der Gläubiger! Andernfalls wäre er auch schon gezwungen, sich dem Gläubiger zu erklären, was passiert ist. Deswegen waren die geplanten schuldnerfreundlichen Passagen im Regierungsentwurf, wie § 281 I 2 BGB RegE<sup>1123</sup>, gestrichen worden<sup>1124</sup>. Zusätzlich zu dieser Unangemessenheit hätte dies auch eine Rechtsunsicherheit zur Folge gehabt<sup>1125</sup>. Und wenn tatsächlich dieser seltene Fall eintritt, dass der Schuldner schützenswert ist, weil etwa der Gläubiger durch ein *venire contra factum proprium* oder das Verletzen einer weiteren Frist treuwidrig handelt, kann dieser problemlos über § 242 BGB gelöst werden<sup>1126</sup>. Gleichfalls kann der Schuldner den Gläubiger nicht unter Druck setzen, sich zu erklären<sup>1127</sup>. Lediglich bei einem augenscheinlich spekulativen Gläubiger kann, ob aus § 242 BGB<sup>1128</sup> oder § 103 II 2 InsO<sup>1129</sup> analog sei dahingestellt, der Schuldner eine Erklärung des Gläubigers verlangen.

Erbringt der Schuldner aber die Leistung, oder bietet sie zumindest ernsthaft an, muss sich der Gläubiger erklären. Er muss nun entscheiden, ob er die Sache noch haben oder zurücktreten bzw. Schadensersatz verlangen will. Tut er das nicht, gerät er in Annahmeverzug und geht seiner Sekundärrechte verlustig<sup>1130</sup>.

---

<sup>1115</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts S. 212; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 7.

<sup>1116</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 9.

<sup>1117</sup> BGH NJW 2006, 1198, 1199 Abs. 19; vgl. RGZ 15, 66, 68, 69.

<sup>1118</sup> Jauernig- Stadler § 281 Rn. 15; Schwab JZ 2006, 1030, 1031.

<sup>1119</sup> BGH NJW 2006, 1198, 1199 Abs. 19; Althammer NJW 2006, 1179, 1180.

<sup>1120</sup> Althammer NJW 2006, 1179, 1180.

<sup>1121</sup> BT- Drs. 14/7052 S. 185 li. Sp. zu Abs. 1; Althammer NJW 2006, 1179, 1181.

<sup>1122</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 140 re. Sp. zu Abs. 2.

<sup>1123</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 7 li. Sp.

<sup>1124</sup> BT- Drs. 14/7052 S. 185 li. Sp. zu Abs. 1.

<sup>1125</sup> Althammer NJW 2006, 1179, 1180, 1181.

<sup>1126</sup> BT- Drs. 14/7052 S. 185 li. Sp. zu Abs. 1; BGH NJW 2006, 1198, 1199 Abs. 23.

<sup>1127</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 140 re. Sp. zu Abs. 3.

<sup>1128</sup> BGH NJW 2002, 669, 670.

<sup>1129</sup> Althammer NJW 2006, 1179, 1181.

<sup>1130</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 185 re. Sp. zu Abs. 1; Lorenz NJW 2007, 1, 3.

## 2. Modalitäten der Nacherfüllung

### a) Fälligkeit

Der Anspruch auf Nacherfüllung wird erst fällig, wenn der Gläubiger eine entsprechende Wahlerklärung abgegeben hat<sup>1131</sup>. Ohne diese ist er nicht erfüllbar und folglich ein sog. *verhaltener Anspruch*<sup>1132</sup>. Das deckt sich mit der *elektiven Konkurrenz*<sup>1133</sup>. Auch ist ein geringfügiger Mangel kein Hindernis für den Nacherfüllungsanspruch<sup>1134</sup>.

Der Nacherfüllungsanspruch kann nur geltend gemacht werden, wenn zumindest der Erfüllungsanspruch fällig ist<sup>1135</sup>. Der Grund hierfür ist, dass § 439 BGB nur die Rechte des Käufers nach Gefahrübergang betrifft. Das bedeutet, dass für Lieferungen, die vor der Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs erbracht worden sind, § 439 BGB nicht eingreift<sup>1136</sup>. Den Gefahrübergang als Zeitpunkt allein zu nehmen<sup>1137</sup> verkennt die dogmatische Einteilung des Nacherfüllungsanspruchs als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs<sup>1138</sup>. Die Erfüllung ist noch nicht eingetreten, also kann auch kein Folgerecht eingreifen. Der Grund ist, dass der Gläubiger in dieser Zeit kein Recht hat, die Sache zur Verfügung zu haben, so dass er warten muss, bis die Fälligkeit eintritt<sup>1139</sup>. Praktische Relevanz erhält dieses Problem bei Fragen der Verjährung<sup>1140</sup>, wengleich durch die Reformation des Rechts wenige Probleme entstehen werden, da die generelle Frist von zwei Jahren ausreichen dürfte, um vorzeitig alle Schäden zu entdecken. Hingegen kann der Schuldner gem. § 433 I 2 BGB Beseitigung der Mängel verlangen, wenn der Fehler nach Abschluss des Kaufvertrages, aber vor Gefahrübergang eingetreten ist<sup>1141</sup>.

Solange noch nicht nacherfüllt wurde, kann der Schuldner die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben und eine Zahlung des Kaufpreises verweigern<sup>1142</sup>. Das gilt auch bei kleineren Fehlern, doch wird es dann unverhältnismäßig sein, dem Käufer eine vollständige Zahlungsverweigerung zu erlauben.

### b) Erfüllungsort

Erfüllungsort für Nachlieferungs- oder Nachbesserungsanspruch ist der aktuelle Belegenheitsort der Kaufsache<sup>1143</sup>, da der Verkäufer gem. § 439 II BGB alle Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat. Damit muss der Verkäufer die Unannehmlichkeiten auf sich nehmen, die Ware an einem anderen Ort als den Erfüllungsort nachzubessern. Ob er dies persönlich oder durch seine Leute erledigen lässt oder sich auf eigene Kosten die Ware zusenden lässt, kann grundsätzlich dahingestellt bleiben und strittigenfalls aus den Gründen des Einzelfalls heraus entschieden werden<sup>1144</sup>. Folglich ist der Nacherfüllungsanspruch, unabhängig von der früheren Ausgestaltung der Erfüllungspflicht, eine Bringschuld<sup>1145</sup>.

---

<sup>1131</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 6; Schubel JuS 2002, 313, 316.

<sup>1132</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 11.

<sup>1133</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 6.

<sup>1134</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 231 li. u. re. Sp. Zu Abs. 1.

<sup>1135</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 6.

<sup>1136</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 12; Reinicke/Tiedtke Rn. 414; Huber NJW 2002, 1004, 1005.

<sup>1137</sup> Erman- Grunewald § 439 Rn. 17.

<sup>1138</sup> Huber NJW 2002, 1004, 1005.

<sup>1139</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 12.

<sup>1140</sup> Huber NJW 2002, 1004, 1005.

<sup>1141</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 6; Canaris JZ 2004, 214, 216.

<sup>1142</sup> MK- Westermann § 437 Rn. 20.

<sup>1143</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 231 re. Sp. zu Abs. 2; Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 13; Huber NJW 2002, 1004, 1006.

<sup>1144</sup> Vgl. MK- Westermann § 439 Rn. 7.

<sup>1145</sup> Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 13; MK- Westermann § 439 Rn. 7.

### c) Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs

Der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs ist die „Beseitigung des Mangels“. Das heißt, dass die Sache in den vertragsgemäßen Zustand versetzt werden muss<sup>1146</sup>. Wie der Verkäufer das Ziel innerhalb der gewählten Nacherfüllungsart erreicht, ist grundsätzlich seine Entscheidung<sup>1147</sup>. Dabei auftauchende Schwierigkeiten, etwa die Übersetzung einer koreanischen Bedienungsanleitung, hat er zu meistern. Auch reicht es nicht aus, wenn deutliche Spuren der Reparaturmaßnahmen ersichtlich sind<sup>1148</sup>. Es dürfen keine Einschränkungen des vertragsgemäßen Zustands verbleiben. Ist dies gar nicht möglich, liegt ein Fall der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vor, so dass der Käufer nur noch Nachlieferung verlangen kann<sup>1149</sup>.

#### aa) Nacherfüllungsanspruch und Veränderungen an der Kaufsache

Streitig ist, inwieweit die Pflicht des Verkäufers geht, die Sache aus- und wieder einzubauen oder Veränderungen an der Sache vorzunehmen, die der Käufer in der Zwischenzeit machte. Hat der Verkäufer im Kaufvertrag die Pflicht der Montage oder Vornahme der Veränderungen, Streichen beispielsweise, auch übernommen, so spricht nichts dagegen, dass er die Sache wieder aus- und dann vertragsgemäß einbauen muss. Auch das Ausbauen ist notwendige Konsequenz des Nachbesserungsrechts, da der Nacherfüllungsanspruch ein modifizierter Erfüllungsanspruch ist und somit vertragsmäßige Zustand hergestellt werden muss<sup>1150</sup>. Es wird vertreten, dass auch die weiteren, durch den Käufer vorgenommenen Veränderungen aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen sind<sup>1151</sup>. Doch ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass damit der Charakter der Nacherfüllung verändert wird<sup>1152</sup>. Dieser ist die Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs. Als solcher ist nur der Zustand wiederherzustellen, der vertraglich vereinbart wurde<sup>1153</sup>. Was darüber hinausgeht, ist als Mangelfolgeschaden i.S.d. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB zu ersetzen<sup>1154</sup>. Es ist für den Käufer in der Tat misslich, dass hierfür Verschulden vorliegen muss<sup>1155</sup>. Doch ist die Gesetzeslage eindeutig. Zumindest aber in zwei Punkten sind Ausnahmen zu machen. Einerseits beim Weiterfresserschaden<sup>1156</sup>, wo ein mangelhaftes Teil mangelfreie Teile beeinträchtigt. Andererseits sind dem Käufer dann die Auslagen zu erstatten, wenn sie zur Fehlerbehebung unvermeidlich sind<sup>1157</sup>, wenn z.B. die eingebaute Fußbodenheizung schadhaft ist und eine Reparatur das Ausreißen und Neuverlegen des Teppichs erforderlich macht. Als letzte Möglichkeit kann der Käufer nur noch etwaige Ansprüche des Verkäufers gegen den Hersteller im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen.

#### bb) Selbstvornahme des Käufers

Fraglich ist, ob dem Käufer ein Recht zur Selbstvornahme der Beseitigung des Mangels gem. der entsprechenden Anwendung des § 637 BGB zusteht. Falls eine Nachfristsetzung nicht

---

<sup>1146</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 8.

<sup>1147</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 8.

<sup>1148</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 9.

<sup>1149</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 9.

<sup>1150</sup> AnwKo- Biedenbender § 439 Rn. 27; Schmidt/ Katerndahl NJW 2007, 2215, 2216.

<sup>1151</sup> OLG Karlsruhe MDR 2005, 135, 136; Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 18; Ball NZV 2004, 217, 218; Witt ZGS 2008, 369, 369 ff.

<sup>1152</sup> BGH NJW 2008, 2837, 2837 ff.; OLG Köln ZGS 2006, 77, 78; AnwKo- Biedenbedner § 439 Rn. 27; Reinicke/ Tiedtke Rn. 439; Lorenz NJW 2007, 1, 5; v. Wilmowsky JuS 2002 Beil. zu Heft 1 S. 3, 22; Schneider/Katerndahl NJW 2007, 2215, 2215; Katzenstein ZGS 2008, 450, 452 ff.; Skamel NJW 2008, 2820, 2820 ff.; diff. Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 21, 22.

<sup>1153</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 21; AnwKo- Biedenbender § 439 Rn. 27.

<sup>1154</sup> AnwKo- Biedenbender § 439 Rn. 27; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 21; v. Wilmowski JuS 2002 Beil. zu Heft 1 S. 3, 22.

<sup>1155</sup> Vgl. Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn.18.

<sup>1156</sup> AnwKo- Biedenbender § 439 Rn. 27.

<sup>1157</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 22.

vorliegt, kann diesem Verlangen kein Erfolg beschieden sein<sup>1158</sup>. Die Nachfristsetzung geht vor, und ein Käufer, der so handelt, verstößt gegen seine Obliegenheit, dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen<sup>1159</sup>. Er bewegt sich außerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtsbehelfe und ist somit nicht schutzwürdig<sup>1160</sup>. Er vereitelt damit das Recht des Verkäufers auf zweite Andienung<sup>1161</sup>. Deswegen kann es auch keine (analoge) Anwendung gem. § 326 II 2, IV BGB<sup>1162</sup> geben, die dem Käufer einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen erteilt<sup>1163</sup>. Ebenso hat der Gesetzgeber gerade im Kaufrecht auf eine Gewährung eines Selbstvornahmerechts bewusst verzichtet<sup>1164</sup>, so dass eine Regelungslücke nicht vorliegt und ein Weg über die analoge Anwendung von § 637 bzw. § 326 II 2, IV BGB verbaut ist<sup>1165</sup>. Auch ist die Konstruktion einer Analogie schon deshalb fragwürdig, da in § 326 II 2, IV BGB *ersparte Aufwendungen* des Verkäufers geregelt sind und nicht zu ersetzende *Aufwendungen* des Käufers<sup>1166</sup>. Ergo kann es kein Recht des Käufers auf Selbstvornahme geben. Des Weiteren ist auch nach erfolglosem Ablauf der Frist ein Selbstvornahmerecht nach der analogen Anwendung des § 637 BGB<sup>1167</sup> nicht möglich. Da jetzt ein Anspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 auf Schadensersatz statt der Leistung entstanden ist<sup>1168</sup>, kann auch jetzt kein Anspruch daneben Bestand haben. Es fehlt an einer Regelungslücke. Das gilt leider auch für den Vorschussanspruch aus § 637 III BGB analog<sup>1169</sup>. Etwaige Verzögerungsschäden, etwa für einen Bankkredit, sind dann gem. §§ 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen.

### *cc) Nachlieferung beim Stückkauf*

Grundsätzlich ist es dem Käufer möglich, die Lieferung einer neuen, vertragsgemäßen Sache der gleichen Gattung zu fordern<sup>1170</sup>. Bei Gattungsschulden ist das normalerweise kein Problem. Die Ausnahme bilden hierbei Vorratsschulden, bei denen die Erfüllung auf Sachen aus einem Vorrat des Schuldners begrenzt ist. Ist der Vorrat verbraucht oder die Gattung anderweitig untergegangen, tritt Unmöglichkeit der Nachlieferung ein<sup>1171</sup>.

Beim Stückkauf ist die Lage komplizierter. Dort soll es nach einer Ansicht eine Nacherfüllung unmöglich sein, da der Verkäufer nur diese Sache schulde und die Herbeiführung des geschuldeten Zustands von vornherein als untauglich angesehen wird<sup>1172</sup>. Andernfalls griffe man zu sehr in die Parteiautonomie ein<sup>1173</sup>, und es entstünden Wertungswidersprüche zum Unmöglichkeitensrecht<sup>1174</sup> oder Erfüllungsanspruch<sup>1175</sup>. Diese Meinung wird in Recht-

<sup>1158</sup> BGHZ 162, 219, 224 ff.; NJW 2005, 3211, 3211, 3212; NJW 2006, 1195, 1196 Abs. 17 ff.; MK- Westermann § 439 Rn. 10; Jauernig- Berger § 439 Rn. 16; Lorenz NJW 2006, 1175, 1176 ff.; Dötsch MDR 2004, 975, 976, 977.

<sup>1159</sup> Lorenz NJW 2006, 1175, 1176.

<sup>1160</sup> Dauner- Lieb/ Dötsch ZGS 2003, 250, 250.

<sup>1161</sup> Erman<sup>11</sup>- Grunewald § 437 Rn. 3; Lorenz NJW 2007, 1, 4.

<sup>1162</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 437 Rn. 37; Lorenz NJW 2003, 1417, 1418, 1419; Ebert NJW 2004, 1761, 1762 ff.

<sup>1163</sup> BGHZ 162, 219, 226 ff.

<sup>1164</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 229 re. Sp. zu Abs. 2.

<sup>1165</sup> BGHZ 162, 219, 225, 226.

<sup>1166</sup> Dötsch MDR 2004, 975, 978.

<sup>1167</sup> A.A. Jauernig- Berger § 439 Rn. 8.

<sup>1168</sup> BGH NJW 2006, 1195, 1196 Abs. 18.

<sup>1169</sup> So aber Jauernig- Berger § 439 Rn. 8.

<sup>1170</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 11.

<sup>1171</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 11; s. a. § 4 II 1.

<sup>1172</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 27 ff.; Ackermann JZ 2002, 378, 379; Huber NJW 2002, 1004, 1006; Tiedtke/ Schmitt JuS 2005, 583, 586; Gruber JZ 2005, 707, 707 ff.; Lorenz JZ 2001, 742, 744 hat mit MK- Lorenz Vor § 474 Rn. 14 seine Meinung geändert.

<sup>1173</sup> Huber NJW 2002, 1004, 1006.

<sup>1174</sup> Ackermann JZ 2003, 1154, 1154 ff.; Gruber JZ 2005, 707, 709 ff.

<sup>1175</sup> Musielak NJW 2008, 2801, 2802, 2803.

sprechung<sup>1176</sup> und Literatur<sup>1177</sup> zu Recht kritisiert. Es findet sich im Wortlaut von § 439 BGB keine Stütze, die für eine Einschränkung des Rechts der Nachlieferung auf den Gattungskauf steht. Auch hat der Gesetzgeber das Recht der Nachlieferung auf den Gattungskauf nicht beschränkt sehen wollen<sup>1178</sup>. Im Gegenteil sollte die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld auf ein Minimum reduziert werden<sup>1179</sup>. Das konterkarierte man aber mit der Annahme, die Nachlieferung sei bei einer Stückschuld von vornherein ausgeschlossen<sup>1180</sup>. Dazu kommt, dass der Primat des Nacherfüllungsanspruchs von § 439 BGB unterlaufen werden würde, sollte man der ersten Ansicht folgen<sup>1181</sup>. Denn dann wäre der Weg der Nacherfüllung auf die Nachbesserung beim Stückkauf beschränkt. Sollte er dann nicht möglich sein, müsste man zu früh auf die Sekundärrechtsbehelfe umschwenken. Dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* wäre damit nicht gedient.

Fernerhin ist festzustellen, dass die Unmöglichkeit der Leistung und der Nacherfüllung zwei verschiedene Ansprüche sind, die keinerlei Wertungswidersprüche aufweisen und nicht gleichzusetzen sind<sup>1182</sup>. Der Grund hierfür ist, dass dem Verkäufer bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit vor dem Gefahrübergang nicht nur die Leistungspflicht, sondern auch gem. § 326 I BGB der Gegenleistungsanspruch wegfällt, beim Nacherfüllungsanspruch jedoch nicht. Ergo gibt es auch zur Unmöglichkeit keinen Wertungswiderspruch.

Also ist eine Nacherfüllung auch beim Stückkauf möglich. Bleibt die Frage, unter welchen Umständen.

Nach einer Ansicht kann nur dann eine Nacherfüllung verlangt werden, wenn es sich um eine vertretbare Sache i.S.d. § 91 BGB handelt<sup>1183</sup>. Dem wird der hypothetische Parteiwille entgegengehalten<sup>1184</sup>. Zwar hat schon der Gesetzgeber angedeutet, dass bei vertretbaren Sachen eine Nacherfüllung erfolgen kann<sup>1185</sup>, doch sind diese Ausführungen nicht sehr tiefgreifend. Und obwohl scheinbar den Parteien damit am besten gedient ist, wenn eine vertretbare Sache als Ersatz nachgeliefert wird<sup>1186</sup>, ist dies auf den zweiten Blick nicht der Fall. Zwar will diese Meinung dann, wenn individuelle Gründe zum Vertragsschluss über genau diese Sache geführt haben, ein Nachbesserungsrecht ablehnen<sup>1187</sup>, doch führt diese Einstellung strikt angewendet zu einer Aufdrängung einer anderen Sache, als sie ursprünglich vereinbarten<sup>1188</sup>. Damit wird der Parteiwille, der gerade durch die Reform gestärkt werden sollte, unterdrückt. Die vertretbare Sache ist im Grunde nach ein objektives Kriterium und hat mit dem subjektiven Parteiwillen wenig zu tun<sup>1189</sup>. Außerdem muss die erste Ansicht bei wirtschaftlich vertretbaren Gegenständen zu Notlösungen greifen, in dem beispielsweise die Gattungsschuld ausge-

---

<sup>1176</sup> BGH NJW 2006, 2839, 2841 Abs. 19; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1053, 1054; LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517.

<sup>1177</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 11; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 28 ff.; AnwKo- Büdenbender § 439 Rn. 22; Erman- Grunewald § 439 Rn. 4; Bitter/ Meidt ZIP 2001, 2114, 2119, 2120; Canaris JZ 2003, 831, 833 ff.; Ball NZV 2004, 217, 220; Lorenz NJW 2007, 1, 4; Faust JZ 2007, 101, 103, 104.

<sup>1178</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 209 re. Sp.

<sup>1179</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 230 re. Sp. zu Abs. 1.

<sup>1180</sup> LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 28.

<sup>1181</sup> BGH NJW 2006, 2839, 2841 Abs. 19.

<sup>1182</sup> Canaris JZ 2003, 1156, 1156.

<sup>1183</sup> OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; AnwKo- Büdenbender § 439 Rn. 22; Erman- Grunewald § 439 Rn. 4; Bitter/ Meidt ZIP 2001, 2114, 2119 ff.; Pammler NJW 2003, 1992, 1993; Kamanabrou ZGS 2004, 57, 59; vgl. Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 31.

<sup>1184</sup> BGH NJW 2006, 2839, 2841, 2842 Abs. 22 ff.; Canaris JZ 2003, 831, 834, 835; Heinrich ZGS 2003, 253, 256; Lorenz NJW 2007, 1, 4; ähnlich MK- Westermann § 439 Rn. 11.

<sup>1185</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 209 re. Sp.

<sup>1186</sup> Pammler NJW 2003, 1992, 1993.

<sup>1187</sup> Pammler NJW 2003, 1992, 1993.

<sup>1188</sup> Canaris JZ 2003, 831, 835.

<sup>1189</sup> Canaris JZ 2003, 831, 835.

dehnt wird<sup>1190</sup>. Zu guter Letzt ist das Kriterium der vertretbaren Kaufsache gerade wegen der fehlenden Richtlinienkonformität gestrichen worden<sup>1191</sup>, so dass die vagen Hinweise der Gesetzesbegründung sich als unreflektierte Übernahmen der Formulierung aus dem „Abschlussbericht“<sup>1192</sup> darstellen<sup>1193</sup>. Damit bleibt der hypothetische Parteiwille maßgeblich, ob die Sache tatsächlich von einer Ersatzlieferung nachgebessert werden kann oder nicht. Nur durch diese Ansicht wird nicht ohne Not die Ebene des Vertrages verlassen und der Grundsatz von *pacta sunt servanda* verletzt.

Dabei ist aber festzuhalten, dass der Verkauf einer auch vertretbaren Sache ein Stückkauf ist<sup>1194</sup>. Es bleibt dabei, dass ein eine Reduzierung auf den Unikatskauf von Sammlerstücken, Tieren, Gebrauchtwagen, etc. zu vereinfachend ist. Denn die Kritik, dass aufgrund der Massenfertigung kein Einzelstück geschaffen wurde<sup>1195</sup>, ist falsch. Auch ein von BMW gekaufter Z 5 mit Navigationsgerät, schwarzer Metallicfarbe und schwarzen Ledersesseln ist immer noch eine Einzelanfertigung. Ein zweiter derartiger Wagen kann zwar relativ schnell beschafft werden, jedoch ändert es nichts daran, dass der erste Wagen ein Einzelstück war, selbst dann, wenn der Käufer einen zweiten oder dritten dergleichen Wagen bestellen haben sollte. Jedoch ist hier insofern die Grenze zum Gattungskauf verwischt, dass aufgrund der Massenproduktion eben ein zweites Objekt sehr schnell beschafft werden kann und eine Ersatzlieferung möglich wird, wie es der Gesetzgeber im Sinn hatte. Die Nachlieferungspflicht des Gattungskaufs finden somit auch sehr weitreichend Anwendung im Stückkauf, macht jedoch diesen nicht zu einem Gattungskauf.

#### dd) Durchführung der Nacherfüllung

Hat der Käufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache erhalten, so muss er diese dem Verkäufer gem. § 439 IV i.V.m. §§ 346- 348 BGB zurückgeben. Jedoch braucht er das nicht zu tun, bevor die Nacherfüllung stattgefunden hat<sup>1196</sup>. Auch muss der Verkäufer die Sache von sich aus zurückfordern, d.h., dass der Käufer nicht verpflichtet ist, sie ihm anzubieten<sup>1197</sup>. Allerdings kann der Käufer den Verkäufer nur dann in Verzug mit der Nacherfüllung setzen, wenn er diesem die Sache tatsächlich anbietet<sup>1198</sup>.

Problematisch ist eine Rücknahmepflicht des Verkäufers. Das wird in der Regel nur dann problematisch sein, wenn die Sache wertlos geworden ist. Unproblematisch ist der Fall, wenn die mangelhafte Sache aus- und die Ersatzlieferung eingebaut werden und die andere Sache beseitigt soll<sup>1199</sup>. Desgleichen gilt, wenn die mangelhafte Sache Gefahren für andere Rechtsgüter des Käufers darstellt<sup>1200</sup>. Dann muss der Käufer nicht erst auf den Schadenseintritt warten, sondern kann schon vorher die Rücknahme verlangen. Dem liegt auch der Grundgedanke des § 254 BGB zu Füßen, der die Schadensminimierung vorsieht. Sollten durch die Beseitigung der Kaufsache große Kosten entstehen, so ist ebenfalls eine Rücknahmepflicht des Verkäufers anzunehmen, da er die Kosten für die Nacherfüllung gem. § 439 II BGB trägt. Zwar könnte man dagegen argumentieren, dass es sich hierbei um Kosten handelt, die sich auf Aufwendungen beziehen, welche Schäden an anderen Rechtsgütern ersetzen sollen und die somit nicht unter § 439 II BGB fallen<sup>1201</sup>, doch ist dies falsch. Die Beseitigung der mangelhaf-

<sup>1190</sup> Pammler NJW 2003, 1992, 1993.

<sup>1191</sup> Vgl. BT- Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Satz 2.

<sup>1192</sup> Vgl. dort S. 195.

<sup>1193</sup> Canaris JZ 2003, 831, 835.

<sup>1194</sup> A.A. Dieckmann ZGS 2009, 9, 11 ff.

<sup>1195</sup> So aber Dieckmann ZGS 2009, 9, 11.

<sup>1196</sup> Erman- Grunewald § 439 Rn. 16; MK- Westermann § 439 Rn. 13.

<sup>1197</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 13.

<sup>1198</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 31.

<sup>1199</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 13; Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 32.

<sup>1200</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 13.

<sup>1201</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 15.

ten Kaufsache ist kein Schaden an anderen Rechtsgütern, sondern Kosten, die mit der Kaufsache selbst eng verbunden sind. Wenn der Verkäufer schon ein Recht auf die Rückgabe der Kaufsache hat und auch ohne das Anbieten der Rückgabe nicht in Verzug kommt, muss er sich die Rücknahmepflicht entgegenhalten. Damit besteht grundsätzlich eine Rücknahmepflicht. Das gilt nur dann nicht, wenn der Käufer die Kaufsache ohne oder mit wesentlich geringerem Aufwand selbst beseitigen kann und der Verkäufer an dieser kein Interesse hat.

#### ee) Kostentragung und Nutzungsersatz

Damit wurden auch die Kosten der Nacherfüllung angesprochen. Der Verkäufer hat alle Kosten zu tragen die für die Nacherfüllung notwendig sind. Dazu gehören im Fall der Nachbesserung auch Untersuchungskosten zur Feststellung der Ursachen des Mangels<sup>1202</sup>. Nicht erfasst werden somit Kosten an anderen Rechtsgütern wie entgangener Gewinn<sup>1203</sup>, es sei denn, dass sie erforderlich sind, die Sache in einen vertragskonformen zu versetzen<sup>1204</sup>. Da Weiterfresserschäden ebenso von der Nacherfüllung gedeckt sind, ist der Ersatz dieser Schäden im Wege der Nacherfüllung zwingend notwendig<sup>1205</sup>.

#### *(1) Wertsteigerung*

Mit einer Reparatur einhergehend ist oft auch eine Wertsteigerung verbunden. Inwieweit dann der Verkäufer, etwa nach Maßgabe „neu für alt“, Ansprüche auf den Mehrwert stellen kann, ist strittig. Einerseits wird vertreten, dass der Käufer eine Wertsteigerung mittragen muss, da § 439 IV BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB verweist und somit auch auf die Herausgabe von Nutzungen und Wertersatz<sup>1206</sup>.

Doch ist dem mit der anderen Meinung nicht zu folgen<sup>1207</sup>. Zwar hat der Käufer mit der neuen Sache einen Mehrwert erhalten, so dass es auf den ersten Blick vernünftig erscheint, den Käufer für diese gewonnene Zeit mit zu beteiligen<sup>1208</sup>. Er hat die erstgelieferte Sache schon gebraucht und kann die neue länger benutzen. Das sei beim Schadensersatzrecht allgemein anerkannt<sup>1209</sup>. Doch ist diese Überlegung gerade nicht auf die Nacherfüllung zu übertragen<sup>1210</sup>. Denn hier holt der Verkäufer nur etwas nach, was er von Anfang an hätte tun sollen, nämlich dem Käufer eine funktionierende Sache zu übergeben. Der Käufer erhält nur das, was ihm vertraglich zustand, so dass ein etwaiger Vermögensgewinn für ihn hinnehmbar ist<sup>1211</sup>. Zudem arbeitet die erste Meinung mit Vermutungen dahingehend, dass der Sache eine prognostizierte Lebenserwartung zu Grunde liegt und der nachgelieferte Gegenstand diese für einen gewissen Zeitraum übersteigt. Dies sind jedoch nur Vermutungen, die keinesfalls zutreffen müssen. Damit entsteht eine Rechtsunsicherheit bei der Form der Berechnung des Nutzungsausgleichs. Die kann aber nicht gewollt sein. Besonders dann, wenn nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung zu verfahren sein soll<sup>1212</sup>. Hiernach muss der gutgläubige Bereicherungsgläubiger, der den Vermögenszuwachs noch nicht realisiert hat und auch nicht treuwid-

<sup>1202</sup> Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 21.

<sup>1203</sup> Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 21; MK-Westermann § 439 Rn. 15; vgl. Soergel<sup>12-</sup> § 476a Rn. 17.

<sup>1204</sup> MK-Lorenz Vor § 474 Rn. 19.

<sup>1205</sup> A.A. MK-Westermann § 439 Rn. 15.

<sup>1206</sup> Reinking DAR 2002, 15, 19; Gsell NJW 2003, 1969, 1971.

<sup>1207</sup> MK-Westermann § 439 Rn. 16; Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 23; AnwKo-Büdenbender § 439 Rn. 28; Staudinger-Matusche-Beckmann § 439 Rn. 23; Reinicke/Tiedtke Rn. 435 ff.; Ball NZV 2004, 217, 221.

<sup>1208</sup> Gsell NJW 2003, 1969, 1971.

<sup>1209</sup> ROHGE XXIII, 352, 355, 356; RGZ 54, 137, 140, 141; BGHZ 30, 29, 32; 102, 322, 331; MK-Oetker § 249 Rn. 333.

<sup>1210</sup> Staudinger-Matusche-Beckmann § 249 Rn. 23.

<sup>1211</sup> Staudinger-Matusche-Beckmann § 249 Rn. 23.

<sup>1212</sup> MK-Westermann § 439 Rn. 16.

rig nicht realisiert, keinen Wertersatz zahlen<sup>1213</sup>. Für diesen Fall heißt das, dass der Käufer dann keinen Wertersatz zahlen muss, solange er den Wertzuwachs nicht realisiert, sprich die Sache verkauft. Doch ist diese Anwendung nicht unproblematisch. Denn diese Lösung über das Bereicherungsrecht ist wegen der Anwendung des Rücktrittsrechts ausgeschlossen<sup>1214</sup>. Der Gesetzgeber wollte gerade nicht, dass das Bereicherungsrecht Anwendung findet. Also können auch keine entsprechenden Lösungen des Bereicherungsrechts Beachtung finden. Obgleich die aufgedrängte Bereicherung hier nicht Anwendung finden kann, muss festgestellt werden, dass der Verkäufer keinen Wertersatz verlangen darf. Er hat die mangelhafte Sache geliefert. Wenn er jetzt noch Wertersatz verlangen könnte, bekommt er mehr, als er verdient. Denn er hat die Sache mangelhaft geliefert und bekommt jetzt noch den (anteiligen) Preis für eine neue. Damit kann er seine Kosten egalisieren. Und der Käufer bezahlt die Nacherfüllung zumindest partiell. Das ist nicht vom Gesetzgeber gewollt, der ja gerade dem Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung auftrug. Das konterkarierte man mit der Pflicht der Herausgabe der Wertsteigerung. Diese gebührt somit dem Käufer, da der Verkäufer hierfür das Risiko zu tragen hat. Das gilt selbst dann, wenn Sowieso- Kosten entstanden sind oder ein Fehler mit beseitigt wird, den der Verkäufer nicht hätte beseitigen müssen<sup>1215</sup>. Wenn schon die Kosten für den Schaden an anderen Sachen mit der Nacherfüllung gedeckt sind, sei es, dass beispielsweise der Teppich neu verlegt wird, weil die mangelhafte Bodenheizung repariert bzw. ersetzt wird, so fallen konsequenter Weise auch diese Kosten dem Verkäufer zu. Er hat ja auch schließlich die mangelhafte Leistung erbracht.

## (2) *Nutzungersatz*

Mit diesem Problem eng verwandt ist die Frage nach dem Ersatz der Nutzungen bei Lieferung einer neuen Sache und Rückgabe der alten. Denn der Verweis in § 439 IV BGB beinhaltet auch den Nutzungersatz aus §§ 346 I, II, 347 I BGB<sup>1216</sup>. Da der Käufer eine neue Sache bekäme, habe er die alte Sache zwischenzeitlich unentgeltlich benutzen können, so dass dies ihm einen Vorteil verschaffe, der ihm nicht gebühre. Damit sei die Wertminderung der zurückzugebenden Sache berücksichtigt, so dass der Verkäufer keinen Nachteil habe<sup>1217</sup>. Trotzdem ist es strittig, ob das auch für die Nacherfüllung gilt.

Die Vertreter der zweiten Meinung halten trotz des Verweises eine Pflicht auf Herausgabe und Ersatz der Nutzungen für nicht existent<sup>1218</sup>. Eine solche gesetzliche Pflicht würde dem Verkäufer nicht gerechtfertigte Vorteile verschaffen und sei somit teleologisch zu reduzieren<sup>1219</sup> oder als mit Art. 3 VerbrGKRL unvereinbar zu deklarieren<sup>1220</sup>.

<sup>1213</sup> *Larenz/Canaris* § 72 IV 3 b) S. 289; *Schwarz/Wandt* § 12 Rn. 62.

<sup>1214</sup> Vgl. *BT- Drs. 14/6040* S. 232 re. Sp. zu Abs. 4.

<sup>1215</sup> *A.A. Reinking DAR* 2002, 15, 19.

<sup>1216</sup> *BT- Drs. 14/6040* S. 232 re. Sp. zu Abs. 4, S. 233 li. Sp.; *MK- Westermann* § 439 Rn. 17; *Staudinger-Matusche-Beckmann* § 439 Rn. 56; *Erman-Grunewald* § 439 Rn. 16; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 33, 34; *Huber/Faust Kap. 13* Rn. 55; *Jacobs, Nacherfüllung*, S. 371, 392, 393; *Reinicke/Tiedtke* Rn. 432 ff.; *Brox BS* § 4 Rn. 42; *Westermann JZ* 2001, 530, 537; *ders. NJW* 2002, 241, 249; *Reischl JuS* 2003, 667, 667 ff.; *Feuersänger MDR* 2004, 922, 923, 924; *Fest NJW* 2005, 2959, 2959 ff.

<sup>1217</sup> *Reischl JuS* 2003, 667, 667; *Feuersänger MDR* 2004, 922, 923, 924; *Fest NJW* 2005, 2959, 2960.

<sup>1218</sup> *BGH NJW* 2006, 3200, 3202 Abs. 21 ff. mit zust. Bem. *Lorenz NJW* 2006, 3202, 3203; *Palandt<sup>65</sup>-Putzo* § 439 Rn. 25; *MK- Lorenz Vor* § 474 Rn. 19; *AnwKo- Büdenbender* § 439 Rn. 43; *Roth JZ* 2001, 475, 489; *Ball ZRP* 2001, 347, 349; *Schwab JuS* 2002, 630, 636, 637; *Gsell NJW* 2003, 1969, 1973, 1974; *dies. JuS* 2006, 203, 203 ff.; *Kohler ZGS* 2004, 48, 48 ff.; *Ball NZV* 2004, 217, 221, 222; *Wagner/Michal ZGS* 2005, 368, 368 ff.; *Brömmelmeyer JZ* 2006, 493, 498, 499; *Lorenz NJW* 2007, 1, 6.

<sup>1219</sup> *AnwKo- Büdenbender* § 439 Rn. 43; *Wagner/Michal ZGS* 2005, 368, 371, 372; *Saenger/Zurlinden EWiR* 2005, 819, 820; *Muthorst ZGS* 2006, 90, 95.

<sup>1220</sup> *BGH NJW* 2006, 3200, 3202 Abs. 21 ff. mit zust. Bem. *Lorenz NJW* 2006, 3202, 3203; *MK- Lorenz Vor* § 474 Rn. 19; *Roth JZ* 2001, 475, 489; *Hoffmann ZRP* 2001, 347, 349; *Gsell NJW* 2003, 1969, 1973, 1974; *Ball NZV* 2004, 217, 221, 222; *Schulze/Ebers JuS* 2004, 366, 369, 370; *Brömmelmeyer JZ* 2006, 493, 498, 499.



Eine dritte Meinung will dem Verkäufer einen Bereicherungsanspruch aus § 346 III 2 i.V.m. § 818 BGB geben, und damit einen Mittelweg beschreiten<sup>1221</sup>

Der wohl herrschenden Ansicht ist allerdings zuzugeben, dass eine teleologische Reduktion in diesem Fall gerade wegen des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes in § 439 IV BGB und des Willens des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zu § 439 IV BGB<sup>1222</sup> nicht möglich ist<sup>1223</sup>. Der Gesetzgeber hat gerade mit dem Verweis auf §§ 346- 348 BGB einen Nutzungserlass einführen wollen. Damit aber hat diese Auffassung<sup>1224</sup> den schweren systematischen Fehler gemacht, eine teleologische Reduktion ohne die dafür erforderliche verdeckte Regelungslücke<sup>1225</sup> durchzuführen. Folglich liegt keine Möglichkeit vor, mit Auslegungsmöglichkeiten den Verweis in § 439 IV BGB so zu reduzieren, dass kein Widerspruch zum Wortlaut und Willen des Gesetzgebers entsteht<sup>1226</sup>. Diese Auffassung ist somit verfassungswidrig, weil ein Widerspruch zum erklärten Willen des Gesetzgebers gegen die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz gem. Art. 20 III GG existiert<sup>1227</sup>. Die Möglichkeit der Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und klaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch tritt<sup>1228</sup>. Eine teleologische Reduktion ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Allerdings vermag die Auffassung des Gesetzgebers nicht zu überzeugen. Obwohl dieser damit nur die Fortführung der Rechtslage unter § 480 BGB a.F.<sup>1229</sup> intendierte<sup>1230</sup>, sind die Gründe hierfür nicht schlüssig. Dem Verkäufer gebührt kein Nutzungsentgelt<sup>1231</sup>, da der Käufer nicht unberechtigterweise bereichert ist<sup>1232</sup>. Andernfalls müsste der Kaufvertrag als Rechtsgrund für diese Nutzungen ausscheiden<sup>1233</sup>. Da aber § 446 S. 2 BGB feststellt, dass ab Übergabe der Kaufsache Nutzungen dem Käufer gebühren, kann nur dann ein Rechtsgrund versagt werden, wenn man den Kaufvertrag erst mit der Lieferung der Ersatzsache als erfüllt ansieht und den Käufer insofern nur für diese bezahlen lässt<sup>1234</sup>. Das ist schon im Ansatz verkehrt. Denn der Kaufpreis wird schon mit der Lieferung und Abnahme der mangelhaften Sache erfüllt. Aber selbst wenn man dem folgte, müsste konsequenterweise der Käufer gleichzeitig einen Anspruch auf die Zinsen des Kaufvertrages haben, um eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Verkäufers zu vermeiden<sup>1235</sup>. Ebenso wird damit die zeitliche Bindung des Kaufvertrages missachtet<sup>1236</sup>. Wer 2010 ein Handy kauft, will es auch sofort benutzen. 2012 mag schon der Prozess der technischen Überalterung das Handy für ihn nutzlos machen. Das Gesetz erkennt genau dies an, wenn man §§ 281, 323 BGB genau betrachtet. Hier werden dem Verkäufer Fristen von nur wenigen Tagen, ausnahmsweise vielleicht ein paar Wochen, zur Nacherfüllung gewährt, bevor der Käufer Sekundäransprüche geltend machen kann. Zudem müsste der Käufer die Sache von der Nacherfüllung an bis zum Ende der für die Sache

<sup>1221</sup> Herrler/ Tomasic ZGS 2007, 209, 212 ff.

<sup>1222</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Abs. 4, S. 233 li. Sp.

<sup>1223</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3201, Abs. 12 ff.; Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 33, 34; Staudinger- Matusche- Beckmann § 439 Rn. 56; Fest NJW 2005, 2959, 2960.

<sup>1224</sup> AnwKo- Büdenbender §439 Rn. 43; Wagner/ Michal ZGS 2005, 368, 371, 372; Saenger/ Zurlinden EWiR 2005, 819, 820; Muthorst ZGS 2006, 90, 95.

<sup>1225</sup> Larenz, Methodenlehre S. 391 ff.

<sup>1226</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3201 Abs. 15.

<sup>1227</sup> BVerfGE 71, 81, 105; 95, 64, 93.

<sup>1228</sup> BVerfGE 18, 97, 111; 98, 17, 45.

<sup>1229</sup> Vgl. nur Soergel<sup>12</sup>- Huber § 480 Rn. 39.

<sup>1230</sup> Jacobs, Nacherfüllung, S. 393.

<sup>1231</sup> So aber BT- Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Abs. 4, S. 233 li. Sp.; Jacobs, Nacherfüllung, S. 393; Fest NJW 2005, 2959, 2960.

<sup>1232</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3201 Abs. 12; Schwab JuS 2002, 630, 636, 637; Gsell NJW 2003, 1969, 1970, 1971; dies. JuS 2006, 203, 204.

<sup>1233</sup> Gsell JuS 2006, 203, 204.

<sup>1234</sup> Huber/ Faust Kap. 13 Rn. 55.

<sup>1235</sup> Gsell JuS 2006, 203, 204.

<sup>1236</sup> Gsell NJW 2003, 1969, 1970; dies. JuS 2006, 203, 204.

normalen Gebrauchsdauer nutzen können, folgte man der Meinung des Gesetzgebers. Nur dann wäre er auch wirklich bereichert. Doch ist diese Argumentation höchst spekulativ und würde der Rechtssicherheit abholt sein<sup>1237</sup>. Ebenso wird auf diesem Wege der schlechtleistende Verkäufer bevorzugt, denn er erhält zu dem Kaufpreis noch den Nutzungersatz, obwohl gerade *er* seine Pflichten verletzt hat<sup>1238</sup>.

Damit sind die Argumente klar. Der Weg aber nicht. Nachdem eine teleologische Reduktion aus systematischen und verfassungsrechtlichen Gründen verbaut ist, bleibt neben einer Gesetzesänderung einzig und allein der Weg, den Verweis in § 439 IV BGB partiell als unvereinbar mit Art. 3 VerbrGKRL zu erklären. Deswegen hat der BGH einen solchen Fall an den EuGH weitergeleitet<sup>1239</sup>.

Nach einer Ansicht steht Art. 3 VerbrGKRL dem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz nicht entgegen<sup>1240</sup>. Sie begründen dies damit, dass von der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung nur die Kosten nicht verlangt werden können, die zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands unentbehrlich sind. Der Nutzungersatz gehöre nicht dazu. Dem hält eine andere Meinung<sup>1241</sup> entgegen, dass der Nutzungersatz ein Entgelt darstellt, der die Wertsteigerung und die Verlängerung der Gebrauchsdauer der Kaufsache kompensieren soll. Das gebühre aber dem Käufer, weil dieser die Sache seit Übergabe gebrauchen dürfe und Nutzungen ziehen könne.

Dieser letztgenannten Ansicht ist auch zu folgen. Zwar kann man in der Tat den Erwägungsgrund Nr. 15 S. 1 der Kaufrichtlinie dahingehend verstehen, dass er einen Nutzungersatz gewährt und es mithin nicht europarechtswidrig wäre, dem Käufer einen Nutzungersatz aufzuerlegen<sup>1242</sup>. Doch ist dies falsch. Systematisch gesehen muss Erwägungsgrund Nr. 15 S. 1 mit S. 2 gelesen werden. Und in dem ist ausschließlich auf den Rücktritt abgestellt worden, so dass eine Anwendung der Regelung beim Nacherfüllungsanspruch nicht infrage kommt<sup>1243</sup>.

Genauso kann dem teleologisch nicht gefolgt werden. Zwar soll der Käufer nicht gänzlich ohne Kostenbeteiligung bleiben, aber das gilt nur für den Rücktritt<sup>1244</sup>. Beide sind zu differenzieren: Beim Rücktritt erhält der Verkäufer die Sache und der Käufer den Kaufpreis wieder. Der Gewinn ist allerdings verloren, während der Käufer wenigstens eine Zeitlang die Sache nutzen konnte. Somit ist ein Interessensausgleich gerechtfertigt, da der Verkäufer den Gewinn nicht behalten kann<sup>1245</sup>. Beim Nacherfüllungsanspruch darf der Verkäufer gleichwohl den Gewinn behalten und ist somit nicht schutzwürdig. Dies ist auch nicht deshalb ein falscher Vergleich, weil beim Rücktritt der Verkäufer eine zweite Pflichtverletzung, nämlich die nicht erfolgreiche Nacherfüllung, begangen hat<sup>1246</sup>, da dem Verkäufer hier immer noch der Gewinn verbleibt und die Anzahl der Pflichtverletzungen irrelevant ist.

Zudem gibt selbst die Gegenmeinung zu<sup>1247</sup>, dass es Situationen gibt, in denen der Käufer durch diesen Gegenanspruch abgehalten wird, seinen Nacherfüllungsanspruch zu stellen<sup>1248</sup>.

---

<sup>1237</sup> Vgl. Schwab JuS 2002, 630, 636, 637.

<sup>1238</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3201 Abs. 12; Wagner/ Michal ZGS 2005, 368, 372; Brömmelmeyer JZ 2006, 493, 494, 495.

<sup>1239</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3200.

<sup>1240</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 233 li. Sp. zu Abs. 4; Palandt- Weidenkaff § 439 Rn. 25; Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 35; Huber/ Faust Kap. 13 Rn. 56; Jacobs, Nacherfüllung, S. 392; Westermann JZ 2001, 530, 537; Fest NJW 2005, 2959, 2961.

<sup>1241</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3202 Abs. 21 ff. m. zust. Bem. Lorenz NJW 2006, 3202, 3203; MK- Lorenz Vor § 474 Rn. 19; Roth JZ 2001, 475, 489; Hoffmann ZRP 2001, 347, 349; Gsell NJW 2003, 1969, 1973, 1974; Ball NZV 2004, 217, 221, 222; Schulze/ Ebers JuS 2004, 366, 369, 370; Lorenz NJW 2007, 1, 6.

<sup>1242</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 233 li. Sp. zu Abs. 4; Bamberger/ Roth- Faust § 439 Rn. 35; Jacobs, Nacherfüllung, S. 392; Westermann JZ 2001, 530, 537.

<sup>1243</sup> Hoffmann ZRP 2001, 347, 349.

<sup>1244</sup> OLG Nürnberg NJW 2005, 3000, 3000, 3001; a.A. Fest NJW 2005, 2959, 2960, 2961.

<sup>1245</sup> OLG Nürnberg NJW 2005, 3000, 3001.

<sup>1246</sup> So aber Fest NJW 2005, 2959, 2960, 2961.

<sup>1247</sup> Fest NJW 2005, 2959, 2961.

Doch damit wäre er auch von den anderen Rechtsbehelfen ausgeschlossen, da die Nacherfüllung vorrangig zu geschehen hat. Das kann nicht die Intention des Gesetzgebers sein. Schlussendlich lässt sich aus Art. 3 IV VerbrGKRL nicht herleiten, dass dem Verbraucher auch andere Kosten als den für die Nacherfüllung erforderlichen aufgebürdet werden sollen<sup>1249</sup>.

Somit ist nicht nur ein rechtspolitisch fragwürdiger Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz durch den Verweis in § 439 IV BGB auf §§ 346 – 348 BGB eingeführt worden, sondern auch die europarechtlichen Vorgaben missachtet worden. Der Nutzungersatzanspruch ist europarechtlich nicht haltbar und verstößt gegen Art. 3 II- IV VerbrGKRL. Er kann nicht teleologisch reduziert werden.

Dieser Ansicht ist auch der EuGH gefolgt<sup>1250</sup>. Die Unentgeltlichkeit des Art. 3 IV VerbrGKRL erfasst durch das Wort „insbesondere“ nicht nur die dort genannten Beispiele. Diese sind nicht abschließend<sup>1251</sup>. Der Richtliniengeber wollte in der Tat die Unentgeltlichkeit zum wesentlichen Bestandteil des Verbraucherschutzes machen<sup>1252</sup>. Damit ist jede Art der finanziellen Belastungen durch den Verbraucher, die ihn vor einem Gebrauch seiner Rechte absehen lassen, zu unterbinden. Das bedeutet, dass jegliche finanzielle Beteiligung des Verbrauchers am Herstellen der vertraglich zugesicherten Leistung zu unterbleiben hat<sup>1253</sup>. Außerdem bezieht sich der 15. Erwägungsgrund lediglich auf Art. 3 V VerbrGKRL, in dem der Verkäufer dem Verbraucher die erlangten Vorteile zurückzugewähren hat<sup>1254</sup>. Ebenso ist der Käufer auch nicht ungerechtfertigt bereichert, da ihm nur das zu Gute kommt, was ihm sowieso gebührt, die Lieferung einer mangelfreien Ware<sup>1255</sup>.

Diese Auslegung bindet auch den BGH<sup>1256</sup>. Das Problem besteht nun, dass es nicht möglich ist, den Wortlaut des Gesetzes europarechtskonform zu reduzieren<sup>1257</sup>. Damit muss man aber die Unterscheidung zwischen Rechtsfortbildung und Auslegung aufheben, um eine europarechtskonforme Auslegung zu erreichen<sup>1258</sup>. Daraufhin konstruiert der BGH eine planwidrige Regelungslücke, indem er annimmt, dass der Gesetzgeber kein richtlinienkonträres Gesetz schaffen wollte, zumal dieser auch im Begriff ist, das Gesetz diesbezüglich zu ändern<sup>1259</sup>. Für den Nichtverbrauchsgüterkauf bleibt es bei der Regelung, dass Nutzungersatz zu zahlen ist<sup>1260</sup>.

Diese Argumentation des BGH ist aus der Not heraus geboren. Zum einen hat der BGH keine andere Wahl, als dem EuGH zu folgen. Und in der Sache auch vollständig korrekt. Nur ist der Weg dahin fragwürdig. Der Gesetzgeber hat den Wortlaut so festgelegt. Er muss den Wortlaut ändern, was er auch vorhat. Dennoch: So lange er es nicht tut, liegt ein Richtlinienverstoß vor, der nicht vom BGH mittels einer richtlinienkonformen Auslegung im Wege der teleologischen Reduktion begegnet werden kann. Es ist eine abenteuerliche Konstruktion, so zu argumentieren. Jedoch, eine Alternative ist nicht ersichtlich. Allerdings ist diese Art der Konstruktion nicht sehr stabil, und man muss aufpassen, dass diese nicht zu weiteren teleologischen Reduktionen *contra legem* führt. Dem könnte man begegnen, wenn man anstatt einer teleolo-

---

<sup>1248</sup> BGH NJW 2006 3200, 3201, 3202 Abs. 20, 21; MK- Lorenz Vor § 439 Rn. 19; Roth JZ 2001, 475, 489; Gsell NJW 2003, 1969, 1974.

<sup>1249</sup> BGH NJW 2006, 3200, 3202 Abs. 24.

<sup>1250</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1433.

<sup>1251</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1434.

<sup>1252</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1434.

<sup>1253</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1434.

<sup>1254</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1435.

<sup>1255</sup> EuGH NJW 2008, 1433, 1435.

<sup>1256</sup> BGHZ 179, 27, 27 ff.

<sup>1257</sup> BGHZ 179, 27, 34 Rn. 20.

<sup>1258</sup> BGHZ 179, 27, 34, 35 Rn. 21.

<sup>1259</sup> BGHZ 179, 27, 35 ff. Rn. 22 ff.

<sup>1260</sup> BGHZ 179, 27, 38 Rn. 28.

gischen Reduktion eine europarechtskonforme Reduktion bzw. Auslegung einführt<sup>1261</sup>. Diese darf auch *contra legem* argumentieren, aber nur dann, wenn es eine Verletzung eines europäischen Rechts gibt und die entsprechende Vorschrift europarechtskonform eingeführt werden sollte. Dann kann man eine europarechtswidrige Regelungslücke auch mit einer Argumentation gegen den Wortlaut schließen. Aber nur in diesen Fällen!

Inzwischen hat der Gesetzgeber gehandelt und § 474 II BGB eingefügt, um diesen Vorgaben zu entsprechen.

#### *ff) Verweigerungsrecht des Verkäufers*

Der § 439 III BGB gibt dem Verkäufer, unbeschadet § 275 II, III BGB, das Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn unverhältnismäßig hohe Kosten der Nacherfüllung im Wege stehen. Dies ist als Korrektur dafür gedacht, dass dem meist unkundigen Käufer das Wahlrecht der Art der Nacherfüllung zusteht und nicht dem Verkäufer<sup>1262</sup>. Mit dieser Einrede<sup>1263</sup> wird neben der tatsächlichen Unmöglichkeit auch die Unzumutbarkeit und Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen<sup>1264</sup> und damit auch die Fälle korrigiert, in denen der Käufer sich auf eine unverhältnismäßige Art der Nacherfüllung festlegte. Das gilt aber nur für die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung und nur insoweit, wie die Nacherfüllung tatsächlich unzumutbar oder unverhältnismäßig ist<sup>1265</sup>. Das heißt, dass der Verkäufer kein Recht hat, die andere Art der Nacherfüllung zu verweigern, es sei denn, auch diese ist nicht möglich oder unverhältnismäßig. Auch muss der die Nacherfüllung insofern ausführen, wie es ihm möglich bzw. wenigstens verhältnismäßig ist. Der Gesetzgeber sah den Verweis auf § 275 II, III BGB als nicht ausreichend an, den Verkäufer zu schützen<sup>1266</sup>. Dieser sollte nicht nur in den quasi-unmöglichkeitsgleichen Situationen des § 275 II, III BGB geschützt werden, sondern noch darüber hinaus. Das ist erstaunlich. Denn die tatsächlichen Umstände, die hierfür herangezogen werden, sind in beiden Fällen dieselben<sup>1267</sup>. Desgleichen sollte die Nacherfüllungspflicht der Erfüllungspflicht weitgehend angeglichen werden, so dass eine Ungleichbehandlung noch weniger gerechtfertigt erscheint<sup>1268</sup>. Warum soll der Käufer keine Nacherfüllung verlangen können, wenn ihm ein Erfüllungsanspruch zusteht, der auch durchgeht? Damit muss in beiden Fällen derselbe Maßstab genommen werden, so dass die Unverhältnismäßigkeit des § 439 III BGB mit der Unzumutbarkeit des § 275 II, III BGB gleichgesetzt werden muss.

Da § 439 III BGB eine Einrede ist, muss sich der Käufer auf sie berufen. Er braucht es aber auch nicht, wenn er beispielsweise den Kaufpreis behalten oder gute Geschäftskontakte nicht gefährden will<sup>1269</sup>. Allerdings ist diese Einrede als Ausnahmeregelung gedacht, so dass man diese Ausnahme nicht zur Regel werden lassen darf<sup>1270</sup>. Sie ist eher restriktiv zu verstehen.

Das wirft die Frage auf, wann denn eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einer relativen und einer absoluten Unverhältnismäßigkeit. Während erstere sich nur auf die gewählte Art der Nacherfüllung bezieht<sup>1271</sup>, betrifft die zweite die ganze Nacherfüllung und macht diese gänzlich zunichte.

#### *(1) Relative Unverhältnismäßigkeit*

<sup>1261</sup> Vgl. Heimermann ZGS 2009, 211, 212 ff.

<sup>1262</sup> Schubel JuS 2002, 313, 316.

<sup>1263</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 232 li. Sp. zu Satz 1; Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 38.

<sup>1264</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 19.

<sup>1265</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Satz 3; MK- Westermann § 439 Rn. 19.

<sup>1266</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 232 li. Sp. zu Satz 1.

<sup>1267</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 26; Staudinger-Matusche-Beckmann § 439 Rn. 42.

<sup>1268</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 26.

<sup>1269</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 20.

<sup>1270</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 20; Jacobs, Nacherfüllung S. 382, 383; Schubel JuS 2003, 313, 316.

<sup>1271</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 21; Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 39.

Relative Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn man beide Arten der Nacherfüllung miteinander vergleicht und als Ergebnis die eine Art unverhältnismäßig für den Verkäufer erscheint. Dass die gewählte Art der Nacherfüllung teurer ist, ist für sich allein genommen noch kein Grund, diese Art der Nacherfüllung als unverhältnismäßig anzusehen<sup>1272</sup>. Ansonsten wäre das Wahlrecht des Käufers zu leicht zu untergraben. Genauso muss auch jegliche Limitierung auf den Kaufpreis, wenigstens bei Stückschuld<sup>1273</sup>, abgelehnt werden. Sonst kann sich der Verkäufer frühzeitig von seinen Verpflichtungen lösen. Damit wäre aber das zu schützende Erfüllungsinteresse des Käufers nicht in ausreichender Weise geschützt, und gerade dieses Erfüllungsinteresse ist maßgeblich für den Vergleich<sup>1274</sup>. Nur wenn die Abwägung von Erfüllungsinteresse und den Interessen des Verkäufers, die Kosten der Nacherfüllung möglichst gering zu halten, ergibt, dass letztere bei der gewählten Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig hoch sind, kann der Verkäufer die Einrede erheben<sup>1275</sup>.

In der Abwägung müssen die Kosten der Nacherfüllung, das Interesse des Käufers an der gewählten Art der Nacherfüllung sowie der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und Bedeutung des Mangels miteinander verglichen werden.

Bei den Kosten muss die Unverhältnismäßigkeit objektiv festgestellt werden<sup>1276</sup>. Das heißt, dass Besonderheiten der Organisationsstruktur des Verkäufers, etwa, wenn keine Reparaturmöglichkeiten vorhanden sind, grundsätzlich unberücksichtigt bleiben<sup>1277</sup>. Auch ein Verkäufer, der keine Reparaturwerkstatt hat, muss also grundsätzlich eine Reparatur durch Fremdunternehmen durchführen lassen, soweit es nicht unverhältnismäßig wird<sup>1278</sup>. Diese Mehrkosten sind zu berücksichtigen. Bei den Kosten der Nachlieferung ist die Möglichkeit des Verkäufers zur Weiterveräußerung des mangelhaften Gegenstands genauso zu berücksichtigen<sup>1279</sup> wie die Verschlechterung oder gar der Untergang der Sache, sofern dies nicht mangelbezogen geschah<sup>1280</sup>. Das ist nur konsequent. Wenn dem Käufer eine Wertsteigerung gebührt, muss er auch eine Wertminderung akzeptieren. Obwohl ein Verschulden des Käufers die Unverhältnismäßigkeitsprüfung laut Gesetzestext nicht beeinflusst, da die Nacherfüllung verschuldensunabhängig ist, ist es nicht völlig irrelevant, zumal der Verkäufer deswegen dem Käufer das vollständige Interesse schuldet<sup>1281</sup>. Das heißt, dass ihm ein relativ größeres Maß an Aufwendungen zugemutet werden kann. Systematisch spricht auch der Verweis auf § 275 II, III BGB dafür, in welchem es gerade auf das Verschulden ankommt<sup>1282</sup>.

Der Käufer braucht auch nicht zu einer Art der Nacherfüllung gezwungen werden, wenn diese den Mangel nicht vollständig beseitigt<sup>1283</sup>. Auch kleine Mängel brauchen nicht akzeptiert zu werden. Sein Interesse umfasst vielmehr die Dauer des Nutzungsausfalls, Beeinträchtigungen während der Nachbesserung, sei es am Arbeitsplatz oder zu Hause, aber auch immaterielle Interessen<sup>1284</sup>. Der Käufer kann auch bei der Kumulation kleiner Mängel, die auf weitere,

---

<sup>1272</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 44.

<sup>1273</sup> *Huber, Schadensersatzhaftung*, S. 524, 545, 546; *Ackermann JZ* 2002, 378, 383.

<sup>1274</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 21.

<sup>1275</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 44.

<sup>1276</sup> *Begründungserwägung 11 S. 2 VerbrGKRL*; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 45.

<sup>1277</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 23; *Bamberger/Roth-Faust* § 49 Rn. 45; vgl. *BT-Drs. 14/6040 S. 232 li. u. re. Sp. zu Satz 1*; *Stellungnahme Bundesrat BT-Drs. 14/6857 S. 27 re. Sp. Nr. 95*; *Erwiderung Bundesregierung BT-Drs. 14/6857 S. 61 li. Sp. zu Nr. 95*.

<sup>1278</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 23; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 45; *Kirsten ZGS* 2005, 66, 68.

<sup>1279</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 45.

<sup>1280</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 45; *Kirsten ZGS* 2005, 66, 68.

<sup>1281</sup> *OLG Karlsruhe ZGS* 2004, 432, 434; *MK-Westermann* § 439 Rn. 23; *Staudinger-Matusche-Beckmann* § 439 Rn. 48; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 48; *Haas Kap. 5 Rn. 158*; *Huber/Faust Kap. 13 Rn. 40*; *Bitter/Meidt ZIP* 2001, 2114, 2121; a.A. *Erman-Grünwald* § 439 Rn. 11; *AnwKo Büdenbender* § 439 Rn. 35; *Ball NZV* 2004, 221, 224.

<sup>1282</sup> *Huber/Faust Kap. 13 Rn. 40*.

<sup>1283</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 22; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 46.

<sup>1284</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 46.

noch versteckte Mängel hinweisen, sog. „Montagsware“, die Nachlieferung verlangen, um eben das Risiko des Vorhandenseins dieser Mängel nicht zu tragen<sup>1285</sup>. Da Veränderungen an der Kaufsache nicht von der Nacherfüllung gedeckt werden, führt deren Vorhandensein in der Regel zu einer Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung<sup>1286</sup>.

Wann ein Mangel bedeutend ist, bleibt nebulös, genauso wie Wert der Sache in mangelfreiem Zustand<sup>1287</sup>. Beide sollen sowohl das Interesse des Käufers als auch die Kosten des Verkäufers beeinflussen. Beiden sollte darüber hinaus keine große eigenständige Bedeutung zukommen<sup>1288</sup>. Das bedeutet somit nur, dass bei geringwertigen Alltagsgegenständen eine Reparatur meist wesentlich höhere Kosten verursacht als eine Neulieferung<sup>1289</sup>. Genauso ist eine Nachlieferung wahrscheinlicher zu verlangen, je bedeutender der Mangel ist<sup>1290</sup>. Somit kann der Käufer einer defekten Schraube eher eine neue Schraube verlangen als deren Reparatur<sup>1291</sup>, während er bei einer defekten Schraube in einem Auto nur die Reparatur mit einer neuen Schraube verlangen kann und kein neues Auto<sup>1292</sup>. Ist der Motor irreparabel defekt, so ist in der Regel eine Neulieferung gerechtfertigt.

Will sich der Käufer an den Kosten verbindlich beteiligen, so setzt dies die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit der gewählten Nachbesserungsart höher<sup>1293</sup>. Eine entgegenstehende, zum alten Recht ergangene Entscheidung des BGH<sup>1294</sup> betraf § 251 BGB, der die immateriellen Interessen nicht in dem Ausmaß schützt wie § 439 BGB. Ein solches Angebot zeigt jedoch, dass das immaterielle Interesse des Käufers sehr hoch ist und respektiert werden muss<sup>1295</sup>. Sollten diese dann doch nicht ausreichen, die Unverhältnismäßigkeit abzuwenden, sollte der Käufer das Recht haben, durch Beteiligung an den Kosten die Unverhältnismäßigkeit aufzuheben<sup>1296</sup>.

Damit sind die Kriterien bekannt. Doch was bedeutet das für den Praktiker bzw. den Studenten? In der Tat ist dogmatisch eine starre Formellösung ausgeschlossen<sup>1297</sup>. Diese sind zu rigide und berücksichtigen nicht das Interesse des Käufers in ausreichendem Maße, so dass sie sich verbieten. Das bedeutet aber nicht, dass Prozentgrenzen nicht als Anhaltspunkte genommen werden können, sofern die anderen Interessen des Käufers berücksichtigt wurden<sup>1298</sup>. Das ist dann der Fall, wenn beide für ihn etwa gleich belastend sind<sup>1299</sup> und andere Interessen berücksichtigt wurden. In der Literatur wird eine Reihe von Vorschlägen gemacht. So reichen die Vorschläge von einer Unverhältnismäßigkeitsgrenze von 10% der Kosten der gewählten Nacherfüllungsvariante über der anderen<sup>1300</sup>, 20% (mit der bisher einzigen Stellungnahme eines Gerichts)<sup>1301</sup>, 25%<sup>1302</sup>, 30%<sup>1303</sup> und einer abstufenden Kopplung an das

<sup>1285</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 46.

<sup>1286</sup> *Vgl. Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 46.

<sup>1287</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 22; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 47.

<sup>1288</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 22; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 47.

<sup>1289</sup> *BT-Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Satz 2; Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 47; *Jacobs. S. 384*.

<sup>1290</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 47.

<sup>1291</sup> *BT-Drs. 14/6040 S. 232 re. Sp. zu Satz 2*.

<sup>1292</sup> *Vgl. MK-Westermann* § 439 Rn. 22.

<sup>1293</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 50; *AnwKo-Büdenbender* § 439 Rn. 42; *Kirsten ZGS 2005, 66, 74*.

<sup>1294</sup> *BGHZ 115, 375, 380, 381*.

<sup>1295</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 50; *AnwKo-Büdenbender* § 439 Rn. 42; *Kirsten ZGS 2005, 66, 74*.

<sup>1296</sup> *AnwKo-Büdenbender* § 439 Rn. 42; *Kirsten ZGS 2005, 66, 74*.

<sup>1297</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 20; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 49; *Huber NJW 2002, 1004, 1007, 1008; Kirsten ZGS 2005, 66, 73*.

<sup>1298</sup> *MK-Westermann* § 439 Rn. 20; *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 49; *Kirsten ZGS 2005, 66, 73*.

<sup>1299</sup> *Bamberger/Roth-Faust* § 439 Rn. 49.

<sup>1300</sup> *Haas Kap. 5 Rn. 161; Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2121, 2122; Huber NJW 2002, 1004, 1008*.

<sup>1301</sup> *LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; Kirsten ZGS 2005, 66, 73*.

<sup>1302</sup> *Henssler/v. Westphalen Rn. 27*.

<sup>1303</sup> *Wohl MK-Westermann* § 439 Rn. 20.

Vertretenmüssen von 5% (bei fehlendem Vertretenmüssen) bis 25% (bei Vorsatz)<sup>1304</sup>. Man möchte fast sagen, der Basar ist eröffnet!

Alle diese Prozentzahlen dürfen jetzt nicht missverstanden werden! Immer noch ist der Einzelfall das Maß aller Dinge, so dass selbst 100% im Einzelfall immer noch eine durchaus akzeptable Quote darstellen können. Im Einzelfall.

10% als Grenze erscheint zu wenig, da ansonsten das Wahlrecht des Käufers zu schnell unterlaufen wird<sup>1305</sup>. Das muss man auch der Kopplung an das Verschulden vorwerfen. Verschulden kann nur noch dazu führen, dass die Grenze erhöht wird, nicht dass sie vermindert wird. Die Argumente der Bandbreite von 20 bis 30% ähneln sich. Einige wollen auf § 251 BGB und die eingefahrene Rechtsprechung verweisen<sup>1306</sup>, obwohl der Maßstab ein anderer ist<sup>1307</sup>. Denn bei § 251 wird objektiv Herstellungsaufwand und Wert des Gutes miteinander verglichen und hat also einen absoluten Bezugspunkt. Zumal sich der Gesetzgeber an den werkrechtlichen § 633 II 3 BGB a.F. angelehnt hat<sup>1308</sup>. 30 % wurden abgelehnt, da die Rechtsprechung zu § 251 BGB das Affektionsinteresse berücksichtigt, dass in Fällen des Nachlieferungsbegehrens gerade nicht existiert<sup>1309</sup>.

Meines Erachtens sollte die Grenze in der Mitte gezogen werden. 25% ist eine gute Grenze, da hiermit das Wahlrecht des Käufers am besten zur Geltung kommt und gleichzeitig den Bedürfnissen des Verkäufers, die Kosten zu minimieren, Rechnung getragen wurde. Liegt Verschulden vor, so sollten in der Tat Abstufungen gemacht werden nach Grad des Verschuldens. Dementsprechend sind die vorgeschlagenen Werte noch zu addieren. Damit ist die Grenze beim Vertretenmüssen ohne Verschulden 25%, bei leichter Fahrlässigkeit 30%, bei grober Fahrlässigkeit 40 % und schließlich bei Vorsatz 50%. Der letzte Schritt von 10% Punkten ist wegen des arglistigen Verhaltens des Verkäufers gerechtfertigt.

### (2) Absolute Unverhältnismäßigkeit

Absolute Unmöglichkeit liegt vor, wenn beide Arten der Nacherfüllung nur durch unverhältnismäßig hohe Kosten und Mühen zu erreichen sind. Hierbei wird es wieder auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Dabei ist jedoch im Ergebnis, wie oben gezeigt, der gleiche Maßstab wie bei § 275 II, III BGB einzusetzen, da bei beiden Interessenlage und Abwägungsgründe dieselben sind und es nicht einzusehen ist, warum der Käufer in derselben Konstellation einen Erfüllungsanspruch hat, der Verkäufer aber einen Nacherfüllungsanspruch verweigern kann. Damit kann der Einrede aus § 275 II, III BGB keine eigenständige Bedeutung zukommen<sup>1310</sup>.

Wie aber bei der relativen Unverhältnismäßigkeit wurden auch bei der absoluten Nacherfüllung verschiedene Prozentgrenzen als Lösungsvorschläge angeboten. Diese können allenfalls als Richtwerte gelten, da es immer noch auf den Einzelfall ankommt. Ein Vorschlag sieht eine Teilung in 0% über dem Kaufpreis für nicht schuldhaft handelnde Verkäufer bzw. 30% für schuldhaft handelnde Verkäufer vor<sup>1311</sup>. Es werden ebenso vertreten 20%<sup>1312</sup>, 30%<sup>1313</sup>, der Minderungsbetrag<sup>1314</sup> und 50% resp. 100% über dem Wert der mangelhaften Sache<sup>1315</sup>. Der Basar 2.0?

<sup>1304</sup> Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 49.

<sup>1305</sup> Vgl. Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 49.

<sup>1306</sup> LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; MK-Westermann § 439 Rn. 20.

<sup>1307</sup> Kirsten ZGS 2005, 66, 73.

<sup>1308</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 232 li. Sp. zu Satz 1.

<sup>1309</sup> LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; Kirsten ZGS 2005, 66, 73.

<sup>1310</sup> MK-Westermann § 439 Rn. 26.

<sup>1311</sup> Huber NJW 2002, 1004, 1008; ders. Huber/Faust Kap. 13 Rn. 41.

<sup>1312</sup> Kirsten ZGS 2005, 66, 71, 72.

<sup>1313</sup> Reinicke/Tiedtke Rn. 450, 451.

<sup>1314</sup> Ackermann JZ 2002, 378, 382 ff.

<sup>1315</sup> Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2121, 2122.

Gegen solche Lösungen spricht in der Tat der Wortlaut von Art. 3 III 1 VerbrGKRL, der einen Ausschluss nur für die Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit vorsieht. Ebenso sei mit Unverhältnismäßigkeit allein auf die relative Unverhältnismäßigkeit abzustellen<sup>1316</sup>. Umso mehr ist hier eine richtlinienkonforme Auslegung mehr denn je notwendig<sup>1317</sup> (eine teleologische Reduktion auf 0 kommt hier wegen der Intention des Gesetzgebers nicht in Betracht).

Gleichwohl ist auch diese Lösung problematisch. Es kann nicht gewollt sein, dass nur die Unmöglichkeit selbst und nicht auch das Unvermögen mit eingeschlossen ist<sup>1318</sup>. Insofern ist dieses teleologisch in Art. 3 III 1 VerbrGKRL mit einzubeziehen. Ansonsten wäre der Grundsatz von Treu und Glauben unterlaufen.

Aber selbst diese Auffassung kann nicht grundsätzlich Richtwerte, wie bei der relativen Unverhältnismäßigkeit, verbieten. Ansonsten wäre auch hier die Rechtssicherheit in Gefahr<sup>1319</sup>. Diese Richtwerte sind natürlich durch die Gegebenheiten des Einzelfalls zu modifizieren.

0% des Kaufpreises bedeutet eine Unterhöhung des Erfordernisses der Nacherfüllung. Auch schuldet selbst der unverschuldet handelnde Verkäufer mehr, als er leistete, wenn die Sache defekt ist<sup>1320</sup>. 30% als Anlehnung an § 251 BGB ist ebenso problematisch. Und es ist auch nicht einzusehen, warum ein Händler, der einen Fernseher liefert, der nur noch Schrottwert hat, nicht doch einen funktionierenden Plasmafernseher liefern soll. Somit kann als Basis nur der Kaufpreis der Sache sein. Ebenso muss er im Verhältnis zu § 275 II, III BGB recht hoch sein. Damit ist in der Tat ein Wert von 50% als Obergrenze zu sehen. Verschulden sollte gestaffelt bis 100% über dem Kaufpreis gehen (Vertretenmüssen ohne Verschulden zusätzlich 10%, mit leichtem Verschulden 20%, mit grober Fahrlässigkeit 30% und schlussendlich 50% für Absicht), und es gibt auch genügend Spielraum für die relative Unverhältnismäßigkeit. Der Kunde braucht nicht zu fürchten, dass die gewählte Art zwar relativ verhältnismäßig, absolut allerdings unverhältnismäßig ist. Auf diese Weise wird dieses Wahlrecht auch nicht unterhöhlt.

### (3) Zeitpunkt

Als Zeitpunkt der Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Nacherfüllung werden derjenige der letzten mündlichen Verhandlung<sup>1321</sup>, der Zeitpunkt, zu dem die Sache geschuldet war<sup>1322</sup> und der Zeitpunkt der Übergabe<sup>1323</sup> vorgeschlagen. Letztere ist vorzuziehen, da zu diesem Zeitpunkt die Sache geschuldet war und eine spätere Wertsteigerung nicht dem Verkäufer zu Gute kommen kann.

### (4) Ergebnis

Der Verkäufer kann die gewählte Art der Nacherfüllung nur bei relativer Unverhältnismäßigkeit ablehnen. Der Richtwert liegt bei 130 bis maximal 150% (abhängig vom Verschulden) über der anderen Alternative. Die absolute Unverhältnismäßigkeit hat einen Richtwert von 150 bis 200% (abhängig vom Grad des Verschuldens). Diese sind Richtwerte, die durch die Begebenheiten des Einzelfalls zu modifizieren sind. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der der Übergabe.

<sup>1316</sup> *Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 40.*

<sup>1317</sup> *Vgl. Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 53.*

<sup>1318</sup> *Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 53.*

<sup>1319</sup> *MK- Westermann § 439 Rn. 24.*

<sup>1320</sup> *A.A. Huber NJW 2002, 1004, 1008.*

<sup>1321</sup> *Bamberger/Roth- Faust § 439 Rn. 43, 55; vgl. Kirsten ZGS 2005, 66, 69.*

<sup>1322</sup> *BGH NJW 1995, 1836, 1837 zu § 633 BGB a.F.*

<sup>1323</sup> *MK- Westermann § 439 Rn. 25; Haas Kap. 5 Rn. 158.*



#### d) Beweislast

Nach der Wahl des Nacherfüllungsanspruchs und der diesbezüglichen Erklärung durch den Käufer muss der Verkäufer die Voraussetzungen seiner Einrede aus § 439 III BGB beweisen<sup>1324</sup>. Die Bedeutung der Sache für den Schuldner, seine immateriellen Interessen und die auftretenden Unannehmlichkeiten hat jedoch der Käufer zu beweisen.

#### e) Verjährung

Ebenso problematisch ist die Frage, ob die Verjährung neu beginnt, wenn der Verkäufer nacherfüllt hat. Eine Ansicht sieht das zutreffend an<sup>1325</sup>. Die Gegenansicht befürchtet hingegen eine Diskriminierung des Käufers, der nur eine Nachbesserung erhält<sup>1326</sup>.

Dieser Meinung ist zwar zuzustimmen, dass die Gewährleistung theoretisch *ad calendas graecas* verlängert werden kann<sup>1327</sup>. Doch was ist daran verkehrt? Wenn der Verkäufer einen Mangel nicht behebt, muss er es so lange erneut versuchen, bis er es geschafft hat oder der Verkäufer Sekundärrechte in Anspruch nimmt. Das ist seine Pflicht. Er ist nicht schützenswert. Ebenso ist das Argument nicht triftig, derjenige, der eine Nachbesserung erhalte, sei diskriminiert. Ja, zugegebener Maßen wird er benachteiligt. Aber er erhält auch nur das, was ihm gebührt. Der Verkäufer hat nur für das wieder neu einzustehen, was er nachbesserte, nicht im Übrigen. Zeigt sich an der Nachbesserung ein Fehler erst nach anderthalb Jahren und sind nach der ursprünglichen Übergabe drei Jahre vergangen, so sind nur die Mängel an der Nachbesserung nicht verjährt. Wurde nur eine schadhafte Platine ersetzt, muss der Verkäufer nur für diese neu garantieren. Für den Rest des PC nicht. Liefert er dagegen einen neuen PC ist nicht einzusehen, warum er nicht für die Neulieferung wieder neu einzustehen hat, zumal erst ab Ablieferung der Sache der Käufer diese untersuchen kann<sup>1328</sup>.

Der Weg, dies mit dem Gesetz zu begründen, ist schwierig. Zum einen liegt in der Tat nicht automatisch ein Anerkenntnis i.S.d. § 212 BGB vor<sup>1329</sup>. Trotzdem ist es dafür generell geeignet, da § 212 BGB die Weiterführung von § 208 BGB a.F. ist und dessen Rechtsprechung fortführt<sup>1330</sup>. Zum anderen kann ein Tätigwerden aus Kulanz keine weiteren Nachteile für den Verkäufer nach sich ziehen<sup>1331</sup>. Ob Nachbesserungen oder Nachlieferungen als Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB zu werten sind, mag stark angezweifelt werden<sup>1332</sup>. Doch ist hier dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Ein nacherfüllender Verkäufer könnte immer nur aus „Kulanz“ nacherfüllen, um die Verjährung nicht neu beginnen zu lassen. Es muss *erkennbar* sein, dass der Verkäufer aus Sicht des Käufers aus reiner Kulanz handelte<sup>1333</sup>. Das heißt, denn trifft hierfür die Beweislast. Besonders die Dauer und Kosten der Nacherfüllung sowie deren Umfang müssen berücksichtigt werden<sup>1334</sup>. Wenn das zutrifft, liegt keine Kulanz mehr vor, sondern eine Anerkenntnis i.S.d. § 212 BGB.

<sup>1324</sup> MK- Westermann § 439 Rn. 28.

<sup>1325</sup> Bamberger/ Roth Faust § 438 Rn. 59; Staudinger- Matusche- Beckmann § 438 Rn. 21; ähnlich MK- Westermann § 438 Rn. 41; Palandt- Weidenkaff § 438 Rn. 16a; Haas Kap. 5 Rn. 332, 333; Ernst/ Gsell ZIP 2000, 1410, 1420, 1421, 1812, 1813, 1814; Graf v. Westphalen ZGS 2002, 19, 21, 22; Arnold ZGS 2002, 438, 440, 441; Lorenz NJW 2007, 1, 5; zu § 480 BGB a.F. Soergel<sup>12</sup>- Huber § 480 Rn. 41; vgl. BGHZ 164, 196, 204, 205.

<sup>1326</sup> OLG Celle NJW 2006, 2643, 2643, 2644; AnwKo- Bündenbender § 438 Rn. 16; Auktor NJW 2003, 120, 121, 122; ders./ Mönch NJW 2005, 1686, 1687, 1688; Bolthausen/ Rinker ZGS 2006, 12, 12 ff.

<sup>1327</sup> Auktor/ Mönch NJW 2005, 1686, 1687; Bolthausen/ Rinker ZGS 2006, 12, 13, 14.

<sup>1328</sup> Arnold ZGS 2002, 438, 440, 441; Lorenz NJW 2007, 1, 5.

<sup>1329</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 47, 48 Abs. 16; Lorenz NJW 2007, 1, 5.

<sup>1330</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 120 re. Sp. zu Nr. 1; Graf v. Westphalen ZGS 2002, 19, 21.

<sup>1331</sup> BGHZ 164, 196, 204, 205; Auktor/ Mönch NJW 2005, 1686, 1687; Lorenz NJW 2007, 1, 5.

<sup>1332</sup> Arnold ZGS 2002, 438, 440.

<sup>1333</sup> BGHZ 164, 196, 204, 205.

<sup>1334</sup> BGHZ 164, 196, 204, 205; NJW 1988, 254, 255; 1999, 1969, 1969.

Somit ist festzustellen, dass die Verjährung mit der Neulieferung für die ganze Sache bzw. bei Nachbesserung für eben jene gem. § 212 BGB neu beginnt, wenn es nicht aus Kulanz geschah.

## **§ 27 Nachbesserung in der CISG**

Nachbesserung i.S.d. Art. 46 CISG kommt im Fall einer mangelhaften Lieferung i.S.d. Artt. 35, 41, 42 CISG in Betracht, wenn der Mangel rechtzeitig gem. Art. 39 CISG gerügt worden ist. Nachbesserung schließt neben der eigentlichen Reparatur den Austausch defekter Teile oder die Lieferung von Ersatzteilen mit ein<sup>1335</sup>. Die Wahl der Mittel steht dem Verkäufer zu<sup>1336</sup>.

Die Nachlieferung ist primär auf den Gattungskauf zugeschnitten<sup>1337</sup>. Beim echten Spezieskauf kann sie somit nicht verlangt werden. Nur dann, wenn ein aliud geliefert wurde oder es sich um eine vertretbare Sache handelt, kann sie dennoch Anwendung finden, sofern sie dem Interesse des Käufers entspricht<sup>1338</sup>. Einfache Nachbesserung ist immer möglich, es sei denn, der Mangel ist irreparabel<sup>1339</sup> oder für den Verkäufer objektiv unzumutbar<sup>1340</sup>. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie unwirtschaftlich ist<sup>1341</sup>. Das gilt auch, wenn aus internen Gründen eine Nachlieferung kostengünstiger ist, es sei denn, der Käufer hat ein besonderes Interesse an der Nachbesserung und die Kosten der Alternative liegen nicht zu weit auseinander<sup>1342</sup>. Unzumutbarkeit liegt ebenso bei mangelnder Fähigkeit des Verkäufers zur Nachbesserung vor<sup>1343</sup> sowie dann, wenn der Käufer den Mangel selbst und kostengünstig beheben kann<sup>1344</sup>. Ansonsten kann nach Art. 46 II CISG die Nachlieferung nur verlangt werden, wenn die Vertragsverletzung eine wesentliche i.S.d. § 25 CISG ist.

Art. 46 III CISG ist in der deutschen Fassung missverständlich formuliert („kann ... den Verkäufer auffordern, die Vertragswidrigkeit zu beheben“) und könnte deshalb den Anschein erwecken, es läge kein Anspruch vor<sup>1345</sup>. Die direkte Übersetzung des englischen und französischen Originaltexts („may require“, „peut exiger“) hat den Charakter des Anspruchs nicht genügend erfasst. Insofern muss der deutsche Wortlaut als Anspruch ausgelegt werden.

Art. 46 III CISG macht die Einschränkung, dass im Falle der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung kein Anspruch auf diesen besteht.

---

<sup>1335</sup> S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 44; E/M- Strohbach Art. 46 Rn. 7; Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 54; Schlechtriem IPRax 1996, 256, 256, 257; vgl. OLG Hamm IPRax 1996, 269, 270.

<sup>1336</sup> S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 44.

<sup>1337</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 33.

<sup>1338</sup> Vgl. LG Ellwangen NJW 2003, 517, 517; S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 18.

<sup>1339</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 59.

<sup>1340</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 60.

<sup>1341</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 61.

<sup>1342</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 61.

<sup>1343</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 62.

<sup>1344</sup> S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 40.

<sup>1345</sup> MK- Huber Art. 46 Rn. 49; Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 55.

## § 28 Nachbesserung in den Principles und im DCFR

### I. Nachbesserung in den PECL

Das Nachbesserungsrecht in den PECL ist fast versteckt in der Erfüllung i.S.d. Art. 9:102 I PECL geregelt worden. Dort wird nur darauf hingewiesen, dass bei mangelhafter Erfüllung auch die Nachbesserung bzw. Nacherfüllung gefordert werden. Dies unterliegt aber auch den gleichen Einschränkungen wie die Erfüllung selber<sup>1346</sup>. So kann sie nicht verlangt werden, wenn sie rechtswidrig, unmöglich, unzumutbar geworden ist oder der Gläubiger vernünftigerweise ein Ersatzgeschäft tätigen könnte. Ebenso muss der Anspruch innerhalb einer angemessenen Frist geltend gemacht worden sein, nachdem der Gläubiger von der Nichterfüllung zumindest Kenntnis erlangt haben müsste. Die Art und Weise der Nacherfüllung, also ob die Sache repariert wird, fehlende Teile oder gar ein Ersatz nachgeliefert werden, wird nicht vorgeschrieben<sup>1347</sup>. Die Wahl hat dabei die benachteiligte Partei, also der Käufer bzw. Besteller<sup>1348</sup>. Allerdings sind hierbei die Grenzen, die auch zur Erfüllung gelten, einzuhalten. D.h., dass die Wahl der Nacherfüllung sich insbesondere auf die zumutbare und mögliche Art und Weise reduziert, also der Schuldner die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern kann. Auch das Tätigen einer Ersatzleistung wird genannt, wenn dies sinnvoller ist.

Doch gilt auch hier, dass bei der Zumutbarkeit die Interessenlage beider Parteien zu gewichten ist. So kann auch hier derjenige, der ein gerechtfertigtes Interesse hat, die andere Art der Nacherfüllung wählen, wenn sie auch teurer ist<sup>1349</sup>. Bei der Nachbesserung durch Dritte ist immer das Interesse der Parteien zu beachten, nicht den Garantieschutz einer Marke zu verlieren bzw. nicht Dritte an die Funktionsweise des Gerätes heranzulassen.

### II. Nachbesserung in den PICC

Das Nachbesserungsrecht der PICC entspricht dem der PECL. Es ist in Art. 7.2.3 PICC geregelt. Dieses wurde nur zu Gründen der Klarstellung überhaupt eingeführt<sup>1350</sup>. Die Geber der PICC hatten dies für eigentlich selbstverständlich vorausgesetzt und nur klarstellen wollen. Damit sollen alle Arten der Nachbesserung, nicht nur Reparatur und Ersatzlieferung, sondern auch andere wie das Auslösen von Rechten Dritter mit erfasst sein<sup>1351</sup>. Dieses Recht wird nur durch Art. 7.2.2 lit. a) bis e) PICC eingeschränkt, auf den Art. 7.2.3 PICC verweist. Dabei ist besonders lit. b) zu beachten, denn dieser reduziert das Recht auf Nachbesserung, wenn diese unzumutbar ist<sup>1352</sup>. Damit ist auch die Art der Nacherfüllung gemeint. Sollte z.B. die Nachbesserung unzumutbar sein, nicht aber die Nachlieferung, so muss diese akzeptiert werden. Keiner wird wegen dem kaputten Gewinde einer Schraube diese reparieren, sondern eine neue schicken, wenn überhaupt die Schraube bemängelt werden würde und nicht auch der Austausch schon unverhältnismäßig wäre.

---

<sup>1346</sup> PECL Art. 9:102 Kommentar C.

<sup>1347</sup> PECL Art. 9:102 Kommentar C.

<sup>1348</sup> PECL Art. 9:102 Kommentar C.

<sup>1349</sup> Vgl. Für das CISG Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 61.

<sup>1350</sup> PICC Art. 7.2.3 Comment 1.

<sup>1351</sup> PICC Art. 7.2.3 Comment 2.

<sup>1352</sup> PICC Art. 7.2.3 Comment 3.

### III. Nachbesserung in den AP und den PICC

Art. 8:202 AP ist eine *grey letter rule* von Art. III.- 3:302 DCFR und als Kopie somit identisch. Beide kopieren auch nur die Regel des Art. 9:102 PECL, stellen aber klar, dass der Schuldner die Kosten der Nacherfüllung übernehmen muss.

#### § 29 Vergleich der Nacherfüllungsregelungen

Das Nacherfüllungsrecht ist im deutschen Recht der primäre Rechtsbehelf. In den anderen Rechtsordnungen hat er nur untergeordnete Bedeutung. Die Principles und der DCFR sind fast einheitlich diesbezüglich geregelt. Hier ist die Nacherfüllung nur eine Unterform der Erfüllung, die man nur aus klarstellenden Gründen überhaupt erwähnt<sup>1353</sup>. In der CISG kann die Nachbesserung immer, die Nachlieferung jedoch nur im Fall der wesentlichen Vertragsverletzung gefordert werden. Im deutschen Recht sind ferner sehr viel detailliertere Regelungen erhalten als in den anderen Rechtsordnungen.

Von ihren Voraussetzungen ist das Recht der Nacherfüllung in den Rechtsordnungen fast identisch. Die Nacherfüllung kann überall verweigert werden, wenn sie unverhältnismäßig ist. Lediglich in der CISG ist der Nachlieferungsanspruch begrenzt auf die Fälle des Vorliegens einer wesentlichen Vertragsverletzung. Dies ist zu kritisieren. Es ist zwar zu konzедieren, dass die Nachlieferung problematischer ist im grenzüberschreitenden Verkehr, jedoch sollte dies im Rahmen eines jeden Einzelfalls zu prüfen sein. Wie auch in den anderen Rechtsordnungen. Die Kosten und Mühen für eine Nachlieferung können auch im grenzüberschreitenden Verkehr geringer sein als bei einer Nachbesserung. Hier ist diese Regelung zu unflexibel, als dass sie nicht zu kritisieren ist.

Bei den Principles und dem DCFR ist zu kritisieren, dass sie eine Frist setzen, binnen derer die Nacherfüllung verlangt werden muss. Dass das gerade im Verkehr mit Verbrauchern negativ auffällt, muss nicht groß problematisiert werden. Hier wäre es besser gewesen, wenn Kaufleute eine generelle Pflicht zur Prüfung und Rüge bekommen hätten, und nicht alle davon betroffen wären.

Auch ist zu kritisieren, dass nur im deutschen Recht die Nacherfüllung als primärer Rechtsbehelf, nach der Erfüllung, geregelt wurde. Nur so kommt man dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* effektiv nach. Beide Parteien haben einen Vertrag geschlossen und sollen ihre Versprechen so lange halten müssen, wie es zumutbar ist. Nur dann, wenn die Zumutbarkeit tangiert wurde, sollten die sekundären Rechtsbehelfe eingreifen können.

Am deutschen Recht hingegen ist zu kritisieren, dass Nutzungsersatz nicht auch für Nichtverbraucher ausgeschlossen ist. Denn eine Unterscheidung hier ist nicht nachvollziehbar. Der Käufer durfte ja die Sache nutzen. Er haftet ja bei Untergang der Sache nur für die eigenübliche Sorgfalt. Insofern muss auch hier der Nutzungsersatz entfallen. Ihm stand es zu, in dieser Zeit die Sache zu nutzen. Und jetzt soll er für den Gebrauch *seiner* Sache Geld zahlen! Ihm aber gebührt es, eine neue Ware zu bekommen. Andererseits hätte auch schon der Verkäufer dem Käufer für ein Ersatzstück die Kosten als Schadensersatz zahlen müssen. Da das aber entfiel, gebührt ihm auch nicht das Recht, nun Nutzungsersatz zu verlangen, obwohl eine neue Sache geliefert wurde. Insofern sollte das deutsche Recht hier geändert werden.

---

<sup>1353</sup> Vgl. PICC Art. 7.2.3 Comment 2.

## Kapitel 8: Schadensersatz

### § 30 Schadensersatz neben der Leistung

Das deutsche Leistungsstörungenrecht gewährt zweierlei Arten von Schadensersatz. Schadensersatz statt der Leistung wird gewährt, wenn die Leistung als solche fehlerhaft erbracht wurde. Dann tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle des Leistungsanspruchs. Er kann grundsätzlich nur nach erfolglosem Begehren der Nacherfüllung verlangt werden. Der Schadensersatzanspruch hingegen, der auf den Ersatz der Schäden an anderen Rechten eingetreten ist, ist als Schadensersatz neben der Leistung nicht an das Erfordernis einer erfolglosen Fristsetzung zur Nacherfüllung gebunden, da er mit der Leistung als solcher nicht verbunden ist und auch neben dem Erfüllungsanspruch begehrt werden kann. Dieser wird nochmals unterteilt in Ersatz des Verzögerungsschadens wegen Verzuges der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB respektive wegen Verzuges der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB und gem. § 280 I BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB (Mangelfolgeschäden) in Schadensersatz wegen Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers.

#### **I. Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 I BGB**

Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 I BGB ist dann zu gewähren, wenn ein anderes Rechtsgut als das, welches die Hauptforderung begründet, verletzt worden ist. Ob damit auch die Mangelfolgeschäden mit umfasst sind<sup>1354</sup>, die gem. §§ 437 Nr.3, 280 I BGB zu ersetzen sind, ist strittig.

##### 1. Folgeschäden

###### a) Folgeschäden als Schadensersatz statt der Leistung

Diese Ansicht<sup>1355</sup> vertritt die Auffassung, dass Folgeschäden als Anspruchgrundlage § 281 I 1 2. Fall BGB haben. Somit sollen auch Fälligkeit und Fristsetzung beachtet werden. Auch erlösche durch das Geltendmachen der Erfüllungsanspruch und ein Aufwendungsanspruch gem. § 284 sei nur alternativ anwendbar.

###### b) Folgeschäden als Teil des einfachen Schadensersatzes

Hiernach<sup>1356</sup> ist die Anspruchgrundlage § 280 I BGB. Allein dessen Voraussetzungen müssen vorliegen, so dass Erfüllung immer noch möglich ist und der Aufwendungsanspruch des § 284 kumulativ gefordert werden kann.

###### c) Dynamischer Schadensbegriff

Der dynamische Schadensbegriff<sup>1357</sup> will Folgeschäden entweder über § 280 I BGB oder § 281 BGB ersetzen. Ist dabei vor dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung ein

---

<sup>1354</sup> Brox AS § 24 Rn. 22.

<sup>1355</sup> Recker NJW 2002, 1247, 1247, 1248; Münch Jura 2002, 361, 370.

<sup>1356</sup> OLG Hamm BeckRS 2006, 07007; Palandt-Grüneberg § 280 Rn. 18; Erman-Westermann § 280 Rn. 11a, 15; Medicus JuS 2003, 521, 527 ff.; Teichmann JuS 2002, 417, 421, 422; Schulze/Ebers JuS 2004, 265, 462, 465, 466; Canaris ZIP 2003, 321, 325, 326; jetzt auch Lorenz NJW 2007, 1, 2.

<sup>1357</sup> MK-Ernst § 280 Rn. 66 ff.; Lorenz NJW 2002, 2497, 2500; ders. NJW 2005, 1889, 1891.

Schaden eingetreten, so können sie ausschließlich gem. § 280 I BGB ersetzt werden<sup>1358</sup>. Danach kann der Gläubiger bereits eingetretene Schäden sowohl nach § 280 I BGB als auch nach § 281 BGB geltend machen. Weitere, nach der Forderung entstandene Schäden seien über § 281 I BGB zu ersetzen<sup>1359</sup>. Ein Aufwendungsersatzanspruch i.S.d. § 284 BGB bestehe dann nur alternativ.

d) Folgeschäden als Verzögerungsschaden

Diese Ansicht<sup>1360</sup> sieht Folgeschäden erst ab Mahnung und den weiteren Voraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB als ersatzfähig an. Vor dem Verzugseintritt entstandene Schäden seien nicht ersatzfähig.

e) Stellungnahme

Es ist verkehrt, in dem Schadensersatz statt der Leistung eine Fortführung der alten Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden zu sehen, da entgegen der Intention des Gesetzgebers<sup>1361</sup> das alte System, das mit § 463 a.F. BGB das Äquivalenzinteresse und mit der pVV das Integritätsinteresse schützte<sup>1362</sup>, nur bedingt auf das heutige System mit Schadensersatz statt und neben der Leistung übertragbar ist<sup>1363</sup> und mithin der Gesetzgeber ein völlig neues System aus der Taufe gehoben hat<sup>1364</sup>. Insofern sind Mangelschäden jetzt gleichzusetzen mit demjenigen Schadensersatz, der an die Stelle des Leistungsinteresses tritt, während der Rest als Mangelfolgeschäden von § 280 I BGB erfasst wird<sup>1365</sup>. Damit aber ist die Definition des Mangelschadens i.S.d. § 463 a.F. BGB, die den Mangelfolgeschäden mit diesem gleichsetzte, obsolet geworden<sup>1366</sup>. Desgleichen ist bei Folgeschäden eine Fristsetzung sinnlos<sup>1367</sup>. Der Gesetzgeber hat die Qualifizierung so vorgenommen<sup>1368</sup>. Allenfalls ist das Fehlen einer Benachrichtigung ein Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB, das zu einer wenigstens partiellen Minderung des Schadensersatzanspruchs führt, wenn eine Nachbesserung den Schaden tatsächlich hätte beheben können, bevor der Schaden an den anderen Rechtsgütern eintrat. Außerdem muss man die Einheit der Rechtsordnung wahren. Denn ein Erfüllungsanspruch erlischt nach der ersten Meinung. Somit würde aber ein Folgeschaden zu einem Ausschluss des Erfüllungsanspruchs führen. Doch das ist gerade mit der Einführung des neuen Systems nicht bezweckt worden. In der Tat sollen Folgeschäden an anderen Rechtsgütern nur von § 280 I BGB erfasst werden<sup>1369</sup>. Somit kann auch nur der § 280 I BGB für Folgeschäden Anspruchsgrundlage sein. Infolgedessen ist eine strikte Teilung der zwischen Schäden an der Sache selbst, für die §§ 280 I, III, 281 BGB einen Schadensersatz statt der Leistung gewähren, und Folgeschäden an anderen Rechtsgütern, deren Verletzung einen Anspruch aus § 280 I nachschiebt, vom Gesetzgeber gewollt<sup>1370</sup>. Damit aber kann auch dem dynamischen Schadensbegriff nicht gefolgt werden, da das der strikten Trennung zuwiderlaufen würde. Zumal auch im Gesetz kein Unterschied gemacht wird, wann der Schaden begehrt wird. Schlussendlich ist auch der letzten Ansicht nicht zu folgen. Zwar ist ihr zuzugestehen, dass die Mangel-

---

<sup>1358</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 67.

<sup>1359</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 68.

<sup>1360</sup> M. Schultz, *Leistungsstörungen* S. 69; Arnold/ Dötsch BB 2003, 2250, 2253; Grigoleit/ Riehm AcP 203 [2003], 727, 754 ff; DHLR- Dauner- Lieb § 2 Rn. 45, 48.

<sup>1361</sup> Däubler- Gmelin NJW 2001, 2281, 2284; BT- Drs. 14/6040 S. 136 re. Sp., 137 li. Sp. Zu § 280 III.

<sup>1362</sup> Palandt- Grüneberg § 280 Rn. 18.

<sup>1363</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 65.

<sup>1364</sup> Vgl. Erman- Westermann § 280 Rn. 15.

<sup>1365</sup> Erman- Westermann § 280 Rn. 15.

<sup>1366</sup> Teichmann JuS 2002, 417, 421, 422.

<sup>1367</sup> Erman- Westermann § 280 Rn. 11a.

<sup>1368</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 225 li. Sp. zu § 437 Nr. 3.

<sup>1369</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 225 li. Sp. zu § 437 Nr. 3.

<sup>1370</sup> Vgl. Erman- Westermann § 280 Rn. 15.

freiheit der Sache zu der Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, doch ist die Konsequenz falsch, dass eine Schlechtleistung nur eine verspätete ordnungsgemäße Leistung zur Erfüllung ist, damit derjenige Schuldner, der immerhin leistet, nicht schlechter gestellt wird als derjenige, der überhaupt nicht leistet. Denn eine Gleichstellung verbietet sich schon aufgrund des Gesetzeswortlauts, in dem in § 281 I 1 1. und 2. Fall BGB sowie in § 281 II, III BGB nur die Schlechtleistung erwähnt wird bzw. strikt Verzug und Schlechtleistung unterschieden werden. Auch sind sie in der Sache nicht vergleichbar, da eine Nichtleistung immer sofort auffällt, während bei einer mangelhaften Leistung der Schaden erst gefunden werden muss, was häufig sehr schwierig ist und erst mit dem Schadenseintritt offenbar wird<sup>1371</sup>. Dann aber ist eine Mahnung zu spät, um den Schaden zu beheben, so dass eine Mahnung auch hier sinnlos wäre<sup>1372</sup>. Dies zu fordern wäre in der Tat leerer Formalismus<sup>1373</sup>, was sogar von den Vertretern dieser Theorie teilweise gesehen wird<sup>1374</sup>. Doch kann das Hilfskonstrukt der teleologischen Entbehrlichkeit der Mahnung<sup>1375</sup> nicht überzeugen, da es hier keine für eine teleologische Reduktion benötigte verdeckte Lücke<sup>1376</sup> gibt, weil der Schaden an anderen Rechtsgütern unter den § 280 I BGB fällt.

Somit kann folglich nur der zweiten Ansicht gefolgt werden. Folgeschäden sind nach § 280 I BGB zu ersetzen.

## 2. Zwei Schadensarten durch zwei Pflichtverletzungen?

Strittig ist, ob den zwei Schadensarten, etwa dem Mangel- und Mangelfolgeschaden, auch jeweils zwei Pflichtverletzungen entsprechen müssen.

Die eine Ansicht sieht in der Schlechterfüllung der Leistungspflicht zugleich eine Verletzung der in § 241 II BGB genannten Rechtspositionen<sup>1377</sup>. Das wird damit begründet, dass der Verkäufer es unterlässt, dem Käufer einen Hinweis auf die wirkliche Beschaffenheit des Kaufgegenstands zu geben, und so die Interessen des Käufers aus § 241 II BGB verletzt, da nicht auf die Gefahren der mangelhaften Kaufsache aufmerksam gemacht wird<sup>1378</sup>. Diese Schutzpflichtverletzung, Verschulden vorausgesetzt, trete sofort aber hinter Hauptpflichtverletzung zurück und nur dann wieder hervor, wenn diese nicht zur Haftung führt<sup>1379</sup>.

Die zweite Ansicht will beide Arten der Pflichtverletzung nebeneinander bestehen lassen<sup>1380</sup>. Denn durch die Betonung auf die verletzte Rechtsposition sei der Dogmatik besser gedient, wenn man von einem Nebeneinander von Schlechterfüllung ausgeht<sup>1381</sup>.

Deswegen ist auch der zweiten Ansicht zu folgen. Obwohl der Gesetzgeber auf beide Arten des Schadensersatzes die spezielle Regelung der Verjährung in den §§ 438, 634a BGB beziehen wollte<sup>1382</sup>, verkennt diese Ansicht den Regelungszweck. Die Pflichtverletzung bei der Schlechterfüllung ist nicht primär der Hinweis auf den Mangel und die damit in Zusammenhang stehenden Gefahren, sondern das Verbot, mangelhafte Sachen zu liefern, die die Rechte und Interessen des Käufers nach § 241 II BGB gefährden könnten<sup>1383</sup>. Dem entspricht die

---

<sup>1371</sup> *Canaris ZIP 2003, 321, 326.*

<sup>1372</sup> *Canaris ZIP 2003, 321, 325, 326.*

<sup>1373</sup> *Canaris ZIP 2003, 321, 323.*

<sup>1374</sup> *Grigoleit/ Riehm AcP 203 [2003], 727, 755 ff.*

<sup>1375</sup> *Grigoleit/ Riehm AcP 203 [2003], 727, 755, 756.*

<sup>1376</sup> *Larenz Methoden S. 391.*

<sup>1377</sup> *MK- Ernst § 280 Rn. 53; Gsell JZ 2002, 1089, 1091, 1092; Lorenz NJW 2002, 2497, 2500.*

<sup>1378</sup> *Gsell JZ 2002, 1089, 1091.*

<sup>1379</sup> *Gsell JZ 2002, 1089, 1092.*

<sup>1380</sup> *Staudinger- Otto § 280 Rn. C 25; Wagner JZ 2002, 475, 479; Münch Jura 2002, 361, 364, 365; Reichenbach Jura 2003, 512, 518.*

<sup>1381</sup> *Staudinger- Otto § 280 Rn. C 25.*

<sup>1382</sup> *BT- Drs. 14/6040 S. 228 zu Nr. 3.*

<sup>1383</sup> *Staudinger- Otto § 280 Rn. C 25.*

Rechtsprechung zu dem entfernten Mangelfolgeschaden bei Werkverträgen, der trotz Schlechterfüllung der Hauptleistung keinen Anspruch aus § 325 a.F. oder § 635 BGB a.F. nachschiebt, sondern einen aus positiver Vertragsverletzung<sup>1384</sup>. Das heißt, dass es klar abzugrenzen gilt, welches Interesse geschädigt ist, das Leistungsinteresse oder das Interesse an anderen Rechtsgütern. Auch ist diese klare Abgrenzung nur dann möglich, wenn man der zweiten Ansicht folgt<sup>1385</sup>.

Somit sind beide Schadensarten durch verschiedene Pflichtverletzungen erfüllt. Das heißt freilich nicht, dass beide Pflichtverletzungen nicht durch dieselbe Handlung begangen werden könnten.

### 3. Entgangener Gewinn

Ebenso ist es nicht gänzlich unumstritten, ob der entgangene Gewinn als Mangelfolgeschaden über § 280 I BGB zu ersetzen ist<sup>1386</sup> oder nicht<sup>1387</sup>. Die ablehnende Meinung sieht in dem entgangenen Gewinn einen Mangelfolgeschaden, der dem Erfüllungsinteresse zuzuordnen ist<sup>1388</sup>. Diese zu weite<sup>1389</sup> Auffassung des von § 281 BGB zu erfüllenden Schadens<sup>1390</sup> kann jedoch nicht überzeugen. Zum einen ist, wie oben gezeigt, der Mangelfolgeschaden ein nach § 280 I BGB zu erfüllender Schaden an einem anderen Rechtsgut. Nur der direkte Mangelschaden ist von § 281 BGB zu ersetzen<sup>1391</sup>. Das ist der Schaden der anstelle der Leistung tritt. Die zweite Ansicht behauptet, die Möglichkeit zum Weiterverkauf gehöre zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung und damit zum nach § 281 BGB zu ersetzenden Äquivalenzinteresse<sup>1392</sup>. Doch ist es im heutigen Wirtschaftsleben nicht unüblich, dass Sachen verkauft werden, bevor sie selbst gekauft werden. Daraus entsteht kein Nachteil, wenn nicht geliefert wird, da derjenige, der so etwas macht, für die Lieferbarkeit einsteht. Es wäre somit für diesen ein Nachteil, könnte er nur Schadensersatz statt der Leistung fordern, da er dann u.U. einen möglichen Kunden anstatt verspätet gar nicht mehr beliefern kann, was zu schweren wirtschaftlichen Folgen führen kann. Denn wenn der entgangene Gewinn Teil des Äquivalenzinteresses wäre, könnte der Käufer keine Nacherfüllung verlangen.

Zum anderen ist eine Fristsetzung problematisch. Das hat auch die Gegenauffassung eingesehen und verlangt für den Fall des entgangenen Gewinns vor Fristsetzung die Anwendung des § 280 I BGB<sup>1393</sup>. Damit ist aber schon die strikte Trennung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden aufgehoben. Das Verlangen einer Nachfristsetzung, damit der Verkäufer den Schaden beheben kann, kann insofern über § 254 BGB gestillt werden, als der Käufer eine Mitschuld trägt, sollte der Verkäufer einen Schadenseintritt durch Nacherfüllung zumindest partiell hätte verhindern können.

Damit ist aber auch der letzte Grund entfallen, warum der entgangene Gewinn Teil des Mangelschadens sein sollte. Er ist als Mangelfolgeschaden nach § 280 I BGB zu ersetzen.

---

<sup>1384</sup> Vgl. nur BGHZ 11, 80, 84; NJW 2002, 816, 817 m.w.N.

<sup>1385</sup> Staudinger-Otto § 280 Rn. C 25.

<sup>1386</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 226 li. u. re. Sp. zu Nr. 3; Palandt-Grüneberg § 280 Rn. 18; Erman-Westermann § 280 Rn. 11a, 15; M. Schultz, *Leistungsstörungen* S. 69; Medicus JuS 2003, 521, 527 ff.; Teichmann JuS 2002, 417, 421, 422; Schulze/Ebers JuS 2004, 265, 462, 465.

<sup>1387</sup> Staudinger<sup>2004</sup>-Otto § 280 Rn. E 41 ff., aber wohl aufgegeben in Staudinger § 280 Rn. E 44 ff.; wohl auch MK-Ernst § 280 Rn. 68, § 281 Rn. 1.

<sup>1388</sup> Staudinger<sup>2004</sup>-Otto § 280 Rn. E 41, jetzt einschränkend in Staudinger § 280 Rn. E 44.

<sup>1389</sup> Erman-Westermann § 280 Rn. 15.

<sup>1390</sup> Staudinger-Otto § 280 Rn. E 6; MK-Ernst § 280 Rn. 68, § 281 Rn. 1.

<sup>1391</sup> Palandt-Grüneberg § 280 Rn. 18; Erman-Westermann § 280 Rn. 15.

<sup>1392</sup> Münch Jura 2002, 361, 370.

<sup>1393</sup> Staudinger<sup>2004</sup>-Otto § 280 Rn. E 43.



#### 4. Beweislast

Grundsätzlich gilt auch bei dem Schadensersatzanspruch des § 280 I BGB das allgemeine Prinzip, dass derjenige die Voraussetzungen für den Eintritt einer Rechtsfolge beweisen muss, auf die er sich beruft<sup>1394</sup>. § 280 I 2 BGB modifiziert dies für alle Schadensersatzansprüche dahingehend, dass der Gläubiger von der Pflicht des Beweises für die Verantwortlichkeit des Schuldners befreit ist. Der Grund hierfür ist, dass es eher dem Schuldner zuzumuten ist, über die Hintergründe der Pflichtverletzung aufzuklären, da er in der Regel besser dazu in der Lage ist<sup>1395</sup>. Das hat zur Folge, dass der Gläubiger nur noch das Bestehen eines Schuldverhältnisses, die Pflichtverletzung und den daraus resultierenden Schaden zu beweisen hat. Behauptet der Gläubiger hingegen, es komme wegen einer Garantie nicht auf vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten an, so hat er auch diese zu beweisen<sup>1396</sup>.

### II. Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB

Bei Verzug der Leistung hat der Schuldner dem Gläubiger gem. §§ 280 I, II, 286 BGB den Verzögerungsschaden zu ersetzen als Schaden neben der Leistung. Das ist der Schaden, der dem Gläubiger adäquat-kausal<sup>1397</sup> durch die Verspätung der Leistung entstanden ist<sup>1398</sup>. Dabei kann der Gläubiger nach § 249 I BGB verlangen, so gestellt zu werden, als ob rechtzeitig erfüllt worden wäre<sup>1399</sup>. Das hat zur Folge, dass eine Vielzahl von möglichen Schadensposten entstehen kann. Das reicht von Produktionsausfall über entgangenem Gewinn bis zum Ersatz des Schadens, der durch die Abwanderung von Kunden zur Konkurrenz entsteht. Somit ist festzustellen, dass der Schaden ein Vielfaches dessen sein kann, was als Leistung vereinbart worden ist. So kann u.U. das Nichtliefern einer Schraube von wenigen Cent Wert einen Schaden von Millionen von Euro nachsichziehen, wenn ohne die Schraube eine Maschine ausfällt und nicht produziert werden kann.

Kursverluste von anderen Währungen als der deutschen sind keine Seltenheit im internationalen Geschäft. Im Fall des Verzuges mit der Zahlung kann es sein, dass die fremde Währung im Kurs fällt und der Gläubiger einen Schaden erleidet, der durch eine rechtzeitige Konvertierung in eine andere Währung hätte vermieden werden können. Sollte deutsches Recht anwendbar sein, so muss differenziert werden<sup>1400</sup>.

Hat der Gläubiger seine Niederlassung im Lande der ausländischen Währung, so kann ohne weitere Nachweise von Seiten des Gläubigers nicht davon ausgegangen werden, dass dieser das Geld in eine andere Währung konvertiert hätte. Nur wenn er nachweisen kann, dass er das Geld umgetauscht hätte oder durch die Nichtzahlung ihm ein weitergehender Schaden entstanden ist, etwa weil er andere Gläubiger in einer anderen Währung nicht bezahlen konnte, hat der Schuldner den Kursverlust zu ersetzen.

Umgekehrt liegt der Fall bei einem Deutschen, dem der Schuldner die Summe in einer Fremdwährung schuldete. Hier wird unterstellt, dass er die Summe rechtzeitig umgetauscht hätte. Der Schuldner muss dann beweisen, dass dies nicht so ist, und dem Gläubiger kein Schaden entstanden ist, etwa, weil er sein gesamtes Geschäft in dieser Währung führt.

Die Kosten der ersten Mahnung hingegen, die den Verzug begründet, sind als Teil der üblichen Bemühungen des Gläubigers, das Geld einzutreiben, in dessen Pflichtenkreis, so dass ein

<sup>1394</sup> Staudinger- Otto § 280 Rn. F 1.

<sup>1395</sup> BGHZ 4, 192, 195; Staudinger- Otto § 280 Rn. F 2; MK- Ernst § 280 Rn. 32.

<sup>1396</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 30a.

<sup>1397</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 122.

<sup>1398</sup> Brox AS § 23 Rn. 30.

<sup>1399</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 181; Brox AS § 23 Rn. 30.

<sup>1400</sup> Maier-Reimer NJW 1985, 2049, 2052.

Ersatz hierfür nicht in Frage kommt<sup>1401</sup>. Die Kosten der Erstmahnung setzen den Schuldner erst in Verzug und sind somit verzugsbegründend und nicht durch den Verzug selbst entstanden<sup>1402</sup>. Ein Anspruch nach § 280 I BGB scheidet allein daran, dass nach § 280 II BGB die Verzugsvoraussetzungen Voraussetzung für das Bestehen einer Pflichtverletzung durch Verzug sind<sup>1403</sup>. Erst ab der zweiten Mahnung oder nach der Androhung der Einschaltung eines Inkassounternehmens sind die folgenden Kosten Teil des Verzögerungsschadens<sup>1404</sup>. Von § 286 BGB werden alle Mahnkosten ersetzt, sofern sie entstanden sind, als sich der Schuldner bereits in Verzug befand, da sich der Gläubiger hier durch den Verzug zu diesen Mahnungen veranlasst sah<sup>1405</sup>. Allerdings sind mehr als drei Mahnungen nur dann gedeckt und nicht von § 254 BGB erfasst, wenn für den Einsatz einer weiteren Mahnung besondere Gründe vorliegen, dass sie diesmal Erfolg hat<sup>1406</sup>.

Ferner hat der Schuldner gem. §§ 280 I, II, 286, 288 BGB dem Gläubiger Verzugszinsen zu bezahlen. Der Zinssatz beträgt 5%-Punkten über dem Basiszinssatz des § 247 BGB von momentanen 0,12%<sup>1407</sup> resp. 8%-Punkten bei einem Geschäft, wo kein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB beteiligt ist. Zinseszinsen hat er nicht zu bezahlen gem. § 289 BGB, es sei denn gem. § 355 BGB für das kaufmännische Kontokorrent. Kaufleute können bereits ab Fälligkeit gem. § 353 HGB Zinsen verlangen. Die Höhe ist hierfür 5% nach § 352 I HGB.

Diese Art des Verzögerungsschadens tritt neben den Anspruch der Erfüllung bzw. den Schadensersatzanspruch statt der Leistung<sup>1408</sup>. Könnte dieser Schaden auch durch einen Schadensersatzanspruch *statt* der Leistung ersetzt werden, etwa wenn die Kaufsache in der Zwischenzeit untergeht, so hat der Käufer ein Wahlrecht<sup>1409</sup>. Verzichtet er auf den Verzögerungsschaden, weil zu diesem Zeitpunkt etwa ein günstiger Weiterverkaufspreis nicht erzielt werden konnte, so kann der Zeitpunkt des Schadenseintritts statt der Leistung auf den Eintritt des Verzuges gelegt werden. Der Schaden kann aber nur einmal gefordert werden. Umgekehrt ist ein Schadensersatzanspruch *statt* der Leistung, wie etwa der Deckungskauf, niemals Bestandteil des Verzögerungsschadens<sup>1410</sup>.

Beim Rücktritt wegen Verzögerung der Leistung nach § 323 BGB ist es streitig, inwieweit der Gläubiger vollen Ersatz des Vermögensschadens verlangen kann. Eine Meinung hält diesen für voll ersetzbar<sup>1411</sup>, während eine andere diesem den Herausgabeanspruch der nichtgezogenen Leistungen entgegenhalten will<sup>1412</sup>. Doch ist letztere Ansicht mit der Schuldrechtsmodernisierung überholt. § 325 BGB schließt Schadensersatz und Rücktritt nicht mehr aus. Schon allein deswegen ist die letzte Ansicht überholt, aber auch in der Sache selbst sind die besseren Gründe bei der ersten Ansicht vorhanden. Denn akzeptierte man die zweite Ansicht, so strapazierte man den Gläubiger über Gebühr, da er seiner Verzugszinsen verlustig ginge, träte er zurück<sup>1413</sup>. Damit wird aber der säumige Schuldner gegen das Telos des Gesetzes begünstigt<sup>1414</sup>. Außerdem wäre der Gläubiger gezwungen, alsbald zurückzutreten, um nicht Gefahr zu laufen, seine Ansprüche zu verlieren, weil der Schuldner vielleicht schuldlos keine Nut-

---

<sup>1401</sup> BGHZ 66, 112, 114, 115; Löwisch NJW 1986, 1725, 1726.

<sup>1402</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 156.

<sup>1403</sup> MK- Ernst § 286 Rn. 156.

<sup>1404</sup> Löwisch NJW 1986, 1725, 1726.

<sup>1405</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 213.

<sup>1406</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 216.

<sup>1407</sup> www.bundesbank.de, Stand 01.07.2010.

<sup>1408</sup> RGZ 94, 203, 206; BGH MDR 1959, 910, 910; Staudinger- Löwisch § 286 Rn. 174.

<sup>1409</sup> RGZ 94, 203, 206; BGH NJW 1997, 1231, 1231; Staudinger- Löwisch § 286 Rn. 175.

<sup>1410</sup> RGZ 105, 280, 281.

<sup>1411</sup> BGHZ 88, 46, 46 ff.; Staudinger- Löwisch § 286 Rn. 175 MK- Gaier Vor § 346 Rn. 39; Erman- Röthel Vor §§ 346- 354 Rn. 9; Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 12.

<sup>1412</sup> BGH NJW 1998, 3268, 3268, 3269; Huber JZ 1984, 409, 409 ff.; Tiedtke NJW 1984, 767, 770.

<sup>1413</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 178.

<sup>1414</sup> Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 12.

zungen gezogen hat<sup>1415</sup>. Allerdings können beide nicht kumulativ erteilt werden, sondern beide sind mit einander zu verrechnen<sup>1416</sup>.

## **§ 31 Schadensersatz statt der Leistung**

### **I. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB**

#### **1. Einleitung**

Hat der Schuldner die Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht, so kann der Gläubiger gem. § 280 III BGB nur unter den Voraussetzungen des § 281 BGB Schadensersatz verlangen. Die Fälle, in denen die Nichtleistung auf Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit beruhen, fallen nicht unter § 281 BGB, sondern werden als *lex specialis* in § 283 BGB geregelt, der wiederum partiell auf § 281 BGB zurückverweist<sup>1417</sup>.

Dieser Anspruch ersetzt die ursprüngliche Leistung. Sie wird nicht mehr geschuldet. Unabhängig von der tatsächlichen Zahlung ist der hierfür relevante Zeitpunkt bereits die Forderung des Schadensersatzes<sup>1418</sup>. Ab dieser Forderung erlischt der Leistungsanspruch, selbst wenn er später noch geleistet wird. Akzeptiert der Gläubiger die Leistung dann dennoch, ist ein neuer Vertrag zustande gekommen, der den alten ersetzt. Allerdings muss der Schadensersatz auch gefordert werden. Eine Fristsetzung oder gar der Fristablauf ist unschädlich, so lange kein Schadensersatz gefordert wird<sup>1419</sup>.

#### **2. Fristsetzung**

Generell muss der Gläubiger, bevor er Schadensersatz verlangen kann, dem Schuldner gem. § 281 I 1 BGB eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung stellen. Eine Ablehnungsandrohung, wie sie § 326 BGB a.F. noch vorsah, ist nicht mehr erforderlich, weil hierin eine Überforderung eines generell rechtsunkundigen Gläubigers und eine Bevorzugung des Gläubigers richtig erkannt wurden<sup>1420</sup>. Erst, wenn nach Ablauf der Frist Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird, verliert der Gläubiger endgültig seinen Leistungsanspruch<sup>1421</sup>.

Im Gegensatz zur Mahnung beim Verzug muss der Gläubiger hier eine Nachfrist nennen, sofern sie nicht entbehrlich ist<sup>1422</sup>. Ebenso ist ein Ablauf der nach dem Kalender bestimmten Leistungszeit nicht ausreichend, Schadensersatz statt der Leistung sofort zu begehren. Der Grund hierfür ist, dass der Schuldner gerade nicht (nur) die Verzögerungskosten ersetzen soll, sondern die Gesamliquidation des Vertrages droht, so dass es eines „Schusses vor den Bug“ bedarf, um ihm dieses klar vor Augen zu führen<sup>1423</sup>. Nur so kann der Grundsatz von *pacta sunt servanda* eingehalten werden und eine zu frühe Loslösung des Gläubigers vermieden werden.

<sup>1415</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 178.

<sup>1416</sup> Staudinger- Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 178; MK- Gaier Vor § 346 Rn. 39.

<sup>1417</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. A 10.

<sup>1418</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. D 1; Brox AS § 24 Rn. 13.

<sup>1419</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. D 2.

<sup>1420</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 139 li. Sp. zu Satz 2.

<sup>1421</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 17.

<sup>1422</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 18.

<sup>1423</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 18.

#### a) Rechtsnatur und Form der Fristsetzung

Rechtsnatur der Fristsetzung ist wie die Mahnung eine „geschäftähnliche Handlung“ und keine Willenserklärung, weil die Entstehung des Schadensersatzanspruchs nicht vom Erklärungswillen des Erklärenden erfasst sein muss<sup>1424</sup>. Ein Widerruf ist nicht möglich, wohl aber eine einseitige Aufhebung oder Fristverlängerung<sup>1425</sup>, nicht aber Fristverkürzung<sup>1426</sup>.

Wie bei der Mahnung ist auch die Fristsetzung grundsätzlich formfrei, dennoch sollte aus zweckdienlichen Gründen eine schriftliche Erklärung vorgezogen werden<sup>1427</sup>.

Die Fristsetzung kann nur nach Fälligkeit der Leistung gesetzt werden<sup>1428</sup>. Eine Koppelung mit der Mahnung ist möglich. Vor Fälligkeit der Leistung kann sie nur dann gültig sein, wenn es nicht treuwidrig ist, beispielsweise wenn es sich nach den Umständen des Einzelfalls ergibt, dass der Wille des Gläubigers eine Wiederholung der Fristsetzung im Zeitpunkt der Leistung mit umfasst<sup>1429</sup>. Eine Fristsetzung bei einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung noch vor der Fälligkeit ist hingegen nicht nur im Einklang mit Treu und Glauben, sondern geradezu geboten<sup>1430</sup>.

#### b) Inhalt

In der Fristsetzung muss der Gläubiger den Schuldner zur Leistung innerhalb der gegebenen Frist auffordern. Dies muss nachdrücklich geschehen, damit dem Schuldner nicht unbewusst bleibt, dass sein weiteres Nichtleisten Konsequenzen nach sich zieht<sup>1431</sup>. Eine Androhung von Rechtsfolgen muss nicht erfolgen<sup>1432</sup>. Ausnahmefälle, in denen der Schuldner trotz Fristsetzung nicht mit Konsequenzen rechnen musste, werden über § 242 BGB gelöst<sup>1433</sup>.

Die Leistung muss aber auch genügend bestimmt sein<sup>1434</sup>. Damit ist bei Sukzessivlieferungsverträgen insbesondere die genaue Bezeichnung der fälligen Rate erforderlich<sup>1435</sup>.

Ebenso muss die geforderte Leistung auch der Menge nach der geschuldeten entsprechen. Eine Zuvielforderung ist grundsätzlich unwirksam<sup>1436</sup>. Ausnahmen hierfür können über § 242 BGB gemacht werden, wenn etwa die Zuvielforderung nur geringfügig ist, die Fristsetzung als Aufforderung zur geschuldeten Leistung zu verstehen ist oder anzunehmen ist, dass der Schuldner auch die geschuldete Leistung nicht erbracht hätte. Doch dafür sind die Umstände des Einzelfalls maßgebend<sup>1437</sup>. Fordert der Gläubiger aber weniger als die geforderte Leistung, so muss der Schuldner zumindest diese erbringen. Der Gläubiger kann in dem Fall nur dann Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn er nachweist, dass er kein Interesse an der übrigen Leistung hat<sup>1438</sup>.

---

<sup>1424</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 19.

<sup>1425</sup> BGH NJW- RR 1990, 442, 444; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 20.

<sup>1426</sup> RGZ 53, 161, 166, 167.

<sup>1427</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 28.

<sup>1428</sup> MK- Ernst § 281 Rn. 18.

<sup>1429</sup> RG LZ 1914, 855, 856, 857; JW 1924, 1246 Nr. 3, 1247; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 30, B 31.

<sup>1430</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 50.

<sup>1431</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 36.

<sup>1432</sup> MK- Ernst § 281 Rn. 31.

<sup>1433</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 139 re. Sp. zu Satz 2; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 36.

<sup>1434</sup> RGZ 114, 3, 8; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 38.

<sup>1435</sup> RG Warn. 1910 Nr. 423 S. 444, 445.

<sup>1436</sup> MK- Ernst § 281 Rn. 35; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 40.

<sup>1437</sup> Zu § 326 BGB a.F.: RG LZ 1921, 377 Nr. 4; JW 1931, 1183, 1184 Nr. 4, HRR 1932 Nr. 1436; BGH MDR 1967, 826 Nr. 25.

<sup>1438</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 60; MK- Ernst § 281 Rn. 35.

### c) Angemessene Frist

Die Bestimmung der Frist muss nach Sachlage objektiv angemessen sein, dass der Schuldner unter Anstrengungen aller seiner Ressourcen noch rechtzeitig zu leisten vermag<sup>1439</sup>. Dabei ist allerdings als allgemeine Voraussetzung zu beachten, dass der Schuldner die Leistung bereits vorbereitet hat<sup>1440</sup>. Er hat also noch keinen Anspruch auf eine weitere Fristsetzung, sollte er noch gar nicht angefangen sein, die Leistung wenigstens vorzubereiten<sup>1441</sup>. Die Fristsetzung ist nicht die Zeit, in der er die ganze Leistung erbringen soll, sondern die letzte Gelegenheit zur Abwendung des Rücktritts. Haben die Parteien selbst eine Frist vereinbart, so wird die Angemessenheit der Frist unterstellt<sup>1442</sup>.

Die Fristsetzung ist insbesondere für den Gläubiger problematisch. Einerseits soll der Schuldner endlich leisten, andererseits kennt nur dieser wirklich alle Umstände, unter denen der Schuldner noch rechtzeitig leisten kann. Diese Umstände des Einzelfalls bestimmen die Angemessenheit<sup>1443</sup>. Somit wird mit Recht dem Gläubiger das Risiko abgenommen, eine zu kurze Frist zu setzen. Eine solche wird in eine angemessene Nachfrist umgedeutet<sup>1444</sup>. Das gilt nicht, wenn der Gläubiger treuwidrig handelt, sei es etwa, dass er eine Leistung in angemessener Frist nicht annimmt oder gar bewusst eine zu kurze Frist gesetzt hat, um vom Vertrag loszukommen<sup>1445</sup>.

Die Fristsetzung braucht nicht notwendigerweise einen festen Zeitabschnitt beinhalten, sondern kann auch mit der Aufforderung geschehen, unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, zu leisten<sup>1446</sup>. Die Gegenansicht<sup>1447</sup>, die wegen der fehlenden Ablehnungsandrohung in der Fristsetzung nur noch eine Warnfunktion erkennt und deswegen höhere Anforderungen stellen will, irrt. Sie verkennt, dass es zwar keiner Ablehnungsandrohung mehr bedarf, dennoch nach Ablauf der Frist vom Gläubiger Konsequenzen zu erwarten sind, die Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt beinhalten. Somit ist aber, auch vom Gesetzgeber gewollt, nur das Erfordernis der Ablehnungsandrohung weggefallen, um dem Gläubiger zu helfen. Dann aber muss auch dasselbe gelten, wie zum alten Recht. Der Gläubiger soll jetzt nicht noch mehr belastet werden und ihm aufgelegt werden, einen festen Zeitabschnitt zu nennen. Das würde gerade den Versuch konterkarieren, ihm das Risiko einer zu kurzen Frist abzunehmen. Ebenso wird schon automatisch eine zu kurze Frist in eine angemessene umgedeutet. Deswegen genügt schon eine Fristsetzung, die die sofortige Leistung oder in einer angemessenen Frist vorsieht<sup>1448</sup>.

### d) Fruchtlosigkeit der Fristsetzung

Weitere Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist der fruchtlose Fristablauf, d.h., dass die Leistung nicht innerhalb der gesetzten Frist erfolgt. Ein Vertretenmüssen des Schuldners ist nicht erforderlich<sup>1449</sup>, allerdings muss der Gläubiger dem Schuldner eine fällige Gegenfor-

<sup>1439</sup> *MK Ernst* § 323 Rn. 69; *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 42; *Frankenburger JW* 1925, 546, 548 ff.

<sup>1440</sup> *BGH NJW* 1982, 1279, 1280; 1985, 2640, 2640.

<sup>1441</sup> *BT-Drs. 14/6040 S. 138 re. Sp.*; *ROHGE XIII*, 192, 193; *RGZ* 89, 123, 125; *BGH NJW* 1985, 2640, 2640; *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 46; *MK-Ernst* § 323 Rn. 71.

<sup>1442</sup> *RG Recht* 1910 Nr. 2501; *Soergel<sup>13</sup>-Gsell* § 323 Rn. 81.

<sup>1443</sup> *ROHGE XIII*, 192, 193, *RGZ* 89, 123, 125; *Staudinger-Otto* § 281 Rn. B 67.

<sup>1444</sup> *RGZ* 56, 231, 234, 235; 106, 89, 89 ff.; *SeuffA* 79 [1925] N. 146 S. 239, 239, 240; *JW* 1935, 2624 Nr. 6; *BGH NJW* 1985, 2640, 2640, 2641; *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 49.

<sup>1445</sup> *RGZ* 56, 231, 234, 235; *SeuffA* 79 [1925] N. 146 S. 239, 239, 240; *JW* 1935, 2624 Nr. 6; *BGH NJW* 1985, 2640, 2640, 2641; *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 49.

<sup>1446</sup> *RGZ* 75, 354, 357; *BGH ZGS* 2009, 504, 504, 505; *Staudinger<sup>2004</sup>-Otto* § 281 Rn. B 62; *Schollmeyer ZGS* 2009, 491, 495; a.A.: *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 43.

<sup>1447</sup> *MK-Ernst* § 323 Rn. 68; *Soergel<sup>13</sup>-Gsell* § 323 Rn. 80.

<sup>1448</sup> *Staudinger<sup>2004</sup>-Otto* § 281 Rn. B 69.

<sup>1449</sup> *RG Warn.* 1910 Nr. 424 S. 445, 446; *Staudinger-Otto/Schwarze* § 281 Rn. B 55.

derung zumindest Zug um Zug anbieten<sup>1450</sup>. Rechtzeitig erfolgt ist die Leistung dann, wenn der Schuldner die Leistungshandlung innerhalb der Frist vollzieht<sup>1451</sup>. Der Leistungserfolg braucht nicht eingetreten sein, es sei denn, etwas anderes ist vereinbart.

Grundsätzlich führt jede Überschreitung der angemessenen Frist, die dem Schuldner gesetzt wurde, zur Möglichkeit des Gläubigers, die Leistung nicht anzunehmen und Schadensersatz statt der Leistung zu fordern bzw. zurückzutreten<sup>1452</sup>. Aus den Umständen des Einzelfalls kann es sich allerdings dann auch bei einer geringfügigen Überschreitung der Frist für treuwidrig erweisen, dass der Gläubiger die weiteren Rechtsfolgen in Gang setzt, wenn er kein Interesse an der strikten Einhaltung hat<sup>1453</sup>. Dem Gläubiger in diesen Einzelfällen trotzdem das Recht zur Liquidation des Vertrages zu geben<sup>1454</sup>, erscheint treuwidrig und ist auch dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* nicht zuträglich, so dass dieses Regulativ erhalten bleiben muss. Das sind jedoch Ausnahmefälle, auf die sich der Schuldner nicht verlassen darf.

Der Schuldner muss die Leistung auch gänzlich bewirken<sup>1455</sup>. Eine Teilleistung ist nur dann ausreichend, wenn der Gläubiger mit ihr einverstanden ist oder er dazu ausnahmsweise verpflichtet ist. Ein so geringfügiger Rest, der nicht innerhalb der Frist geleistet wurde, kann nach Abwägung beiderseitiger Interessen schlussendlich dann für den Fristablauf unschädlich sein, wenn es sich nach Treu und Glauben ergibt, dass der Gläubiger trotz des Fristablaufs nicht von den weiteren Rechtsfolgen Gebrauch machen darf<sup>1456</sup>. Auch eine mangelhafte Leistung kann der Gläubiger abweisen und braucht sie nicht zu akzeptieren<sup>1457</sup>.

#### e) Eigene Vertragstreue des Gläubigers

Dafür muss er aber auch selbst den *tu-quoque* Grundsatz eingehalten haben. Wenn der Gläubiger nicht vertragstreu war, kann er selbst keine Vertragstreue erwarten<sup>1458</sup>. Galt dies unter § 326 BGB a.F. noch als ungeschriebenes Tatmerkmal, so hat aufgrund der Neufassung und der Tatsache, dass § 281 BGB nicht nur mehr gegenseitige Verträge erfasst, sondern alle Schuldverhältnisse, dieses nicht mehr Bestand. Stattdessen soll entweder der fällige und einredefreie Anspruch negiert werden, Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB vorliegen<sup>1459</sup> oder dies als Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB zu betrachten sein<sup>1460</sup>. Dennoch ist es etwas vorschnell, das ungeschriebene Tatmerkmal wegen des Mitumfassens aller Schuldverhältnisse zu negieren. Zwar liegt in der Tat ein Mitverschulden an der Sachlage vor und ebenso ein Rechtsmissbrauch, dennoch ist auch in einseitigen Schuldverhältnissen unter besonderen Umständen ein *tu-quoque* Verstoß gegeben. Wenn etwa der Beschenkte für den Schenkenden etwas tun und er zumindest auch deswegen den Gegenstand bekommen sollte, so darf er ihn nicht verlangen können, wenn er selbst noch nicht geleistet hat. Wohlgemerkt soll hier kein versteckter Kauf oder Tausch vorliegen. Wenn aber die Großmutter ihrem Enkel eine Tafel Schokolade versprach, damit er ihr in der Küche hilft, so darf er erst dann die Schokolade verlangen, wenn er ihr tatsächlich geholfen hat. Deswegen kann das *tu-quoque*-Prinzip auch weiterhin als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal fungieren. Eines Rückgriffs auf § 254 BGB oder gar § 242 BGB bedarf es nicht.

<sup>1450</sup> RGZ 93, 300, 301; Warn. 1919 Nr. 3 S. 6, 7.

<sup>1451</sup> BGHZ 12, 267, 267 ff.; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 57.

<sup>1452</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 60.

<sup>1453</sup> RG SeuffA 79 [1925] Nr. 91 S. 146, 148.

<sup>1454</sup> So aber Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 60.

<sup>1455</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 79.

<sup>1456</sup> RGZ 76, 150, 152 ff.; JW 1927, 1416, 1417, 1418.

<sup>1457</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 80.

<sup>1458</sup> RGZ 67, 313, 318, 319; 149, 401, 404; BGHZ 138, 195, 209; NJW 1987, 251, 253.

<sup>1459</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 85; einschränkend, da zuvor §§ 320 ff. BGB anzuwenden seien und ein Zusammenhang zwischen der Störung des Schuldners und dem Fortfall der Schadensersatzbefugnis bestehen müsste, jetzt Staudinger-Otto/Schwarze § 281 Rn. B 71.

<sup>1460</sup> MK- Emmerich Vor § 281 Rn. 10; Jauernig- Vollkommer § 281 Rn. 13.

## f) Entbehrlichkeit

Ausnahmsweise ist die Fristsetzung dann gem. § 281 II BGB entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert oder weitere Umstände vorliegen, die bei Abwägung beiderseitiger Interessen eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Fallen diese Umstände allerdings weg, bevor tatsächlich Schadensersatz verlangt wird, lebt das Gebot der Nachfristsetzung wieder auf und der Gläubiger verliert dahingehend sein Recht, den Schadensersatz sofort zu fordern<sup>1461</sup>.

### aa) Erfüllungsverweigerung

Wie schon bei der Mahnung ist eine bestimmte, ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners ausreichend, eine Fristsetzung als leere und überflüssige Förmerei erscheinen zu lassen, so dass sie entbehrlich ist<sup>1462</sup>. Es wäre anders nicht weiter als bloßer Rechtsformalismus, die den Schuldner nur begünstigt, da ein rechtsunkundiger Gläubiger allzu leicht an einer strikten Nachfristsetzung scheitern kann, weil er in diesen Fällen nicht auf die Idee kommt, dem Schuldner eine solche zu stellen.

Eine Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit ist unproblematisch. Vor Fälligkeit hingegen nicht. Da aber § 281 II BGB keinerlei Einschränkung bezüglich des Zeitpunkts der Erfüllungsverweigerung vornimmt und § 323 IV BGB ausdrücklich dies zulässt, darf auch für § 281 BGB nichts anderes gelten<sup>1463</sup>. § 281 BGB liegt hier am nächsten, da hier der Akzent auf der leistungsbezogenen Pflichtverletzung liegt und nicht auf der fehlenden Rücksichtnahme i.S.d. § 282 i.V.m. § 241 II BGB<sup>1464</sup>, es sei denn, die Erfüllungsverweigerung bezieht sich auf eine Pflichtverletzung i.S.v. § 241 II BGB.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle der Unzuverlässigkeit, in denen der Gläubiger von einer voraussichtlichen Nichterbringung der Leistung von dem Schuldner ausgehen muss<sup>1465</sup>. Hat der Gläubiger berechtigte Zweifel, so steht ihm das Recht zu, den Schuldner aufzufordern, die Leistungsbereitschaft zu bestätigen<sup>1466</sup>. Tut er das nicht innerhalb der gesetzten Frist oder ist die Antwort unzureichend, so kann der Gläubiger das Vertragsverhältnis liquidieren. Nur dann, wenn genügend Anhaltspunkte gegeben sind, die ihn zu einer sofortigen Liquidation des Vertrages berechtigen, darf der Gläubiger ohne Fristsetzung zum Mechanismus des § 281 BGB greifen<sup>1467</sup>.

Erfüllungsverweigerung liegt nur dann vor, wenn sie tatsächlich als das *letzte Wort* des Schuldners aufzufassen ist<sup>1468</sup>. Hieran sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen<sup>1469</sup>. Nur wenn eindeutig zum Ausdruck kommt, dass der Schuldner die Leistung verweigert, kann der Gläubiger von einer Fristsetzung absehen. Bis dahin müssen noch Versuche unternommen werden den Schuldner doch noch umzustimmen, auch mit einer Fristsetzung<sup>1470</sup>.

Auch dann, wenn der Schuldner willkürliche Bedingungen stellt, die die Durchführung des Vertrages wesentlich erschweren oder gar unmöglich machen, liegt eine Erfüllungsverweigerung vor, die der Schuldner nur kaschiert hat, um nicht offensichtlich vertragsbrüchig zu

<sup>1461</sup> BGH NJW- RR 1990, 1300, 1301; MK- Ernst § 281 Rn. 75.

<sup>1462</sup> RGZ 51, 347, 349; BGHZ 105, 103, 105; NJW- RR 1990, 1300, 1301; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 89.

<sup>1463</sup> MK- Ernst § 281 Rn. 62; Krause Jura 2002, 299, 300.

<sup>1464</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 103.

<sup>1465</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 104; vgl. BGH NJW 1983, 989, 990; NJW- RR 1995, 240, 243.

<sup>1466</sup> Ramming ZGS 2003, 209, 209 ff.

<sup>1467</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 104.

<sup>1468</sup> St. Rspr., z.B.: RGZ 51, 347, 349 ff.; 104, 275, 277, 278; 149, 401, 403, 404; BGHZ 143, 41, 46, 47; NJW 1984, 48, 49.

<sup>1469</sup> BGHZ 104, 6, 13; NJW 1984, 48, 49.

<sup>1470</sup> RGZ 90, 317, 318; 102, 263, 266, 267; Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 107.

sein<sup>1471</sup>. Ebenso kann sich aus den äußeren Umständen ergeben, dass eine Erfüllungsverweigerung besteht, wie etwa, wenn der Verkäufer die zu liefernde Ware an Dritte verkauft, wobei dann freilich auch selbstverschuldete subjektive Unmöglichkeit vorliegen kann<sup>1472</sup>.

### bb) Besondere Umstände

Eine Fristsetzung ist ebenfalls entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Fristsetzung nach Abwägung der Interessen der beiden Parteien überflüssig machen.

Entbehrlich ist die Frist beim relativen Fixgeschäft. Hierbei haben beide Parteien ein Geschäft geschlossen, in dem die Pünktlichkeit wesentlicher Vertragsbestandteil ist<sup>1473</sup>. Wenigstens bei einer Partei ist die Pünktlichkeit von so essentieller Bedeutung, dass eine Fristsetzung für sie unzumutbar erscheint, obwohl sie noch durchgeführt werden könnte, wenn nachweislich die Leistung für den vorhergesehenen Zweck nicht mehr zu gebrauchen ist<sup>1474</sup>. Gleichfalls ist die Fristsetzung nicht so essentiell, um gleich eine Unmöglichkeit i.S.d. absoluten Fixgeschäfts anzunehmen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Taxifahrt zum Flughafen, sondern um beispielsweise eine Warenlieferung für eine bestimmte Saison wie etwa Osterbedarf<sup>1475</sup>. Dies gilt allerdings nur für den Rücktritt. Für weitergehende Schadensersatzansprüche statt der Leistung muss der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist setzen, so dass auch bei *just-in-time*-Verträgen der Schuldner die Möglichkeit zur sofortigen Ersatzbeschaffung erhalten soll<sup>1476</sup>.

Eine Selbstmahnung durch den Schuldner, in dem er eine eigene Pflichtwidrigkeit einräumt und sich selbst eine Frist stellt, macht ebenfalls ein Fristersfordernis bedeutungslos<sup>1477</sup>. Der Grund hierfür ist, dass dem Gläubiger eine eigene Fristsetzung als überflüssig erscheint und der Schuldner sich widersprüchlich verhielte, wollte er eine weitere Fristsetzung durch den Gläubiger fordern.

Ebenso ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner, ausdrücklich<sup>1478</sup> oder konkludent<sup>1479</sup>, auf sie verzichtet. Das kann im Voraus<sup>1480</sup> oder auch nachträglich<sup>1481</sup> erfolgen. Indes ist zu beachten, dass § 309 Nr. 4 BGB ein Klauselverbot für den nichtkaufmännischen Verkehr enthält.

### 3. Von § 281 BGB erfasste Leistungsstörungen

§ 281 BGB erfasst zwei Arten der Leistungsstörung, nämlich einmal die nicht erbrachte Leistung und die nicht wie geschuldet erbrachte Leistung.

#### a) Verzögerte Leistungserbringung

Die erstere soll dem Gläubiger die Möglichkeit geben zu erfahren, welches Schicksal die Leistung erfahren hat<sup>1482</sup>. Denn der Gläubiger soll durch die Fristsetzung die unkomplizierte Möglichkeit bekommen, Kenntnis von einem etwaigen Leistungshindernis zu erhalten. Diese

---

<sup>1471</sup> RGZ 171, 297, 300, 301; Gruchot 54 [1910], 628, 631; OLG Hamburg Recht 1915 Nr. 1752; OLG Jena JW 1918, 380, 381.

<sup>1472</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 111.

<sup>1473</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 103.

<sup>1474</sup> RG JW 1916, 258, 258, 259.

<sup>1475</sup> OLG Karlsruhe LZ 1907, 757 Nr. 4; Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 103.

<sup>1476</sup> MK- Ernst § 281 Rn. 59; Staudinger- Otto § 281 Rn. B 117.

<sup>1477</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 120.

<sup>1478</sup> OLG Dresden SächsA 1914, 517, 517.

<sup>1479</sup> RGZ 96, 255, 257.

<sup>1480</sup> ROHGE XI, 42, 424, 425.

<sup>1481</sup> RGZ 7, 79, 79, 80.

<sup>1482</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 138 li. Sp.



Fristsetzung beinhaltet auch wenigstens konkludent eine Mahnung i.S.d. § 286 BGB, so dass ein Auseinanderdriften von Verzugs- und Verzögerungsschaden nicht möglich ist<sup>1483</sup>.

#### b) Nicht wie geschuldet erbrachte Leistung

Hierunter fallen vor allem Fälle der mangelhaften Hauptleistung, also behebbare Sach- oder Rechtsmängel<sup>1484</sup>. Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten sind dann von § 281 mit umfasst, wenn dadurch der Leistungserfolg ausbleibt<sup>1485</sup>.

#### 4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

Ist die Frist fruchtlos abgelaufen und die weiteren Voraussetzungen erfüllt, kann der Schuldner Schadensersatz statt der Leistung fordern. Er muss es aber nicht. Er kann vielmehr auch auf der Leistung beharren und ebenfalls Ersatz des Verzögerungsschadens gem. §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen<sup>1486</sup>. Verlangt er den Schadensersatz statt der Leistung, so geht der Erfüllungsanspruch ab diesem Zeitpunkt unter.

Während es vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz noch problematisch war, ob der Gläubiger zwischen der Surrogationsmethode oder der Differenzmethode wählen konnte, um den Schaden zu berechnen<sup>1487</sup>, so ist dies jetzt größtenteils akzeptiert, da der Rücktritt nicht mehr durch das Begehren von Schadensersatz ausgeschlossen wird<sup>1488</sup>.

Die Berechnung des Schadens kann abstrakt oder konkret erfolgen<sup>1489</sup>, wenn der Schuldner überhaupt nicht leistet. Der maßgebliche Zeitpunkt ist der Zeitpunkt des Fristablaufs bzw. des Zeitpunkts, an dem das Stellen einer Frist nicht mehr erforderlich ist<sup>1490</sup>. Bei der konkreten Schadenberechnung ist der Gläubiger so zu stellen, wie er stünde, wäre richtig erfüllt worden<sup>1491</sup>. Tätigt er ein Deckungsgeschäft, so ist dieser Zeitpunkt i.d.R. maßgeblich<sup>1492</sup>. Allerdings darf dieser nicht den Schuldner ungerechtfertigterweise benachteiligen, indem vorsätzlich oder fahrlässig ein Zeitpunkt gewählt worden ist, der den Schaden des Schuldners vergrößert<sup>1493</sup>. Eine solche Benachteiligung wird gem. § 254 BGB ausgeschlossen<sup>1494</sup>.

Wird nicht wie geschuldet geleistet, hat der Gläubiger die Möglichkeit, zwischen großem und kleinem Schadensersatz zu wählen. Beim kleinen Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger gem. § 281 I 1 BGB nur wegen des ausstehenden Leistungsteils Schadensersatz verlangen<sup>1495</sup>. Ist ihm aber damit nicht gedient, d.h., hat er an den bereits erhaltenen Teillieferungen kein Interesse oder wurde überhaupt nicht sachgemäß geliefert und hat er sein Interesse verloren, so kann er gem. § 281 I 2 BGB Schadensersatz wg. der ganzen Leistung verlangen<sup>1496</sup>. Allerdings muss er bei einer Teillieferung objektiv mit dem Gelieferten nichts anfangen können, um den großen Schadensersatz statt der Leistung zu fordern<sup>1497</sup>. Das gilt gem. § 281 I 3 BGB dann nicht, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. In so einem Fall wird der

<sup>1483</sup> *BT- Drs. 14/6040 S. 138 li. Sp.*

<sup>1484</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. A 24.*

<sup>1485</sup> *Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. A 35.*

<sup>1486</sup> *BGHZ 88, 46, 49; NJW-RR 1997, 622, 624; NJW 2000, 951, 952; MK- Ernst § 281 Rn. 67.*

<sup>1487</sup> *Vgl. MK- Emmerich Vor § 281 Rn. 31 ff.; Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 144 m.w.N.*

<sup>1488</sup> *MK- Emmerich Vor § 281 Rn. 35; Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. B 144; Huber/ Faust Kap. 3 Rn. 189; Canaris ZRP 2001, 329, 333; Kaiser NJW 2001, 2425, 2426 ff.; Homann JuS 2002, 554, 555.*

<sup>1489</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 139.*

<sup>1490</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 146 i.V.m. B 140.*

<sup>1491</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 140.*

<sup>1492</sup> *BGH NJW 1951, 918, 918.*

<sup>1493</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze § 281 Rn. B 140.*

<sup>1494</sup> *RGZ 50, 255, 268; 91, 99, 100, 149, 135, 138.*

<sup>1495</sup> *Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 281 Rn. C 34; Brox AS § 23 Rn. 51.*

<sup>1496</sup> *Brox AS § 23 Rn. 52.*

<sup>1497</sup> *Brox AS § 23 Rn. 52.*

große Schadensersatz ausgeschlossen. Hiermit wird den Grundsätzen von *pacta sunt servanda* und Treu und Glauben Rechnung getragen, die eine Vertragsliquidation wegen geringfügiger Mängel ausschließen. Wird aber der große Schadensersatz ordnungsgemäß gewählt, so wird der Vertrag gem. § 281 V BGB nach den für Rücktritt geltenden Vorschriften der §§ 346 ff. BGB zurück abzuwickeln sein.

Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung geht dabei im Hinblick auf das konditionelle Synallagma gleichzeitig mit dem Leistungsanspruch unter<sup>1498</sup>.

#### IV. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB

Dieser Schadensersatzanspruch tritt dann ein, wenn Unmöglichkeit i.S.v. § 275 I- III BGB vorliegt. Damit wird also der Fall der nachträglichen Unmöglichkeit erfasst, ganz gleich, ob es sich um Unmöglichkeit, Unvermögen oder Unzumutbarkeit handelt. Der Schuldner wird insofern frei, als es ihm unmöglich ist, die Leistung zu erbringen. Dafür hat der Gläubiger u. U. Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, III, 283 BGB. Diese treffen ihn allerdings nur, sofern der Schuldner sich nicht exculpieren kann.

#### V. Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a BGB

Im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit gem. § 311a II BGB ist die Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I- III BGB schon vor oder bei Vertragsschluss gegeben. Im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage bleibt der Vertrag bestehen und wird nicht unwirksam. Lediglich der Anspruch auf Leistung ist untergegangen<sup>1499</sup>. Der Schuldner haftet allerdings nur in den Fällen, in denen er das Hindernis kannte oder ihm an der Unkenntnis des Hinderungsgrundes Verschulden trifft. Eine Kenntnis des Erfüllungsgehilfen wird ihm entsprechend gem. § 278 BGB zugerechnet<sup>1500</sup>. Für eine partielle Unmöglichkeit und einer Wahl zwischen Surrogations- und Differenztheorie gilt das oben Gesagte.

Allerdings ist streitig, inwiefern § 122 BGB analog anzuwenden ist, wenn bei anfänglich unverschuldeter Unmöglichkeit § 311a BGB eingreift. Während dies die eine Seite fordert<sup>1501</sup>, negiert die andere Ansicht das<sup>1502</sup>.

Die erste Ansicht begründet es damit, dass § 311a BGB es dem Schuldner erlaube, aufgrund eines Motiv- oder Eigenschaftsirrturns i.S.d. § 119 II BGB ohne Ersatzpflicht freizukommen<sup>1503</sup>. Außerdem habe der Gesetzgeber eine Analogie offenhalten wollen, da die damalige Kommission keine Möglichkeit hatte, auch die Irrtumsvorschriften zu ändern<sup>1504</sup>. Ferner habe der Gesetzgeber eine Empfehlung gegeben, § 122 BGB analog anzuwenden<sup>1505</sup>. Doch ist diese „Empfehlung“ in der Tat sehr „merkwürdig“<sup>1506</sup>. Immerhin zeigt das die heftigen Kontroversen in der Kommission. Herr Prof. Canaris konnte sich dort nicht mit seiner Meinung durchsetzen, wie er selber zugibt<sup>1507</sup>. Es scheint, dass diese „Empfehlung“ eine Art Kompro-

<sup>1498</sup> RGZ 107, 345, 347, 348; HRR 1931 Nr. 204; BGHZ 20, 338, 343, 344; NJW 1999, 3115, 3116.

<sup>1499</sup> Staudinger- Löwisch § 311a Rn. 18.

<sup>1500</sup> OLG Karlsruhe NJW 2005, 989, 989 ff.; Palandt<sup>65</sup>- Heinrichs § 311a Rn. 9.

<sup>1501</sup> Canaris JZ 2001, 499, 507, 508; HK- Schulze § 311a Rn. 9; vgl. BT Drs. 14/6040 S. 166 li. Sp. zu § 311a I I.

<sup>1502</sup> Palandt- Grüneberg § 311a Rn. 15; Jauernig- Vollkommer § 311a Rn. 12; Erman- Kindl § 311a Rn. 5; MK- Ernst § 311a Rn. 41.

<sup>1503</sup> Canaris JZ 2001, 499, 508.

<sup>1504</sup> Canaris JZ 2001, 499, 508.

<sup>1505</sup> Vgl. BT Drs. 14/6040 S. 166 li Sp. Zu § 311a I I.

<sup>1506</sup> MK- Ernst § 311a Fn. 46.

<sup>1507</sup> Canaris JZ 2001, 499, 508.

miss war. Denn eine Analogie zu § 122 BGB ist nur schwer begründbar. Dass der Gesetzgeber schon mit der Streichung des § 307 BGB und der anschließenden Einführung des § 311a BGB eine Regelungslücke einfuhrte, ist schwer ersichtlich. Denn mit § 311a BGB hat sich der Gesetzgeber für das Verschuldensprinzip entschieden<sup>1508</sup>, so dass eine Wiedereinführung der verschuldensunabhängigen Haftung „durch die Hintertür“, § 122 BGB analog, schon an der fehlenden Regelungslücke scheitert<sup>1509</sup>. Somit ist es bei fehlendem Verschulden nur konsequent und billig, dass jede Partei ihren eigenen Schaden zu tragen hat<sup>1510</sup>. Ebenso kommt die erste Ansicht zu widersprüchlichen Ergebnissen. Denn einerseits will sie zwar den § 122 BGB analog anwenden, aber dem Schuldner den Schutz des § 119 BGB versagen<sup>1511</sup>. Probleme des Irrtumsrechts muss man mit einer Reform dieses Rechts beheben<sup>1512</sup>. Ergo ist festzustellen, dass der sich schuldlos irrende Schuldner nicht haftet.

## VI. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB

Dieser Anspruch ist dann gegeben, wenn eine Pflichtverletzung des Schuldners i.S.v. § 241 II BGB andere Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers als die Leistung in einer solchen Art und Weise verletzt hat, so dass diesem eine Leistung durch den Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann, so dass er nach § 282 II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. In Abgrenzung zu § 281 BGB erfasst § 282 BGB somit die nichtleistungsbezogenen Pflichten, während ersterer die Leistungspflichten betrifft<sup>1513</sup>.

Die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung, obwohl er sie durchaus noch ordnungsgemäß erbringen könnte, ist unter Wertung aller Umstände zu prüfen<sup>1514</sup>. Insbesondere ist auf Schwere und Häufigkeit der Pflichtverletzung und die Gefahr des zukünftigen Eintritts weiterer Verletzungen abzustellen. Dabei sind aber hohe Anforderungen der Maßstab<sup>1515</sup>. Obwohl schon eine einzige, schwerwiegende Pflichtverletzung ausreicht, muss bei weniger schwerwiegenden der Schuldner durch eine Abmahnung erst aufmerksam gemacht werden, so dass dann erst nach fruchtloser Abmahnung eine Unzumutbarkeit gegeben ist<sup>1516</sup>. Eine Abmahnung ist nicht per se erforderlich<sup>1517</sup>. Um den Schaden geltend zu machen, muss der Gläubiger selbst allerdings auch vertragstreu gewesen sein<sup>1518</sup>.

Mit der Forderung des Schadensersatzes oder eines Rücktritts gem. § 324 BGB erlischt die Leistungspflicht des Schuldners. Er hat dafür dem Gläubiger höhere Kosten, die durch ein Ersatzgeschäft bedingt worden sind, zu ersetzen. Hiernach nicht ersetzt werden die Schäden an den anderen Rechtsgütern. Diese werden gem. § 280 I BGB zu ersetzen sein.

---

<sup>1508</sup> MK- Ernst § 311a Rn. 41.

<sup>1509</sup> Erman- Kindl § 311a Rn. 5.

<sup>1510</sup> MK- Ernst § 311a Rn. 41.

<sup>1511</sup> Palandt- Grüneberg § 311a Rn. 15.

<sup>1512</sup> Erman- Kindl § 311a Rn. 5.

<sup>1513</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 282 Rn. 12.

<sup>1514</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 282 Rn. 33; MK- Ernst § 282 Rn. 5.

<sup>1515</sup> Brox AS § 25 Rn. 5.

<sup>1516</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 282 Rn. 38; MK- Ernst § 282 Rn. 6; Bamberger/ Roth- Unberath § 282 Rn. .

<sup>1517</sup> Palandt<sup>65</sup>- Heinrichs § 282 Rn. 4; Huber/ Faust Kap. 3 Rn. 175.

<sup>1518</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 282 Rn. 61; einschränkend Staudinger- Otto/Schwarze § 282 Rn. 40.

## § 32 Aufwendungsersatz im deutschen Recht

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger gem. § 284 BGB Aufwendungsersatz verlangen. Dessen Voraussetzungen müssen also vorliegen. Dieser Anspruch soll dem Gläubiger diejenigen Kosten ersetzen, die er billigerweise im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung, die sog. frustrierten Aufwendungen<sup>1519</sup>, gemacht hat<sup>1520</sup>. Sie entfallen somit dann, wenn der Gläubiger Anzeichen für ein Scheitern des Vertrages wahrnahm<sup>1521</sup>. Dafür ist eine Bewertung der Umstände des Einzelfalls notwendig<sup>1522</sup>. Der Ersatzanspruch ist dafür da, dem Schuldner Kosten für vereitelte ideelle Zwecke zu ersetzen. Doch dürfen diese Aufwendungen objektiv nicht gänzlich außer Verhältnis oder unüblich sein<sup>1523</sup>.

Ebenso ist der Anspruch dann zu verwehren, wenn der Gläubiger die Aufwendungen hätte stoppen oder wenigstens gering halten können<sup>1524</sup>. Insofern ist es naheliegend, an § 254 BGB erinnert zu werden. In der Tat ist hier diese Einschränkung nicht so sehr eine Neuregelung als vielmehr eine Art Erinnerung an den Rechtsgedanken des § 254 BGB<sup>1525</sup>.

Neben der Billigkeit<sup>1526</sup>, d.h., dass es eine Vertrauensgrundlage gab und die Aufwendungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, ist ein solcher Anspruch ebenfalls durch die Zweckerreichung eingeschränkt<sup>1527</sup>. Damit soll zum einen sichergestellt werden, dass ein Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der ursprüngliche Zweck zwar nicht erreicht werden kann, die Aufwendungen aber anderweitig nicht frustriert sind<sup>1528</sup>. Der für einen nicht gelieferten Hund gekaufte Fressnapf wird von der Katze benutzt. Eine Reise zu einem Musical nach München ist nicht frustriert, weil das ausgefallene Musical durch einen Besuch bei einer Messe ersetzt wird<sup>1529</sup>. Auch eine Zweckverfehlung der Aufwendung kann diese nicht ersetzen<sup>1530</sup>. Das ist dann der Fall, wenn die Aufwendung in einem hypothetischen Geschehensablauf nicht geeignet gewesen wäre, ihren Zweck zu erfüllen. Die neugekauften Winterreifen für das nichtgelieferte Auto passen nicht auf dieses Modell.

Kann der Gläubiger aber Aufwendungsersatz verlangen, so tritt dieser alternativ an die Stelle des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung. Will der Gläubiger den „kleinen“ Schadensersatzanspruch fordern, so kann er als Aufwendungsersatzanspruch nur das fordern, was er im Vertrauen auf die ganze, unversehrte Leistung aufgewendet hat<sup>1531</sup>. Das gleiche gilt für die Minderung. Ebenso bleibt es dem Gläubiger unbelassen, das Surrogat gem. § 285 BGB zu verlangen<sup>1532</sup>. § 285 II BGB gilt dann entsprechend.

---

<sup>1519</sup> Brox AS § 22 Rn. 71.

<sup>1520</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 20.

<sup>1521</sup> Canaris JZ 2001, 499, 517.

<sup>1522</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 29.

<sup>1523</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 32; Palandt- Grüneberg § 284 Rn. 6; Grigoleit ZGS 2002, 122, 124; großzügig Canaris JZ 2001, 499, 517.

<sup>1524</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 33.

<sup>1525</sup> Canaris JZ 2001, 499, 517.

<sup>1526</sup> Vgl. hierzu nur Fleck JZ 2009, 1045, 1045 ff.

<sup>1527</sup> Medicus SAT Rn. 389.

<sup>1528</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 35.

<sup>1529</sup> Abgewandeltes Beispiel von Grigoleit ZGS 2002, 122, 122.

<sup>1530</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 36.

<sup>1531</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 42.

<sup>1532</sup> Staudinger- Otto § 284 Rn. 43; Huber/ Faust Kap. 4 Rn. 53.

## § 33 Vertretenmüssen

### I. Einleitung

Das deutsche Recht sieht ein Vertretenmüssen des Schuldners als erforderlich an, um Schadensersatz verlangen zu können. Systematisch ist das zu begründen, da die Grundnorm des Schadensersatzrechts, § 280 BGB, in Abs. 1 Satz 2 das Fehlen eines Vertretenmüssens für eine Exculpation des Schuldners erforderlich macht. Obwohl das Gesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 BGB als generellen Zurechnungsgrund ansieht, ist das Vertretenmüssen hierauf nicht beschränkt<sup>1533</sup>. Vielmehr können Risiken und Garantien i.S. § 276 I 1 BGB übernommen werden, so dass überhaupt kein Verhalten des Schuldners vorliegen muss, um dennoch einen Schadensersatzanspruch zu bejahen.

Als Kernbegriff für die Zurechnung von Verhalten und Ergebnissen fungiert das Vertretenmüssen<sup>1534</sup>. Vertretenmüssen und Verschulden sind voneinander zu unterscheiden und nur dann gleichzusetzen, wenn das Gesetz dies vorsieht oder eine abweichende Abrede nicht getroffen wurde<sup>1535</sup>. Damit bleibt aber im Grundsatz das Verschulden in erster Linie als Zurechnungsgrund erhalten<sup>1536</sup>. Im Folgenden wird nur das Vertretenmüssen im Vertragsrecht geschildert. Das Deliktsrecht ist nicht Teil dieser Arbeit.

### II. Rechtswidrigkeit

Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens beinhaltet auch immer den Vorwurf, vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen zu haben<sup>1537</sup>. Daraus folgt, dass das Verschulden Rechtswidrigkeit voraussetzt<sup>1538</sup>. Rechtswidrigkeit liegt im Zivilrecht dann vor, wenn das geschützte Interesse eines Anderen in von der Rechtsordnung missbilligter Weise verletzt wird<sup>1539</sup>. Dies wird nicht angezweifelt. Strittig allerdings ist, ob die Rechtswidrigkeit des Erfolgs genügt<sup>1540</sup>, sog. Erfolgsunrecht, oder, wie grundsätzlich im Strafrecht<sup>1541</sup>, auch die Rechtswidrigkeit des Verhaltens hinzutreten muss<sup>1542</sup>.

Die letzte Meinung begründet das damit, dass der innewohnende Vorwurf, gegen die Rechtsordnung verstoßen zu haben, indiziert, dass der Betreffende sich nicht rechtmäßig verhielt, obwohl er es hätte können<sup>1543</sup>. Doch verkennt diese Ansicht zweierlei. Zum einen ist die zivilrechtliche Ersatzpflicht nicht an einen Handlungsunwert gekoppelt, der mit dem strafrechtlichen gleichzustellen ist<sup>1544</sup>. Wenn aber, zumindest für vertragliche Ansprüche, die Privatauto-

<sup>1533</sup> MK- Ernst § 280 Rn. 20.

<sup>1534</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 10.

<sup>1535</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 10.

<sup>1536</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 1; MK- Grundmann § 276 Rn. 6.

<sup>1537</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 12; Engisch § 2 S. 15 ff.; Deutsch AcP 202 [2002], 889, 894, 895.

<sup>1538</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 12.

<sup>1539</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 12.

<sup>1540</sup> Soergel<sup>12</sup>- Wolf § 276 Rn. 23; Erman- Westermann § 276 Rn. 4, 5; Bamberger/ Roth- Unberath § 276 Rn. 8; MK- Grundmann § 276 Rn. 13 ff.; Palandt- Grüneberg § 276 Rn. 9; Palandt- Sprau § 823 Rn. 23 ff.; Larenz SAT § 20 IV S. 289 ff.; Larenz/ Canaris § 75 II 3 S. 364 ff.

<sup>1541</sup> Vgl. nur Sch/Sch- Lenckner/ Eisele Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 54/55.

<sup>1542</sup> Aufbauend auf BGHZ [GS] 24, 21 ff.; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 12 ff.; Enn./ Nipperdey I 2 § 213 S. 1317 ff.; Nipperdey NJW 1957, 1777, 1777; Zeuner JZ 1961, 41, 41 ff.

<sup>1543</sup> Vgl. BGHSt [GS] 2, 194, 200; vgl. Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 12.

<sup>1544</sup> BGHZ [GS] 24, 21, 27; Bamberger/ Roth- Unberath § 276 Rn. 8.

nomie ernst genommen werden soll, muss grundsätzlich Vertragswidrigkeit Rechtswidrigkeit bedeuten<sup>1545</sup>. Diese muss freilich vom Schuldner widerlegt werden, da er grundsätzlich diese Ausnahmefälle eher beweisen kann<sup>1546</sup>. Andernfalls wäre der Beweislastregel von beispielsweise § 280 I 2 BGB nicht genügend Rechnung getragen worden, so dass diese Ansicht auch zum anderen nicht mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang gebracht werden kann. Denn die Ansicht vom Handlungsunrecht greift tiefer in die Privatautonomie ein, wenn sie zu Lasten des Gläubigers die Beweislast verschieben will<sup>1547</sup>.

Rechtswidrigkeit ist nicht gegeben, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Diese sind teilweise im BGB geregelt, z.B. §§ 227, 228 BGB, allerdings müssen wegen der Einheit der Rechtsordnung auch die Rechtfertigungstatbestände des Strafrechts genauso beachtet werden<sup>1548</sup>.

Verkehrsgerechtes Verhalten ist kein richtiger Rechtfertigungsgrund, obwohl auch hier Rechtswidrigkeit entfällt, da ein Verhalten innerhalb der Gebote des Verkehrs nicht mit dem Vorwurf der Rechtsverletzung belastet sein kann<sup>1549</sup>.

### III. Schuldformen

Schuldformen sind Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine Unterscheidung dieser Formen ist im Gegensatz zum Strafrecht von geringer Bedeutung<sup>1550</sup>. Im Vertragsrecht ist die größte Bedeutung § 276 III BGB, welcher einen Haftungsausschluss bei Vorsatz für unzulässig erklärt.

#### 1. Vorsatz

Vorsatz ist dabei die wissentliche und willentliche Herbeiführung des Erfolgs, genauso wie im Strafrecht<sup>1551</sup>. Auch die Unterordnungen des Vorsatzes, Absicht i.e.S. (*dolus directus 1. Grades*), direkter Vorsatz (*dolus directus 2. Grades*) und bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*)<sup>1552</sup>, finden Anwendung<sup>1553</sup>. Dabei ist es genauso problematisch abzugrenzen, inwieweit bedingter Vorsatz oder nur Fahrlässigkeit vorliegen<sup>1554</sup>. Für Vorsatz muss der Handelnde den Eintritt des Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend angesehen haben und gleichzeitig den Erfolg billigend in Kauf genommen haben<sup>1555</sup>. Wann das genau im Einzelfall vorliegt, kann nur schwer feststellbar sein. Allerdings wird dieses Problem im Vertragsrecht selten relevant, da § 309 Nr. 7 b) BGB in AGBs generell den Haftungsausschluss für grobes Verschulden verbietet und eine Abgrenzung entbehrlich wird.

Der Vorsatz muss sich i.d.R. nur auf den Haftungstatbestand, d.h. im Vertragsrecht der Verstoß gegen eine Vertragspflicht, erstrecken<sup>1556</sup>. Der Schädiger braucht somit keinen Vorsatz bezüglich des Schadens zu haben. Ausnahmen hiervon, wie etwa § 826 BGB, §§ 104, 105 SGB VII, tangieren nicht primär das Kaufvertragsrecht und werden nicht weiter behandelt.

---

<sup>1545</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 15.

<sup>1546</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 15.

<sup>1547</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 16.

<sup>1548</sup> Bamberger/ Roth- Unberath § 276 Rn. 9.

<sup>1549</sup> Bamberger/ Roth- Unberath § 276 Rn. 9.

<sup>1550</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 21.

<sup>1551</sup> Motive I S. 280; Staudinger Löwisch/Caspers § 276 Rn. 22.

<sup>1552</sup> Vgl. nur Sch/Sch- Cramer/Sternberg- Lieben § 15 Rn. 64 ff.

<sup>1553</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 22.

<sup>1554</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 23.

<sup>1555</sup> Sch/Sch- Cramer/Sternberg- Lieben § 15 Rn. 73; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 23.

<sup>1556</sup> BGHZ 34, 375, 381; Staudinger- Löwisch § 276 Rn. 23.

Das Zivilrecht verlangt für den Vorsatz grundsätzlich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, so dass hier die Vorsatztheorie gilt<sup>1557</sup>. Im Gegensatz dazu ist spätestens seit der Neufassung der §§ 16, 17 StGB im Strafrecht die Schuldtheorie maßgebend<sup>1558</sup>. Der Versuch, diese auch im Zivilrecht einzuführen<sup>1559</sup>, scheiterte, da das Zivilrecht andere Maßstäbe setzt<sup>1560</sup>. Zum einen sieht das BGB den Vorsatz als eine Art des Verschuldens an, welches schon per se ein Vorwurfselement beinhaltet. Zum anderen beinhaltet das Gesetz einen viel schwereren Vorwurf bei Vorsatz als bei Fahrlässigkeit, so dass dies nur dann gerechtfertigt ist, wenn auch das Wissen des Handelnden die Rechtswidrigkeit umfasst<sup>1561</sup>. Die Schuldtheorie liefe mithin diesem Willen des Gesetzgebers entgegen, so dass sie im Zivilrecht keine Anwendung findet. Eine Ausnahme kann hiervon nur im Deliktsrecht gelten<sup>1562</sup>, was aber nicht Bestandteil dieser Arbeit ist.

Ein Irrtum über die tatsächlichen Umstände schließt den Vorsatz aus<sup>1563</sup>, sofern dieser nicht selbst in fahrlässiger Weise angenommen wurde<sup>1564</sup>. Da praktisch gesehen die meisten Fälle im Deliktsrecht über die irriige Annahme einer Gefahr oder Notlage vorkommen<sup>1565</sup>, ist ein Rechtsirrtum wie in § 17 II StGB nur insofern dann relevant, wenn dieser unvermeidbar ist<sup>1566</sup>. Sollte er vermeidbar sein, ist Vorsatz ausgeschlossen, eine Haftung aus Fahrlässigkeit allerdings nicht.

## 2. Fahrlässigkeit

Fahrlässigkeit ist gem. § 276 II BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Damit wird im Gegensatz zum Strafrecht ein objektiver Maßstab der Fahrlässigkeit angelegt<sup>1567</sup>. Der Grund hierfür ist der Vertrauensgrundsatz, dass nämlich jeder Rechtsverkehrsteilnehmer darauf vertrauen darf, dass jeder andere Teilnehmer die normale, für den Verkehr angepasste Sorgfalt walten lässt<sup>1568</sup>, was durch den Wortlaut von § 276 II BGB nur verstärkt wird. Der Schädiger kann sich nicht mit mangelndem Spezialwissen exculpieren. Umgekehrt können Spezialwissen oder besondere Fähigkeiten zu einer verschärften Haftung führen<sup>1569</sup>. Angesichts des damit verbundenen Vertrauens- und Verkehrsschutzes ist dies trotz einer gewissen Inkonsequenz bezüglich des sonst objektiven Maßstabs zu begrüßen<sup>1570</sup>.

Die Fahrlässigkeit ist dabei nur an den Erfordernissen des jeweiligen Verkehrskreises zu typisieren<sup>1571</sup>. Dabei muss insbesondere den in diesem Rechtskreis gängigen Anschauungen, Be-

---

<sup>1557</sup> RGZ 72, 4, 6, 7; 119, 265, 268; 159, 211, 224; BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; Staudinger-Löwisch/Caspers § 276 Rn. 25; Erman-Westermann § 276 Rn. 8; Larenz SAT § 20 II S. 280, 281; Esser/Schmidt I 2 § 26 I 2 a) S. 80, 81.

<sup>1558</sup> Vgl. nur Sch/Sch-Cramer/Sternberg-Lieben § 15 Rn. 104 m.w.N.

<sup>1559</sup> Soergel<sup>12</sup>-Wolf § 276 Rn. 55; Enn./Nipperdey I 2 § 210 I 2 S. 1302 ff.

<sup>1560</sup> Larenz SAT § 20 II S. 280, 281.

<sup>1561</sup> Larenz SAT § 20 II S. 280, 281.

<sup>1562</sup> Vgl. Staudinger/Löwisch/Caspers § 276 Rn. 27 m.w.N.

<sup>1563</sup> Bamberger/Roth-Unberath § 276 Rn. 12.

<sup>1564</sup> BGH NJW 1963, 148, 150; 1971, 459, 461.

<sup>1565</sup> Vgl. RGZ 88, 118, 118 ff.; Staudinger<sup>2004</sup>-Löwisch § 276 Rn. 53.

<sup>1566</sup> RGZ 146, 133, 144, 145; OGHZ 4, 177, 180 ff.; BGHZ 17, 266, 295; Staudinger-Löwisch/Caspers § 276 Rn. 58; Bamberger/Roth-Unberath § 276 Rn. 13.

<sup>1567</sup> RGZ 95, 16, 17; 127, 313, 315; BGHZ 24, 21, 27; BGH NJW 2001, 1786; Staudinger-Löwisch/Caspers § 276 Rn. 29; Bamberger/Roth-Unberath § 276 Rn. 20; Larenz SAT § 20 III S. 284 ff.

<sup>1568</sup> Prot. II S. 604.

<sup>1569</sup> BGH NJW 1987, 1479, 1479, 1480 m. Bem. Deutsch NJW 1987, 1480, 1481; NJW-RR 1990, 406, 406; MK-Grundmann § 276 Rn. 56; Soergel<sup>12</sup>-Wolf § 276 Rn. 77; einschränkend Staudinger-Löwisch/Caspers § 276 Rn. 30, 31.

<sup>1570</sup> MK-Grundmann § 276 Rn. 56.

<sup>1571</sup> Staudinger-Löwisch/Caspers § 276 Rn. 35; Bamberger/Roth-Unberath § 276 Rn. 22.

dürfnissen und Gebräuchen Rechnung getragen werden. Allerdings ist das Einreißen von Verkehrs(un)sitten nicht entschuldigend<sup>1572</sup>.

Umgekehrt müssen aber auch die Besonderheit der jeweiligen Situation nicht außer Acht gelassen werden, denn Geistesgegenwart kann nicht immer und unter allen Umständen verlangt werden<sup>1573</sup>. Das bedeutet, dass die Gefahr im Zeitpunkt der (letzten) Handlungsmöglichkeit erkennbar und der Schadenseintritt vorhersehbar war<sup>1574</sup>. Hätte zu diesem Zeitpunkt die Gefahr nicht erkannt werden können, liegt kein Verstoß gegen eine Pflicht, vor, da eben die Erkennbarkeit Voraussetzung für die Pflichtverletzung ist<sup>1575</sup>. Auch dürfen aus der ex-ante-Perspektive keine allzu überspannten Anforderungen zur Erkennbarkeit gestellt werden<sup>1576</sup>. Davon ist eigentlich nur theoretisch die Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts abzugrenzen<sup>1577</sup>. Diese ist dann gegeben, wenn der Kausalverlauf von Gefahr und Eintritt des Erfolges, zwar nicht in allen Einzelheiten, vorhersehbar waren<sup>1578</sup>. Nur dann, wenn Dritte zutreten<sup>1579</sup>, das allgemeine Lebensrisiko<sup>1580</sup> oder andere nach der Adäquanztheorie ganz unwahrscheinliche Zufälle sich erfüllen<sup>1581</sup>, ist eine Vorhersehbarkeit nicht mehr gegeben. Dies bezieht sich allerdings generell nur auf die Erfüllung der Handlung, nicht aber auf den Eintritt des konkreten Schadens<sup>1582</sup>. Dieser wird von der adäquaten Kausalität zwischen Handlung und Schaden sowie der Schutzzwecklehre begrenzt.

Grobe Fahrlässigkeit ist im Kaufrecht insbesondere relevant für die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses gem. § 309 Nr. 7 b) BGB. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, so dass es einem sich hätte aufdrängen müssen<sup>1583</sup>. Das bedeutet, dass die grobe Fahrlässigkeit objektiv gesehen einen höheren Grad an Außerachtlassung der Sorgfaltspflichten erforderlich macht. Klare Verstöße gegen eindeutige Schutznormen legen das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nahe<sup>1584</sup>. Das bedeutet zwar nicht, dass ein Verstoß zwangsläufig grobe Fahrlässigkeit zur Folge hat, aber je hervorgehobener die Regel und je höher die Gefahr, desto stärker muss man grobe Fahrlässigkeit annehmen.

Diese objektive Definition lässt allerdings die subjektive Komponente vermissen. Ein objektiver Verstoß allein ist nicht ausreichend. Hinzutreten muss ein schwerer subjektiver Vorwurf, dass die Person in dieser Situation in gegenüber einfacher Fahrlässigkeit gesteigerter Weise die Sorgfalt verletzt hat<sup>1585</sup>. Deswegen sollte die oben genannte Definition um diese subjektive Komponente erweitert werden. Somit liegt grobe Fahrlässigkeit dann vor, wenn „eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung gegeben ist, die das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit erheblich übersteigt“<sup>1586</sup>. Damit sind die individu-

---

<sup>1572</sup> BGHZ 5, 318, 319.

<sup>1573</sup> RGZ 86, 149, 151; Staudinger- Löwisch § 276 Rn. 48.

<sup>1574</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 276 Rn. 28.

<sup>1575</sup> BGHZ 80, 199, 204.

<sup>1576</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 276 Rn. 28; MK- Grundmann § 276 Rn. 69.

<sup>1577</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 70.

<sup>1578</sup> Bamberger/ Roth- Faust § 276 Rn. 28; MK- Grundmann § 276 Rn. 70.

<sup>1579</sup> RGSt 34, 91, 93, 94.

<sup>1580</sup> RGSt 29, 218, 221, 222; OLG München NJW- RR 2004, 1698, 1698.

<sup>1581</sup> BGHZ 57, 137, 141; 137, 11, 19; BGH NJW 2002, 2232, 2233; Sch/Sch- Lenckner/ Eisele Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 87/88.

<sup>1582</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Löwisch § 276 Rn. 59.

<sup>1583</sup> RGZ 141, 129, 131; 166, 98, 101, 102; BGHZ 10, 14, 16; 145, 337, 340; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 99.

<sup>1584</sup> BGH NJW 2001, 2092, 2093; MK-Grundmann § 276 Rn. 99.

<sup>1585</sup> BGH MDR 1970, 918, 918 Nr. 22; NJW 1988, 1265, 1266; MK- Grundmann § 276 Rn. 95; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn 100; Soergel<sup>12</sup>- Wolf § 276 Rn. 125.

<sup>1586</sup> BSG Betrieb 1978, 307, 308; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 100; vgl. BGH NJW 2003, 1118, 1119.



ellen Kenntnisse, Fähigkeiten und die konkrete Situation zu bewerten, so dass sich grobe Fahrlässigkeit nur für den einzelnen Fall bestimmen lässt<sup>1587</sup>.

Eine solche subjektive Vorwerfbarkeit kann allerdings nur sinnvollerweise bei der Haftung einer natürlichen Person zum Einsatz kommen<sup>1588</sup>. Bei großen Behörden oder Unternehmen ist der objektiv schwere Pflichtverstoß genügend, weil ihnen zugemutet werden kann, durch ihre Organisationsstruktur subjektives Fehlverhalten der Bediensteten zu vermeiden, und es dem Geschädigten nur möglich ist, bezüglich des objektiven Pflichtverstoßes Beweis zu führen, sollte ihm keine Beweislastregel wie § 280 I 2 BGB zu Hilfe kommen<sup>1589</sup>.

Des Weiteren kann das Gesetz in einzelnen Fällen den Fahrlässigkeitsmaßstab modifizieren. So ist, für das Kaufrecht insbesondere relevant, gem. § 300 I BGB die Haftung des Schuldners im Falle des Annahmeverzugs durch den Gläubiger auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Eigenübliche Sorgfalt i.S.d. § 277 BGB reduziert die Verantwortlichkeit im Rückgewährschuldverhältnis nach § 346 III 1 Nr. 3 BGB.

### 3. Haftungsausschluss

Aufgrund der Vertragsfreiheit kann der Haftungsmaßstab auch im Vertrag geregelt werden<sup>1590</sup>. Ein etwaiger Haftungsausschluss schließt regelmäßig die Arbeitnehmer des Schädigers auch ohne expliziten Hinweis mit ein<sup>1591</sup>. Sie umfassen auch die mit vertraglichen Ansprüchen konkurrierenden Deliktsansprüche<sup>1592</sup>. Möglich ist auch eine stillschweigende Haftungsbeschränkung, wobei dies aber sehr restriktiv zu sehen sein sollte, damit keine unzulässige Willensfiktion entsteht<sup>1593</sup>. Damit müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Haftungsausschluss gewollt ist oder mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung dieses Ergebnis erzielt wurde<sup>1594</sup>.

Die Mitarbeiter können sich für ihre persönliche Haftung auf einen solchen Haftungsausschluss auch berufen, da es nicht im Interesse des Gesetzes sein kann, wenn sich ihr Arbeitgeber frei zeichnen kann, sie selbst aber nicht<sup>1595</sup>. Insofern erstreckt sich der Haftungsausschluss auch auf sie.

Grenze des Haftungsausschlusses ist gem. § 276 III BGB Vorsatz, damit der Gläubiger nicht der Willkür des Schuldners ausgeliefert ist<sup>1596</sup>. Diese Regelung gilt nur für den Schuldner selbst. Ein Haftungsausschluss für Erfüllungsgehilfen kann somit auch den Vorsatz mit umfassen<sup>1597</sup>. Nach § 309 Nr. 7 b) BGB kann auch die Haftung für grobes Verschulden ausgeschlossen werden. Dies gilt allerdings nicht für juristische Personen. Das Verschulden dieser Organe wird der juristischen Person als eigenes Verschulden gem. § 31 BGB zugerechnet, so dass ein Haftungsausschluss nicht möglich ist<sup>1598</sup>. Ein Verstoß hiergegen führt nur dann zur Nichtigkeit des ganzen Vertrags, wenn ohne diese Absprache der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, was mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln ist<sup>1599</sup>. Das wird allerdings nur ausnahmsweise der Fall sein. Im Übrigen liegt nur eine Teilnichtigkeit diese

---

<sup>1587</sup> BGH NJW 2003, 1118, 1119; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 103.

<sup>1588</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 102.

<sup>1589</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 102; Röhl JZ 1974, 521, 526.

<sup>1590</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 120.

<sup>1591</sup> BGH VersR 1985, 595, 596.

<sup>1592</sup> BGH VersR 1985, 595, 596; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 123.

<sup>1593</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 124.

<sup>1594</sup> BGH NJW 1979, 414, 414, 415.

<sup>1595</sup> BGH VersR 1985, 595, 596.

<sup>1596</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 125.

<sup>1597</sup> KG NJW 1960, 343, 343; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 126.

<sup>1598</sup> Staudinger- Otto/Caspers § 278 Rn. 126.

<sup>1599</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 129.

Absprache gem. 139 BGB vor. Ein in AGBs stehender unzulässiger Haftungsausschluss führt ebenfalls nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages, sondern nur der entsprechenden Klausel. Gleichfalls kann gem. § 242 BGB oder § 138 BGB eine ansonsten auch zulässige Haftungsbeschränkung nichtig sein, wenn gegen eine dieser Vorschriften verstoßen wird. Es ist auch möglich, dass die Parteien Haftungsumfang und Beweislast selbst bestimmen können<sup>1600</sup>.

#### 4. Haftungserweiterung

Wie die Haftungseinschränkung ist auch die Erweiterung der Verantwortlichkeit möglich. Dort, wo dem Schuldner eine gesetzliche Haftungsbeschränkung zu Gute kommt, kann ein Vertrag dies dahingehend modifizieren, dass schon einfache Fahrlässigkeit oder gar ein gänzlichliches Absehen von der Verantwortlichkeit genügt<sup>1601</sup>. Letzteres kann aber generell nur in Individualabsprachen und nicht in AGBs geschehen, und auch dann nur in den Grenzen von §§ 138, 242 BGB<sup>1602</sup>. Nur ausnahmsweise, wenn etwa diese Regelung durch andere Vorteile aufgewogen wird oder in der Abwägung es doch zu dem Ergebnis kommt, dass kein Verstoß gegen § 307 BGB vorliegt, kann auch im Einzelfall in AGBs eine solche Regelung aufgenommen werden<sup>1603</sup>. Der Grund hierfür ist, dass das Verschuldensprinzip zu den i.S.v. § 307 II Nr. 1 BGB wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört und nur dann eine Ausnahme gemacht werden kann, wenn in der Abwägung eine Erweiterung der Verantwortlichkeit trotzdem nicht treuwidrig ist<sup>1604</sup>. Der Hauptfall hierbei ist die Schadenspauschalierung, die für den Gläubiger als Hilfsmittel zum Beweis seines Schadens dienen soll<sup>1605</sup>.

### IV. **Vertretenmüssen ohne Verschulden**

Der Schuldner kann auch ohne Verschulden zur Rechenschaft gezogen werden. Im Bereich des Kaufrechts am relevantesten für eine gesetzliche Regelung wird § 287 S. 2 BGB sein, bei welchem dem Schuldner, der in Verzug ist, auch Zufall zum Verhängnis werden kann, sofern dieser nicht eingetreten wäre, wenn ordnungsgemäß erfüllt wurde.

Eine Haftung ohne (eigenes) Verschulden sieht auch die Zurechnungsnorm<sup>1606</sup> des § 278 BGB vor, in dem der Schuldner sich das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss.

Aber auch vertraglich kann ein Verschulden ausgeschlossen werden. Hauptfall hierfür ist der Garantievertrag, in dem der Schuldner für sein Versprechen eintritt, dass ein Erfolg eintritt oder ein Schaden verhindert wird<sup>1607</sup>. Im Kaufrecht ist hier besonders die Beschaffenheitsgarantie der Kaufsache zu nennen. Aus § 442 I 2 BGB ergibt sich, dass sie jegliche Mängelrechte ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers dem Käufer gewährt, sollte die Beschaffenheit mit der angegebenen nicht übereinstimmen<sup>1608</sup>. Da dies eine Abrede ist, kann die Garantie auch beschränkt werden auf einzelne Teile des Vertrages<sup>1609</sup>.

---

<sup>1600</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 135.*

<sup>1601</sup> *BGHZ 115, 38, 43; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 136.*

<sup>1602</sup> *BGHZ 115, 38, 43.*

<sup>1603</sup> *BGHZ 115, 38, 43, 44.*

<sup>1604</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 136.*

<sup>1605</sup> *BGH NJW 1983, 1542, 1542; Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 131.*

<sup>1606</sup> *MK- Grundmann § 278 Rn. 1.*

<sup>1607</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 149.*

<sup>1608</sup> *Staudinger- Löwisch/Caspers § 276 Rn. 150.*

<sup>1609</sup> *MK- Grundmann § 276 Rn. 176.*

## § 34 Schadensersatz in der CISG, Art. 45 I lit. b) i.V.m. Artt. 74 ff.

Der Käufer kann gem. Art. 45 I lit. b) i.V.m. Artt. 74 ff. CISG Schadensersatz verlangen. Gem. Art. 45 II CISG werden weitere Rechtbehelfe nicht abgeschnitten. Der Schadensersatzanspruch ist der Mindestbehelf bei jeder Vertragsverletzung<sup>1610</sup>.

### I. Umfang des Schadensersatzes

Art. 74 CISG ist die Grundnorm für die Berechnung des Schadensersatzes<sup>1611</sup>. Hier werden auch zwei wesentliche Grundgedanken des Schadensersatzrechts normiert, nämlich der der Totalreparation und die Beschränkung der Haftung durch die Voraussehbarkeit<sup>1612</sup>. Durch die Totalreparation hat der Gläubiger den Anspruch auf vollen Ausgleich des Schadens ohne Rücksichtnahme von Verschulden oder Nichtverschulden des Schuldners<sup>1613</sup>, es sei denn, es liegt ein Entlastungsgrund nach Artt. 79, 80 CISG vor<sup>1614</sup>. Zu ersetzen ist sowohl das Erfüllungsinteresse als auch das Integritäts- und Vertrauensinteresse<sup>1615</sup>. Als Korrelat für die verschuldensunabhängige Haftung der Parteien dient die Voraussehbarkeit, welche den Schaden auf das begrenzt, was bei Vertragsschluss voraussehbar war<sup>1616</sup>. Fließen Vorteile dem Schuldner zu, so sind auch diese sie auszugleichen<sup>1617</sup>.

#### 1. Anwendungsbereich

Der Schadensersatz ist gem. Art. 45 I CISG zu gewähren, wenn der Schuldner eine der Pflichten des Vertrages oder Übereinkommens verletzt. Das ist weit zu verstehen, so dass jede Pflichtverletzung genügt, soweit sie sich nur im Zusammenhang mit der Durchführung des Vertrages befindet<sup>1618</sup>. Eine wesentliche Pflicht i.S.d. Art. 25 CISG braucht nicht verletzt worden zu sein<sup>1619</sup>. Indessen können sehr wohl Pflichtverletzungen bei der Rückabwicklung Schadensersatzansprüche nach sich ziehen<sup>1620</sup>.

Deliktische Haftung hingegen ist nicht Teil der CISG und untersteht damit dem angerufenen Recht<sup>1621</sup>. Ebenso sind Personenschäden gem. Art. 5 CISG ausgeschlossen. Auch die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist grundsätzlich nicht im Anwendungsbereich der CISG, da der Abbruch von Verhandlungen keine Verletzungen von Vertragspflichten darstellt<sup>1622</sup>, es sei denn, es ist ein Vorvertrag geschlossen worden<sup>1623</sup>. Zudem muss beachtet werden, dass gem. Art. 4 CISG die Konvention alle nationalen Rechte insoweit verdrängt, wie der Sachverhalt unter die CISG fällt<sup>1624</sup>. Somit ist zu differenzieren zwischen deliktsähnlichem Sachverhalt, wie z.B. die fallende Linoleumrolle<sup>1625</sup> oder Täuschung oder Drohung<sup>1626</sup>, welches unter das

<sup>1610</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 8.

<sup>1611</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 1.

<sup>1612</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 2.

<sup>1613</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 11.

<sup>1614</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 2; Roßmeier RIW 2000, 407, 408.

<sup>1615</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 20, 21; S/S- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 2.

<sup>1616</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 4; Schlechtriem Rn. 302.

<sup>1617</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 22

<sup>1618</sup> MK- Huber Art. 74 Rn. 4.

<sup>1619</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 11.

<sup>1620</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 9.

<sup>1621</sup> BGH IPRax 1996, 124, 125; OLG München IPRax 1997, 38, 39, 40; Huber IPRax 1996, 91, 95.

<sup>1622</sup> Staudinger- Magnus Art. 4 Rn. 43.

<sup>1623</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 11.

<sup>1624</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 1.

<sup>1625</sup> RGZ 78, 239, 240 (Linoleumrolle).

Deliktsstatut fällt<sup>1627</sup>, und dem Sachverhalt, in dem ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wurde, welches durch das Verhalten der anderen Partei zerstört wurde. Dann ist der geschädigten Partei über die Grundsätze der CISG, insbesondere Treu und Glaube i.S.v. Art. 7 I CISG, der Vertrauensschaden zu ersetzen<sup>1628</sup>.

Schadensersatzgläubiger kann allein und ausschließlich der von der Vertragsverletzung betroffene Gläubiger sein<sup>1629</sup>. Eine Konstruktion wie der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist der CISG unbekannt, und so muss die Frage nach dem Schutz Dritter folglich von dem angerufenen Recht beantwortet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn die Parteien es zumindest stillschweigend vereinbart haben<sup>1630</sup>. Allerdings kann der Vertragspartner den Schuldner für den Schaden im eigenen Namen in Anspruch nehmen<sup>1631</sup>. Insofern ist diese Lösung, die auf dem englischen und französischen Recht beruht, weitergehender als die Drittschadensliquidation des deutschen Rechts.

## 2. Umfang des Ersatzanspruchs

Der ersatzfähige Schaden wird von Art. 74 CISG nicht weiter definiert, so dass die Ersatzfähigkeit aus dem Grundgedanken der Totalrestitution und dem Vertragszweck die Ersatzfähigkeit herzuleiten ist<sup>1632</sup>. Damit soll der gesamte Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns ausgeglichen werden<sup>1633</sup>. Hieraus und aus dem Wortlaut ergibt sich auch die Einschränkung des Schadensersatzes auf den tatsächlich erlittenen Schaden, so dass dem Käufer durch das Schadensereignis zufallende Vorteile oder gesparte Aufwendungen gegebenenfalls mit verrechnet werden müssen<sup>1634</sup>. Die CISG hat in Art. 84 CISG eine explizite Anerkennung dieses Prinzips. Allerdings muss hier der Zweck des Ausgleichs, etwa einer Versicherungszahlung, mit beachtet werden. Denn wenn diese vom Käufer mit eigenen Prämien quasi „erkauft“ wurden, kann ein Vorteilsausgleich nicht stattfinden<sup>1635</sup>. In diesen Fällen darf der Schädiger nicht davon profitieren. Wobei in solchen Fällen, insoweit gezahlt wurde, der Schadensanspruch vom Geschädigten auf den Schädiger i.d.R. übergeht. Schon allein um dem Versicherer die Geltendmachung des Schadens zu ermöglichen, sieht die CISG in der Versicherungsleistung kein Hindernis, einen Schadensersatzanspruch zu bestätigen.

Schadensersatz zu pönalen oder präventiven Zwecken wie *punitive* oder *exemplary damages* kennt die CISG nicht und kann somit nicht erstattet werden<sup>1636</sup>. Infolgedessen ist wegen dieser abschließenden Regelung ein Rückgriff auf nationale Normen ausgeschlossen. Nicht ausgeschlossen und weiterhin ersatzfähig sind *punitive damages* gleichwohl, wenn sie auf deliktischen Ansprüchen beruhen, die mit dem Anspruch aus der CISG konkurrieren<sup>1637</sup> bzw. eine dementsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien besteht, *punitive damages* zu zahlen<sup>1638</sup>. Dann können die nationalen Normen angewendet werden. Ebenso ist es nicht möglich,

---

<sup>1626</sup> Staudinger- Magnus Art. 4 Rn. 43; Bonell RIW 1990, 693, 700.

<sup>1627</sup> Staudinger- Magnus Art. 4 Rn. 43; Bonell RIW 1990, 693, 700.

<sup>1628</sup> Staudinger- Magnus Art. 4 Rn. 43; Bonell RIW 1990, 693, 700 ff.

<sup>1629</sup> OLG Naumburg TranspR-IHR 2000, 22, 22, 23; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 7; MK- Huber Art. 74 Rn. 6; Bamberger/Roth- Saenger Art. 74 Rn. 2; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 15, 16.

<sup>1630</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 7; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 15.

<sup>1631</sup> Bamberger/Roth- Saenger Art. 74 Rn. 2 und Fn. 14; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 16.

<sup>1632</sup> Bamberger/Roth- Saenger Art. 74 Rn. 2; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 18.

<sup>1633</sup> Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, 15.06.1994, CLOUT Nr. 93; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 10; Bamberger/Roth- Saenger Art. 74 Rn. 2.

<sup>1634</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 22; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 12; Honsell SJZ 88 [1992], 361, 361.

<sup>1635</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 12; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 22.

<sup>1636</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 17; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 9; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 4; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 3.7; Honsell SJZ 88 [1992], 361, 361.

<sup>1637</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 9.

<sup>1638</sup> E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 4; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 3.7.

den Gewinn des Schuldners, den dieser erzielte, weil er die Sache anderweitig günstig verkauft hatte, herauszufordern oder der eigenen Schadensberechnung zu Grunde zu legen<sup>1639</sup>. Einzig und allein über Art. 84 II CISG ist es in der CISG möglich, den Gewinn herauszugeben.

Da internationale Warenverkäufe regelmäßig kommerziellen Zwecken dienen, können immaterielle Schäden grundsätzlich nicht berücksichtigt werden<sup>1640</sup>. Das gilt dann nicht, wenn sie einen wirtschaftlich bezifferbaren Wert darstellen wie den *good will* oder ein Markenrecht<sup>1641</sup>. Ebenso ist ein immaterieller Schaden durch die CISG zu ersetzen, wenn der immaterielle Leistungszweck Eingang in den Vertrag gefunden hat und somit eine typische Folge der Leistungsstörung ist<sup>1642</sup>. Doch ist zu überlegen, die Grenzen des Art. 5 CISG eingehalten, dies im Wege des Art. 9 II CISG i.V.m. Art. 9: 501 II lit. a) PECL und Art. 7.4.2 II PICC einzuführen. Das geht aber nur, wenn sich diese Normensammlungen als Handelsbrauch erweisen sollten. Ansonsten könnte nur eine Reform der CISG weiterhelfen.

Der Schadensersatzanspruch ist stets in Geld zu vergüten, da die CISG keine Naturalrestitution kennt<sup>1643</sup>.

Folgende Arten von Schäden können ersetzt werden.

#### a) Nichterfüllungsschäden

Schäden aus Nicht- oder Schlechterfüllung sind grundsätzlich erstattungsfähig<sup>1644</sup>. Bei durch Mängel verursachten Schäden kann der Käufer die Nachbesserung selbst beheben und die Kosten dem Käufer in Rechnung stellen, sofern die Kosten angemessen sind<sup>1645</sup>. Auch Kosten vergeblicher Mängelbeseitigungsversuche sind erstattungsfähig<sup>1646</sup>. Desgleichen ist es gestattet, die Differenzsumme zwischen dem Wert der mangelhaften Ware und dem ohne Mangel als Schadenssumme zu fordern<sup>1647</sup>. Verzugsschäden durch Käufer und Verkäufer sind ebenfalls zu erstatten<sup>1648</sup>.

#### b) Begleitschäden

Begleitschäden sind wg. des Grundsatzes der Totalrestitution zu ersetzen, obwohl sie in Art. 74 CISG nicht *expressis verbis* genannt werden<sup>1649</sup>. Mit eingeschlossen sind die Kosten der angemessenen Aufwendungen zur Feststellung oder Abwehr oder Minderung des Schadens<sup>1650</sup>. Darin einbezogen sind Untersuchungskosten auf ihre Vertragsmäßigkeit, sofern ein Mangel tatsächlich festgestellt und gerügt worden ist<sup>1651</sup>. Prozesskosten hingegen richten sich nach der *lex fori*, so dass bei Ausschluss durch das Prozessrecht eine Erstattung nicht verlangt werden kann<sup>1652</sup>. Allerdings können außerprozessuale Rechtsverfolgungskosten ersetzt wer-

<sup>1639</sup> *MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 9; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 18; Honsell SJZ 88 [1992], 361, 361; vgl. zum EKG: Harlo und Johns Ltd. v. Adras, Oberster Israelischer Gerichtshof, in: Schlechtriem/ Magnus Art. 84 Nr. 1 S. 449 ff.; dazu Sanilevici RIW 1988, 346, 346 ff.*

<sup>1640</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 18.*

<sup>1641</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 18; Roßmeier RIW 2000, 407, 409.*

<sup>1642</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 18.*

<sup>1643</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 17.*

<sup>1644</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 21.*

<sup>1645</sup> *OLG Hamm IPRax 1996, 269, 270; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 24.*

<sup>1646</sup> *Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp, US Court of Appeals 71 F 3d 1024 [2nd Cir 1995] = CISG- Online Nr. 140; S/S<sup>d</sup>- Stoll- Gruber Art. 74 Rn. 15.*

<sup>1647</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 23; vgl. ROHGE 24, 153, 155; vgl. Rabel I S. 511 ff.*

<sup>1648</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 25.*

<sup>1649</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 27.*

<sup>1650</sup> *BGH NJW 1997 3311, 3313; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 54.*

<sup>1651</sup> *S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 27.*

<sup>1652</sup> *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc., U.S. Ct. App. (7<sup>th</sup> Cir.) CISG- online Nr. 684; S/S<sup>d</sup>- Stoll- Gruber Art. 74 Rn. 20; Schlechtriem IPRax 2002, 226, 227; a.A. (Gefahr der uneinheitlichen Auslegung der CISG) S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 28.*

den, sofern sie zur Rechtswahrung sachlich geboten, vom vertragswidrigen Verhalten des Schuldners veranlasst und dieser mit einer entsprechenden Reaktion rechnen musste<sup>1653</sup>. Dazu gehören insbesondere Mahnkosten und Anwaltsschreiben<sup>1654</sup>, nicht aber Inkassobüros, deren im Allgemeinen gegen die Schadensminderungspflicht gem. Art. 77 CISG verstößt, da andere Wege, wie über Anwälte, angemessener sind<sup>1655</sup>.

### c) Folgeschäden

Auch Folgeschäden und Mangelfolgeschäden sind grundsätzlich ebenso ersetzbar, da die CISG sich nicht auf unmittelbare Schäden begrenzt<sup>1656</sup>, wie entgangener Gewinn. Folgeschäden sind so zu ersetzen, dass auch künftige, aber berechenbare Schäden mit abgedeckt sind<sup>1657</sup>. Sie umfassen nicht nur die Rechtsgüter des Gläubigers, sog. Mangelfolgeschäden, sondern auch Ansprüche Dritter gegen den Geschädigten und den sog. *Goodwill-Schaden*, wo das Ansehen des Geschädigten bei seinen Käufern geschmälert wird.

## 3. Kausalität

Die Zurechnung erfolgt über die *conditio sine qua non*-Formel, so dass eine Handlung ursächlich wurde, wenn sie nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel<sup>1658</sup>. Für ein Unterlassen gilt, dass ein pflichtgemäßes Verhalten den Schadenseintritt in seiner konkreten Gestalt hätte abwenden können. Für weitergehende Einschränkungen, z.B. durch die Adäquanztheorie, ist kein Platz<sup>1659</sup>. Ein Korrelat erfolgt durch die Voraussehbarkeit<sup>1660</sup>.

## 4. Begrenzung durch die Voraussehbarkeit

Durch die Voraussehbarkeit soll der vertragsbrüchige Partner nur das ersetzen, was er bei Vertragsschluss als Risiko erkannt hat oder wenigstens hätte erkennen müssen, so dass er das seiner Kalkulation zugrunde legen konnte und ggf. auch sich dagegen hätte versichern können<sup>1661</sup>. Damit begrenzt Art. 74 S. 2 CISG die Ersatzpflicht des Schädigers. Damit hat die CISG, genauso wie das EKG, im Grundsatz die Berechnungsregeln des *Common Law* übernommen<sup>1662</sup>.

Ein Schaden ist dann voraussehbar und wird ersetzt, wenn das Risiko, das sich im konkreten Fall verwirklicht hat, im Wesentlichen mit dem bei Vertragsschluss vernünftigerweise voraussehbaren und ausdrücklich oder konkludent übernommenen Schadensrisiko übereinstimmt, wobei ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen ist<sup>1663</sup>. Dabei sind allein die Schäden, nicht

---

<sup>1653</sup> OLG Düsseldorf RIW 1996, 958, 960; Piltz NJW 2000, 553, 560.

<sup>1654</sup> OLG Düsseldorf RIW 1996, 958, 960; AG Tiergarten IPRax 1999, 172, 172; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg RIW 1996, 771, 774; S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 20; Peter IPRax 1999, 159, 159 ff.; a.A. S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 30 (nur dann Ersatz, wenn die *lex fori* es gestattet).

<sup>1655</sup> LG Frankfurt a.M. RIW 1991, 952, 954; AG Tiergarten IPRax 1999, 172, 172; S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 20; Peter IPRax 1999, 159, 159 ff.

<sup>1656</sup> OLG München IPRax 1997, 38, 39, 40; S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 21.

<sup>1657</sup> S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 36.

<sup>1658</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 18.

<sup>1659</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 29.

<sup>1660</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 30.

<sup>1661</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 31.

<sup>1662</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 5, 31; Faust S. 75 ff.; *Grundlegend im Common Law: Hadley v Baxendale* 9 Ex 341 (1854).

<sup>1663</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 49; Schlechtriem Rn. 302.

aber die Frage, ob eine Vertragsverletzung vorliegt, Gegenstand der Vorhersehbarkeit<sup>1664</sup>. Die Art der Vertragsverletzung oder ob ein Verschulden vorliegt, sind für die Voraussehbarkeit i.S.d. CISG irrelevant. Das bedeutet nicht, dass der Schadensumfang in allen Einzelheiten oder gar in der genauen Schadenshöhe vorausszusehen war, sondern, dass bei Vertragsschluss die Konsequenzen einer Pflichtverletzung abschätzbar waren, sofern eine Entlastung nach Art. 79 CISG nicht möglich ist<sup>1665</sup>. Dabei ist generell ein objektiver Maßstab anzulegen<sup>1666</sup>. Der Schuldner muss mit den Folgen rechnen, die ein verständiger Dritter in seiner Lage (vgl. Art. 8 II CISG) angesichts der konkreten Umstände als möglich vorausgesehen hätte. Es ist gleichgültig, ob der Schuldner dies in dem Moment tatsächlich tat oder ihm gar Verschulden zur Last gelegt werden kann. Da es nur sehr schwer sein wird, dem Schuldner die positive Kenntnis zu beweisen, ist diese rein subjektive Alternative praktisch sehr selten<sup>1667</sup>. Ungewöhnliche Risiken sind nur bei Kenntnis eben jenes Risikos für den Verkäufer ersatzpflichtig<sup>1668</sup>. Hierbei kommt es auf eine rein empirische Wahrscheinlichkeit nicht allein an<sup>1669</sup>. Vielmehr muss auch eine dem Beweis nicht zugängliche Bewertung mit berücksichtigt werden, was eine Vertragspartei normalerweise voraussehen und somit als Vertragsrisiko auch tragen sollte.

Der Grund für diese Regelung ist, dass in den Fällen der Voraussehbarkeit der Schuldner das Schadensrisiko entweder in die Preiskalkulation hätte übernehmen oder ggf. eine Versicherung dagegen abschließen können, um den Schaden zu egalisieren<sup>1670</sup>. Tat er dies nicht, so muss er das volle Risiko zahlen.

Folgende Fallgruppen lassen sich bilden:

#### a) Nichterfüllungsschaden

Schäden aus Nicht- oder Schlechterfüllung sind grundsätzlich erstattungsfähig<sup>1671</sup>. Diese sind dem Verkäufer in der Regel voraussehbar<sup>1672</sup>. Denn liefert der Käufer die Ware nicht oder verspätet, so ist es voraussehbar, dass dem Käufer hierdurch Produktionsausfälle und/oder ein entgangener Gewinn beim Weiterverkauf drohen, so dass sie ersatzfähig sind<sup>1673</sup>.

Bei durch Mängel verursachten Schäden kann der Käufer die Nachbesserung selbst beheben und die Kosten dem Käufer in Rechnung stellen, sofern die Kosten angemessen sind<sup>1674</sup>. Er kann diesen Schaden sowohl im Wege der Minderung als auch des Schadensersatzes verlangen<sup>1675</sup>. Desgleichen sind Kosten vergeblicher Mängelbeseitigungsversuche genauso erstattungsfähig<sup>1676</sup> wie für Untersuchungskosten<sup>1677</sup>, soweit sie verhältnismäßig und damit voraus-

---

<sup>1664</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 8; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 2.9; Schlechtriem Rn. 302; Piltz § 5 Rn. 451.

<sup>1665</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 34; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 23.

<sup>1666</sup> MK- Huber Art. 74 Rn. 31; Staudinger- Magnus Art 74 Rn. 35; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 24.

<sup>1667</sup> MK. Huber Art. 74 Rn. 30.

<sup>1668</sup> OLG Bamberg TranspR-IHR 2000, 17, 17, 18; MK- Huber Art. 74 Rn. 31.

<sup>1669</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 24; Staudinger- ;Magnus Art. 74 Rn. 37; Karollus S. 217; Magnus RabelsZ 45 [1981], 144, 154, 155.; Weitnauer IPRax 1981, 83, 83 ff.; a.A.: Faust S. 33 ff, 273 ff sowie zum EKG BGH RIW 1980, 143, 144.

<sup>1670</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 21; MK- Huber Art. 74 Rn. 25; S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 4.

<sup>1671</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 22.

<sup>1672</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80, 81; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 28; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 40; Kranz S. 214.

<sup>1673</sup> OLG Hamburg IHR 2001, 19, 21; ICC Schiedsspruch vom 20.12.1999, IHR 2004, 21, 22, 23 m. Anm. Kühner IHR 2004, 24, 25; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 28; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 40; Piltz § 5 Rn. 444.

<sup>1674</sup> OLG Hamm IPRax 1996, 269, 270; S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 24; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 3.12.

<sup>1675</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 41.

<sup>1676</sup> Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp, US Court of Appeals 71 F 3d 1024 [2nd Cir 1995] = CISG- online Nr. 140; S/S<sup>4</sup>- Stoll- Gruber Art. 74 Rn. 15.

sehbar sind<sup>1678</sup>. Erstattungsfähig sind fernerhin die Kosten für die Erhaltung der Ware, aber nur in dem Ausmaß, wie es Art. 85- 88 CISG vorschreiben<sup>1679</sup>. Mehr würde diese Normen unterminieren und dem Regelungszweck zuwiderlaufen, diese Kosten zu begrenzen.

Ebenfalls ist es gestattet, die Differenzsumme zwischen dem Wert der mangelhaften Ware und dem ohne Mangel als Schadenssumme zu fordern<sup>1680</sup>. Verzugsschäden durch Käufer und Verkäufer sind desgleichen zu erstatten<sup>1681</sup>.

Auf Seiten des Käufers sind bei ungerechtfertigter Weigerung der Abnahme entgangener Gewinn und ein nicht außergewöhnlicher Preisverfall der Ware in der Regel voraussehbar<sup>1682</sup>. Genauso vorhersehbar ist die Schuld des Verkäufers seinen eigenen Lieferanten gegenüber<sup>1683</sup> oder Transportkosten<sup>1684</sup>.

Zahlt der Käufer nicht, so kann der Verkäufer höhere als nach Art. 78 CISG zu ersetzende Zinsen als Schadensersatz verlangen, sofern er höhere, aber marktübliche Kreditkosten zu tragen hatte<sup>1685</sup>.

#### b) Mangelfolgeschäden

Schäden an anderen Rechtsgütern, die durch die Vertragsverletzung entstanden sind, werden nicht in vollem Umfang von der CISG erfasst<sup>1686</sup>. So schließt Art. 5 CISG Personenschäden aus, so dass in diesem Fall nationales Recht anzuwenden ist. Andere Schäden sind grundsätzlich ersatzfähig, es sei denn, dass sie nicht vorhersehbar waren<sup>1687</sup>. Das ist aber nur dann der Fall, wenn der Schuldner oder eine vernünftige Person in seiner Lage nicht mit dem Schadenseintritt rechnen musste<sup>1688</sup>, dieser somit nicht hinreichend wahrscheinlich war<sup>1689</sup>. Der liegt aber seinerseits bei Handelskäufen ohne andersartige Anhaltspunkte stets vor<sup>1690</sup>.

Damit fallen Schadensersatzpflichten des Käufers gegenüber seinen Abnehmern generell unter die Voraussehbarkeit i.S.d. CISG, es sei denn, dass sie außergewöhnlich hoch sind<sup>1691</sup>. Das Gleiche gilt auch für berechtigte Ansprüche Dritter, gegenüber denen der Käufer wegen des Mangels haftet. Weitergehende Verpflichtungen des Käufers, etwa aus einer Bürgschaft, sind nicht mehr ohne Offenlegung vor Vertragsschluss oder eines entsprechenden Handelsbrauchs voraussehbar<sup>1692</sup>.

Ebenso sind Schäden an anderen Gegenständen des Käufers (explodierende Maschine zerstört Fabrik), die durch den Mangel entstanden sind, grundsätzlich voraussehbar, es sei denn, ein

---

<sup>1677</sup> BGH NJW 1997, 3311, 3312; OLG Hamm IPRax 1996, 269, 270; LG München I IPRax 1996, 31, 32; E/M-Strohbach Art. 74 Bem. 10; H/C Art. 74 Rn. 12; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 28;

<sup>1678</sup> BGH NJW 1197, 3311, 3313; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 41.

<sup>1679</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 30; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 42; a.A. E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 10.

<sup>1680</sup> S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 23; vgl. ROHGE 24, 153, 155; vgl. Rabel I S. 511 ff.

<sup>1681</sup> S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 25.

<sup>1682</sup> Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp, US Court of Appeals 71 F 3d 1024 [2nd Cir 1995] = CISG- online Nr. 140; KG Zug IHR 2004, 65, 66; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 29; Kranz S. 220.

<sup>1683</sup> LG Aachen RIW 1993, 760, 760, 761.

<sup>1684</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 43; Kranz S. 218.

<sup>1685</sup> OLG Koblenz RIW 1993, 934, 937; LG Saarbrücken IHR 2003, 70, 71; LG Hamburg IPRax 1991, 400, 403; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 29.

<sup>1686</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 45; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 31.

<sup>1687</sup> MK- Huber Art. 74 Rn. 41.

<sup>1688</sup> S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 57.

<sup>1689</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 45.

<sup>1690</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 44.

<sup>1691</sup> BGH NJW 1999, 1259, 1261; Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 10; MK- Huber Art. 74 Rn. 37, 38; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 28; Kranz S. 215.

<sup>1692</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 45; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 31.



ganz ungewöhnlicher Kausalverlauf liegt dem Schadenseintritt zugrunde oder der Käufer hatte das vertragliche Risiko zu tragen<sup>1693</sup>.

Bestimmungswidriger Gebrauch hingegen ist nicht vorhersehbar, so dass hieraus entstehende Schäden nicht zu ersetzen sind<sup>1694</sup>.

Folgende Sonderfälle sind zu beachten:

#### aa) Kursverlust als Schaden

Ob ein Kursverlust der Währung der geschuldeten Summe ein voraussehbarer Schaden i.S.d. Art. 74 CISG ist, ist umstritten. Einerseits wird das generell für vorhersehbar und somit auch ersatzfähig gehalten<sup>1695</sup>, während andererseits genau dies als nicht vorhersehbar angesehen wird<sup>1696</sup>. Doch sind diese Ansichten zu weitgehend. Richtiger ist es zu differenzieren<sup>1697</sup>:

Erhält der Gläubiger die geschuldete Summe in seiner Heimatwährung, so kann ohne besonderen Anhaltspunkt nicht davon ausgegangen werden, dass er die Summe in eine andere Währung konvertiert hätte. Andernfalls ist zu unterstellen, dass der Gläubiger rechtzeitig eine Konvertierung vorgenommen hätte.

Eine interne Inflation der Heimatwährung ist hingegen durchaus voraussehbar und muss vom Schuldner ersetzt werden, sofern es das Zinsniveau des Landes übersteigt<sup>1698</sup>. Denn das Zinsniveau reflektiert i.d.R. die Inflationsrate<sup>1699</sup>.

#### bb) Reputationsschäden

Reputationsschäden sind besonders problematisch. Zum einen ist der Ruf eines Kaufmanns buchstäblich Gold wert. Guter Name und Verlässlichkeit bedeuten große Vorteile, da sich Geschäfte so einfacher abschließen lassen. Insofern muss ein Kaufmann viel Zeit und Geld investieren, um eine gute Reputation zu bekommen. Doch hier liegt auch die Crux. Denn der Schaden, der einem Kaufmann entsteht, weil der Lieferant nicht rechtzeitig leistet und der Käufer somit den eigenen Abnehmer vertrösten oder gar Schadensersatz zahlen muss, was zur Folge hat, dass sich seine gute Reputation mindert, ist schlecht bezifferbar<sup>1700</sup>. Das bedeutet aber auch nicht, dass es unmöglich wäre oder die Gefahr zu groß wäre, dass der Gläubiger mit diesem Schaden spekulieren würde und der Schaden somit nicht ersetzt werden kann<sup>1701</sup>. Es muss hingegen eine mittlere Linie zwischen totaler Ablehnung und Zusprechung gefunden werden<sup>1702</sup>. Soll der Schaden ersatzfähig sein, so ist die Empfindlichkeit des Marktes ein wichtiger Indikator<sup>1703</sup>. Genauso verhält es sich in dem Fall, in dem der Schuldner auf die Empfindlichkeit von eigenen Kunden extra hingewiesen wurde<sup>1704</sup>. Ebenso muss die Möglichkeit des Gläubigers geprüft werden, Deckungskäufe zu tätigen. Ist allerdings nachweisbar, dass der Gläubiger Kunden verloren hat, so kann ausgeschlossen werden, dass der Gläubiger

---

<sup>1693</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 46.

<sup>1694</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 32; Kranz S. 218.

<sup>1695</sup> H/C Art. 74 Rn. 6.

<sup>1696</sup> E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 10; zum EKG: LG Heidelberg RIW 1982, 285, 285, 286.

<sup>1697</sup> Achilles Art. 74 Rn. 11; MK- Huber Art. 74 Rn. 50; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 40; S/S<sup>4</sup>- Stoll/Gruber Art. 74 Rn. 41; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 49; Piltz NJW 1994, 1101, 1106.

<sup>1698</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 40; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 49; Achilles Art. 74 Rn. 11; a.A. S/S<sup>4</sup>- Stoll/Gruber Art. 74 Rn. 41; MK- Huber Art. 74 Rn. 52;

<sup>1699</sup> Vgl. OLG Düsseldorf CLOUT Nr. 130.

<sup>1700</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 41.

<sup>1701</sup> *Ginza Pty. Ltd. v. Vista Corp. Pty. Ltd., Western Australia Supreme Court, 17.01.2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030117a2.html>.*

<sup>1702</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 42; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 50; S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 56; Schlechtriem Rn. 299; Karollus S. 217, 218; Huber *RabelsZ* 43 [1979], 413, 499.

<sup>1703</sup> BG SZIER 1999, 179, 181; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 42.

<sup>1704</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 50.

nur Marktrisiken auf den Schuldner abwälzen will<sup>1705</sup>. Desgleichen muss nachweisbar sein, dass sich ein Umsatz- oder Gewinnverlust durch den Reputationsschaden manifestiert hat<sup>1706</sup>. In diesen Fällen ist es möglich, Reputationsschäden auszugleichen. Nicht möglich sind hingegen vage Geschäftsaussichten, die sich nur wegen der Nichtlieferung zerschlagen haben, ohne dass es hierfür einen konkreten Anhaltspunkt gibt oder dies nicht vom Schuldner vorhersehbar war.

Ist allerdings Geld geschuldet, wird es dem Gläubiger kaum möglich sein, einen Reputationsschaden zu beweisen, da die nicht erfolgte Begleichung der eigenen Schulden in einem solchen Fall eher Ausdruck der allgemeinen Lage als die Konsequenz der Nichtleistung, welche nur den Auslöser darstellt<sup>1707</sup>.

### cc) Rechtsverfolgungskosten

Kosten, die bei einer angemessenen und berechtigten Rechtsverfolgung bestehen, sind grundsätzlich ersatzfähig und für den Schuldner vorhersehbar<sup>1708</sup>. Mahnkosten<sup>1709</sup> und Scheckprotestkosten<sup>1710</sup> gehören insbesondere hierzu. Ebenso sind die Kosten für die außergerichtliche Einschaltung von Anwälten insofern ersatzfähig, dass Art und Umfang des Schadensersatzes sowie Verhalten des Schuldners Anlass zu deren Einstellung bot<sup>1711</sup>. Das Einschalten von Anwälten in beiden Staaten ist hingegen nur ausnahmsweise geboten<sup>1712</sup>. Prozesskosten hingegen sind nicht nach der subsidiären Regelung von Art. 74 CISG ersatzfähig, sondern nach dem anwendbaren Prozessrecht<sup>1713</sup>.

Ob Kosten ersetzt werden können, die durch die Einschaltung von Inkassobüros entstehen, ist umstritten.

Nach einer Ansicht werden sie als unüblich, kostenerhöhend und damit unvorhersehbar angesehen<sup>1714</sup>. Inkassobüros hätten dabei generell keine überlegenen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung.

Dem wird richtigerweise entgegengehalten, dass sie durchaus zur Rechtsdurchsetzung angemessen sein können<sup>1715</sup>. Dann sind sie auch voraussehbar. Schon allein wegen der Ortsansässigkeit, der Sprachkenntnis, der Kenntnis der Mentalität etc. wird ein ortsansässiges Inkassobüro ungleich größerer Durchschlagskraft hinsichtlich der Zahlung haben als der Gläubiger<sup>1716</sup>. Und wenn schon die Einschaltung eines Anwalts möglich ist, muss, *argumentum a maiore ad minus*, die Einschaltung eines zumeist billigeren Inkassobüros erst recht ersatzfähig sein<sup>1717</sup>. Insofern wird gerade von der anderen Ansicht das von ihr geforderte mildere Mittel aus der Hand geschlagen. Das gilt hingegen freilich nicht, wenn der Gläubiger weiß oder wissen muss, dass die Einschaltung eines Inkassobüros zur Anspruchsdurchsetzung untauglich ist, weil etwa Anwaltszwang herrscht<sup>1718</sup>.

---

<sup>1705</sup> BG SZIER 1999, 179, 181; vgl. BGH IPRax 1981, 96, 97, 98.

<sup>1706</sup> LG Darmstadt IHR 2001, 27, 29; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 42; vgl. Internationales Kommerzielles Schiedsgericht bei der IHK der Russischen Föderation IHR 2006, 114, 117, 118.

<sup>1707</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 43.

<sup>1708</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51; S/S<sup>4</sup>- Stoll/Gruber Art. 74 Rn. 20; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 33; a.A. S/S- Schwenzer Art. 74 Rn. 28 (nur dann, wenn die *lex fori* es gestattet).

<sup>1709</sup> OLG Düsseldorf RIW 1996, 958, 960; LG Berlin IHR 2003, 228, 229; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 33.

<sup>1710</sup> OLG München IHR 2001, 23, 24; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51.

<sup>1711</sup> OLG Düsseldorf RIW 1996, 958, 960; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51.

<sup>1712</sup> AG Alsfeld NJW-RR 1996, 120, 121; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 33.

<sup>1713</sup> Zapata Hermanos Sucesores SA v. Hearthside Baking Co. 313 F. 3 d 385, 389 = IHR 2003, 128, 130; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 52; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 33.

<sup>1714</sup> LG Frankfurt RIW 1991, 952, 954; S/S<sup>4</sup>- Stoll/Gruber Art. 74 Rn. 20; Peter IPRax 1999, 159, 159 ff.

<sup>1715</sup> H/C Art. 74 Rn. 7; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 34; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51.

<sup>1716</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51.

<sup>1717</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 34.

<sup>1718</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 51.

#### dd) Frustrierte Aufwendungen

Aufwendungen, welche der Gläubiger im Vertrauen auf den Vertrag gemacht hat und die durch die Vertragsverletzung ihren Sinn verloren haben, können grundsätzlich ersetzt werden<sup>1719</sup>. Diese müssen aber gerade im Hinblick auf den Vertrag getätigt worden sein. Sie dürfen auch nicht aus Sicht eines verständigen Dritten unangemessen oder ungeeignet sein<sup>1720</sup>. Schlussendlich müssen sie auch für den Käufer wertlos geworden sein. Ist das der Fall, bekommt der Gläubiger nicht nur reine Nichterfüllungsschäden ersetzt, sondern eine totale Kompensation<sup>1721</sup>. Eine Differenzierung wie im deutschen Recht zwischen § 281 BGB und § 284 BGB kennt die CISG nicht. Somit kann der Käufer sehr viel mehr ersetzt verlangen als im deutschen Recht.

### **II. Schadensberechnung bei Deckungsgeschäft gem. Art. 75 CISG**

Art. 75 CISG ergänzt Art. 74 CISG als einfache Möglichkeit zur Berechnung des Schadenersatzes bei einer Vertragsaufhebung<sup>1722</sup>. Diese Norm ist nicht als Verpflichtung des Gläubigers zur Tätigung eines Deckungsgeschäfts zu sehen<sup>1723</sup>. Diese besteht nur im Zusammenhang mit der Schadensminderungspflicht des Art. 77 CISG. Ferner wird von Art. 75 CISG nur der unmittelbare Nichterfüllungsschaden erfasst, so dass weitergehende Mangelfolgeschäden direkt unter Art. 74 CISG fallen<sup>1724</sup>.

Art. 75 CISG setzt zuerst eine rechtmäßige und wirksame Vertragsaufhebung voraus<sup>1725</sup>. So dann ist vom Gläubiger ein in zeitlicher und sachlicher Hinsicht nahes Ersatzgeschäft vorzunehmen, um die Folgen der Nichterfüllung zu beseitigen<sup>1726</sup>. Der Kauf muss abgeschlossen, braucht aber noch nicht erfüllt sein<sup>1727</sup>. Er muss ferner angemessen, d.h. ein möglichst gutes Geschäft sein, ohne die Vorsicht oder Umsicht außer Acht zu lassen<sup>1728</sup>. Der Berechtigte hat auch eine angemessene Frist zum Reagieren<sup>1729</sup>, wobei es hier wieder auf den Einzelfall ankommt, wie lang die Frist ist.

Als Rechtsfolge kann der Berechtigte die Differenzsumme zwischen Deckungsgeschäft und Vertrag fordern. Davon unberührt bleiben seine weiteren Ansprüche nach Art. 74 CISG.

### **III. Schadensberechnung ohne Deckungsgeschäft gem. Art. 76 CISG**

Hiernach muss der Vertrag aufgehoben aber kein Deckungsgeschäft i.S.d. Art. 75 CISG durchgeführt worden sein. Der Gläubiger kann nach dieser abstrakten Schadensberechnung<sup>1730</sup> die Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis verlangen, also den gewöhnlichen Schaden, gleichgültig, ob er ihn erlitt oder nicht<sup>1731</sup>. Diese Vorschrift ist subsidiär zu

---

<sup>1719</sup> *Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp*, US Court of Appeals 71 F 3d 1024 [2nd Cir 1995] = CISG- online Nr. 140; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 36; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 53; Schlechtriem Rn. 308; Karollus S. 215, 216.

<sup>1720</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 53.

<sup>1721</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 36.

<sup>1722</sup> S/S- Schwenger Art. 75 Rn. 1.

<sup>1723</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 75 Rn. 8.

<sup>1724</sup> Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 5.

<sup>1725</sup> Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 7.

<sup>1726</sup> OLG München CISG- online Nr. 143; KG Zug IHR 2004, 65, 66; Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 10.

<sup>1727</sup> Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 13.

<sup>1728</sup> KG Zug IHR 2004, 65, 66; Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 16.

<sup>1729</sup> KG Zug IHR 2004, 65, 66, 67; Staudinger- Magnus Art. 75 Rn. 18.

<sup>1730</sup> Staudinger- Magnus Art. 76 Rn. 1.

<sup>1731</sup> Staudinger- Magnus Art. 76 Rn. 1.

Art. 75 CISG<sup>1732</sup>. Als Marktpreis ist Art. 55 CISG ergänzend heranzuziehen, so dass sich hieraus ergibt, dass man unter Marktpreis den Preis zu verstehen hat, der „allgemein für Waren gleicher Art berechnet wird, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen gehandelt werden“<sup>1733</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nach Art. 76 I 1 CISG der der Aufhebung, bei einer erfolgten Übernahme dieser gem. Satz 2. Maßgeblicher Ort ist gem. Art. 76 II CISG der Ort, an den die die Ware vertragsgemäß hätte geliefert werden sollen oder geliefert wurde, so dass er sich nach Art. 31 ergibt<sup>1734</sup>. Gibt es an dem Ort keinen Marktpreis für die Ware, so ist der nächste Ersatzort, Orte an denen vergleichbare Marktbedingungen herrschen, zu wählen<sup>1735</sup>. Weitere Schäden können gem. Art. 74 CISG ersetzt werden.

#### IV. Zeitpunkt der Schadensbemessung

Der für die Schadensbemessung maßgebliche Zeitpunkt ist der, wo der Schaden abschließend festgesetzt wird, also im deutschen Prozessrecht der Termin der letzten mündlichen Verhandlung in einem Prozess oder in anderen Rechtsordnungen der Zeitpunkt, wo das Gericht die Grundlage der Entscheidung zum letzten Mal fixiert<sup>1736</sup>.

#### V. Beweislast

Grundsätzlich hat der Gläubiger die tatsächlichen Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruchs, nämlich Vertragsverletzung, Kausalität und Schadensumfang, zu beweisen<sup>1737</sup>. Da die CISG keinen Anhalt für ein Beweismaß bietet, muss hierfür das Prozessrecht des angerufenen Gerichts bemüht werden<sup>1738</sup>. Der Schuldner hingegen hat das Fehlen der Vorhersehbarkeit zu beweisen<sup>1739</sup>. Das gilt nicht für die Spezialkenntnis risikoe erhöhender Faktoren. Diese hat der Gläubiger nachzuweisen<sup>1740</sup>.

### § 35 Befreiung nach Art. 79 CISG

#### I. Voraussetzungen

Art. 79 CISG greift als Entlastung ein, wenn Gründe vorliegen, die dem Schuldner weder objektiv anzulasten noch als vertragliches Risiko zugewiesen sind<sup>1741</sup>. Das ist dann der Fall, wenn der Hinderungsgrund außerhalb der Einflussphäre des Schuldners liegt<sup>1742</sup>. Der Hinde-

---

<sup>1732</sup> Staudinger- Magnus Art. 76 Rn. 1.

<sup>1733</sup> Staudinger- Magnus Art. 76 Rn. 13; MK- Huber Art. 76 Rn. 4.

<sup>1734</sup> MK- Huber Art. 76 Rn. 7.

<sup>1735</sup> Staudinger- Magnus Art. 76 Rn. 19.

<sup>1736</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 55; MK/HGB- Mankowski Art. 85 Rn. 20.

<sup>1737</sup> Tribunal Vigevano IHR 2001, 72, 76, 77; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 46; S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 64.

<sup>1738</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 61; H/C Art. 74 Rn. 13.

<sup>1739</sup> E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 10; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 46; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 62; a.A. S/S- Schwenger Art. 74 Rn. 64.

<sup>1740</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 62.

<sup>1741</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 7.

<sup>1742</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 7; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 79 Rn. 4.

rungsgrund muss außerdem bei Vertragsschluss nicht voraussehbar gewesen<sup>1743</sup> und ihm auch vertraglich nicht zugeordnet sein<sup>1744</sup>.

### 1. Anwendungsbereich

Grundsätzlich greift der Haftungsausschluss in alle Vertragspflichten der anderen Partei gegenüber ein<sup>1745</sup>. Damit eingeschlossen sind Obliegenheiten, auf die Art. 79 CISG analog anzuwenden ist<sup>1746</sup>.

Allerdings ist strittig, inwieweit die Lieferung vertragswidriger Ware von Art. 79 CISG erfasst wird. Zum einen wird besonders von angloamerikanischer Seite vertreten, dass Art. 79 CISG in diesem Fall unanwendbar ist, da der Begriff *impediment* ein Hindernis sei, das der Lieferung als solche entgegenstehe<sup>1747</sup>. Ebenso mache es keinen Sinn bei Lieferung nicht-vertragsgemäßer Ware, der anderen Partei die Gründe und Auswirkungen des Leistungshindernisses zu nennen<sup>1748</sup>. Doch der wahre Hintergrund hierfür ist der Versuch, sich gegen eine Einführung der Verschuldenshaftung quasi „durch die Hintertür“ frühzeitig zur Wehr zu setzen<sup>1749</sup>. Die Verschuldenshaftung war entgegen massivem Widerstand der deutschen Delegation schon beim EKG<sup>1750</sup> nicht einbezogen worden, weil es diametral verschieden zu einigen *Common Law* Rechten ist<sup>1751</sup>. Jedoch ist dieser Meinung mit der anderen Ansicht<sup>1752</sup> nicht zu folgen, denn die CISG kennt nicht die Gewährleistungsrechte, die das angloamerikanische Recht in Abhängigkeit vom Zustand der Ware zubilligt<sup>1753</sup>. Wenn Mängel aber eine Nichterfüllung in der CISG darstellen, so fallen sie folgerichtig auch unter Art. 79 CISG<sup>1754</sup>. Zuzugestehen ist der Gegenansicht nur, dass die Grenze hierfür eine Veränderung der grundsätzlichen vertraglichen Risikoverteilung ist<sup>1755</sup>. Somit ist auch hierfür Art. 79 CISG anwendbar.

### 2. Befreiungsgründe

Grundsätzlich werden alle Arten von Gründen erfasst, die die Leistung des Schuldners verhindern<sup>1756</sup>. Dieser muss die ausschließliche Ursache der Nichtleistung sein<sup>1757</sup>. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Umstand dauerhaft ist oder nicht, verschuldet ist oder nicht oder anfänglich vorliegt oder nicht<sup>1758</sup>. Er muss allein außerhalb der Einflussosphäre des Gläubigers liegen. Das ist dann der Fall, wenn primär nach Maßgabe des Vertrages der Schuldner dieses Risiko nicht (mehr) zu tragen hat<sup>1759</sup>. Wenn das nicht möglich ist, wird anhand der Wertungen der CISG zu entscheiden sein, ob der Entlastungsgrund außerhalb des Einflussbereichs liegt. Allerdings ist der Verantwortungsbereich des Schuldners weit gefasst, denn er trägt nicht nur das Beschaffungs-, Produktions-, Bevorratungs-, Personal-, Organisations- und Mängelfrei-

<sup>1743</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 17.

<sup>1744</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 7.

<sup>1745</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 5.

<sup>1746</sup> Staudinger- Magnus Rn. 14.

<sup>1747</sup> B/B- Tallon Art. 79 Bem. 2.6.1., 2.6.2.; Honnold Rn. 427.

<sup>1748</sup> Honnold Rn. 427.

<sup>1749</sup> Schlechtriem JZ 1999, 794, 795.

<sup>1750</sup> BGBl 1973 I S. 856 ff.

<sup>1751</sup> Riese RabelsZ 29 [1969], 1, 53 ff., 79 ff.; Schlechtriem JZ 1999, 794, 795.

<sup>1752</sup> BGH IHR 2002, 16, 21; OLG Köln CISG- online Nr. 254; S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 6; Staudinger- Magnus Rn. 12; H/C Art. 79 Rn. 8, Rathjen RIW 1999, 561, 562..

<sup>1753</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 6.

<sup>1754</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 6.

<sup>1755</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 12.

<sup>1756</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 7.

<sup>1757</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 15; Bamberger/Roth- Saenger Art. 79 Rn. 3.

<sup>1758</sup> Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg NJW 1996, 3229, 3231; Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 17.

<sup>1759</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 7.

heitsrisiko, sondern muss auch für die finanzielle Leistungsfähigkeit eintreten<sup>1760</sup>. Ebenso haftet der Schuldner für seine eigenen Leute, seien sie bei ihm dauerhaft oder nur befristet eingestellt<sup>1761</sup>.

Der Verantwortungsbereich des Schuldners ist somit in erster Regel der ordnungsgemäß organisierte Ablauf seines Betriebes, da selbst unverschuldete Störungen ihn von dieser Pflicht nicht befreien, zumal ein kaufmännischer Betrieb so organisiert sein muss, diese Schwierigkeiten zu überwinden<sup>1762</sup>. Doch sind hier zwei Ausnahmen zu machen, nämlich Privatleute, die doch unter die CISG fallen<sup>1763</sup>, und solche Störungen, die selbst bei der Pflicht, Störungen auszuschließen, so gewaltig sind, dass allen Vorsichtsmaßnahmen zum Trotz der Betrieb doch eine Störung eintritt, was allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen geschehen kann, und dann eher bei kleinen Firmen. Auch für das Verhalten seiner eigenen Leute hat der Schuldner einzustehen, selbst für weisungswidriges Verhalten, es sei denn, es ist vorsätzliche Sabotage<sup>1764</sup>. Da der Schuldner nur innerbetriebliche Störungen zu verantworten hat, gehören Arbeitsniederlegungen aufgrund eines Arbeitskampfes nicht hierzu<sup>1765</sup>. Obwohl er grundsätzlich das Beschaffungsrisiko zu tragen hat<sup>1766</sup>, findet das keine Anwendung bei dem Untergang des Gattungs- oder Vorratsschulden durch unvorhersehbare Ereignisse<sup>1767</sup> wie Naturkatastrophen, Krieg, Aufruhr, Embargos<sup>1768</sup>. Dieselben Grundsätze gelten auch für die Lieferung vertragswidriger Ware, so dass nur bei externen Einflüssen, etwa einem Terroranschlag, ein Hinderungsgrund vorliegt<sup>1769</sup>. Allerdings müssen diese Ursachen auch tatsächlich kausal gewesen sein<sup>1770</sup>.

Das Leistungshindernis muss bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar gewesen sein. Das ist dann der Fall, wenn es für einen verständigen Dritten bei objektiver Betrachtung der Sachlage nicht erkennbar oder abzusehen war<sup>1771</sup>.

Ebenso darf dem Schuldner kein verhältnismäßiges Mittel zur Verfügung stehen, um den Hinderungsgrund aufzuheben oder zu umgehen<sup>1772</sup>. Somit sind nicht zumutbare Aufwendungen nicht geschuldet. Allerdings muss hieran ein strenger Maßstab anzulegen sein, so dass selbst erhebliche Mehraufwendungen und die Hinnahme eines Geschäftsverlusts immer noch angemessen sind<sup>1773</sup>.

Grundsätzlich entlastend sind Naturereignisse und -katastrophen wie Erdbeben, Dürre, Frost, Sturm, Blitzschlag oder auch Epidemien<sup>1774</sup>. Dasselbe gilt für staatliche Eingriffe wie Handelsverbote, Blockaden, Boykott, Embargo oder Krieg<sup>1775</sup>.

---

<sup>1760</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 7.

<sup>1761</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 28.

<sup>1762</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 18.

<sup>1763</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 18.

<sup>1764</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 20.

<sup>1765</sup> Eingehend MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 29, 30.

<sup>1766</sup> BGHZ 141, 129, 133; H/C Art. 79 Rn. 8.

<sup>1767</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 22, 23.

<sup>1768</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 28.

<sup>1769</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 25.

<sup>1770</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 31.

<sup>1771</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 32.

<sup>1772</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 14.

<sup>1773</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 34; Karollus S. 209.

<sup>1774</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 16; MK- Huber Art. 79 Rn. 10.

<sup>1775</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 35, 37.

## II. Haftung für Dritte

Gem. Art. 79 II CISG hat der Schuldner auch für Dritte einzustehen. Damit sind nicht die eigenen Leute gemeint, für die bereits Art. 79 I CISG gilt, sondern für selbstständige Dritte<sup>1776</sup>. Darunter fallen Erfüllungsübernehmer, welche mit der Wahrnehmung einzelner oder auch aller Vertragspflichten betraut wurden, während sonstige, selbständige Erfüllungsgehilfen in den Rahmen des Art. 79 I CISG fallen<sup>1777</sup>. Der Grund dafür ist eine Verschärfung der Schuldnerhaftung, damit der Schuldner für sich und den Dritten die Entlastung nach Art. 79 I CISG beweisen muss, damit die Delegation von Pflichten ihm nicht zu einer erleichterten Entlastung gereicht<sup>1778</sup>. Das gilt aber nur dann, sofern diese Pflichten des Schuldners erfüllen und nicht eigene wie beispielsweise Transporteure<sup>1779</sup>.

## III. Dauer der Entlastung

Nach Art. 79 III CISG besteht die Entlastung nur so lange, wie das Hindernis existiert. Mit dem Fortfall des Hindernisses ist die Leistungserbringung wieder aufzunehmen. Für die bis dahin eingetretene Verzögerung haftet der Schuldner nicht auf Schadensersatz<sup>1780</sup>. Andere Rechtsbehelfe können aber durchaus greifen, etwa das Recht zur Vertragsaufhebung. Diese werden von Art. 79 CISG nicht berührt.

## IV. Benachrichtigungspflicht

Der Schuldner hat dem Gläubiger nach Art. 79 IV CISG den Hinderungsgrund in angemessener Frist mitzuteilen, um diesem rasche Abwehrmaßnahmen zu ermöglichen<sup>1781</sup>. Dabei muss er ihm die Art des Hindernisses und die Auswirkungen mitteilen, auch und gerade, wenn er nur partiell leisten kann<sup>1782</sup>. Ebenfalls gilt hier die Frist, die mit dem Zeitpunkt beginnt, ab dem der Schuldner von dem Hindernis wenigstens Kenntnis gehabt haben müsste. Hier ist aber auch darauf zu achten, dass die Nachricht zugehen muss. Ansonsten haftet er für den Schaden, die bei ordnungsgemäßer Mitteilung hätten vermieden werden können<sup>1783</sup>. Das gilt nicht für den Fall, wo der Gläubiger das Hindernis kannte oder eine ordnungsgemäße Benachrichtigung den Eintritt des Schadens nicht hätte verhindern können.

## V. Rechtsfolge

Rechtsfolge ist gem. Art. 79 V CISG, dass der Schuldner von der Pflicht, Schadensersatz für die Leistung zu zahlen, die durch das Hindernis nicht erfüllt wird, frei kommt, i.ü. wird der Bestand des Vertrags nicht angetastet<sup>1784</sup>. Ebenso bleibt die Nichtleistung eine Vertragsverletzung. Auch sind hiervon nur solcher konventionsinternen Schadensersatzansprüche gesperrt, nicht jedoch vertragliche Vereinbarungen wie Vertragsstrafen<sup>1785</sup>. Erlangt der Schuldner ein

---

<sup>1776</sup> B/B- Tallon Art. 79 Bem. 2.7.1.; H/C Art. 79 Rn. 16.

<sup>1777</sup> S/S- Schwenger Art. 79 Rn. 34 ff.

<sup>1778</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 39.

<sup>1779</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 41.

<sup>1780</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 25.

<sup>1781</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 57.

<sup>1782</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 46, 47.

<sup>1783</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 79 Rn. 9.

<sup>1784</sup> S/S- Schwenger Art. 79 Rn. 49.

<sup>1785</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 52.

stellvertretendes commodum, so hat der Gläubiger hierauf gem. Art. 84 II CISG analog einen Herausgabeanspruch<sup>1786</sup>. Eine direkte Erwähnung dieses Prinzips fehlt in der CISG, ist aber durch die möglichst lange Aufrechterhaltung des Vertrages nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* per Analogie gerechtfertigt. Allerdings muss das stellvertretende commodum gerade für die geschuldete Leistung erhalten worden sein<sup>1787</sup>. Brennt etwa der Betrieb des Schuldners ab, so erhält der Gläubiger keinen dem Wert der geschuldeten Leistung entsprechenden Anteil an der Feuerversicherungssumme<sup>1788</sup>.

Dessen ungeachtet hat der Gläubiger immer noch das Recht, den Vertrag aufzuheben, zu mindern und Erfüllung zu verlangen bis zu dem Punkt, an dem die Erfüllung objektiv unmöglich geworden ist.

## **§ 36 Schadensersatz in den Principles und im DCFR**

### **I. Schadensersatz in den PECL**

Gem. Art. 9:501 I PECL kann die benachteiligte Partei Schadensersatz des durch die Nichterfüllung verlangen, sofern der Schaden nicht gem. Art. 8:108 PECL entschuldigt ist. Art. 9:501 II PECL stellt klar, dass auch Nichtvermögensschäden wie Schmerzensgeld oder Schadensersatz für Unannehmlichkeiten<sup>1789</sup> und zukünftige Schäden mit umfasst werden, soweit sie jedenfalls vernünftigerweise als wahrscheinlich anzusehen sind.

#### **1. Schaden durch Nichterfüllung**

Der Gläubiger muss dafür aber auch einen Schaden erlitten haben<sup>1790</sup>. Hat er keinen erlitten, so kann er auch nicht Schadensersatz verlangen. Dafür muss der Schuldner Schadensersatz leisten für jede Art der Nichterfüllung i.S.d. Art. 1:301 IV PECL<sup>1791</sup>. Allerdings muss auch die Nichterfüllung nicht kausal für den Schaden geworden sein<sup>1792</sup>. Tritt ein weiteres Ereignis hinzu, das die Leistung vor Erfüllung unmöglich macht und der Schuldner hierfür nicht verantwortlich ist, so ist kein Schadensersatz zu zahlen, da die Kausalität überholt wurde. Weigert sich V dem K die bestellten Maschinengewehre zu liefern und verhängt das Land des V ein Waffenembargo vor Lieferungstermin gegen das Land des K, so überholte dies die Kausalität der Nichterfüllung<sup>1793</sup>. Geschah dies allerdings *nach* Lieferungstermin, so ist die Kausalität gegeben und der Schuldner verantwortlich, da sich bei rechtzeitiger Leistung das Ereignis nicht ausgewirkt hätte<sup>1794</sup>. Dann liegt gerade keine überholende Kausalität vor.

#### **2. Entschuldigung**

Ein Verschulden des Schuldners ist generell nicht erforderlich<sup>1795</sup>. Gleichwohl kann Verschulden de facto doch maßgebend sein, wenn nicht ein Erfolg, sondern Sorgfalt und Ge-

<sup>1786</sup> S/S- Schwenzler Art. 79 Rn. 50; MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 11.

<sup>1787</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 11.

<sup>1788</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 54.

<sup>1789</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar E.

<sup>1790</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar A.

<sup>1791</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar C.

<sup>1792</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar D.

<sup>1793</sup> Vgl. PECL Art. 9:501 Beispiel 5.

<sup>1794</sup> PECL Art. 8:108 Kommentar C (i).

<sup>1795</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar B.



schicklichkeit Bestandteil der Verpflichtung sind und diese nicht weiter spezifiziert wurden<sup>1796</sup>. Dennoch ist grundsätzlich maßgebend, ob ein Entschuldigungsgrund i.S.d. Art. 8:108 PECL vorliegt.

Gem. Art. 8:108 I PECL ist die Nichterfüllung entschuldigt, wenn der Schuldner beweist, dass diese auf einem Hinderungsgrund beruht, der außerhalb seines Einflussbereichs liegt, also *vis maior* vorliegt. Ebenso muss er diesen Hinderungsgrund vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen haben oder dessen Folgen vermeiden oder überwinden können. Nach Abs. 2 gilt das nur so lange, wie der Hinderungsgrund besteht, wenn er vorübergehend ist. Dann ist zwar ein Schadensersatzanspruch nicht mehr gegeben, allerdings mag trotzdem eine wesentliche Nichterfüllung vorliegen, nach der der Gläubiger weiterhin zurücktreten kann. In jedem Fall hat der Schuldner der anderen Partei gem. Abs. 3 sofort eine Mitteilung zu schicken, sobald er von dem Hinderungsgrund erfuhr bzw. hätte erfahren müssen. Unterlässt er es, wird er ggf. Schadensersatzpflichtig insoweit, als dass er dieser den Schaden zu ersetzen hat, der ihr durch das verspätete Mitteilen entstanden ist.

### 3. Rechtsfolgen der Schadensersatzpflicht

#### a) Maßstab

Nach Art. 9:502 PECL ist der allgemeine Maßstab für den Schadensersatz der Betrag, der den Gläubiger soweit wie möglich in die Lage versetzt, in der er sich befunden hätte, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Der Gläubiger soll so gestellt werden, wie er stünde, wäre ordnungsgemäß erfüllt worden<sup>1797</sup>. Er umfasst erlittene Verluste ebenso wie entgangenen Gewinn. Damit wird das Erfüllungsinteresse des Gläubigers befriedigt<sup>1798</sup>. Allerdings muss der Gläubiger jeden den Schaden kompensierenden Gewinn sich entgegenhalten, so dass nur der Nettoschaden ersatzfähig ist<sup>1799</sup>. Das gilt auch für Verluste und Ausgaben, die bei Erzielung eines jetzt entgangenen Gewinns angefallen wären. Diese müssen bei der Berechnung des Nettogewinns mitberücksichtigt werden<sup>1800</sup>.

#### b) Ausschluss der Schadensersatzpflicht

Nach Art. 9:503 PECL haftet der Schuldner nur dann, wenn er die Folgen der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können, es sei denn, er handelte absichtlich oder grob fahrlässig. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der Vertragsschluss<sup>1801</sup>. Mit dem letzten Zusatz der Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit wird die Haftung des Schuldners leicht verschärft. Handelt dieser vorsätzlich oder grob fahrlässig, so ist er dem Gläubiger selbst in dem Fall schadensersatzpflichtig, wenn er die Folgen der Nichterfüllung bei Vertragsschluss nicht voraussah oder hätte voraussehen können.

Art. 9:504 PECL schließt die Schäden von der Schadensersatzpflicht des Schuldners aus, für die der Gläubiger selbst beigetragen hat. Insoweit muss der Schuldner nicht selbst für den Schaden, den der Gläubiger zu verantworten hat, aufkommen. Das gilt sowohl für die Nichterfüllung als auch für die Abwendung des Schadens bzw. der Schadensfolgen. Nach Art. 9:505 I PECL gilt das auch für den Schaden, den der Gläubiger durch angemessene Maßnahmen hätte verhindern können. Dann allerdings hat dieser auch nach Art. 9:505 II PECL einen Anspruch auf Ersatz der dafür benötigten Aufwendungen. Dass man beide Artikel nicht zusammengefasst hat liegt an der Trennung dieser Rechtsgrundsätze in einigen Rechtsordnungen.

---

<sup>1796</sup> PECL Art. 9:501 Kommentar B.

<sup>1797</sup> Koziol S. 196.

<sup>1798</sup> PECL Art. 9:502 Kommentar A.

<sup>1799</sup> PECL Art. 9:502 Kommentar C.

<sup>1800</sup> PECL Art. 9:502 Kommentar C.

<sup>1801</sup> Vgl. PECL Art. 9:503 Kommentar B.

gen<sup>1802</sup>. Allerdings ist dieses zu kritisieren, da die PECL sich nicht primär an einem nationalen Recht orientieren sollten, sondern ein möglichst stringentes System schaffen sollten, das sich auch durch eine möglichst einheitliche Struktur auszeichnet.

Jedenfalls ist es als besondere Ausformung des Art. 8:101 III PECL den Gläubiger verwehrt, Ersatz des eigenverantwortlichen Schadens zu verlangen<sup>1803</sup>. Das gilt auch für die Verschlimmerung der Auswirkungen des Schadens<sup>1804</sup>. Im Gegenteil muss der Gläubiger darauf achten, nach Benachrichtigung vom Schadenseintritt Maßnahmen zur Schadensminderung einzuleiten, sofern diese angemessen sind<sup>1805</sup>. Das gilt auch im Fall der antizipierten Nichterfüllung i.S.d. Art. 9:304 PECL<sup>1806</sup>. Hat der Schuldner dem Gläubiger angezeigt, dass er den Vertrag nicht erfüllen werde, so darf der Gläubiger keine weiteren nutzlosen Aufwendungen mehr tätigen. Dafür kann er aber Aufwendungsersatz für die Vermeidung weitergehender Schäden verlangen. Das gilt aber nur insoweit, als dass die Maßnahmen zur Vermeidung vernünftig sind. Das Risiko hierfür trägt jedoch der Schuldner<sup>1807</sup>. Solange die Maßnahmen im Zeitpunkt ihres Beginns vernünftig erschienen, hat der Schuldner sie zu ersetzen, selbst wenn sie sich sogar noch als schadenserhöhend erweisen sollten. Der Gläubiger soll nicht dieses Risiko tragen, zumal es auch generell dem Schuldner zugutekommt, dass schadensmindernde Maßnahmen eingeleitet werden. Dann kann er auch das Risiko hierfür tragen.

#### c) Schadensersatz und Rücktritt

Hat der Gläubiger den Vertrag aufgehoben und binnen angemessener Frist und in angemessener Weise ein Deckungsgeschäft vorgenommen, so kann er als Schaden gem. Art. 9:506 PECL die Differenz zwischen vereinbartem Preis und dem Preis des Deckungsgeschäfts als Schadensersatz verlangen. Davon unberührt bleiben etwaige weitere Schadensersatzansprüche. Das Deckungsgeschäft muss dabei aber in Art oder Wert vergleichbar mit dem ursprünglichen Geschäft sein<sup>1808</sup>.

Wurde kein Deckungsgeschäft vorgenommen, so kann der Gläubiger nach Art. 9:507 PECL den Unterschied zwischen vereinbartem Preis und dem Marktpreis zur Zeit der Vertragsaufhebung verlangen, sofern es einen solchen gibt. Auch hier bleiben weitere Schadensersatzansprüche unberührt. Da dies nur gilt, solange der Gläubiger kein Deckungsgeschäft durchgeführt hat, kann der Schuldner sich insoweit verteidigen, dass der Gläubiger in der Tat ein geringerwertiges Deckungsgeschäft getätigt hat<sup>1809</sup>. Da er dies auch zu beweisen hat<sup>1810</sup>, wird es für ihn sehr schwer sein, dies darzulegen. Außerhalb von Zufallskenntnissen kann der Schuldner praktisch allenfalls im Fall des dauerhaften Tätigseins des Gläubigers am Markt den Nachweis erbringen, dass der Gläubiger ein günstigeres Deckungsgeschäft hätte tätigen können, um so nicht nach Art. 9:505 I PECL zu haften<sup>1811</sup>. Doch sind das alles Ausnahmefälle. Ebenso wird so verhindert, dass der Gläubiger zu Lasten des Schuldners spekuliert<sup>1812</sup>.

#### d) Schadensersatz und Zahlungsverzug

Bei der Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung, kann der benachteiligte Gläubiger gem. Art. 9:508 I PECL Zinsen von der Fälligkeit an bis zur Zahlung beanspruchen. Der

---

<sup>1802</sup> PECL Art. 9:504 Kommentar A.

<sup>1803</sup> PECL Art. 9:504 Kommentar B.

<sup>1804</sup> PECL Art. 9:504 Kommentar C.

<sup>1805</sup> PECL Art. 9:505 Kommentar A.

<sup>1806</sup> PECL Art. 9:505 Kommentar A.

<sup>1807</sup> PECL Art. 9:505 Kommentar D.

<sup>1808</sup> PECL Art. 9:506 Kommentar B.

<sup>1809</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 732.

<sup>1810</sup> Vgl. S/S- Schwenzler Art 76 Rn. 2.

<sup>1811</sup> Vgl. S/S- Schwenzler Art 76 Rn. 2.

<sup>1812</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 732.

Zinssatz ist dabei der durchschnittliche Bankensatz, den Geschäftsbanken am Leistungsort der Zahlung für kurzfristige Kredite an erstklassige Kunden gewähren. Dabei ist die vereinbarte Währung maßgebend. Nach Abs. 2 kann die benachteiligte Partei immer noch weiteren Schadensersatz nach den anderen Vorschriften des 5. Abschnitts des 9. Kapitels fordern.

Von Art. 9:508 I PECL werden nur die Verzugszinsen der verzögerten Zahlung erfasst, nicht die auf Schadensersatz oder andere Sekundärforderungen oder gar vereinbarte Zinsen<sup>1813</sup>. Es ist gleichgültig, ob ein Verschulden des Schuldners vorlag oder nicht<sup>1814</sup>. Allerdings ist die viel zu komplizierte Zinsberechnung zu kritisieren. Sie zwingt beide Parteien zu großen Anstrengungen, die angemessene Zinshöhe zu berechnen<sup>1815</sup>. Vielmehr wäre es besser gewesen, die Zinsen an den Basiszinssatz der Zentralbank der geschuldeten Währung oder des Leistungsortes zu koppeln und noch fünf bis acht Prozentpunkte zu addieren. Damit sparte man den Parteien viel Arbeit.

#### e) Vertragsstrafe

Den Parteien bleibt es gem. Art. 9:509 I PECL überlassen, für die Nichterfüllung einen bestimmten Betrag als Vertragsstrafe einzusetzen, so dass dieser zu zahlen ist, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich ein Schaden eingetreten ist. Sollte dieser Betrag jedoch gröblich außer Verhältnis zum eingetretenen Schaden oder den weiteren Umständen sein, kann er nach Abs. 2 auf einen angemessenen Betrag reduziert werden.

Mit Art. 9:509 PECL wird den Schwierigkeiten begegnet, einen Schaden genau beziffern zu müssen<sup>1816</sup>. Eine solche Klausel kann dem Schuldner auch zusätzlicher Anreiz sein, seine Leistung vertragskonform zu erbringen. Ist lediglich ein Mindestbetrag vereinbart, muss die benachteiligte Partei beweisen, dass ein Schaden, der höher als diese Summe ist, entstanden ist<sup>1817</sup>. Um Missbrauch vorzubeugen, kann das Gericht die Vertragsstrafe reduzieren, und zwar auch dann, wenn sie bei Vertragsschluss vernünftig erschien<sup>1818</sup>. Das darf aber nur dort geschehen, wo der Missbrauch offensichtlich ist, da nur diese ausgeschlossen werden sollen<sup>1819</sup>. Die Grenze dabei ist allerdings der tatsächlich erlittenen Schaden. Und da auch eine Abschreckungswirkung miterfasst sein soll, soll das Gericht fernerhin in solchen Fällen eine Summe in der Mitte festsetzen<sup>1820</sup>. Da dann aber dem Missbrauch noch weiter Tür und Tor geöffnet ist, da dem quasi arglistigen Verwender immer noch mehr als dem tatsächlich verbleibenden Schaden zu ersetzen ist und dieser somit fast gefahrlos eine zu hohe Summe verlangen kann, muss in solchen Fällen den tatsächlich erlittenen Schadensersatz zusprechen, aber auch nicht mehr<sup>1821</sup>. Dazu müssen auch noch Hinweise vorliegen, dass der Gläubiger diesen Missbrauch gesehen hat und somit Ausnutzen wollte.

---

<sup>1813</sup> PECL Art. 9:508 Kommentar B.

<sup>1814</sup> Koziol S. 209.

<sup>1815</sup> Koziol S. 210.

<sup>1816</sup> PECL Art. 9:509 Kommentar A.

<sup>1817</sup> PECL Art. 9:509 Kommentar A.

<sup>1818</sup> PECL Art. 9:509 Kommentar B.

<sup>1819</sup> PECL Art. 9:509 Kommentar B.

<sup>1820</sup> PECL Art. 9:509 Kommentar B.

<sup>1821</sup> Vgl. zum Wucher bei Darlehensgeschäften im deutschen Recht BGHZ 68, 204, 206, 207; MK- Armbrüster § 138 Rn. 161; einschränkend Erman- Palm § 138 Rn. 55.

## II. Schadensersatz in den PICC

### 1. Grundlegendes

Die Grundregel des Schadensersatzrechts in den PICC ist Art. 7.4.1 PICC. Danach kann die geschädigte Partei Schadensersatz entweder ausschließlich oder in Verbindung mit anderen Rechtsbehelfen verlangen, es sei denn, die Nichterfüllung ist entschuldigt.

Voraussetzung hierfür ist die Nichterfüllung i.S.d. Art. 7.1.1 PICC. Das beinhaltet auch die mangelhafte und verspätete Lieferung. Auch ist es gleichgültig, ob eine Haupt- oder Nebenpflicht verletzt wurde<sup>1822</sup>. Daneben kann auch im Falle einer *culpa in contrahendo* gem. Art. 2.1.15 PICC, Bruch der Vertraulichkeit gem. Art. 2.1.16 PICC und im Fall des Art. 3.18 PICC Schadensersatz geltend gemacht werden. Für diese sollen die Artt. 7.4.1 ff. PICC analog herangezogen werden<sup>1823</sup>.

Der Schadensersatzanspruch kann kumuliert werden oder auch nur exklusiv vorliegen. Das kommt aber darauf an, welche Art der Nichterfüllung vorliegt. So ist bei Unmöglichkeit logischerweise nur der Schadensersatzanspruch möglich, während bei nicht akzeptierter Schlechtleistung durchaus zusammen mit dem Schadensersatzverlangen die benachteiligte Partei zurücktreten kann<sup>1824</sup>.

### 2. Ausschluss der Schadensersatzpflicht

Ein Verschulden der Nichterfüllung ist nicht erforderlich<sup>1825</sup>. Jedoch ist ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, wenn die Nichterfüllung gem. Art. 7.1.7 PICC auf höherer Gewalt beruht, eine Freizeichnungsklausel gem. Art. 7.1.6 PICC besteht oder sich die Umstände im Falle einer *clausula rebus sic stantibus* gem. Art. 6.2.1 ff. PICC ändern. Ebenso ist ein Schadensersatz ausgeschlossen, wenn er nicht gem. Art. 7.4.4 PICC voraussehbar war. Da das Einbeziehen von Freistellungsklauseln den Rahmen dieser Arbeit sprengte, sei hier nur ein Hinweis darauf gegeben.

#### a) Voraussehbarkeit, Art. 7.4.4 PICC

Gem. Art. 7.4.4 PICC haftet der Schuldner nur für den Schaden, den er bei Vertragsschluss als wahrscheinliche Folge der Nichterfüllung zumindest vernünftigerweise hätte vorhersehen müssen. Damit wurde eine Haftungseinschränkung in die PICC eingeführt, die mit Art. 74 CISG korrespondieren, ohne dabei einer nationalen Rechtsordnung zu entsprechen<sup>1826</sup>. Der Schuldner soll nicht das Risiko tragen, dass er nicht voraussah und gegen das er sich nicht hätte versichern können. Dabei ist Art. 7.4.3 PICC zu beachten<sup>1827</sup>.

Was als voraussehbar angesehen werden kann, muss eng ausgelegt werden, zumal die PICC keinen Ausschluss von unvorhersehbaren Folgen haben, die vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurden<sup>1828</sup>. Diese dürfen somit trotzdem nicht entschuldigt sein. Jedoch ergibt sich das schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S.d. Art. 1.7 PICC. In den anderen Fällen bezieht sich die Vorhersehbarkeit allein auf die Art und Weise der Schädigung, nicht jedoch auf deren Höhe<sup>1829</sup>. Dies stellt einen flexiblen Rechtsgrundsatz da, der dem Richter

---

<sup>1822</sup> PICC Art. 7.4.1 Comment 1.

<sup>1823</sup> PICC Art. 7.4.1 Comment 3.

<sup>1824</sup> PICC Art. 7.4.1 Comment 2.

<sup>1825</sup> PICC Art. 7.4.1 Comment 1.

<sup>1826</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

<sup>1827</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

<sup>1828</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

<sup>1829</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

genügend Ermessensspielraum für den Einzelfall gibt<sup>1830</sup>. Dabei muss allerdings immer darauf abgestellt werden, was ein objektiver Dritter bei Vertragsschluss in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls, wie beispielsweise von den Parteien mitgeteilte Informationen oder längere Geschäftskontakte, vernünftigerweise als Folge der Nichterfüllung vorhergesehen hätte<sup>1831</sup>. Somit ist generell der Schuldner zum Ersatz des Verzögerungsschadens verpflichtet. Liegt jedoch der Schaden in dem Verlust eines äußerst lukrativen Auftrags, so war dieser generell nicht vorhersehbar und damit nicht zu ersetzen<sup>1832</sup>.

#### b) Entschuldigung

Schadensersatz ist ferner ausgeschlossen, wenn Unmöglichkeit oder Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegen und die Nichtleistung gem. Artt. 7.1.6, 6.2.1 PICC entschuldigt ist. Insofern wird nach oben verwiesen.

### 3. Rechtsfolge

#### a) Berechnung des Schadensersatzes

Nach Art. 7.4.2 I PICC hat der Gläubiger das Recht, vollen Schadensersatz zu verlangen, den er aufgrund der Nichterfüllung erlitt. Er soll so gestellt werden, als sei ordnungsgemäß erfüllt worden<sup>1833</sup>. Das schließt entgangenen Gewinn mit ein, wobei jedoch ersparte Aufwendungen und vermiedene Verluste mit angerechnet werden. Nach Abs. 2 werden auch immaterielle Schäden wie körperliche oder seelische Leiden mit abgedeckt. Der Schadensersatz ist gem. Art. 7.4.12 PICC entweder in der Währung des Geschäfts oder in der Währung, in der der Schaden erlitten wurde, zu zahlen, je nach dem, was angemessener ist.

Durch die Formulierung „den sie aufgrund der Nichterfüllung erlitten hat“ wird verdeutlicht, dass es keinen kausalen Zusammenhang zwischen Nichterfüllung und Schaden geben muss<sup>1834</sup>. Der schließt in Anlehnung an Art. 74 CISG entgangenen Gewinn mit ein, da nicht nur der Verlust mit abgedeckt wird<sup>1835</sup>. Dabei ist dieser Verlust weit zu verstehen. Er braucht nicht nur aus verlorenem Vermögen bestehen, sondern kann auch eingegangene Verbindlichkeiten mit umfassen<sup>1836</sup>. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Gläubiger aufgrund der Nichtzahlung des Schuldners ein Darlehen aufnehmen muss.

Es muss aber auch ein Verlust bestehen. Somit darf der Gläubiger nicht durch die Nichterfüllung bereichert sei<sup>1837</sup>. Deswegen sind von der Schadenssumme ersparte Aufwendungen und andere nicht erlittene Verluste genauso abzuziehen, wie weitergehende Gewinne. Kann eine Maschine nicht zusammengebaut werden, so sind die ersparten Hotelkosten der Mitarbeiter des Montagebetriebs vom Schaden regelmäßig genauso abzuziehen<sup>1838</sup> wie das Vermieten einer Maschine zu einem höheren Preis, nachdem der ursprüngliche Mieter die Raten nicht gezahlt hat<sup>1839</sup>. Die Differenzsumme zum ursprünglichen Mietpreis ist dann von der Summe der nicht gezahlten Raten abzuziehen.

Zeitpunkt der Schadensbestimmung soll der des Urteils sein, damit Veränderungen des Schadens noch miterfasst werden können<sup>1840</sup>. Im deutschen Prozessrecht wird man auf den Schluss

---

<sup>1830</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

<sup>1831</sup> PICC Art. 7.4.4 Comment.

<sup>1832</sup> PICC Art. 7.4.4 Illustration 1.

<sup>1833</sup> Koziol S. 196.

<sup>1834</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 1.

<sup>1835</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 2.

<sup>1836</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 2.

<sup>1837</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 3.

<sup>1838</sup> Vgl. PICC Art. 7.4.2 Comment 3.

<sup>1839</sup> Vgl. PICC Art. 7.4.2 Illustration 5.

<sup>1840</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 4.

der letzten mündlichen Verhandlung abstellen können, da ab dort sich der Richter ein abschließendes Bild machen kann. Hat in der Zwischenzeit der Gläubiger den Schaden behoben, so sind seine Aufwendungen hierfür der Schaden<sup>1841</sup>. Denn diese Wiederherstellung durch den Gläubiger kann dem Schuldner nicht zu Gute kommen.

Art. 7.4.3 I PICC schränkt den Ersatz des vollen Schadens ein. Nur der Schaden kann ersetzt werden, einschließlich des zukünftig entstehenden Schadens, der mit einem vernünftigen Grad der Bestimmtheit festgestellt werden kann.

Nach Art. 7.4.3 II PICC kann der Ersatz für den Verlust einer Chance nach auf das Maß von deren Wahrscheinlichkeit begrenzt werden. Erreicht also ein Pferd den neuen Eigentümer zu spät, um ein Rennen zu laufen, so kann dieser nur die Summe ersetzt verlangen, die mit der Wahrscheinlichkeit des Sieges korrespondiert<sup>1842</sup>. Hatte das Tier eine 20%ige Chance, das Rennen zu gewinnen, so kann der neue Besitzer nur 20% des Preisgeldes verlangen.

Gem. Art. 7.4.3 III PICC ist es im Ermessen des Richters, den Schadensersatz festzustellen, wenn es nicht möglich ist, die Schadenssumme mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu bestimmen. Das ist besonders bei entgangenen Chancen und immateriellem Schaden wie Schmerzensgeld der Fall<sup>1843</sup>. Allerdings muss klargelegt werden, dass es eine kausale Verbindung zwischen Schaden und Nichterfüllung immer noch gibt<sup>1844</sup>.

#### b) Schadensersatz und Aufhebung

Art. 7.4.5 PICC ist an Art. 75 CISG angelehnt worden, um dem Gläubiger zu helfen, den Schaden zu beziffern<sup>1845</sup>. Hiernach kann die aufhebende Partei die Differenz zwischen dem Preis des rechtzeitig durchgeführten und angemessenen Deckungsgeschäfts und dem Preis des mit dem Schuldner abgeschlossenen Geschäfts als Schaden geltend machen. Damit folgt der Gläubiger seiner Pflicht, den Schaden gering zu halten und soll somit nicht das Risiko dieses Deckungsgeschäfts tragen<sup>1846</sup>. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Gläubiger auch ein Deckungsgeschäft tätigt. Nicht ausreichend ist es, wenn er selbst die Leistung erbringt<sup>1847</sup>. Dann kann z.B. der Reeder von der Werft nicht die Aufwendungen nach Art. 7.4.5 ersetzt bekommen, die er tätigte, um das Schiff selbst wieder flott zu bekommen<sup>1848</sup>. Diese kann er allerdings über Art. 7.4.2 I PICC ersetzt verlangen. Ebenso muss die Ausführung des Deckungsgeschäfts in angemessener Zeit, Art und Weise erfolgen, damit die nichterfüllende Partei von einem zu voreiligen oder böswilligen Vorgehen des Gläubigers geschützt wird<sup>1849</sup>. Damit soll ihr die Chance erhalten bleiben, den Vertrag noch zu erfüllen, und der Gläubiger nicht die Möglichkeit bekommen, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren. Diesem verbleibt hingegen immer noch das Recht, weitergehenden Schadensersatz als die Differenzsumme zu verlangen, z.B. den durch die Verzögerung entstandenen Schaden<sup>1850</sup>.

Art. 7.4.6 I PICC behandelt den Fall, vor der zurücktretende Gläubiger kein Deckungsgeschäft tätigte. Dann ist die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Marktwert zum Zeitpunkt der Aufhebung maßgebend, sofern ein solcher existiert. Weitere Schadensersatzansprüche bleiben unberührt. Mit dieser Regelung will Art. 7.4.6. I PICC mit Art. 76 CISG korrespondieren, um den Schadensbeweis des Gläubigers zu vereinfachen<sup>1851</sup>. Es wird vermutet, dass der Schaden in der Differenz zwischen Marktpreis und dem vereinbarten Preis liegt.

---

<sup>1841</sup> PICC Art. 7.4.2 Comment 4.

<sup>1842</sup> Vgl. PICC. Art. 7.4.3 Comment 1.

<sup>1843</sup> PICC Art. 7.4.3 Comment 2.

<sup>1844</sup> PICC Art. 7.4.3 Comment 3.

<sup>1845</sup> PICC Art. 7.4.5 Comment 1.

<sup>1846</sup> Vgl. PICC Art. 7.4.5 Comment 1.

<sup>1847</sup> PICC Art. 7.4.5 Comment 1.

<sup>1848</sup> PICC Art. 7.4.5 Comment 1.

<sup>1849</sup> PICC Art. 7.4.5 Comment 1.

<sup>1850</sup> PICC Art. 7.4.5 Comment 2; vgl. auch dortiges Beispiel.

<sup>1851</sup> PICC Art. 7.4.6 Comment 1.

Dieser wird in Abs. 2 definiert. Danach ist der Marktpreis der für die Leistung unter vergleichbaren Umständen allgemein an jenem Ort verlangt wird, wo der Vertrag hätte erfüllt werden sollen oder an einem Ersatzort, wenn kein Marktpreis an diesem Ort existiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich zwar in den meisten Fällen um einen organisierten Markt handelt, dies aber keine notwendige Voraussetzung ist<sup>1852</sup>. Auch Aussagen professioneller Organisationen wie Handelskammern können zum Beweisantritt genutzt werden. Als Ersatzort kann jeder Ort fungieren, soweit dieser als vernünftiger Maßstab dienen kann<sup>1853</sup>.

#### c) Einschränkung durch Mitverschulden

Art. 7.4.7 PICC ist Ausformung der generellen Regel aus Art. 7.1.2 PICC, die die Ausübung von Leistungsstörungenrechten einschränkt, wenn die geschädigte Partei für den Schaden selbst verantwortlich ist<sup>1854</sup>. Dann können diese Rechte nur insoweit geltend gemacht werden, als dass sie nicht auf der Verursachung der geschädigten Partei beruhen<sup>1855</sup>. Das kann von partiellem Mitverschulden bis zur *force majeure* reichen, für die dann der Schuldner nicht verantwortlich ist. Dabei ist nicht nur eigenes Handeln oder Unterlassen maßgebend, sondern auch der Eintritt von Ereignissen, die in den Risikobereich der geschädigten Partei fallen<sup>1856</sup>.

Art. 7.4.8 I PICC gibt dem Gläubiger die Obliegenheit, den Schaden so gering wie möglich zu halten. Verletzt er diese Obliegenheit, so haftet der Schuldner insoweit nicht für den Schaden, den der Gläubiger durch Tätigen von angemessenen Gegenmaßnahmen hätte verhindern können. Ziel dieser Regelung ist es zu verhindern, dass die verletzte Partei einfach dasitzt und nichts tut und auf den Schadensausgleich wartet, währenddessen der Schaden hätte wenigstens verringert werden können<sup>1857</sup>. In diesem Fall kann der Gläubiger nicht erhoffen, auch noch diesen Schaden ersetzt zu bekommen. Das wäre treuwidrig. Allerdings darf der Schuldner nicht erwarten, dass der Gläubiger auch nur jeden möglichen Schritt zur Schadensverhinderung unternimmt<sup>1858</sup>. Nur die Schritte werden von Art. 7.4.8 I PICC erfasst, die zeitlich und wirtschaftlich vernünftig sind.

Abs. 2 stellt klar, dass der Gläubiger in diesen Fällen die für die Schadensverringerung nötigen Aufwendungen verlangen kann, sofern sie vernünftig sind. Denn der Schuldner ist immer noch für die Verursachung des Schadens verantwortlich, so dass dieser auch dann die Kosten zur Schadensminderung zahlen muss, was ihm ja auch selbst schließlich zugutekommt.

#### d) Zinsen

Kommt der Schuldner mit der Zahlung einer Geldsumme in Verzug, so muss er gem. Art. 7.4.9 I PICC Zinsen ab Fälligkeit zahlen, unabhängig davon, ob er entschuldigt ist oder nicht. Nach Abs. 3 bleiben weitergehende Schadensersatzforderungen davon unberührt. Zinssatz ist dabei gem. Abs. 2 der durchschnittliche Bankensatz für kurzfristige Kredite an erstklassige Kreditnehmer, der für die Zahlungswährung am Zahlungsort gilt. Gibt es dort keinen solchen Bankensatz, so legt ist der Satz des Staates maßgeblich, der die Zahlungswährung herausgibt. Ist dort auch kein Zinssatz festgelegt, so bestimmt das Recht der Zahlungswährung den angemessenen Zinssatz. Eine solche Regelung ist äußerst kompliziert und dient kaum der Rechtssicherheit<sup>1859</sup>. Vielmehr ist den Parteien zu empfehlen, den Zinssatz von vornherein festzuschreiben. Eine Änderung hier täte Not, obzwar der Sinn im internationalen Handel klar ist. Man soll keine fixe Zinssumme zahlen, weil das von den Umständen des Einzelfalls ab-

---

<sup>1852</sup> PICC Art. 7.4.6 Comment 2.

<sup>1853</sup> PICC Art. 7.4.6 Comment 2.

<sup>1854</sup> PICC Art. 7.4.7 Comment 1.

<sup>1855</sup> PICC Art. 7.4.7 Comment 3.

<sup>1856</sup> PICC Art. 7.4.7 Comment 2.

<sup>1857</sup> PICC Art. 7.4.8 Comment 1.

<sup>1858</sup> PICC Art. 7.4.8 Comment 1.

<sup>1859</sup> Vgl. Koziol S. 210.

hängig ist, insbesondere dann, wenn am Zahlungsort niedrige oder hohe Zinsen herrschen. Zudem haben einige Rechtsordnungen Probleme mit Zinsen, wie beispielsweise in einigen arabischen Staaten. Dem ist aber folgendes zu entgegen: Der Schuldner hätte zahlen müssen. Tut er es nicht, so ist ein relativ hoher Zinssatz angemessen, um ihn anzuhalten, das Geschäft doch noch zu bezahlen. Deshalb ist das Abstellen auf einen gewissen Zinssatz einer großen Nationalbank + X %-Punkte besser. Der Schuldner ist dann weitaus angespornter zu zahlen. Ist diese Summe immer noch zu niedrig, so kann der Gläubiger den weiteren Schaden trotzdem geltend machen. Es entfällt aber in einer solchen Regelung das Herausfinden der dafür notwendigen Daten zur Berechnung des angemessenen Zinssatzes. Damit ist im Endeffekt jedem besser geholfen.

Nach Art. 7.4.10 PICC sind Zinsen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ab dem Zeitpunkt der Nichterfüllung geschuldet, es sei denn, etwas anderes wurde vereinbart.

Art. 7.4.11 I PICC bestimmt, dass der Schadensersatz in einer einzigen Summe oder in Raten zu zahlen ist, wenn das für die Natur der Verletzung das angemessenere ist. Bei letzterem können nach Abs. 2 die Raten an einen Lebenshaltungsindex angepasst werden, um der Inflation zu begegnen<sup>1860</sup>.

#### e) Vertragsstrafen

Art. 7.4.13 I PICC lässt die Einführung von Vertragsstrafen ausdrücklich zu, unabhängig davon, wie groß der Schaden ist. Abs. 2 schränkt das dahingehend wieder ein, dass diese Summe auf einen angemessenen Betrag wieder zu reduzieren ist, wenn die Vertragsstrafe in Relation zum Schaden unangemessen hoch ist.

### III. Schadensersatz in den AP und dem DCFR

#### 1. AP

Art. 8:401 I AP gibt dem Gläubiger das Recht, Schadensersatz für den durch die Nichtleistung verursachten Verluste zu begehren, wenn nicht die Nichtleistung entschuldigt ist. Gem. Abs. 2 ist sie dann entschuldigt, wenn sie durch Umstände bedingt wurde, die außerhalb der Kontrolle des Schuldners und seiner Erfüllungsgehilfen lagen. Ferner müssen sie auch vermeidbar gewesen sein, wenn man die erforderliche Sorgfalt anwendet. Damit ist Art. 8:401 AP die Grundnorm des Schadensersatzrechts in den AP<sup>1861</sup>. Auch die AP folgen dem Garantieprinzip und nicht dem Verschulden. Das gilt nur dann nicht, wenn aufgrund der Natur des Vertrages etwas anderes zu gelten hat<sup>1862</sup>. Das ist dann der Fall, wenn der Schuldner keinen konkreten Erfolg, sondern sein bestes Können schuldet. Auch hier kann für die beiderseitige Unmöglichkeit nach oben verwiesen werden<sup>1863</sup>.

Art. 8:401 AP ist die Grundnorm des Schadensersatzrechts in den AP<sup>1864</sup>. Hierbei muss der Schuldner einen Schaden beim Gläubiger durch eine Nichterfüllung verursacht haben. Dabei ist er auch für andere Personen, die für ihn arbeiten, verantwortlich<sup>1865</sup>. Auf ein Verschulden kommt es auch hier nicht an, jedoch ist der Schuldner entschuldigt, wenn der Schaden durch unvermeidbare Ereignisse auftrat, die außerhalb der Kontrolle des Schuldners lagen<sup>1866</sup>. Diese

---

<sup>1860</sup> PICC Art. 7.4.11 Comment 2.

<sup>1861</sup> Magnus Damages, S. 211.

<sup>1862</sup> Magnus Damages, S. 213.

<sup>1863</sup> Vgl. § 12 IV.

<sup>1864</sup> AP Art. 8:401 Rn. 7.

<sup>1865</sup> AP Art. 8:401 Rn. 7.

<sup>1866</sup> AP Art. 8:401 Rn. 7.



hat er allerdings zu beweisen<sup>1867</sup>. Das ergibt sich schon aus der Formulierung „es sei denn, die Nichtleistung ist entschuldigt.“ Eine Kumulation mit anderen Rechtsbehelfen ist möglich, aber nur insoweit, als dass der Verlust nicht von anderen Rechtsbehelfen erfasst wird<sup>1868</sup>. Dies gilt generell, ist aber nicht ausdrücklich geregelt<sup>1869</sup>.

Art. 8:402 AP bemisst den Schaden. Gem. Abs. 1 ist der Schaden der Geldbetrag, der notwendig ist, den Gläubiger so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß geleistet worden wäre. Abs. 2 stellt dabei klar, dass auch Verluste des Gläubigers dazugehören, insbesondere entgangener Gewinn. Abs. 3 gewährt ebenso, außerhalb von Prozesskosten, Schadensersatz für Kosten zur Leistungserzwingung, sofern sie vernünftig sind. Damit sind alle Ausgaben für die Rechtsverfolgung abgedeckt, mit der Ausnahme unvernünftiger Kosten. Abs. 3 findet ebenso keine Anwendung, wenn es speziellere Regelungen im anzuwendenden Prozessrecht gibt, die die Kostenfrage klären<sup>1870</sup>. Verluste, die keine Geldverluste sind, werden gem. Abs. 4 nur in dem Maße als Schadensersatz zu ersetzen sein, wie die Leistung dem Schutz oder der Befriedigung dieses Interesses galt. Besonders Schäden an immateriellen Rechtsgütern wie Schmerzensgeld werden hiervon erfasst<sup>1871</sup>. Während die Verletzung eines Menschen in einem Kaufhaus durch eine Linoleumrolle<sup>1872</sup> durchaus einen Anspruch auf Schmerzensgeld eröffnet, sind die entgangenen Freuden einer dadurch nicht angetretenen Urlaubsreise nicht zu ersetzen. Bei einem Reisevertrag mit einer Reiseagentur sieht das anders aus<sup>1873</sup>. Auf diese Weise wird von Art. 8:402 AP der Grundsatz aufgestellt, dass der Gläubiger, insofern Geld das überhaupt leisten kann, auf den Stand gebracht wird, an dem er stünde, wenn ordnungsgemäß geleistet worden wäre. Damit folgen die AP dem Grundsatz der *restitutio in integrum*<sup>1874</sup>. Allerdings soll der Gläubiger auch nicht weiter bereichert werden<sup>1875</sup>. Er kann nicht noch mehr verlangen, als das, was er durch die Nichtleistung verlor. Allerdings muss sein Schaden auch vollständig ersetzt werden, selbst wenn dies in den AP zu ungenau geblieben sein sollte<sup>1876</sup>.

Art. 8:403 AP schränkt das Recht auf Schadensersatz wieder ein. Hiernach werden die Schadensersatzansprüche ganz oder bis zu dem Ausmaß des Mitverschuldens durch den Gläubiger reduziert. Dabei muss er vorsätzlich oder fahrlässig die Nichtleistung mit verursacht haben oder nicht verhindert haben durch vernünftige Gegenmaßnahmen.

Art. 8:404 AP ist eine *grey letter rule*, die Art. III.- 3:708 DCFR und damit auch Art. 9:508 PECL entspricht. Als solche wurde sie behandelt, so dass hier nach oben<sup>1877</sup> verwiesen wird. Sie ist trotzdem die Generalnorm zu den Zinsansprüchen<sup>1878</sup>.

Nach Art. 8:406 AP wird der Zinsanspruch des Gläubigers insoweit reduziert, dass er keinerlei Gegenleistung, oder weniger als er hätte machen sollen, erbracht hat. Damit soll der Grundsatz von Treu und Glauben befolgt werden<sup>1879</sup>. Hat der Schuldner nicht geleistet, der Gläubiger aber noch nicht seine Leistung erbracht, so soll dieser nicht auch noch Zinsen seit Verzugsbeginn verlangen können. Damit bekäme ihm mehr, als ihm zustünde, hat er ja selber noch nicht gezahlt und kann die noch nicht geleistete Gegenleistung verzinsen. Zinsen in den

---

<sup>1867</sup> AP Art. 8:401 Rn. 7.

<sup>1868</sup> AP Art. 8:401 Rn. 13.

<sup>1869</sup> *Magnus Damages*, S. 214.

<sup>1870</sup> *Magnus Damages*, S. 216.

<sup>1871</sup> AP Art. 8:402 Rn. 12, 13.

<sup>1872</sup> Vgl. RGZ 78, 239, 239 ff.

<sup>1873</sup> Vgl. EuGH 2002, I-2631, 2631 ff. (*Leitner ./ TUI*)

<sup>1874</sup> AP Art. 8:402 Rn. 5.

<sup>1875</sup> AP Art. 8:402 Rn. 8; *Magnus Damages*, S. 215.

<sup>1876</sup> *Magnus Damages*, S. 215.

<sup>1877</sup> § 31 I 3. d)

<sup>1878</sup> *Magnus Damages*, S. 219.

<sup>1879</sup> AP Art. 8:406 Rn. 6.

AP sind somit direkter Bestandteil des Schadensersatzes und nicht etwas davon Losgelöstes<sup>1880</sup>.

Art. 8:406 AP behandelt die Zinszahlungspflicht im kaufmännischen Geschäft. Nach Abs. 4 wird der Zinssatz so bestimmt, dass er sieben Prozentpunkte über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank liegt, es sei denn, es ergibt sich etwas anderes aus dem Vertrag. Für die Währung eines EU-Mitgliedsstaates, welches nicht an der dritten Stufe der Wirtschafts- und Geldunion teilnimmt, wird der Basiszinssatz von deren Zentralbank bestimmt. Der Gläubiger kann für den Verzug der Bezahlung für Güter oder Dienstleistungen gem. Abs. 1 Zinsen in Höhe des in Abs. 4 genannten Zinssatzes verlangen, es sei denn, der Schuldner ist nach Art. 8:401 AP entschuldigt. Die Zinspflicht beginnt gem. Abs. 2 lit. a) am Tag nach dem vereinbarten Datum oder der Zahlungsperiode, ansonsten nach lit. b) 30 Tage nachdem Tag, an dem der Schuldner die Rechnung erhielt oder nach lit. c) 30 Tage nach Erhalt der Güter, wenn die Rechnung vorher gestellt worden war oder die Rechnungsstellung ungewiss ist. Sollte jedoch eine Abnahme erforderlich sein, so beginnt nach Abs. 3 die Zinspflicht im Fall des Abs. 2 lit. c) 30 Tage nach der Abnahme. Abs. 5 stellt zudem klar, dass es dem Gläubiger immer noch unbenommen ist, weitergehenden Schaden zu verlangen.

Art. 8:102 AP schließen Ansprüche gegen den Schuldner aus, solange der Gläubiger verantwortlich für den Schaden ist. Sein Schadensersatzanspruch wird um den Anteil seines Beitrages gekürzt<sup>1881</sup>. Diese Vorschrift ist angelehnt an Art. 80 CISG<sup>1882</sup>.

## 2. DCFR

Der DCFR folgt sehr eng den PECL. In den Artt. III.- 3:701 bis III.- 3:708 und III.- 3:710 und III.- 3:711 DCFR werden die Artt. 9:501 bis 9:510 PECL teilweise wortwörtlich oder mit nur kleineren redaktionellen Verweisen auf Spezialregelungen oder Klarstellungen im DCFR übernommen. Dasselbe gilt mit Art. III.- 3:104 DCFR und Art 8:108 PECL. Insofern erübrigt sich hier eine genauere Beschreibung, da sich an der Regelung der PECL im DCFR nichts ändert. Lediglich in Art. III.- 3:709 DCFR wurde die Regelung hinzugefügt, dass gem. Abs. 1 alle 12 Monate die Zinsen zur Hauptforderung addiert werden, es sei denn, dass nach Abs. 2 eine andere Vereinbarung zwischen den Parteien besteht.

Ebenfalls eine Klarstellung erfährt Art. 9:102 II lit. d) PECL in Art. III.- 3:302 V DCFR. Hier wird der Schadensersatz insoweit ausgeschlossen für den Fall, in dem er durch unvernünftig langes Warten auf Erfüllung den Schaden erhöht hat. Diese Erhöhung kann er nicht verlangen. Das ergibt sich in den PECL nicht so deutlich. Jedoch muss dieses auch hier gelten. Das kann man Artt. 9:102 II lit. d) und 9:505 I PECL entnehmen. Art. III.- 3:302 V DCFR ist nur klarer gefasst und sollte auch in den PECL diesbezüglich als Auslegungshilfe herangezogen werden.

Unproblematisch für den Käufer am Vertrag festzuhalten sind die Fälle, in denen es keinen gleichwertigen Ersatz gibt, sei es, dass kein Markt existiert oder es nur sehr große Schwierigkeiten macht, ein Deckungsgeschäft zu vollziehen<sup>1883</sup>. Ebenso unproblematisch ist der Fall, in dem der Schuldner nach wie vor erfüllungsbereit ist und nur um einen Aufschub bittet. Dann ist es nicht unverhältnismäßig am Vertrag festzuhalten. Allerdings ergibt sich in den übrigen Fällen das Problem, dass es nicht klar ist, ob es immer noch verhältnismäßig ist. Hier setzt sich der Gläubiger einem Prozessrisiko aus, das in der Anhäufung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „unverhältnismäßig“, „verhältnismäßig“ oder „erheblich“ kaum mehr kalkulierbar ist und er Gefahr läuft, den Schaden zu erhöhen<sup>1884</sup>. Damit hat er allen Anlass, den Vertrag so

---

<sup>1880</sup> *Magnus Damages*, S. 211.

<sup>1881</sup> *AP Art. 8:102 Rn. 8.*

<sup>1882</sup> *AP Art. 8:102 Rn. 1.*

<sup>1883</sup> *Huber ZEuP 2008*, 708, 722.

<sup>1884</sup> *Huber ZEuP 2008*, 708, 722.

früh wie möglich durch das Tätigen eines Deckungsgeschäfts zu beenden. Und das läuft dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* entgegen.

Ziel dieser Regelung ist es allerdings auch zu verhindern, dass der Gläubiger zu Lasten des Schuldners spekuliert<sup>1885</sup>. Das gilt insbesondere für schnell fluktuierende Märkte. Steigen die Preise, so kann er einen höheren fiktiven Deckungskauf in Rechnung stellen. Sinken sie, so kann der Gläubiger höheren entgangenen Gewinn verlangen<sup>1886</sup>. Dem wird dadurch ein Riegel vorgeschoben, dass der Gläubiger vor dem Tätigen eines Deckungsgeschäfts gezwungen ist, *argumentum e contrario* Art. III.- 3:302 V DCFR, am Vertrag in vernünftiger Zeit festzuhalten und den Schaden nicht zu vergrößern.

Diese Zielsetzung widerspricht sich im Ergebnis. Einerseits soll der Gläubiger nicht zu lange an den Vertrag sich gebunden fühlen, damit er nicht versäumt, ein günstiges Deckungsgeschäft zu tätigen, andererseits soll er ein solches nicht zu früh tätigen. In der Tat wäre es besser, sich an § 376 II HGB zu orientieren und den Marktpreis zum Zeitpunkt der letzten möglichen Leistungsvornahme als maßgeblichen Wert annimmt<sup>1887</sup>. Dabei muss immer noch die Schadensminderungspflicht berücksichtigt werden<sup>1888</sup>. Dann ließe sich die Spekulation verhindern und der abstrakte Schaden stünde fest, denn in diesem Fall stünde mit der Differenz zwischen Vertragspreis und niedrigerem Marktpreis zum Erfüllungszeitpunkt in jedem Fall als zu ersetzender Schaden fest. Der Gläubiger könnte dann nur im Rahmen der konkreten Schadensberechnung beweisen, dass ihm ein weitergehender Schaden entstanden ist<sup>1889</sup>. Wobei er dann Gefahr liefe, seiner Schadensminderungsobliegenheit nicht nachzukommen.

Allerdings könnte man hierbei einwenden, dass der Zeitpunkt der letzten möglichen Leistungserbringung ebenfalls unbestimmt ist. Das ist auch richtig. Insoweit muss das ganze System miteinander in Kongruenz gebracht werden und die Wertungswidersprüche auszuräumen. Der Gläubiger kann nach Artt. III.- 3:502, III.- 3:503 DCFR zurücktreten, wenn entweder eine ordnungsgemäße Nachfrist gesetzt wurde oder sofort wenn eine wesentliche Nichterfüllung vorliegt. Das bedeutet aber auch, dass in dieser Zeit der Nachfrist das Tätigen eines Deckungsgeschäftes ausgeschlossen ist. Also kann es auch nicht unverhältnismäßig sein, während dieser Zeit kein Deckungsgeschäft zu tätigen. Die Frage bleibt, was mit Ablauf der Nachfrist oder im Fall der wesentlichen Vertragsverletzung zu geschehen hat. Dann bleibt es in der Tat eine Abwägungsfrage. Hat der Gläubiger immer noch Interesse an der Leistung, so muss er jetzt, um nicht Gefahr zu laufen, doch in die Falle zu gehen, eine kurze Nachfrist setzen, in der sich der Schuldner zu erklären hat. Läuft diese auch aus, so hat der Gläubiger unverzüglich Deckungsgeschäfte zu tätigen. Ist er nicht mehr an der Leistung interessiert, so ist es angezeigt, sofort ein Deckungsgeschäft zu tätigen.

Auf diese Weise wird verhindert, dass sich der Gläubiger einerseits unverhältnismäßig früh vom Vertrag löst, andererseits wird er dazu auch nicht gezwungen und dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* ist genüge getan worden. Dann braucht es auch keinen Umweg über § 376 II HGB. Allerdings sollte diese Lösung auch stärker Einschlag in den DCFR finden.

---

<sup>1885</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 732.

<sup>1886</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 732.

<sup>1887</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 732.

<sup>1888</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 733.

<sup>1889</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 733.

## § 37 Vergleich des Schadensersatzes

### I. Deutsches Recht

Das deutsche Recht unterscheidet zwei Arten des Schadensersatzes, den neben und den statt der Leistung. Der erstgenannte findet Anwendung auf den Schadensersatz an anderen Rechten als der (Haupt-)Leistung. Der Schadensersatz statt der Leistung findet Anwendung bei Verletzungen an der Leistung und tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, wenigstens soweit er geltend gemacht wird. Grundsätzlich gilt die Totalreparation<sup>1890</sup>.

#### 1. Schadensersatz neben der Leistung

Schadensersatz neben der Leistung wird dann gewährt, wenn ein anderes Rechtsgut als die Hauptforderung verletzt worden ist. Dieser umfasst Folgeschäden, entgangenen Gewinn und den Verzögerungsschaden. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, jedoch ist Verschulden generelle Voraussetzung<sup>1891</sup>.

#### 2. Schadensersatz statt der Leistung

Dieser Schadensersatz wird gewährt, wenn die Leistung selbst in Mitleidenschaft gezogen wird. Der Ersatzanspruch tritt an die Stelle der Leistung. Dies ist möglich in Fällen der Unmöglichkeit, der Schlechtleistung, der verzögerten Leistung und der Verletzung anderer Rechtsgüter, die so gravierend sind, dass ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Wie auch der Rücktritt, kann auch der Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich nur gefordert werden, wenn eine Frist zur Nachbesserung erfolglos verstrichen ist. Nur dann, wenn dieses nicht zweckmäßig ist, kann sofort Schadensersatz gefordert werden. Nach § 325 BGB schließen sich Rücktritt und Schadensersatz nicht mehr aus. Verschulden ist jedoch generelle Voraussetzung.

### II. CISG

Die CISG macht keine Unterscheidung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung im Gesetzeswortlaut. Sehr wohl jedoch in der Folge. Ebenso ist gleich, dass der Gläubiger seinen ganzen Schaden, also Integritäts- und Vertrauensinteresse, liquidieren kann<sup>1892</sup>. Allerdings handelt es sich hier um eine Garantiehaftung, die aber nur auf den Schaden begrenzt wird, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar war<sup>1893</sup>.

Wie auch im deutschen Recht ist jede Art der Pflichtverletzung geeignet, einen Schadensersatzanspruch herbeizuführen. Jedoch sind, im Gegensatz zum deutschen Recht, von der CISG gem. Art. 5 CISG Personenschäden ausgeschlossen. Auch deliktische Haftung findet keine Anwendung<sup>1894</sup>.

Die Totalreparation erfasst auch entgangenen Gewinn, jedoch nicht den Schadensersatz zu pönalen oder präventiven Zwecken, die deshalb nicht erstattet werden können<sup>1895</sup>. Auch ein

<sup>1890</sup> Staudinger- Schiemann § 249 Rn. 1.

<sup>1891</sup> Vgl. zum Verschulden § 33.

<sup>1892</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 20, 21; S/S- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 2.

<sup>1893</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 4; Schlechtriem Rn. 302.

<sup>1894</sup> BGH IPRax 1996, 124, 125; OLG München IPRax 1997, 38, 39, 40; Huber IPRax 1996, 91, 95.

<sup>1895</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 17; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 9; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 4; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 3.7; Honsell SJZ 88 [1992], 361, 361.

Rückgriff auf die entsprechenden nationalen Normen ist ausgeschlossen. Dies entspricht auch dem deutschen Recht, das sogar das Anerkennen und Vollstreckbarerklären von im Ausland erhaltenen Titeln über *punitive damages* als Verstoß gegen den *ordre public* nicht zulässt<sup>1896</sup>. Ob der durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eingeführte § 15 AGG, der eine gewisse Regelung in dieser Hinsicht enthält<sup>1897</sup>, aufrecht erhalten werden kann, ob eine Anerkennung mittels einer *révision au fond* doch möglich ist oder gar eine (maßvolle) Einführung der *punitive damages* im deutschen Recht möglich ist, kann hier nicht Bestandteil dieser Arbeit sein<sup>1898</sup>.

Ersetzt werden können sowohl Nichterfüllungsschäden, also dem deutschen Schadensersatz statt der Leistung entsprechend, als auch Begleitschäden, was mit dem Schadensersatz neben der Leistung übereinstimmt, obwohl dies nicht direkt im Wortlaut erwähnt wird<sup>1899</sup>.

Der erste mögliche Unterschied zum deutschen Recht besteht in der Beschränkung auf den Schaden, der bei Vertragsschluss voraussehbar war. Der zweite ist die Garantiehaftung.

### 1. Voraussehbarkeit

Der Schaden wird als voraussehbar ersetzt, wenn das Risiko bei Vertragsschluss voraussehbar war und vom Schuldner übernommen wurde<sup>1900</sup>. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es kommt auf nicht auf die Verletzungshandlung an, sondern, ob der Schaden als solcher voraussehbar war<sup>1901</sup>, also die Art der Schadensfolge<sup>1902</sup>. Der Schuldner muss mit den Folgen rechnen, die ein verständiger Dritter in seiner Lage (vgl. Art. 8 II CISG) angesichts der konkreten Umstände als möglich vorausgesehen hätte<sup>1903</sup>. Als Grund hierfür gilt, dass der Schuldner sich gegen das Risiko hätte versichern können oder in die Preiskalkulation mit hineinnehmen können<sup>1904</sup>.

Es gilt, dass zwar Nichterfüllungsschäden grundsätzlich voraussehbar sind, nicht jedoch alle Mangelfolgeschäden. Personenschäden werden von Art. 5 CISG schon ausgeschlossen. Die übrigen Schäden sind allerdings bei Handelskäufen dann voraussehbar, wenn sich im Einzelfall nichts Gegenteiliges ergibt<sup>1905</sup>. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Schadensersatzkosten Dritter außergewöhnlich hoch sind<sup>1906</sup> oder der Kausalverlauf allzu ungewöhnlich ist<sup>1907</sup>.

Im deutschen Recht ist die Adäquanzlehre eine Einschränkung der Kausalität. Aus der Sicht eines vernünftigen Dritten muss der Lauf der Dinge den Erfolg dann herbeiführen, wenn ein nicht gänzlich unwahrscheinlicher Handlungsablauf eintritt. Tritt dieser ein, den allerdings der Schuldner zu beweisen hat, so kann der Schuldner nicht haftbar gemacht werden. Hat der Schuldner dem Gläubiger ein Boot verkauft, welches sicher im Hafen ist und nur bei einer sehr schweren Sturmflut in Gefahr ist, so ist dann, wenn diese Sturmflut tatsächlich eintritt und das Boot dadurch untergeht, dieser nicht ersatzpflichtig, selbst wenn der Schuldner wuss-

---

<sup>1896</sup> BGHZ 118, 312, 334, 335.

<sup>1897</sup> Gefordert durch das Europarecht. MK- Tüsing § 15 AGG Rn. 11; vgl. EuGH Slg. 1997 I-2195, 2221 Rn. 25 - Draehmpaehl.

<sup>1898</sup> Hierzu Müller S. 1 ff.

<sup>1899</sup> S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 27.

<sup>1900</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 49; Schlechtriem Rn. 302.

<sup>1901</sup> Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 8; B/B- Knapp Art. 74 Bem. 2.9; Schlechtriem Rn. 302; Piltz § 5 Rn. 451.

<sup>1902</sup> Vgl. schon zum EKG v. Caemmerer AcP 178 [1978], 121, 146.

<sup>1903</sup> MK- Huber Art. 74 Rn. 31; Staudinger- Magnus Art 74 Rn. 35; MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 24.

<sup>1904</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 74 Rn. 21; MK- Huber Art. 74 Rn. 25; S/S- Schwenzler Art. 74 Rn. 4.

<sup>1905</sup> S/S<sup>4</sup>- Stoll/ Gruber Art. 74 Rn. 44.

<sup>1906</sup> BGH NJW 1999, 1259, 1261; Öst. OGH IHR 2002, 76, 80; E/M- Strohbach Art. 74 Bem. 10; MK- Huber Art. 74 Rn. 37, 38; MK/HGB Mankowski Art. 74 Rn. 28; Kranz S. 215.

<sup>1907</sup> Staudinger- Magnus Art. 74 Rn. 46.

te, dass es zu einer Sturmflut käme. Das gilt dann nicht, wenn er sich über das Ausmaß im Klaren war. Der große Unterschied hingegen ist der Zeitpunkt. Während im deutschen Recht die Störungshandlung den maßgeblichen Zeitpunkt darstellt, ist es in der CISG der Vertragsschluss. Das bedeutet, dass grundsätzlich derjenige Schuldner privilegiert wird, der zwar fahrlässig handelt, aber von dem Risiko bei Vertragsschluss noch nichts wusste<sup>1908</sup>. Zudem ist die Voraussehbarkeit des Schadens positive Voraussetzung für den Ersatz des Schadens<sup>1909</sup> und nicht eine Begrenzung der Ersatzpflicht wie im deutschen Recht. Damit ist das viel weitergehender, als letzteres.

Dieses System ist zu kritisieren. Dadurch, dass ein Schaden zwar bei der Schädigungshandlung, nicht jedoch bei Vertragsschluss voraussehbar war und damit auch die Haftung entfällt, gibt diesem System ein massives Gerechtigkeitsdefizit<sup>1910</sup>. Dieses kann auch nicht anders wieder aufgehoben werden. Es kann nicht sein, dass ein Schuldner nicht haftet, wenn der Schaden nicht bei Vertragsschluss voraussehbar war, obschon er gar vorsätzlich gehandelt haben mag! Allein ein Verstoß gegen die guten Sitten mag in solchen Fällen eingreifen können, jedoch nicht dann, wenn er grob fahrlässig war.

Als Beispiel diene hier folgendes:

V verkauft K wieder den *C. sanctus* aus obigem Beispiel<sup>1911</sup>. Er hat zudem die Aufgabe, ihn in den Räumlichkeiten des K zu installieren. Als er dort ankommt, erzählt K, dass der Paläontologe S an dem Fossil interessiert ist, und dafür 50.000,- € zahlen will. V installiert den Vogel, nimmt aber minderwertige Schrauben. Er ist der Ansicht, dass diese wohl gerade ausreichen, das Gewicht zu halten, obwohl er weiß, dass diese Schrauben Probleme ab einem bestimmten Gewicht bekommen. Er will aber keine anderen benutzen, da er noch zu viele davon auf Lager hat. Allerdings war es schon vorher zu einem Vorfall in einer ähnlichen Konstellation gekommen. Er glaubt jedoch, es gehe alles gut. Tatsächlich ist dem nicht so. Das Fossil fällt und zerbricht. In der Folge ist S nicht mehr interessiert an den Bruchstücken, die keinen Wert mehr haben.

V hat zwar grob fahrlässig gehandelt, jedoch braucht er nach der CISG keinen Schadensersatz dem K zu zahlen, den er über den normalen Weiterverkaufswert hätte erlangen können. Dieser Schaden war bei Vertragsschluss nicht voraussehbar. Das ist nicht nachvollziehbar. Deswegen muss die Voraussehbarkeit immer auf den Zeitpunkt der Handlung und nicht des Vertragsschlusses abstellen.

## 2. Verschulden

Der Schadensersatz der CISG ist grundsätzlich ein Garantieschaden. D.h., dass es auf ein Verschulden nicht ankommt. Es genügt allein, ob der Schuldner den Schaden verursacht hat und dieser auch vorhersehbar war. Das deutsche Recht folgt dem Verschuldensprinzip. Nur dann wenn Verschulden vorliegt, kann Schadensersatz gefordert werden. Allerdings sind beide Systeme keine strikten Anhänger ihrer Grundsätze. Beide modifizierten es, so dass es wenige Unterschiede gibt.

Doch zunächst einen kurzen Blick auf die beiden Systeme und ihre Argumente. Zwischen den Verfechtern beider Systeme kommt es zu großen Differenzen. Das Schuldprinzip sei auf dem Rückzug<sup>1912</sup>. Es sei obsolet und unwirtschaftlich. Erstes Argument ist nicht nur ein „Totschlagsargument“, sondern auch falsch. Sowohl das oft als niederländische NWB als auch die Neuregelung des Schuldrechts im BGB haben das Schuldprinzip nicht verändert, sondern bestätigt. Zugegebenermaßen ist es nicht in absoluter Weise eingeführt worden, son-

<sup>1908</sup> *Canaris Einstandspflicht S. 252; Riesenhuber ERCL 2008, 119, 138.*

<sup>1909</sup> *So schon v. Caemmerer AcP 178 [1978], 121, 146.*

<sup>1910</sup> *Canaris Einstandspflicht S. 253.*

<sup>1911</sup> *Vgl. § 11 I 2 b).*

<sup>1912</sup> *Zimmermann JZ 1995, 477, 481.*

dern mit Elementen der Garantiehafung<sup>1913</sup>. Doch gilt das auch für die Garantiehafung, die auch nirgends in ihrer absoluten Form vorhanden ist. Beide Systeme gleichen sich vielmehr an<sup>1914</sup>. Es ist nur der Anfangspunkt verschieden.

Hauptrechtsbehelf ist im deutschen Recht die Erfüllung bzw. Nacherfüllung. Das ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut bei den anderen Rechtsbehelfen. Diese können grundsätzlich nur dann gewählt werden, wenn eine Frist zur Erfüllung bzw. Nacherfüllung gesetzt wurde. Nur dann, wenn diese Frist erfolglos abgelaufen ist oder aus anderen Gründen unzumutbar ist, können die anderen Rechtsbehelfe gewählt werden. Schadensersatz neben der Leistung betrifft nicht die Erfüllung der Hauptleistung, sondern Schäden an anderen Rechtsgütern und kann damit auch ohne Fristsetzung gefordert werden.

In der CISG ist gem. Art. 28 CISG auch die Erfüllung Hauptrechtsbehelf<sup>1915</sup>. Allerdings kann der Schuldner nur dann die Erfüllung tatsächlich verlangen, wenn die Muttergerichtsordnung des Gerichts dieses kennt. Dies ist ein Kompromiss zu den Rechtsordnungen des *common law*, die einen derartigen Rechtsbehelf nur unter engen Voraussetzungen kennen<sup>1916</sup>. Hauptrechtsbehelf ist hier vielmehr der Schadensersatz. Durch diesen Kompromiss musste zwangsläufig ein Mischsystem eingeführt werden. Dort, wo der Schadensersatz Hauptrechtsbehelf ist, muss dieser wie im *common law* behandelt werden. Damit darf er nicht frühzeitig ausgeschlossen werden, damit der Gläubiger nicht leer ausgeht.

Im deutschen Recht schuldet der Schuldner die Erfüllung ohne Wenn und Aber. Ein Verschulden ist nicht von diesem Primäranspruch abhängig<sup>1917</sup>. Einzig und allein die Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage kann ihn dieser Pflicht entheben. Das ist insoweit spiegelbildlich zur CISG. Hier hat der Schuldner Schadensersatz zu leisten, es sei denn dieser ist gem. Art. 79 CISG entschuldigt, also die Unmöglichkeit bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zu vertreten ist. Dann braucht der Schuldner auch im deutschen Recht keinen Schadensersatz leisten. In der CISG ist dann auch ein Erfüllungsanspruch ausgeschlossen. Auch die weiteren Rechtsbehelfe des deutschen Rechts sind wie bei der CISG frei von Verschulden. Allerdings kann ein Verschulden i.S.d. Arglist zu einem Wegfall der Nachfristsetzungspflicht führen, so dass diese Rechtsbehelfe sofort ausgeübt werden dürfen<sup>1918</sup>. Der Schuldner verliert hierdurch sein Recht auf die zweite Andienung. Die CISG verlangt in diesen Fällen grundsätzlich immer eine Abwägung<sup>1919</sup>. Jedoch ist in der Regel davon auszugehen, dass die Vertrauensgrundlage zerstört worden ist, so dass nur in Ausnahmefällen die Arglist keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt.

Von diesem kleinen Unterschied abgesehen, gleichen sich somit beide Systeme. Sie kommen aber dort zu Unterschieden, wo der Schuldner von der Erfüllungspflicht befreit ist und die Frage im Raum steht, ob er noch Schadensersatz leisten muss.

#### a) Rechtsethik

Ethisch sieht sich das Schuldprinzip überlegen. Es beruht dabei auf der Grundlage, dass nur das Verhalten schuldhaft genannt wird, „wenn es dem Handelnden persönlich zum Vorwurf gereicht“<sup>1920</sup>. „Der Handelnde hätte in der Situation richtig handeln können, hat dies aber nicht getan, obwohl es ihm bei der nötigen Sorgfalt möglich gewesen wäre. Er hatte die Freiheit, anders zu handeln und hat sich trotz des Gebotes, gerade anders zu handeln, so verhalten, wie

<sup>1913</sup> Riesenhuber ERCL 2008, 119, 138.

<sup>1914</sup> Riesenhuber ERCL 2008, 119, 141.

<sup>1915</sup> BGHZ 132, 290, 298, 299 (Kobaltsulfat); OLG Köln IHR 2003, 15, 15, 16; öst. OGH IHR 2001, 42, 43; Achilles Art. 46 Rn. 1; Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 4; MK- Huber Art. 46 Rn. 1.

<sup>1916</sup> Schlechtriem Rn. 118.

<sup>1917</sup> Canaris Einstandspflicht S. 250.

<sup>1918</sup> BGH NJW 2007, 835, 836, 837 Rn. 12, 13; NJW 2008, 1371, 1372, 1373 Rn. 19, 20.

<sup>1919</sup> Vgl. Achilles Art. 25 Rn. 8.

<sup>1920</sup> Larenz SAT § 20 I S. 276.

er es tat<sup>1921</sup>. Damit hat er sich aus einem rechtsethischen Blickwinkel Schuld auf sich geladen, für die er persönlich verantwortlich ist. „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.“<sup>1922</sup>

Somit basiert das Schuldprinzip auf den wesentlichen Prinzipien von Autonomie, Freiheit, Selbstverantwortlichkeit und dem Konzept des ethischen Personalismus<sup>1923</sup>. Es ist nur eine konsequente Fortführung des Grundsatzes der persönlichen Selbstverantwortung<sup>1924</sup> und damit auch der Vertragsfreiheit an sich. Es ist die rechtsstaatliche Garantie der Freiheit<sup>1925</sup>. Bei der Garantiehafung wird in die persönliche Freiheit zu sehr eingegriffen. Der Handelnde haftet, ohne dass er es durch sein Handeln abwenden könnte. Bei Verschuldenshaftung wird darin viel weniger eingegriffen. Nur dann, wenn er auf den persönlichen Fehlern des Handelnden beruht, greift die Haftung ein. Der Handelnde hat es in seiner Hand, den Schaden und damit seine eigene Haftung abzuwehren. Dies hätte er bei der Garantiehafung nicht.

Demgegenüber steht als ethische Basis für das Garantieprinzip die Privatautonomie<sup>1926</sup> und mit ihr auch die Vertragsfreiheit<sup>1927</sup>. Zwar soll niemandem etwas entgegengehalten werden, wo er nicht anders handeln konnte, aber das gelte nicht im Vertrag, da er diesen ja nicht habe schließen brauchen. *Volenti non fit iniuria*. Außerdem könne er ja durch sein Handeln oder durch Versicherungen einen Schaden abwenden. Ansonsten verstieße er gegen das Vertrauensprinzip<sup>1928</sup>. Dass der Gläubiger mit ihm den Vertrag geschlossen habe, zeuge von einem Vertrauen, welches dieser dem Schuldner gegenüber erbracht habe und das nicht enttäuscht werden dürfe.

Dies zeigt, dass beide Systeme auf einer rechtsethischen Basis sich befinden<sup>1929</sup>. Sie haben gemein, dass sie versuchen, eine gerechte Verteilung der Schadensrisiken zu finden. Allerdings zeigt sich auch, dass jede allein für sich genommen nicht ausreichend ist. Das reine Verschuldensprinzip beachtet nicht genügend, dass ein Vertrag geschlossen wurde, der einzuhalten ist. Und das Garantieprinzip übersieht, dass zwar ein Vertrag geschlossen wurde, der aber nur deswegen nicht eingehalten werden konnte, weil ein Ereignis eintrat, an dem der Schuldner kein Verschulden trifft. So kann nur eine austarierte Mittelform einer gerechten Schadensrisikoverteilung genügen.

#### b) Ökonomische Überlegungen

Eine direkte ökonomische Analyse, welches der hier gegenständlichen Systeme zu besseren ökonomischen Resultaten führt, kann hier nicht Gegenstand dieser Arbeit sein<sup>1930</sup>. Das gilt nicht für die dahinter befindlichen Überlegungen. Generell sieht sich hier das Garantiesystem als überlegen an<sup>1931</sup>.

Im Schuldsystem ist die ökonomische Definition von Fahrlässigkeit die sog. *Learned-Hand-Formel*<sup>1932</sup>. Nach dieser muss der Vorsorgeaufwand für den Schuldner (V) geringer sein, als die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (p) multipliziert mit dessen Kosten (S), um eine

---

<sup>1921</sup> Larenz SAT § 20 I S. 276.

<sup>1922</sup> V. Jhering S. 199.

<sup>1923</sup> Larenz/Wolf § 2 Rn. 2 ff.

<sup>1924</sup> Canaris Einstandspflicht S. 251.

<sup>1925</sup> Deutsch AcP 202 [2002], 889, 892, 893.

<sup>1926</sup> Vgl. hierzu Flume § 1 AT II S. 1 ff.

<sup>1927</sup> Riesenhuber ERCL 2008, 119, 143.

<sup>1928</sup> Vgl. Larenz Recht S. 104, 105.

<sup>1929</sup> Larenz Recht S. 113; Riesenhuber ERCL 2008, 119, 144.

<sup>1930</sup> Vgl. Hierfür Schäfer/Ott S. 157 ff.

<sup>1931</sup> Vgl. MK-Grundmann § 276 Rn. 32.

<sup>1932</sup> Benannt nach Richter Billings Learned Hand, der im Fall *United States et al. v. Carrol Towing Co., Inc., et al.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) diese aufstellte.



Fahrlässigkeit anzunehmen<sup>1933</sup>. Der Schuldner muss sich also auf Kosten des Geschädigten einen Vorteil aneignen.

$V < Sp$  : Fahrlässigkeit liegt vor

$V > Sp$  : Keine Fahrlässigkeit

$V = Sp$  : Optimaler Verhütungsaufwand und somit keine Fahrlässigkeit

Beispiele<sup>1934</sup>:

Fall 1:

Ein Schlepper liegt im Hafen vor Anker. Der Anker ist schon älter und könnte bei einer Sturmflut reißen. Ein neuer Anker, die einzige Möglichkeit den Schaden zu verhindern, kostet 2.500,- € Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist 25% bei einer Sturmflut. Eine solche Sturmflut kommt einmal alle vier Jahre, statistisch gesehen. 100.000,- € betragen die Schäden an anderen Rechtsgütern in diesem Fall. Eine Sturmflut kommt und der Anker reißt ab, so dass tatsächlich ein Schaden von 100.000,- € entsteht.

Hier ist die Wahrscheinlichkeit des Schadens multipliziert mit dem Schaden 25.000,- € Der Eigner des Schleppers muss somit wenigstens 25.000,- € investieren, um nicht mehr fahrlässig zu sein. Er hat also einen neuen Anker zu kaufen. Dessen Preis ist mit 2.500,- € deutlich geringer. Tut er das nicht, so unterlässt er fahrlässig.

Fall 2:

Wie im Ausgangsfall. Jedoch ist jetzt die Wahrscheinlichkeit einer solchen Sturmflut nicht mehr eine in vier, sondern eine in hundert Jahren. Somit ist  $Sp = 1.000,- €$  Da dieser Schaden unter den 2.500,- € für einen neuen Anker liegt, handelt er nicht mehr fahrlässig, wenn der Eigner keinen Anker neu installiert.

Fall 3:

Wie im Ausgangsfall. Jetzt ist jedoch die ganze Ankeranlage mit Winsch und Kette zu brüchig, um im Fall einer Sturmflut ihren Dienst zu verrichten. Eine neu Anlage kostet 25.000,- € Das entspricht genau den Kosten des wahrscheinlichen Schadenseintritts. Es ist der optimale Betrag, den der Eigner zahlen muss, um die Haftung für Fahrlässigkeit zu vermeiden.

Dieses System ist insofern mit Problemen verbunden, als es dem Richter überlässt zu entscheiden, welche Kosten nötig waren, um den Schaden rechtzeitig zu verhindern<sup>1935</sup>. Dabei hat dieser nicht alle relevanten Informationen und mag auch von dem Ergebnis her aus seiner *ex-post*-Sichtweise beeinflusst sein. Jedoch sind diese Gegenargumente nicht durchdringend genug. Schließlich kann einem Richter gezeigt werden, was Abwehrmaßnahmen kosteten. Und dass der Richter irgendwie vorbeeinflusst sein könnte, ist „allgemeines Lebensrisiko“ einer jeden Partei vor Gericht. Deshalb gibt es auch mehrere Instanzen.

Auf der anderen Seite muss der Schuldner bei der Garantiehafung für jeglichen Schaden haften, auch für den Zufall. Gerade dies wird der Verschuldenshaftung entgegengesetzt: Der Schaden für den zufälligen Untergang wird nicht mit einbezogen in die Berechnung des Schadens<sup>1936</sup>. Dadurch habe der Schuldner weniger Anreize, sorgfältiger zu planen und auszuführen<sup>1937</sup>. Der Gläubiger trage somit die Kosten.

---

<sup>1933</sup> Schäfer/ Ott S. 158.

<sup>1934</sup> Ähnlich *United States et al. v. Carrol Towing Co., Inc., et al.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947).

<sup>1935</sup> MK- Grundmann § 276 Rn. 32.

<sup>1936</sup> Vgl. Riesenhuber ERCL 2008, 119, 145.

<sup>1937</sup> Schäfer/ Ott S. 208.

Bei der Gefährdungshaftung ist in die Wahrscheinlichkeit der Schadensberechnung jedes mögliche Ereignis mit einzubeziehen. Dadurch werden größere Kosten in den Preis mit einzubeziehen sein. Davon kann man allerdings die Kosten wieder abziehen, die für spätere Ereignisse einzuplanen sind, die erst nach Vertragsschluss auftreten, da diese ja nicht voraussehbar waren. Dass dies schon dem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht, wurde bereits vorher besprochen. Aber selbst wenn wir annähmen, dass somit beide Kostensysteme gleich hoch wären, hat auch dieses System seine Tücken. Der Schuldner muss den Betrag schon vorher kalkulieren, und zwar für *jedliches* Ereignis, das vorhersehbar erscheint, nicht nur für den Fall des Verschuldens. Unterschätzt er die Kosten, wird die Ware zu billig. Er verkauft zwar mehr als ein verständiger Konkurrent, läuft aber Gefahr, mehr als Schaden zu bezahlen, als dass er spart<sup>1938</sup>. Und überschätzt er sie, auch beispielsweise weil er ein Risiko nicht erkennt, so wird sein Preis zu hoch, und er verliert Kundschaft an den Konkurrenten. Diese Schätzung ist zwar dieselbe, wie bei der Verschuldenshaftung, jedoch mit weitaus mehr Parametern, die zu berechnen sind, zumindest, wenn es keine Versicherung gibt. Dadurch wird sein Preis automatisch höher. Und auch das seines verständigen Konkurrenten.

Bei der Verschuldungshaftung hingegen mag der Gläubiger den Preis bei zufälligem Untergang bezahlen, was in Anbetracht seiner Rücktrittsrechte auch nicht unbedingt gilt, jedoch ist auch hier der Kaufpreis niedriger. Dafür muss er sich aber versichern. Den Preis, den er zahlt für die billigere Ware, ist seine Schadensersatzquote für genau jenen Fall.

Damit ist festzuhalten, dass der Gläubiger in jedem Fall den Schaden ökonomisch zu tragen hat, sei es selber, durch Versicherungsprämien oder durch einen höheren Preis. Bei der Verschuldenshaftung kann der Schuldner besser die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts berechnen als bei der Gefährdungshaftung. Dafür hat er das Risiko vor Gericht. Dieses trifft auch den Schuldner in der Gefährdungshaftung, jedoch nur für die Voraussehbarkeit des Schadens. Dafür läuft er Gefahr, die Kosten falsch anzusetzen und so Verluste zu machen.

Ein wirklicher Vorteil für die Garantiehafung ist hier nicht gegeben.

### c) Mischsysteme

Sowohl das deutsche Recht als auch die CISG sind Mischsysteme. Reine Systeme, die in die eine oder andere Richtung gehen, scheinen nicht durchsetzbar zu sein<sup>1939</sup>. Das deutsche Recht kennt einige von Risiken, die der Schuldner zu übernehmen hat, insbesondere das Beschaffungsrisiko i.S.d. § 276 I BGB, welches sich wiederum in einzelne Unterarten von Risiken aufspalten lässt<sup>1940</sup>. Der Schuldner trägt das Risiko, die Kaufsache sich zu beschaffen. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass das Verschuldensprinzip Maßstab bleibt. Kann er die Sache nicht beschaffen und trifft ihn darin kein Verschulden, es also unmöglich ist, die Sache zu beschaffen und diese Unmöglichkeit der Schuldner nicht zu vertreten hat, so ist der Schuldner auch von dem Beschaffungsrisiko befreit<sup>1941</sup>. Auch in anderen Vertragsarten ist eine Gefährdungshaftung stärker gegeben, so etwa in §§ 536 III, 536a BGB, was jedoch für das Kaufrecht keine Relevanz hat. Im Gegensatz dazu ist es weitaus relevanter, dass der Schuldner im Fall des Verzuges nach § 287 BGB immer haftet, wenn nicht ausnahmsweise der Schaden auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten wäre. Ebenso haftet der Schuldner gem. § 278 BGB für das Verschulden seine Erfüllungsgehilfen. Dies ist ebenso eine Garantiehafung dafür, dass auch die Gehilfen sich ordnungsgemäß verhalten<sup>1942</sup>.

Die CISG kennt Art. 79 CISG, in denen die strikte Haftung ausgeschlossen ist, wenn die Ereignisse weder in die Risikosphäre des Schuldners fallen noch vorhersehbar waren. Ferner ist die Haftung auf den Schaden gem. Art. 74 CISG begrenzt, der zum Zeitpunkt des Vertrags-

<sup>1938</sup> Vgl. *Riesenhuber ERCL 2008, 119, 145, 146.*

<sup>1939</sup> *Riesenhuber ERCL 2008, 119, 147.*

<sup>1940</sup> Vgl. hierzu besonders *Canaris Einstandspflicht S. 220 ff.*

<sup>1941</sup> Vgl. *RGZ 99, 1, 2 (Galizische Eier).*

<sup>1942</sup> *Motive II S. 30; Larenz SAT § 20 I S. 278; vgl. auch schon v. Jhering S. 207 ff.*

schluss vorhersehbar war. Durch Erstes wird ein verschuldensähnliches Element eingeführt, während Letzteres eine Haftungsbegrenzung darstellt.

Damit werden beide Systeme oft zu gleichen Ergebnissen führen<sup>1943</sup>. Es sind nur wenige Fälle denkbar, in denen ein Verschulden nicht vorliegt, aber das Ereignis vorhersehbar war oder nicht in die Risikosphäre des Schuldners fiel. Indes gibt es diese Fälle, die konzedermaßen zwar selten auftreten, aber doch zu einer etwas mehr als nur theoretischen Unterscheidung führen. Der erste Fall ist der, dass eine Fahrlässigkeit zwar vorliegt, der Schaden als solcher aber bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war.

Beispiel:

V verkauft K einen LED-Fernseher mit Installation. Als V den liefern will, bekommt er die Mitteilung von K, dass dieser oben gerade mit seinem Modellbau der „Admiral Hipper“ fertig geworden ist, an dem er seit drei Jahren arbeitet. Das Schiff müsse absolut ruhen, bis der Klebstoff trocken ist. Deswegen könne V nicht mit maximaler Stärke bohren. V glaubt nicht daran, und bohrt trotzdem mit voller Stärke. Er ist der Überzeugung, dass die Erschütterungen dem Schiff nichts anhaben können. Tatsächlich aber kommt es aufgrund der Erschütterungen zu schweren Verformungen, die das ganze Modell irreparabel beschädigen.

Im deutschen Recht kann der Schuldner für sein grob fahrlässiges Verhalten in Regress genommen werden. Nicht jedoch in der CISG, da dieser Schaden bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war.

Auf der anderen Seite trifft nicht immer eine Risikoübernahme den Schuldner. Es mag zwar in seinem Risikobereich liegen, jedoch trifft ihn kein Verschulden.

Beispiel<sup>1944</sup>:

V hat ein kleines Unternehmen. Er verkauft dem K einen LED-Fernseher, den dieser am nächsten Tag gebraucht. Der Fernseher soll um 8.00 Uhr morgens geliefert werden. An jenem Morgen erwacht K und kann sich durch einen Hexenschuss nicht bewegen. Zwar kann seine Frau den K erreichen, um ihm die schlechte Nachricht zu überbringen, da sie jedoch keinen Führerschein besitzt, kann sie ihm den Fernseher nicht bringen. Auch hat der K keinen Angestellten, der das übernehmen könnte.

Nach CISG haftete V, wenn man nicht die Ausnahme anwendete. Es lag in seinem Risikobereich, für derartige Fälle vorzusorgen. Nach deutschem Recht träfe ihn kein Verschulden. Ein Organisationsverschulden ist nur bei größeren Unternehmen anzunehmen<sup>1945</sup>. Selbst wenn der V Angestellte gehabt hätte, hätte dies jedoch auch zu dem Ergebnis führen können:

Beispiel:

Wie oben, jedoch hat V jetzt einen Partner, eine Sekretärin, einen Angestellten und einen Azubi. V ist krank, der Partner auf Geschäftsreise, die Sekretärin im Stau, der Angestellte mit einer anderen Ladung unterwegs und der Azubi in der Berufsschule.

Dies führt zu einer unzumutbaren Haftung für kleine Unternehmen<sup>1946</sup>. In solchen Konstellationen muss der Schuldner geschützt werden, während der Schuldner dann zur Rechenschaft gezogen werden muss, wenn er nach Vertragsschluss über Risiken aufgeklärt wird und es in

---

<sup>1943</sup> V. Caemmerer AcP 178 [1978], 121, 142; Larenz Recht S. 105, 106; Magnus Pflichtverletzung S. 79.

<sup>1944</sup> Vgl. Medicus Haftung S. 187, 188.

<sup>1945</sup> Medicus Haftung S. 187, 188.

<sup>1946</sup> Medicus Haftung S. 187.

seinen Möglichkeiten ist, die Risiken zu umgehen. Der Widerstand gegen das Verschuldenssystem, jedenfalls in der Gestalt des deutschen Rechts, ist nicht nachvollziehbar.

Jedoch ist dieser Widerstand auf einem Irrtum aufgebaut, der benannt werden muss. In den Ländern, wo die Gefährdungshaftung existiert, ist die Naturalerfüllung nicht der hauptsächliche Rechtsbehelf, sondern der Schadensersatz. Damit muss zwangsläufig größerer Wert auf den Schadensersatz gelegt werden<sup>1947</sup>. Er muss dem Gläubiger gewährt werden, damit dieser gerade nicht schutzlos ist. Deswegen muss er auch regelmäßig gewährt werden. Nur im Ausnahmefall braucht er nicht gezahlt werden.

Im deutschen Recht ist die Erfüllung der Hauptrechtsbehelf. Auch dieser ist stets zu gewähren, es sei denn, er ist unmöglich oder unzumutbar geworden. Schadensersatz ist nur dann zu gewähren, wenn die Erfüllung nicht mehr möglich oder unzumutbar geworden ist und der Schuldner dies zu vertreten hat. Der Schadensersatz ist somit nur ein sekundärer Rechtsbehelf.

Aufgrund dessen muss dieser Hintergrund in der Diskussion beachtet werden. Wer aus einem System kommt, in der der primäre Rechtsbehelf der Schadensersatz ist, wird diesen zumindest unterschwellig als solchen Ansehen. Dieser Irrtum muss aber dort aufgeklärt werden, wo die Naturalerfüllung der Hauptrechtsbehelf ist. Der Schutz des Gläubigers ist der gleiche. Schadensersatz ist nur ein sekundärer Rechtsbehelf!

Damit ist aber der Schadensersatz nicht dann zu gewähren, wenn nur ein Schaden vorhanden ist, sondern auch Verschulden<sup>1948</sup>. Berücksichtigt man dies, so ist die folgende Diskussion schnell anhand des primären Rechtsbehelfs zu lösen. Ist es der Schadensersatz, so muss dieser grundsätzlich zu gewährleisten sein. Ist es jedoch die Naturalerfüllung, so ist es zu viel, dass der Schadensersatz zu ausgiebig zu leisten sein wird. Mit anderen Worten: Schadensersatz ist der Hauptrechtsbehelf der Garantiehaftung, Naturalerfüllung der Verschuldenshaftung. Der Gläubiger wird dadurch nicht schlechter gestellt. Er bekommt statt eines Schadensersatzes die Leistung. Allerdings soll er nur ein Hauptrechtsbehelf haben und nicht zwei. Ansonsten ist er zu gut gestellt.

In der CISG ist auch die Naturalerfüllung der Hauptrechtsbehelf. Es ist leider ein fauler Kompromiss, dass einige Staaten sich dem nicht anschließen brauchen<sup>1949</sup>. So bekommt man ein nicht aufeinander abgestimmtes Mischsystem. Es muss ein System ganz genau eingeführt werden.

Auch hier gehört die CISG reformiert. Das Verschuldensprinzip ist dem Garantieprinzip weit aus vorzuzugwürdiger.

### III. Principles und DCFR

#### 1. PECL

Die PECL orientieren sich stark am System der CISG. Das gilt dann nicht, wenn kein Erfolg, sondern konkretes Können geschuldet wird. Dann gilt auch die Verschuldenshaftung. Auch hier findet das Garantiesystem grundsätzlich Anwendung. Eine Haftung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn das schädigende Ereignis nicht vorhersehbar i.S.d. Art. 9:503 PECL bzw. nach Art. 8:108 PECL entschuldigt war.

---

<sup>1947</sup> *Riesenhuber ERCL 2008, 119, 133.*

<sup>1948</sup> *V. Jhering S. 199.*

<sup>1949</sup> *Was nicht bedeutet, dass diese trotzdem Mitglieder wurden. So ist das Vereinigte Königreich bis dato, 01.07.2010, nicht Mitglied geworden.*

Dies ist insofern unterschiedlich, als jetzt versucht wurde, quasi durch die Hintertür das Verschuldensprinzip zum Teil einzuführen<sup>1950</sup>. Art. 9:503 PECL schließt wenigstens zum Teil die Lücke, dass der Schuldner nicht bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu haften hat, konnte er den Schaden bei Vertragsschluss noch nicht vorhersehen. Dies geschah als Ausnahme vom Garantieprinzip, wobei diese „verschämte“ Einführung des Schuldprinzips immer noch „kastriert“ geschah, da in einer Rückausnahme die einfache Fahrlässigkeit wieder ausgenommen wurde<sup>1951</sup>.

Dieses Beispiel allein zeigt, dass die Verschuldenshaftung nicht am Sterben ist. Im Gegenteil, sie befindet sich auf dem Vormarsch. Und ebenso zeigt es sich, dass nicht jeder Fehler übernommen werden muss, nur weil es hinter internationalen Vereinbarungen zurückbleibt<sup>1952</sup>. Nicht jede dieser Neuerungen ist sinnvoll, so dass jeder Gesetzgeber gehalten ist diese zu überprüfen<sup>1953</sup>. Selbst und gerade dann, wenn es von einer Mehrheit kommt. Denn auch die kann irren. Man muss im Gegenteil die Gründe für beide Seiten abwägen. Und die können nur zu Gunsten der Verschuldenshaftung schlagen. Ebenso ist die Haftung in Fällen, in denen kein Erfolg, sondern eine Handlung geschuldet ist, Verschuldenshaftung. Warum man zwei verschiedene Haftungssystem benötigt, ist nicht ganz nachvollziehbar, ist jedoch die Naturalleistung grundsätzlich auch hier primärer Rechtsbehelf. So wird der Gläubiger bessergestellt, als er es verdient.

Art. 8:108 PECL entspricht Art. 79 CISG. Und auch hier gilt der Grundsatz der Totalreparation. Somit ist das Schadensersatzregime der PECL fast identisch mit dem der CISG. Jedoch wurde hier versucht, wenigstens einen Teil der Fehler der Konvention zu vermeiden. Ganz hat es leider nicht geklappt.

Nach Art. 9:502 PECL unterstehen auch die PECL dem Grundsatz der Totalreparation.

## 2. PICC

Die PICC sind fast mit dem System der CISG identisch. Auch hier ist eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht gegeben, wenn der Schaden nicht bei Vertragsschluss vorhersehbar war. Art. 7.1.7 PICC entspricht dabei Art. 79 CISG und 7.4.4 der Voraussehbarkeit des Art. 74 CISG.

## 3. AP

Auch die AP folgen der Garantiehafung. Art. 8:401 II AP lässt den Gläubiger entschuldigt sein, wenn ein Fall der *force majeure* vorliegt. Das ist derselbe Entschuldigungsmaßstab wie in Art. 79 CISG. Das gilt aber auch wie in den PECL und PICC nur für den Fall, dass ein konkreter Erfolg geschuldet war. Eine Begrenzung auf das bei Vertragsschluss Vorhersehbare ist nicht gegeben, so dass sich die Frage stellt, ob nicht doch die Adäquanzregel hier Anwendung finden kann. Da jedoch die Garantiehafung stets auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt, ist ein Fehlen hier nur ein Redaktionsversehen, was einmal mehr die Lückenhaftigkeit der AP zum Ausdruck bringt.

## 4. DCFR

Die Regelungen der PECL werden von dem DCFR größtenteils übernommen. Es finden sich nur weitere kleinere Klarstellungen. Deswegen ist es bedauerndswert, dass die Ersteller nicht

---

<sup>1950</sup> *Canaris Einstandspflicht S. 252, 253.*

<sup>1951</sup> *Canaris Einstandspflicht S. 252, 253.*

<sup>1952</sup> *Magnus Pflichtverletzung S. 79.*

<sup>1953</sup> *Riesenhuber ERCL 2008, 119, 152.*

mehr Mut bewiesen haben, gegen den Strom zu schwimmen. Es zeigt sich, dass der Ansatz der Principles und des DCFR, eine Zusammenfassung der nationalen Regelwerke zu geben, nur der erste Schritt sein kann. Es muss vielmehr ein passendes System hergestellt werden.

#### **IV. Aufwendungsersatz**

In § 284 BGB können Aufwendungen anstelle des Schadensersatzes geltend gemacht werden. In der CISG ist diese Einschränkung nicht zu finden. Aufwendungen können generell auch neben einem Schadensersatzanspruch ersetzt verlangt werden. Das gleiche gilt auch für die Principles und den DCFR. Eine derartige Einschränkung ist hier nicht gegeben. Somit sind auch die Aufwendungen neben dem Schadensersatz zu ersetzen

## Kapitel 9: Anspruch auf das Surrogat

### § 39 Anspruch auf das Surrogat gem. § 285 BGB

Dieser Anspruch kommt bei einer unmöglichen Hauptforderung i.S.d. § 275 I- III BGB in Betracht. Auch die Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit werden jetzt erfasst, da § 311a nicht die Wirksamkeit des Vertrages tangiert und somit auch § 285 BGB zur Anwendung kommt<sup>1954</sup>. Allerdings muss die Leistung eines Gegenstandes i.S.d. § 90 BGB geschuldet sein. Das sind alle geldwerten Rechtsgüter, also Sachen, Energie und Rechte, einschließlich Immaterialgüterrechte, aber keine Handlungen oder Unterlassungen<sup>1955</sup>. Ebenfalls muss der Schuldner gerade für den fraglichen Gegenstand einen kongruenten Ersatz bekommen haben, der herausverlangt werden kann<sup>1956</sup>.

Der Gläubiger kann als Wahlrecht, im Gegensatz zu Schadens- und Aufwendungsersatz verschuldensunabhängig, gem. § 285 BGB das stellvertretende *commodum*, das Surrogat des Schuldobjekts, verlangen. Dies sind Ansprüche gegen Dritte, sei es den Versicherer oder ein Schadensersatzanspruch gegen einen Schädiger, aber auch gegen den Schuldner selbst, z. B. den Kaufpreis, sollte er den Gegenstand weiterveräußert haben<sup>1957</sup>. Darin eingeschlossen sind Entschädigungen von Beschlagnahmen, sofern der ganze Vorrat beschlagnahmt wurde<sup>1958</sup>, sowie den Veräußerungserlös<sup>1959</sup>. Er kann sogar mehr als den gezahlten Kaufpreis verlangen, da ihm der Mehrwert wegen des Schuldverhältnisses im Vergleich zusteht und nicht dem Schuldner<sup>1960</sup>, denn das Surrogat tritt an die Stelle der Leistung<sup>1961</sup>. Der Schuldner gebietet über etwas, das ihm nicht mehr gebührt, so dass selbst dann, wenn der Schaden des Gläubigers durch den Erlös überstiegen wird, es dem Gläubiger gebührt, da ihm der Gegenstand zustand und somit auch der gesamte Erlös<sup>1962</sup>. Alles andere würde nur den treuwidrigen Schuldner begünstigen.

Verlangt der Gläubiger das Surrogat, muss aber dann auch das vereinbarte Entgelt gem. § 326 III BGB an den Schuldner gezahlt werden, allerdings eventuell gemindert um die Summe, die hinter dem ursprünglichen Wert der Leistung zurücksteht. Sollte der Gläubiger das stellvertretende *commodum* fordern, so mindert sich nach § 285 II BGB sein Schadensersatzanspruch, den er wegen §§ 280 I, III, 283 BGB ersetzt verlangen kann. Der Schadensersatzanspruch steht insofern in *elektiver Konkurrenz* zum Ersatzanspruch des § 285 BGB<sup>1963</sup>.

### § 40 Fordern des stellvertretenden *commodum* in der CISG

Das Fordern des stellvertretenden *commodum* ist nicht ausdrücklich geregelt. Hat der Schuldner für den Untergang der Ware einen Versicherungsanspruch oder Schadensersatzanspruch erhalten, so lebt das Vertragsverhältnis mit geändertem Inhalt fort mit der Folge, dass anstelle

<sup>1954</sup> MK- Emmerich § 285 Rn. 3; Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 27.

<sup>1955</sup> BGHZ 135, 284, 287; MK- Emmerich § 285 Rn. 4; Bamberger/ Roth- Unberath § 285 Rn. 6.

<sup>1956</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 43.

<sup>1957</sup> Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 30 ff.

<sup>1958</sup> RGZ 93, 142, 143; Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 26; Kluckhohn JW 1915, 1222, 1223; Bundschuh DJZ 1915, 990, 990 ff.; a.A.: Becker JW 1915, 182, 182 ff.

<sup>1959</sup> RGZ 91, 260, 260 ff.; 138, 45, 47, 48; BGHZ 46, 260, 264; 75, 203, 206; MK- Emmerich § 285 Rn. 11.

<sup>1960</sup> RGZ 120, 347, 351; 137, 45, 47, 48; Larenz SAT § 21 I b S. 30).

<sup>1961</sup> Larenz SAT § 21 I b S. 309; Enn.- Lehmann § 46 II S. 202, 203; Esser- Schmidt I 2 § 22 IV 2 S. 15, 16; vgl. RGZ 120, 347, 351.

<sup>1962</sup> A.A.: Stoll, *Vorteilsausgleichung*, S. 677, 693 ff.; Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 41, 42.

<sup>1963</sup> RGZ 101, 152, 154, 155; Staudinger- Löwisch/Caspers § 285 Rn. 56.

der Kaufsache das stellvertretende *commodum* tritt. Ansatzpunkt hierfür ist eine Analogie zu Art. 84 II lit. b) CISG<sup>1964</sup>. Das gilt aber nur insofern, als dass das stellvertretende *commodum* für die Ware erlangt wurde. Weitergehende Forderungen an Dritte, etwa wegen eines Brandes, bei dem der Betrieb des Schuldners abbrannte, können nicht verlangt werden<sup>1965</sup>.

## **§ 41 Vergleich der Surrogat herausgabe**

Im deutschen Recht in § 285 BGB kann der erlangte Vorteil im Fall der Unmöglichkeit herausverlangt werden.

Die CISG kennen keine entsprechende Norm. Die PECL ebenfalls nicht. Allerdings ist in Art. 2:302 PECL auch das Surrogat erwähnt. Insofern kann man hierin eine Akzeptanz dieses Rechtsgrundsatzes sehen und entsprechend herbeiziehen. Dasselbe gilt mit Art. 2.1.16 PICC auch für die PICC. Die AP kennen dieses Institut nicht. Das ist jedoch in Anbetracht der Bruchstückhaftigkeit dieser Principles und des DCFR nicht verwunderlich, dass einzige Rechtsfelder unbeachtet bleiben. Art. II.- 3:302 I, IV DCFR entspricht Art. 2:302 PECL und kann deswegen auch entsprechend herangezogen werden, um den Vorteil der Partei zu geben, die ihn verdient.

---

<sup>1964</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 11; Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 54; Bach/Stieber IHR 2006, 59, 61.

<sup>1965</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 11.



## Kapitel 10: Rücktritt

### § 42 Rücktritt gem. § 323 BGB

Ein weiteres Gestaltungsrecht, das der Gläubiger im Falle der Nicht- bzw. Schlechtleistung hat, ist der Rücktritt. Durch diesen erlischt der Vertrag zwischen beiden Parteien. Ein Vertretenmüssen des Schuldners ist nicht erforderlich. An die Stelle des Vertrages tritt ein Rückgewährschuldverhältnis. § 323 BGB ist die Zentralnorm der Vertragsliquidation<sup>1966</sup>. Es beinhaltet seit der Schuldrechtsmodernisierung alle Arten des Rücktritts, einschließlich der Wandlung gem. §§ 465, 467 BGB a.F. Dieser aeditischer Anspruch wurde abgeschafft und durch das grundsätzliche Gestaltungsrecht des Rücktritts ersetzt.

Sollte wie bei einem Schadensersatzanspruch gem. § 280 I, III, 282 BGB der Schuldner eine Pflicht aus § 241 II BGB verletzt haben, so ist für den Fall der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für das Rücktrittsrecht § 324 BGB die entsprechende Norm. Eine Abmahnung ist dabei nicht erforderlich<sup>1967</sup>. Jedoch ist, wo es nicht ganz klar ist, dass eine Pflicht aus § 241 II BGB tangiert worden ist<sup>1968</sup> eine Abmahnung nicht nur unschädlich, sondern auch zu befürworten. Läuft die Frist aus, ist der Gläubiger auf der sicheren Seite. Zudem wird dem Schuldner der Ernst der Lage klargemacht, und er mag seine Anstrengungen intensivieren.

Ist die Leistung in Gefahr, kann der Gläubiger analog zu § 323 BGB wegen Unzumutbarkeit zurücktreten<sup>1969</sup>. Die Leistung braucht nicht offensichtlich gefährdet zu sein, sondern es reicht aus, dass sie ernsthaft in Frage gestellt ist<sup>1970</sup>. Das ist dann der Fall, wenn schwierige finanzielle Verhältnisse beim Schuldner auftreten, die Person, die die Leistung zu erbringen hat, schwer erkrankt ist oder der Schuldner selbst Leistungsschwierigkeiten ankündigt. Auch die Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten, die den Erfolg gefährden, kann zur Unzumutbarkeit führen, sofern dies vor der Fälligkeit geschieht<sup>1971</sup>. Das gleiche gilt für fehlgeschlagene Erfüllungsversuche<sup>1972</sup>. Jedoch muss, bevor zurückgetreten werden kann, dem Schuldner eine Frist gesetzt werden, binnen der er zu leisten bzw. eine Sicherheit zu stellen hat<sup>1973</sup>. Dabei muss er die Gründe für seine Fristsetzung so deutlich benennen, dass der Schuldner in der Lage ist, auf diese zu reagieren bzw. sie auszuräumen<sup>1974</sup>. Ist diese fruchtlos verstrichen, so kann der Gläubiger wegen Unzumutbarkeit zurücktreten.

#### **I. Fristsetzung**

Das kann grundsätzlich nur geschehen, wenn eine Nachfrist zur ordnungsgemäßen Leistung gesetzt wurde, damit wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* der Vertrag nicht sofort liquidiert wird. Ausnahme hiervon ist gem. § 323 II BGB der Fall der Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Da diese Fristsetzung sich nicht von der des Schadensersatzanspruchs unterscheidet, wird auf diesen nach oben verwiesen.

---

<sup>1966</sup> MK- Ernst § 323 Rn. 1.

<sup>1967</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 324 Rn. 43.

<sup>1968</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 324 Rn. 61.

<sup>1969</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. B 168.

<sup>1970</sup> BGHZ 11, 80, 87; NJW 1983, 989, 990.

<sup>1971</sup> BGH NJW 2003, 1600, 1600, 1601; Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. B 168.

<sup>1972</sup> RGZ 57, 105, 114, 115; BGH NJW 1972, 246 247.

<sup>1973</sup> BGH NJW 1983, 989, 990; Ramming ZGS 2003, 209, 210, 211.

<sup>1974</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. B 170; Ramming ZGS 2003, 209, 210, 211.

## II. Rücktrittserklärung

Der Rücktritt ist formfrei der anderen Partei zu erklären<sup>1975</sup>. Es handelt sich somit um ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die Rücktrittserklärung ist wegen des Gestaltungscharakters generell einseitig unwiderruflich<sup>1976</sup>. Will der Schuldner aber trotzdem am Vertrag festhalten und sieht den Rücktritt als ungerechtfertigt an, so gibt das dem Gläubiger die Möglichkeit, zum Vertrag zurückzukehren. Dann ist, wie auch in dem Fall des „Widerrufs“ ein neuer Vertrag zu sehen, der ggfls. auch einen Erlassvertrag bzgl. des Schadensersatzes erhält<sup>1977</sup>.

Eine Bedingung der Rücktrittserklärung ist ebenfalls problematisch. Für den Fall, dass der Rücktritt nur dann hilfsweise erklärt wird, dass andere Klaggründe versagt werden, handelt es sich um keine Bedingung im eigentlichen Sinn<sup>1978</sup>, sondern um eine sog. Rechtsbedingung<sup>1979</sup>. Vielmehr wird die Rücktrittserklärung von der zukünftigen Aufklärung eines bereits bestehenden Tatbestands abhängig gemacht, so dass die Rücktrittserklärung wirksam bleibt<sup>1980</sup>. Insofern besteht für den Erklärungsempfänger, der nicht in Ungewissheit über den neuen Rechtszustand gelassen werden soll, keinen Schutz<sup>1981</sup>.

## III. Rechtsfolgen

Durch den Rücktritt kommt es zum Erlöschen der ursprünglichen primären Leistungsansprüche<sup>1982</sup>. Beim Teilrücktritt allerdings nur insofern, als dass diese Folge nur für den nicht erfüllten Teil gilt. Für den anderen Teil bestehen sowohl ein Leistungs- als auch ein Gegenleistungsanspruch. Das gilt aber nur so lange, wie der Gläubiger ein Interesse an der erfolgten Teilleistung hat. Hat er kein Interesse hieran, so darf er vom ganzen Vertrag zurücktreten<sup>1983</sup>. Gem. § 325 BGB kann der Gläubiger parallel auch Schadensersatz statt der Leistung fordern. Da er aber auch zurückgetreten ist, kann er dies nur im Rahmen der Differenztheorie machen<sup>1984</sup>.

### 1. Rückgewährschuldverhältnis

Nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB wandelt sich für den bereits geleisteten Teil beim Rücktritt der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um<sup>1985</sup>. Die Leistungen und tatsächlich gezogenen Nutzungen müssen gem. § 346 I BGB zurückgegeben werden. Auf sachenrechtlicher Ebene ist zu beachten, dass der Rücktritt nur zu einem Anspruch auf Rückübereignung führt, die dingliche Rechtslage aber unberührt gelassen wird<sup>1986</sup>. Alle noch nicht erfüllten primären Leistungspflichten erlöschen *ex nunc*<sup>1987</sup>. Die weiteren, nicht daraus beruhenden

<sup>1975</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. D 8.

<sup>1976</sup> RGZ 85, 280, 282; BGH NJW 1986, 2697, 2698; MK- Ernst § 323 Rn. 187; Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. D 9.

<sup>1977</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. D 9.

<sup>1978</sup> RG HRR 1933 Nr. 1739.

<sup>1979</sup> BGHZ 97, 264, 267.

<sup>1980</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. D 8.

<sup>1981</sup> BGHZ 97, 264, 267; vgl. Bruck S. 131, 132.

<sup>1982</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. D 22.

<sup>1983</sup> MK- Ernst § 323 Rn. 203.

<sup>1984</sup> MK- Ernst § 325 Rn. 6; Brox AS § 23 Rn. 72.

<sup>1985</sup> MK- Gaier Vor § 346 Rn. 26; vgl. BGH NJW 1998, 3268, 3268, 3269.

<sup>1986</sup> MK- Ernst Vor § 346 Rn. 26.

<sup>1987</sup> BGZ 150, 187, 197; NJW 1998, 3268, 3269; Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 30; Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 65.

Nebenpflichten, wie Streitstandsvereinbarungen oder Geheimhaltungspflichten<sup>1988</sup>, bleiben dennoch im Rückgewährschuldverhältnis erhalten.

Die empfangenen Leistungen sind an den Vertragspartner *in natura* zurückzugeben. Dabei schadet es nicht mehr, da die §§ 350- 353 BGB a.F. entfallen sind, wenn die Kaufsache nur verschlechtert oder gar nicht mehr zurückgegeben werden kann<sup>1989</sup>. Der Grund hierfür ist, dass der Gläubiger dem Schuldner dann Schadensersatz gem. §§ 346 IV, 280 I, III, 281 resp. 283 BGB zu leisten hat, sollte er die Verschlechterung oder den Untergang verschuldet haben. Im Falle des zufälligen Untergangs müsste er im Regelfall Wertersatz nach § 346 II BGB leisten<sup>1990</sup>.

Die Kosten der Rückgewähr, wie beispielsweise Transportkosten, trägt regelmäßig der jeweilige Rückgewährschuldner<sup>1991</sup>. Das gilt nicht, wenn der Leistungsort beim Schuldner ist oder anderer Leistungsort vereinbart wurde. Der vertragliche Leistungsort ist somit als Spiegelbild des Kaufvertrages im Zweifel gem. § 269 BGB der Wohnsitz des Rückgewährschuldners<sup>1992</sup>. Die Nutzungen sind nach § 100 BGB zu beurteilen, so dass alle Früchte der Sache oder des Rechts genauso mit umfasst sind wie die Gebrauchsvorteile. Sie sind ebenfalls gem. § 346 I BGB herauszugeben.

## 2. Wertersatz oder Herausgabe der Bereicherung

Ist es nicht mehr möglich, das Geleistete zurückzugeben, so muss Wertersatz geleistet werden nach § 346 II BGB. Hierbei ist gem. § 346 II 2 BGB die im Vertrag vereinbarte Gegenleistung für die Berechnung zu Grunde zu legen. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Ist die Leistung objektiv minderwertig, so kann entsprechend §§ 441 III, 638 III BGB nur die geminderte Gegenleistung gefordert werden<sup>1993</sup>. Das ist der Verkehrswert ohne Rücksicht auf den Nutzen, den der Empfänger gezogen hat.

Das Untergangsrisiko trägt grundsätzlich der Rückgewährschuldner gem. § 346 II Nr. 2, 3 BGB<sup>1994</sup>. Er muss den Wertersatz zahlen, sollte die Sache sich verschlechtert haben, untergegangen oder verbraucht, veräußert etc. worden sein. In diesen Fällen kann der Rücktrittsgläubiger nach seiner Wahl auch gem. § 285 BGB das stellvertretende *commodum* verlangen<sup>1995</sup>. Diese Pflicht entfällt jedoch im Rahmen des § 346 III Nr. 1 bis 3 BGB. § 346 III Nr. 1 BGB schließt den Wertersatz aus, wenn der zum Rücktritt berechtigende Mangel sich erst während oder gar erst nach dem bestimmungsmäßigen Verbrauch zeigt<sup>1996</sup>. Hierbei ist allerdings streitig, inwiefern sich das auch auf Kennenmüssen des Mangels<sup>1997</sup> erstreckt oder nur positive Kenntnis nötig ist<sup>1998</sup>. Eine dritte Ansicht will gar in allen Fällen, den auch der positiven Kenntnis, § 346 III Nr. 1 BGB anwenden<sup>1999</sup>. Da § 346 III Nr. 1 BGB den Begriff „zeigt“ verwendet, muss davon ausgegangen werden, dass der Mangel objektiv mit der erforderlichen

---

<sup>1988</sup> Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 9.

<sup>1989</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 13; Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 28; a.A. Kohler JZ 2001, 325, 329, 330.

<sup>1990</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 14.

<sup>1991</sup> OLG Karlsruhe MDR 1970, 587, 587 Nr. 47; Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 31; MK- Gaier § 346 Rn. 18.

<sup>1992</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 31; Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 83; vgl. BGHZ 87, 104, 109, 110.

<sup>1993</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 21.

<sup>1994</sup> Vgl. MK- Gaier § 346 Rn. 36.

<sup>1995</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 47; Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 215; Canaris Äquivalenzvermutung, S. 3, 21.

<sup>1996</sup> Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 165.

<sup>1997</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 50; vgl. Erman<sup>11</sup>- Bezenberger § 346 Rn. 15, wobei in einem solchen Fall § 442 BGB entsprechend eingreifen sollte, einschränkend Erman- Röthel § 346 Rn. 20.

<sup>1998</sup> So Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 168; AnwKo- Hager § 346 Rn. 50.

<sup>1999</sup> Schneider ZGS 2007, 57, 57 ff.

Sorgfalt zu entdecken war, so dass ein Kennenmüssen des Mangels das Eingreifen von § 346 III Nr. 1 BGB verhindert<sup>2000</sup>.

§ 346 III Nr. 2 BGB schließt die Wertersatzpflicht für den Fall aus, dass der Gläubiger für den Untergang der Sache verantwortlich ist. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn er der Rückgewährgläubiger in Annahmeverzug ist<sup>2001</sup>. Haben beide Seiten den Untergang zu vertreten, so gilt das für die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit Gesagte<sup>2002</sup>.

Bei § 346 III Nr. 3 BGB ist der Wertersatz ausgeschlossen, sofern der Schuldner die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beachtet hat. Das ist allerdings nur insoweit der Fall, bis er wenigstens den zum Rücktritt berechtigenden Fehler kennen musste, da er ab diesem Zeitpunkt damit rechnen musste, die Sache wieder zurückzugeben. Ab dann muss der Schuldner mit der normalen Sorgfalt i.S.v. § 276 BGB Schäden vermeiden. § 346 III 1 Nr. 3 wird insofern teleologisch reduziert<sup>2003</sup>.

Strittig ist allerdings, ob die Vorschrift noch weiter teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Schuldner der Rückgewähr auch für den zufälligen Untergang haften soll<sup>2004</sup>. Eine andere Ansicht verneint dies<sup>2005</sup>. Dem ist auch zu folgen. Die erste Ansicht kann nicht schlüssig erklären, warum ein zufälliger Untergang den Schuldner schlechter stellen soll, als ein von ihm verursachter. Der Schuldner soll dafür einstehen, dass das Pferd, welches lahmt, dies aber noch nicht festgestellt worden ist, vom Blitz getroffen wird, während er dann nicht Wertersatz leisten muss, wenn das Pferd durch einen Querschläger bei seinen Schießübungen auf der Weide tödlich getroffen wird. Freilich kann das nur gelten, wenn das seine eigenübliche Sorgfalt ist. Der Grund hierin soll sein, dass der Gesetzgeber den vom Gläubiger verursachten Untergang habe regeln wollen<sup>2006</sup>. Das ist zu bezweifeln. Denn selbst in dem Fall, in dem die Sache wegen Wegfalls des Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zurückzugewährt ist, geht die Gegenansicht auch bei einem vom Schuldner verursachten, aber die eigene Sorgfalt nicht überschreitenden Untergang nicht davon aus, dass der Schuldner Wertersatz leisten müsste. Dadurch aber begeht den Fehler, der zu diesem rein denklologisch nicht gangbaren Weg führt. Sie will *de facto contra legem* die Wertersatzpflicht an das Verschulden knüpfen, obwohl der Gesetzgeber gerade den Rücktrittsschuldner privilegieren wollte. Deswegen ist dieser Weg nicht nachvollziehbar und kann auch nicht beschritten werden, da es hier am Vorliegen eines zu weit gefassten Tatbestandes fehlt und eine teleologische Reduktion diesbezüglich nicht möglich ist.

Der zufällige Untergang der Sache wird folglich auch von § 346 III Nr. 3 BGB miterfasst.

### 3. Nutzungs- und Aufwendungsersatz

§ 347 I BGB gewährt dem Gläubiger zudem Nutzungsersatz, sofern Nutzungen nicht gezogen worden sind, diese aber nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätten gezogen werden müssen. Nutzungen sind auch hier als solche i.S.d. § 100 BGB zu verstehen<sup>2007</sup>. Mit ordnungsmäßiger Wirtschaft ist der objektive Maßstab einer vernünftigen Wirtschaftsführung gemeint<sup>2008</sup>. Ein Verschulden ist hier nicht erforderlich, sondern nur dass es unterlassen wurde, diese Nutzungen zu ziehen, obwohl es möglich war. Dieses „Verschulden gegen sich

<sup>2000</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 50.

<sup>2001</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 51.

<sup>2002</sup> MK- Gaier § 346 Fn. 242.

<sup>2003</sup> BT- Drs. 14/7052 S. 193 re. Sp., S 194 li. Sp. zu Abs. 3 und 4; Kaiser JZ 2001, 1057, 1064; Rheinländer ZGS 2004, 178, 180.

<sup>2004</sup> So MK- Gaier § 346 Rn. 54; DLHR- Hager § 5 Rn. 34; Kamanabrou NJW 2003, 30, 31; Kohler JZ 2001, 325, 332.

<sup>2005</sup> Bamberger/Roth- Grothe § 346 Rn. 52; weitergehender Derleder NJW 2005, 2481, 2484, 2485.

<sup>2006</sup> Kamanabrou NJW 2003, 30, 31.

<sup>2007</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 5.

<sup>2008</sup> Bamberger/Roth- Grothe § 347 Rn. 2; MK- Gaier § 347 Rn. 6; Erman- Röthel § 347 Rn. 2.

selbst“ muss der Rückgewährschuldner sich nun selbst zuschreiben<sup>2009</sup>. Allerdings ist der bestimmungsmäßige Gebrauch, wie er im Vertrag vereinbart wurde, die Grenze<sup>2010</sup>. Jede Nutzung, die darüber hinaus nicht erzielt wurde, bleibt unberücksichtigt. Das bedeutet zwangsläufig für Güter, die für individuelle Bedürfnisse gekauft wurden wie ein PKW, dass kein Nutzungsersatz zu zahlen ist<sup>2011</sup>. Auch eine Verzinsungspflicht der Geldbeträge besteht nicht mehr ausnahmslos wie in § 347 S. 3 BGB a.F.<sup>2012</sup>. Vielmehr ist auch hier nur die vernünftige Wirtschaftsführung angesprochen, so dass Privatleute auch hier meist keinen Nutzungsersatz zu zahlen haben.

Als Einschränkung gilt nach § 347 I 2 BGB, dass nur das Außerachtlassen der eigenüblichen Sorgfalt i.S.v. § 277 BGB die Pflicht zum Nutzungsersatz auslöst. Wie bei § 346 III 1 Nr. 2 BGB ist dies bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Rücktrittsgrundes zu reduzieren. Dann gilt die einfache Fahrlässigkeit, so dass nichtgezogene Nutzungen dann sogar einen Schadensersatzanspruch nachsichziehen können<sup>2013</sup>. Denn obwohl es an einem direkten Verweis wie in § 346 IV BGB fehlt, kommen doch die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts zur Anwendung<sup>2014</sup>. Denn mit der Kenntnis oder dem Kennenmüssen entstehen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, die dem Rücktrittsschuldner anzeigen, dass der Vertrag u.U. rückabgewickelt werden muss. Ein Verstoß gegen diese Pflichten ist dann auch gegeben, wenn der Schuldner Leistungen nicht zieht, obwohl es ihm möglich ist. Denn er müsste nun damit rechnen, dass er diese Nutzungen dem Rücktrittsgläubiger zurückzuerstatten hat. Damit bedarf es keines Verweises in § 347 BGB auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht.

Nach § 347 II BGB muss der Rücktrittsgläubiger dem Schuldner Aufwendungsersatz entrichten. Dieser Anspruch ist abschließend<sup>2015</sup>. Greift dieser Anspruch nicht, so können keinerlei weiteren Ansprüche auf Aufwendungsersatz geltend gemacht werden. Der Anspruch wird erst fällig, wenn der Gläubiger die Sache zurückerhalten hat<sup>2016</sup>. Allerdings kann der Schuldner in analoger Anwendung des § 1000 BGB ein Rückbehaltungsrecht geltend machen und eine Erfüllung Zug um Zug i.S.d. § 348 erreichen.

Der Schuldner kann vom Gläubiger gem. § 347 II 1 BGB den Ersatz der notwendigen Verwendungen verlangen. Das sind die Verwendungen, die für den Erhalt und ordnungsmäßige Bewirtschaftung der Sache notwendig sind<sup>2017</sup>. Dabei gilt wie bei § 994 BGB ein objektiver Maßstab<sup>2018</sup>. Dieser ist *ex ante* anzulegen, so dass es unerheblich ist, ob die Verwendungen tatsächlich erfolgreich waren<sup>2019</sup>. Grenze hierfür ist wieder der vertragsgemäße Gebrauch<sup>2020</sup>.

§ 347 II 2 BGB gibt dem Schuldner einen Anspruch auf alle weiteren Aufwendungen, sofern sie den Gläubiger bereichern. Da Verwendungen nur ein Unterfall der Aufwendungen darstellen<sup>2021</sup>, sind Aufwendungen ein weitergefasster Begriff. Sie umfassen alle zweckbestimmten freiwilligen Vermögensopfer im Interesse eines anderen<sup>2022</sup>. Diese dürfen nicht dem Erhalt der Sache zu Gute kommen. Grenze hierfür ist die Bereicherung des Gläubigers. Damit ist

---

<sup>2009</sup> Bamberger/ Roth- Grothe § 347 Rn. 2.

<sup>2010</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 6; Staudinger- Kaiser § 347 Rn. 8.

<sup>2011</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 7.

<sup>2012</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 8.

<sup>2013</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 11.

<sup>2014</sup> Bamberger/ Roth- Grothe § 347 Rn. 3; MK- Gaier § 346 Rn. 13; Staudinger- Kaiser § 347 Rn. 16; dies. JZ 2001, 1057, 1067.

<sup>2015</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 197 re. Sp. zu Abs. 2 S. 2; MK- Gaier § 347 Rn. 15.

<sup>2016</sup> Bamberger/ Roth- Grothe § 347 Rn. 5.

<sup>2017</sup> BGHZ 10, 171, 177; 64, 333, 339; 131, 220, 222, 223; Bamberger/ Roth- Grothe § 347 Rn. 4; Erman- Röthel § 347 Rn. 4.

<sup>2018</sup> BGHZ 131, 220, 223; Bamberger/ Roth- Grothe § 347 Rn. 4.

<sup>2019</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 19.

<sup>2020</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 19; Staudinger- Kaiser § 347 Rn. 32 ff.

<sup>2021</sup> RGZ 152, 100, 101, 102.

<sup>2022</sup> BGHZ 59, 328, 329, 330; NJW 1989, 2816, 2818; MK- Gaier § 347 Rn. 21.

aber kein Verweis auf das Bereicherungsrecht gemeint<sup>2023</sup>, sondern lediglich eine Beschränkung des Ersatzanspruchs der Höhe nach<sup>2024</sup>. Allerdings greift auch hier § 818 III BGB ein, so dass eine eventuelle Entreicherung des Gläubigers zu berücksichtigen ist<sup>2025</sup>. Gleichfalls sind die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung einschlägig für den Fall, in dem der Gläubiger nichts mit der Aufwendung anzufangen weiß<sup>2026</sup>.

#### 4. Schadensersatz gem. §§ 346 IV, 280 ff. BGB

Sollte eine Pflicht des § 346 I BGB verletzt worden sein, so kann der Gläubiger gem. §§ 346 IV, 280- 283 BGB Schadensersatz, Schadensersatz wegen Verschlechterung (§§ 346 IV, 280 I BGB), Verzögerung (§§ 346 IV, 280 I, II, 286 BGB), Verzug (§§ 346 IV, 280 I, III, 281 BGB) und Unmöglichkeit (§§ 346 IV, 280 I, III, 283 BGB), verlangen. Umstritten ist, ab wann ein Schadensersatzanspruch gem. § 346 IV BGB begründet werden kann. Während eine Seite dies erst ab Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses für möglich hält<sup>2027</sup>, sieht die andere Ansicht das auch vor diesem Zeitpunkt als möglich an<sup>2028</sup>. Der letzten Meinung ist zu folgen, da die Gegenansicht die Pflichtverletzungsterminologie falsch versteht<sup>2029</sup>. Denn die Pflichtverletzung ist, dass der Rückgewährschuldner die Leistung nicht oder nicht ohne Verschlechterung zurückgeben kann. Dann muss aber zwangsläufig der gesamte Zeitrahmen von Übergabe der Sache und Rückgewähr grundsätzlich zu beachten sein.

Allerdings ist der Zeitpunkt nicht ganz unwichtig für den Schadensersatz. Insofern ist der anderen Ansicht tatsächlich zuzustimmen. Insgesamt ist der Zeitraum in zwei Phasen zu unterteilen<sup>2030</sup>. Die erste Phase ist die, in der der Schuldner noch nichts von dem Fehler und dem daraus folgenden Rücktritt weiß. Hier muss er davon ausgehen, dass die Sache ganz seinem Vermögen zugehörig ist. Sie gehört ihm, und nur ihn trifft der eigens verschuldete Untergang. In dieser Phase hat er keinerlei Verpflichtungen dem Gläubiger gegenüber, so dass ein Vertretenmüssen auch in eigenen Angelegenheiten zu negieren ist. Allenfalls kann er dem Gläubiger Wertersatz i.S.d. § 346 II BGB schulden<sup>2031</sup>.

Die zweite Phase ist davon gekennzeichnet, dass er den Fehler, der zum Rücktritt berechtigt, kennt oder kennen muss. Er hat damit zu rechnen, dass der Vertrag nun doch scheitern könnte, so dass nicht mehr nur seine eigenen Interessen betroffen sind<sup>2032</sup>. Deswegen haftet er ab diesem Zeitpunkt für Fahrlässigkeit und Vorsatz. Das gilt umso mehr auch in der dritten Phase, wo der Rücktritt bereits erklärt wurde und der Schuldner weiß, dass er die Sache zurückgeben muss<sup>2033</sup>.

Der Schuldner kann sich nur dann gem. § 280 I 2 BGB entlasten, wenn er nachweist, mit der Sache pfleglich umgegangen zu sein und alle vernünftigen Maßnahmen zum Schutz der Sache getroffen hat<sup>2034</sup>. Es wird auch *a fortiori* argumentiert, dass der Schuldner gem. § 346 III 1 Nr. 3 BGB nur für die eigenübliche Sorgfalt einzustehen habe, da der Schadensersatz erst recht von § 346 III 1 Nr. 3 BGB erfasst wird, wenn der sich auf den schwächeren Wertersatz be-

<sup>2023</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 22.

<sup>2024</sup> Staudinger- Kaiser § 347 Rn. 59.

<sup>2025</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 22.

<sup>2026</sup> Erman- Röthel § 347 Rn. 9; Staudinger- Kaiser § 347 Rn. 49.

<sup>2027</sup> Erman<sup>11</sup>- Bezenberger § 346 Rn. 34; Staudinger- Kaiser § 346 Rn. 195; dies. JZ 2001, 1057, 1063; Wagner, *Mortuus Redhibetur*, S. 591, 617, 618; einschränkend: Erman- Röthel § 346 Rn. 40, 41.

<sup>2028</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 60; Bamberger/ Roth- Grothe § 346 Rn. 58; Palandt- Grüneberg § 346 Rn. 15; Hager, *Wertersatz*, S. 195, 198 ff.

<sup>2029</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 60; Palandt- Grüneberg § 346 Rn. 15.

<sup>2030</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 60 ff.

<sup>2031</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 61.

<sup>2032</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 61.; vgl. bereits *Flume NJW 1970, 1161, 1164*.

<sup>2033</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 61.

<sup>2034</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 62.

zieht<sup>2035</sup>. Das sollte zumindest für das gesetzliche Rücktrittsrecht gelten. Die Gegenansicht will wegen des fehlenden Verweises in § 346 IV BGB auf § 346 III 1 Nr. 3 BGB diesen nicht für den Schadensersatz eingreifen lassen<sup>2036</sup>. Letzter Ansicht ist nicht zu folgen. Damit würden dem Schuldner gerade die Gewährleistungsrechte aus der Hand geschlagen werden, die man ihm gerade gab<sup>2037</sup>. Er muss die Gelegenheit bekommen, über die weiteren Schritte nachzudenken. In dieser Zeit wird er oft nicht auf den Gebrauch des Gegenstandes verzichten können, da ein Ersatzkauf jetzt oft nicht möglich, aber auf jeden Fall noch nicht zumutbar ist. Der Gegenstand kann ja noch nachgebessert werden. Damit bleibt in zumindest analoger Anwendung des § 346 III 1 Nr. 3 BGB die eigenübliche Sorgfalt des § 277 BGB Maßstab der Haftung des Rückgewährschuldners.

#### IV. Ausschluss des Rücktritts

##### 1. Unerheblichkeit der Vertragsverletzung

Der Rücktritt ist ausgeschlossen sollte gem. § 323 V 2 BGB feststehen, dass die bewirkte Leistung zwar vertragswidrig, aber so unerheblich ist, dass sein Interesse an der Totalliquidation des Vertrages mit dem Interesse des Schuldners an einem Erhalt des Vertrages untergeordnet werden muss<sup>2038</sup>. Schon der Grundsatz von *pacta sunt servanda* verbietet es, wegen Bagatellen zurückzutreten. Deswegen ist in Anlehnung an § 459 I 2 BGB a.F. das Verhältnis von Fehler zum Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand maßgebend<sup>2039</sup>. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass nach der alten Rechtsprechung und Lehre<sup>2040</sup> in Ermangelung von anderweitigen Rechtsbehelfen des Käufers so eng aus, dass sie quasi funktionslos wurde<sup>2041</sup>. Ist die Gebrauchstüchtigkeit der Sache objektiv beeinträchtigt, so liegt ein nicht erheblicher Mangel vor<sup>2042</sup>. Der hierfür maßgebliche Zeitpunkt ist der der Rücktrittserklärung. Allenfalls dann, wenn der Käufer den Mangel später beheben lässt, kann ein Ausschluss gem. § 242 BGB gerechtfertigt sein. Dabei muss der Käufer ausdrücklich zustimmen<sup>2043</sup>. Damit ist ein Mangel immer dann erheblich, wenn er das Interesse des Käufers verletzt. Es kommt nicht auf den Aufwand zur Behebung des Mangels an<sup>2044</sup>.

##### 2. Ausschluss gem. § 323 VI BGB

Der Rücktritt ist gem. § 323 VI BGB fernerhin ausgeschlossen, wenn entweder der Gläubiger allein oder überwiegend verantwortlich ist, der Gegenstand durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand beschädigt wird, während der Gläubiger in Annahmeverzug ist, der Gläubiger selbst nicht vertragstreu ist oder gem. § 242 BGB Treu und Glauben verletzt sind. Diese Vorschrift korrespondiert mit § 326 II 1 BGB, in dem der Schuldner den Gegenleistungsanspruch in diesen Fällen behält.

---

<sup>2035</sup> AnwKo.- Hager § 346 Rn. 68, 69; Palandt- Grüneberg § 346 Rn. 18; Arnold ZGS 2003, 427, 433; Rheinländer ZGS 2004, 178, 181.

<sup>2036</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 62; Kamanabrou NJW 2003, 30, 31.

<sup>2037</sup> Rheinländer ZGS 2004, 178, 181.

<sup>2038</sup> MK- Ernst § 323 Rn. 243.

<sup>2039</sup> Vgl. Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. C 25.

<sup>2040</sup> Vgl. KG NJW- RR 1989, 972, 972, 973 m.w.N.

<sup>2041</sup> MK- Ernst § 323 Rn. 243.

<sup>2042</sup> BGH NJW 2009, 508, 509 Rn. 19, 21; Bruns NJW 2009, 509, 510.

<sup>2043</sup> Bruns NJW 2009, 509, 509.

<sup>2044</sup> Vgl. die Übersicht hierzu bei Palandt- Grünberg § 323 Rn. 32.

Da der Rücktritt dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, ohne Verschulden des Schuldners zurückzutreten, hielt es der Gesetzgeber für notwendig, für den Fall, in denen der Gläubiger für die Pflichtverletzung sich zumindest weit überwiegend verantworten muss, ein Korrektiv einzuführen<sup>2045</sup>. Dabei wird jedoch verkannt, dass in diesen Fällen zumeist keinerlei Pflichtverletzung des Schuldners vorliegt und somit auch kein Grund für einen Rücktritt. Damit ist diese Fallgruppe nur selten anzuwenden, aber nicht gänzlich überflüssig<sup>2046</sup>. Der Gläubiger muss also die vollständige, mangelfreie und rechtzeitige Leistung so vereiteln, dass zwar eine Pflichtverletzung des Schuldners gerade konstruiert werden kann, dieser aber diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat<sup>2047</sup>. Ein Beispielsfall könnte die Selbstvornahme des Gläubigers sein, ohne dem Schuldner die Chance zur Nachbesserung zu geben.

Die Grenze, wann nun eine weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers vorliegt, ist eine starre Prozentgrenze unbillig<sup>2048</sup>, weil hier auch bei hohen Schäden ein Mitverschulden des Schuldners von 10 % erheblich sein kann<sup>2049</sup>. Stattdessen hat der Gesetzgeber einen Gleichlauf mit § 254 BGB vorgesehen, so dass der Rücktritt ausgeschlossen auch ein Schadensersatzanspruch wegen nahezu alleiniger Verantwortlichkeit des Gläubigers ausgeschlossen ist<sup>2050</sup>. Deswegen entfällt auch ein Anspruch auf Schadensersatz oder Minderung<sup>2051</sup>. Bei der Selbstvornahme des Gläubigers könnte allenfalls ein Anspruch wegen der ersparten Aufwendungen gem. § 326 II 2 BGB in Betracht kommen.

Des Weiteren kann der Gläubiger nicht zurücktreten, wenn eine Pflichtverletzung des Gläubigers zwar vorliegt, diese aber gem. § 300 BGB nicht von ihm zu vertreten ist, weil der Gläubiger sich in Annahmeverzug befand. Fernerhin gilt auch der *tu-quoque*- Grundsatz im Rücktrittsrecht, so dass derjenige Gläubiger, der selber vertragsbrüchig ist, keine Ansprüche geltend machen kann<sup>2052</sup>. Schlussendlich kann der Rücktrittsanspruch gem. § 242 BGB verloren gehen, doch ist dies wegen § 346 II S. 1 BGB und dem damit beinhalteten Wertersatz selbst bei schuldhafter Unmöglichkeit des Gläubigers äußerst restriktiv zu handhaben<sup>2053</sup>.

## V. Beweislast

Der Schuldner muss beweisen, dass er die Leistung erbracht hat oder ihm eine Einrede zusteht<sup>2054</sup>. Der Gläubiger hat gem. § 363 BGB die Vertragswidrigkeit der Leistung zu beweisen, sofern er die Leistung als Erfüllung annahm. Ebenso trifft ihn die Beweislast, dass die Teilleistung i.S.v. § 323 V 1 BGB nicht mehr in seinem Interesse ist und er somit nichts mehr mit ihr anfangen kann. Dafür trifft den Schuldner die Beweislast, dass die Vertragsverletzung i.S.v. § 323 V 2 BGB unerheblich war, genauso wie die alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers oder in dessen Annahmeverzug die eigene fehlende Verantwortlichkeit<sup>2055</sup>.

---

<sup>2045</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 323 Rn. E 4.

<sup>2046</sup> So aber MK- Ernst § 323 Rn. 257.

<sup>2047</sup> Vgl. MK- Ernst § 323 Rn. 258.

<sup>2048</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. E 7.

<sup>2049</sup> So aber Palandt<sup>65</sup>- Heinrichs § 323 Rn. 29.

<sup>2050</sup> BT- Drs. 14/6040 S. 187 re. Sp. zu Abs. 5.

<sup>2051</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. E 7; Lorenz NJW 2003, 1417, 1418, 1419.

<sup>2052</sup> RGZ 67, 313, 318, 319; 149, 401, 404; BGHZ 138, 195, 209; NJW 1987, 251, 253.

<sup>2053</sup> Staudinger<sup>2004</sup>- Otto § 323 Rn. E 22.

<sup>2054</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. F 1.

<sup>2055</sup> Staudinger- Otto/Schwarze § 323 Rn. F 2.



## § 43 Unsicherheitseinrede, § 321 BGB

Die Unsicherheitseinrede des § 321 I BGB berechtigt, den vorzuleistenden Schuldner die Erfüllung der Leistung zu verweigern, wenn nach Vertragsschluss erkennbar wird, dass die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet ist. Das bedeutet aber auch, dass hiermit nicht Leistungsunwilligkeit oder Sorgen über die Leistungsfähigkeit<sup>2056</sup> gemeint sind, sondern objektive wirtschaftliche Gesichtspunkte und Verkehrsauffassung<sup>2057</sup>. Der Schuldner kann sogar die auf dem Transport befindliche Ware stoppen und zurückrufen<sup>2058</sup>. Das Recht endet erst, wenn der Erfüllungserfolg eingetreten ist und der Schuldner die Sache erhalten bzw., etwa bei Aushändigung des Konnossements, darüber verfügen kann<sup>2059</sup>. Ist die Gegenleistung erbracht worden oder Sicherheit gestellt worden, so entfällt nach § 321 I 2 BGB das Leistungsverweigerungsrecht. Nach § 321 II BGB kann der Schuldner eine angemessene Frist setzen zur Leistung oder Sicherheitsstellung. Ist diese verstrichen, so kann er entsprechend § 323 BGB zurücktreten. Das gilt nicht, wenn die Gefährdung des Anspruchs schon bei Vertragsschluss erkennbar war<sup>2060</sup>. Denn dann ist er nicht mehr schutzwürdig und verhält sich widersprüchlich, wenn er sich jetzt darauf beruft.

Ist nicht primär die Leistung fraglich, sondern eine weitere essentielle Nebenbestimmung des Vertrages, so greift § 321 BGB zumindest in analoger Weise ein<sup>2061</sup>. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es hier nicht.

Diese Rechte sind ausgeschlossen, wenn der Gläubiger schon selber anderweitig ausreichend gesichert ist<sup>2062</sup> oder selber die Gefährdung zu vertreten hat, in analoger Anwendung von § 326 II BGB<sup>2063</sup>.

## § 44 Vertragsaufhebung im CISG

Der Grundsatz der Vertragserfüllung ist im CISG so stark, dass eine Vertragsaufhebung gem. Art. 49 i.V.m. Art. 81 CISG für den Käufer und Art. 64 i.V.m. Art. 81 CISG für den Verkäufer, also die CISG-Äquivalent zum deutschen Rücktritt, nur die „ultima ratio“<sup>2064</sup> darstellt<sup>2065</sup>. Somit ist hierfür ein wesentlicher Vertragsbruch i.S.v. Art. 25 CISG Voraussetzung<sup>2066</sup>. Die Rechte des Käufers sollen, wann immer möglich, mit anderen Mitteln, nämlich Schadenersatz, Minderung oder Nacherfüllung, durchgesetzt werden<sup>2067</sup>. Ergänzt wird dies durch das Nachfristerfordernis des Art. 49 I lit. b) CISG für den Fall des Lieferverzuges. Selbst wenn eine solche Vertragsverletzung nicht die nötige Schwere erreicht, kann der Gläubiger dennoch nach fruchtlosem Ablauf der Nachfristsetzung zurücktreten. Somit ist es dem Käufer nicht

---

<sup>2056</sup> BGH NJW 1964, 99, 100.

<sup>2057</sup> RG Warn 1908 Nr. 298 S. 214, 215; Staudinger- Otto § 321 Rn. 13.

<sup>2058</sup> MK- Emmerich § 321 Rn. 5.

<sup>2059</sup> RG DJZ 1931, 1515, 1515; Staudinger- Otto § 321 Rn. 10.

<sup>2060</sup> Vgl. Ramming ZGS 2003, 209, 210.

<sup>2061</sup> Staudinger- Otto § 321 Rn. 12; vgl. RGZ 112, 194, 198.

<sup>2062</sup> RGZ 53, 244, 246; MK- Emmerich § 321 Rn. 17.

<sup>2063</sup> RGZ 92, 212, 218, 219; MK- Emmerich § 321 Rn. 18.

<sup>2064</sup> Öst. OGH IHR 2001, 42, 43; MK- Huber Art 49 Rn. 3.

<sup>2065</sup> BGHZ 132, 290, 298, 299, öst. OGH IHR 2005, 195, 196; MK- Huber Art. 49 Rn. 5; Piltz NJW 2007, 2159, 2162.

<sup>2066</sup> Schlechtriem Rn. 107, Lurger IHR 2001, 91, 91.

<sup>2067</sup> MK- Huber Art. 49 Rn. 3; Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 4; S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 2; Fountoulakis IHR 2003, 160, 160, 161; Vgl. BGHZ 132, 290, 297, 298; OLG Köln IHR 2003, 15, 16, 16, dazu Huber/ Kröll IPRax 2003, 309, 313, 314; BG CISG- Online Nr. 413.

unzumutbar erschwert aufzuheben, da eine der Alternativen, Schwere der Verletzung oder Ablauf der Nachfrist, immer besteht<sup>2068</sup>.

Somit stellt die Regelung des Art. 49 CISG eine der Grundwertungen der CISG dar und kann nicht ohne weiteres abbedungen werden<sup>2069</sup>.

Für einen Teilrücktritt gilt Art. 51 CISG. Hiernach ist der Rücktritt nur für den mangelhaften Teil möglich, nicht jedoch für den bereits erfüllten oder noch zu erfüllenden, es sei denn, dass der Gläubiger mit dem Rest nichts anfangen kann.

## I. Wesentliche Vertragsverletzung, Art. 49 I lit. a) i.V.m. Art. 25 CISG

Die erste Möglichkeit, aufgrund derer Art. 49 CISG die Vertragsaufhebung gestattet, ist nach Art. 49 I lit. a) CISG die wesentliche Vertragsverletzung. Insoweit ist auf die Ausführungen in § 20 zu verweisen, die die Voraussetzungen einer wesentlichen Vertragsverletzung darstellt.

## II. Nichterfüllung der Lieferpflicht innerhalb der Nachfrist, Art 49 I lit. b) CISG

Die Alternative erlaubt dem Käufer, den Vertrag aufzuheben, wenn nach erfolgter Nachfristsetzung i.S.d. Art. 46 III i.V.m. Art. 47 CISG die Nachbesserung keinen Erfolg hatte. Dies ist naturgemäß nur dann erforderlich, wenn der Grund für die Aufhebung kein schwerwiegender i.S.d. Art. 25 CISG ist.

### 1. Nachbesserung und Nachlieferung i.S.d. Art. 46 III CISG

Wann Nachbesserung verlangt werden kann, wurde schon oben<sup>2070</sup> beschrieben. Insoweit wird darauf verwiesen.

#### a) Mangelhafte Ware

Eine Voraussetzung der Nachfristsetzung ist das Liefern mangelhafter Ware. Fraglich ist, ob hiervon auch die Rechtsmängel i.S.d. Artt. 41, 42 CISG miterfasst werden oder nicht.

#### aa) Beschränkung auf Sachmängel?

Die erste Ansicht meint, dass Art. 46 II, III CISG lediglich auf Art. 35 CISG beschränkt sei<sup>2071</sup>. Der Käufer kann hiernach bei Rechtsmängeln ohne Einschränkung Beseitigung verlangen, sei es durch Lieferung einer mangelfreien Sache oder einer Befreiung von den Drittrechten.

Die andere Ansicht will hierbei eine Nacherfüllung nach den Zusatzvoraussetzungen in Art. 46 II, III CISG eingreifen lassen<sup>2072</sup>, so dass eine Ersatzlieferung nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung und eine Nachbesserung nur bei Zumutbarkeit in Betracht kämen.

Für die erste Ansicht sprechen aber die besseren Gründe. Denn zum einen wird systematisch in Art 46 III CISG nur auf Art. 39 CISG verwiesen, nicht jedoch auf Art. 43 CISG<sup>2073</sup>. Als

<sup>2068</sup> MK- Huber Art. 49 Rn. 5.

<sup>2069</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 49 Rn. 1; MK. Huber Art. 49 Rn. 88.

<sup>2070</sup> Vgl. § 27.

<sup>2071</sup> Achilles Art. 46 Rn. 2; Honnold Rn. 280; Honsell- Schnyder/ Straub Art. 46 Rn. 17; Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 15, 17; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 46 Rn. 5; MK- Huber Art. 46 Rn. 9; MK/HGB- Benicke Art. 46 Rn. 27; S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 22; Schlechtriem Rn. 185; Piltz § 5 Rn. 154; Karollus S. 136.

<sup>2072</sup> H/C Art. 46 Rn. 6; E/M- Strohbach Art. 46 Bem. 3; Vahle ZVglRWiss 98 [1999], 54, 57, 58; wohl auch B/B- Will Art. 46 Anm 3.1.

weiteren systematischen Grund kann man anführen, dass die Überschrift zu Teil III, Kapitel II, Abschnitt II CISG zwischen der Vertragsmäßigkeit einerseits und der Freiheit von Rechtsmängeln andererseits unterscheidet, so dass diese nicht von der „Vertragsmäßigkeit“ i.S.d. CISG erfasst sind<sup>2074</sup>. Der Hauptgrund liegt aber in der sachlichen Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängeln. Bei nicht wesentlichen Sachmängeln kann der Käufer die Kaufsache immer noch, wenn auch eingeschränkt, benutzen und verkaufen. Bei Rechtsmängeln ist das meist nicht der Fall, so dass es nicht gerechtfertigt erscheint, ihn an weitere Voraussetzungen zu binden<sup>2075</sup>. Er kann die Sache bei einem Rechtsmangel weniger benutzen als bei einem Sachmangel, der nicht erheblich ist. Damit ist der Rechtsmangel schwerwiegender, obgleich eine Beseitigung des Rechtsmangels de facto einer Nachbesserung gleichkommt<sup>2076</sup>. Ergo verbleibt dem Käufer dann das Recht, direkt Erfüllung aus Art. 46 I CISG zu verlangen, sei es, dass der Verkäufer nach seiner Wahl das Drittrecht beseitigt oder Ersatz liefert. Ist das nicht möglich, so liegt freilich Unmöglichkeit vor<sup>2077</sup> und damit auch eine wesentliche Vertragsverletzung. Somit ist die Ware i.S.d. Art. 46 III nur dann mangelhaft, wenn eine Vertragswidrigkeit i.S.d. Art. 35 CISG vorliegt.

*bb) Mangel i.S.d. Artt. 35, 41, 42 CISG*

Ebenso müsste ein Mangel vorliegen. Wann ein Mangel vorliegt, wurde schon oben<sup>2078</sup> geklärt, so dass hier nur nach oben verwiesen wird.

b) Rechtzeitige Rüge gem. Art. 39 CISG

*aa) Untersuchungsobliegenheit, Art. 38 CISG*

Eine Rügeobliegenheit kann nur eingehalten werden, wenn es eine Untersuchungsobliegenheit gibt. Diese ist in Art. 38 I CISG normiert. Der Hintergrund ist, dass der Verkäufer die Chance erhalten soll, durch Nachbesserung oder Nachlieferung die Vertragswidrigkeit zu beheben und so den Schaden des Käufers zu verringern<sup>2079</sup>. Außerdem erhält der Verkäufer die Gelegenheit, eigene Beweismittel für eine mögliche Auseinandersetzung mit dem Käufer zu sichern, und kann ebenfalls u.U. seinen Verkäufer in Regress nehmen<sup>2080</sup>. Fernerhin gibt diese Vorschrift ebenso dem Käufer grundsätzlich das Recht, die Ware vor Bezahlung zu inspizieren<sup>2081</sup>.

Die Untersuchungsobliegenheit betrifft nicht nur die Sacheigenschaften, sondern auch die repräsentierenden Dokumente genauso wie *aliud*-Lieferungen und mengenmäßige Abweichungen<sup>2082</sup>. Fernerhin müssen sie auch bei Sukzessivlieferungen und Nach- und Ersatzlieferungen durchgeführt werden<sup>2083</sup>. Die Untersuchungen müssen geeignet sein, den Fehler zu entdecken, so dass ggf. ein externer Fachmann herangezogen werden muss<sup>2084</sup>. Dabei ist allerdings auch die Verhältnismäßigkeit zu wahren, so dass nur Stichproben bei großen Lieferungen verlangt werden können, jedoch auch dann, wenn die gezogenen Stichproben un-

---

<sup>2073</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 17; MK- Huber Art. 46 Rn. 9; S/S- Müller- Chen Art. 46 Rn. 22.

<sup>2074</sup> MK- Huber Art. 46 Rn. 9.

<sup>2075</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 17.

<sup>2076</sup> Vahle ZVglRWiss 98 [1999], 54, 57, 58.

<sup>2077</sup> Staudinger- Magnus Art. 46 Rn. 17, 37.

<sup>2078</sup> Vgl. § 24.

<sup>2079</sup> BGH NJW- RR 1997, 690, 691; MK- Gruber Art. 38 Rn. 2; S/S- Schwenzler Art. 38 Rn. 4.

<sup>2080</sup> OLG Oldenburg IHR 2001, 112, 113; MK- Gruber Art. 38 Rn. 2.

<sup>2081</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 2.

<sup>2082</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 9; MK- Gruber Art. 38 Rn. 9 ff.

<sup>2083</sup> MK- Gruber Art. 38 Rn. 14.

<sup>2084</sup> S/S- Schwenzler Art. 38 Rn. 13.

verwertbar werden<sup>2085</sup>. Ist der Käufer hingegen schon „vorgewarnt“, etwa weil eine frühere Lieferung schadhaft war, die Verpackung beschädigt ist oder kleinere Mängel bereits bemerkt wurden, die der Käufer gerade noch akzeptieren würde, so hat er eine gründlichere Untersuchung vorzunehmen<sup>2086</sup>. Dagegen verliert der Käufer seine Rechte nicht, wenn die theoretische durchzuführende Untersuchung den Mangel nicht hätte aufdecken können oder die tatsächlich gezogenen Stichproben den Mangel nicht aufwiesen<sup>2087</sup>.

Die Frist ist dabei flexibel anzulegen. Sie orientiert sich an den Umständen des Einzelfalls wie Ort der Lieferung, Dauer der Untersuchung oder ordentliche Feiertage<sup>2088</sup> und beginnt ab Lieferung zu laufen<sup>2089</sup>. Ist die Lieferung jedoch verfrüht, so beginnt sie nicht vor dem ursprünglichen Liefertermin, bei verspäteter Ankunft allerdings auch erst mit der Abnahme<sup>2090</sup>. Sie ist so kurz zu halten, wie die Umstände es erlauben<sup>2091</sup>. Dabei ist für die Einhaltung der Frist kein zu strenger Maßstab anzulegen<sup>2092</sup>. Deswegen ist ein Rückgriff auf die Rechtsprechung zum EKG<sup>2093</sup>, die an § 377 HGB angelehnt war, nur bedingt geeignet<sup>2094</sup>. Die Dauer der Frist hängt von den objektiven Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der Ware, der Untersuchungsinfrastruktur, kulturellen Begebenheiten und den Möglichkeiten des Käufers, die Ware zu untersuchen, ab<sup>2095</sup>. Lediglich rein subjektive Umstände wie Krankheit des Käufers, bleiben unberührt.

Ist es ein Versendungskauf, so ist gem. Art. 38 II CISG der Beginn der Frist der Zeitpunkt des Erreichens des Bestimmungsortes, da es vorher dem Käufer wenigstens unzumutbar war, die Ware zu untersuchen<sup>2096</sup>. Das gleiche gilt gem. Art. 38 III CISG bei der Umleitung bzw. Weiterversendung<sup>2097</sup>, allerdings nur dann, wenn der Verkäufer davon wusste oder wissen musste<sup>2098</sup>.

Auch ist es gem. Art. 6 CISG möglich, dass Art. 38 CISG von den Parteien abbedungen oder auch konkretisiert wird<sup>2099</sup>. Ebenso sind international geltende Gebräuche zu berücksichtigen<sup>2100</sup>.

Die Kosten der Untersuchung hat, sofern nichts anderes bestimmt ist, der Käufer zu tragen<sup>2101</sup>. Sollte eine Vertragswidrigkeit festgestellt werden, kann er die Kosten der Untersuchung beim Verkäufer als Schadensersatz liquidieren.

#### bb) Rügeobliegenheit gem. Art. 39 CISG

Der Käufer hat gem. Art. 39 CISG jede Vertragswidrigkeit, die er festgestellt hat, innerhalb angemessener Zeit zu melden. Dabei kommt es auf das fristgemäße Absenden an, so dass der Verlust der Nachrichten nicht sein Risiko gem. Art. 27 CISG ist, es sei denn, er bedient sich

<sup>2085</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 14; Magnus ZEuP 2008, 318, 328.

<sup>2086</sup> LG Stuttgart IPRax 1990, 317, 317; zum EKG: OLG Hamburg RiW 1982, 435, 436.

<sup>2087</sup> Magnus ZeuP 2008, 318, 328.

<sup>2088</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 15.

<sup>2089</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 36.

<sup>2090</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 37.

<sup>2091</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 35.

<sup>2092</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 35; S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 16; Soergel<sup>13</sup>- Lüderitz/ Schüssler-Langeheine Art. 38 Rn. 3; vgl. B/B- Bianca Art. 38 Bem. 2.5.

<sup>2093</sup> Vgl. nur BGH NJW 1982, 2730, 2731, 2732; OLG Hamburg RIW 1982, 435, 436; OLG Düsseldorf IPRax 1990, 178, 179.

<sup>2094</sup> Für eine komplette Übernahme: OLG Düsseldorf RIW 1995, 53, 54, 55; Asam RIW 1989, 942, 944; Piltz § 5 Rn. 52; wohl auch OLG Oldenburg IHR 2001, 112, 113.

<sup>2095</sup> MK- Gruber Art. 38 Rn. 57; S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 18.

<sup>2096</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 21; Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 52.

<sup>2097</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 23.

<sup>2098</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 24.

<sup>2099</sup> S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 28; Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 16.

<sup>2100</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 19.

<sup>2101</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 38 Rn. 12.

eigener Boten<sup>2102</sup>. Der Beweis, die Meldung rechtzeitig abgeschickt zu haben, liegt beim Käufer<sup>2103</sup>. Nicht ausreichend ist, dass der Verkäufer bereits Nachricht durch einen Mittelsmann bekommen hat, dass seine Ware vertragswidrig sein soll<sup>2104</sup>. Der Sinn Rügeobliegenheit ist, dass der Verkäufer nicht nach zu langer Zeit mit Mängeln sich auseinanderzusetzen hat<sup>2105</sup> und sich möglichst frühzeitig auf Nachbesserungs- bzw. Nacherfüllungsbegehren des Käufers oder gar Rechtsstreitigkeiten einstellen kann<sup>2106</sup>. Die Anzeigeobliegenheit bezieht sich auf alle Vertragswidrigkeiten i.S.d. Art. 35 CISG und damit nicht nur auf die Lieferung vertragswidriger Ware, sondern auch auf die Lieferung eines *aliud* oder einer zu geringen Menge<sup>2107</sup>. Zwar hat der Käufer die Pflicht, den Mangel möglichst präzise zu formulieren<sup>2108</sup>, doch sind hieran keine zu hohen Anforderungen zu stellen, sondern die Balance zwischen den Interessen beider Parteien ist zu halten<sup>2109</sup>. Dabei ist die Fachkenntnis des Käufers insofern zu berücksichtigen, als von einem erkennbar fachkundigen Käufer keine so präzise Antwort verlangt werden kann, wie von einem Fachmann<sup>2110</sup>. Somit ist ein gemischt subjektiv-objektiver Maßstab anzulegen, so dass allgemein gehaltene Äußerungen der Beanstandung oder Unzufriedenheit nicht ausreichen<sup>2111</sup>. Allerdings ist in einem solchen Fall der Verkäufer gehalten nachzufragen<sup>2112</sup>. Es ist somit festzustellen, dass nur eine möglichst genaue Bezeichnung, welchen Fehler die Sache hat, ausreicht, um der Obliegenheit Genüge zu tun<sup>2113</sup>. Dabei sind die Umstände des Einzelfalls zu beachten<sup>2114</sup>. Der Grund hierfür ist, dass der Verkäufer zügig weiß, was er nachbessern oder ersetzen oder selbst Untersuchungen durchführen muss<sup>2115</sup>. Die Anzeigeobliegenheit besteht auch bei fehlgeschlagenen Nachbesserungs- bzw. Ersatzlieferungsversuchen und Sukzessivlieferungsverträgen, bei denen jede einzelne Lieferung untersucht werden muss<sup>2116</sup>.

Die Anzeige soll nach Art. 39 I CISG binnen einer angemessenen Frist gemacht werden. Sie beginnt bei erkennbaren Mängeln im Anschluss an die Frist des Art. 38 CISG zu laufen<sup>2117</sup>, bei verborgenen Mängeln aber erst nach deren Feststellung<sup>2118</sup>, bzw. dann zu laufen, wenn nach Treu und Glauben ein Käufer sich verpflichtet gehalten fühlen musste, einem Fehlerverdacht nachzugehen<sup>2119</sup>. Die Fristlänge wird durch die jeweiligen Umstände bestimmt<sup>2120</sup>. Allerdings ist sie im Normalfall bei unverderblichen, leicht zu untersuchenden Waren ca. zwei Wochen bei leicht erkennbaren Mängeln<sup>2121</sup> bis zu einem Monat in anderen Fällen<sup>2122</sup>. Sechs

---

<sup>2102</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 50.

<sup>2103</sup> AG Freiburg CISG-online Nr. 1596; Piltz NJW 2009, 2258, 2263.

<sup>2104</sup> Juzgado de primera instancia de la Laguna, Urt. v. 23.10.2007, [www.uc3m.es/cisg](http://www.uc3m.es/cisg); Piltz NJW 2009, 2258, 2262.

<sup>2105</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 3.

<sup>2106</sup> MK- Gruber Art. 39 Rn. 1.

<sup>2107</sup> MK- Gruber Art. 39 Rn. 4

<sup>2108</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 6.

<sup>2109</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 4.

<sup>2110</sup> MK- Gruber Art. 39 Rn. 10.

<sup>2111</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 7; Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 21 m.w.N.

<sup>2112</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 7.

<sup>2113</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 8.

<sup>2114</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 9.

<sup>2115</sup> BG IHR 2003, 72, 74; öst. OGH IHR 2002, 76, 79; S/S- Schwenzler Art. 38 Rn. 4; Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 21; zu Art. 39 EKG: BGH NJW 1982, 2730, 2731.

<sup>2116</sup> MK- Gruber Art. 39 Rn. 6.

<sup>2117</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 30.

<sup>2118</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 31.

<sup>2119</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 32.

<sup>2120</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 42.

<sup>2121</sup> OLG Koblenz IHR 2001, 109, 110, 111; öst. OGH JBl 1999, 318, 320; Thiele IHR 2001, 111, 111, 112.

<sup>2122</sup> Ansatzweise: BGHZ 129, 75, 85, 86 (Muschel-Fall); OLG Stuttgart RiW 1995, 943, 944; LG Saarbrücken IHR 2003, 27, 27; S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 17.

Monate sind aber zu viel<sup>2123</sup>. Werden schon vor Erfüllung, etwa bei der Lieferung von zu montierenden Teilen, Mängel festgestellt, so ist eine Rügeobliegenheit noch nicht gegeben und beginnt erst mit der vollständigen Erfüllung an zu laufen<sup>2124</sup>. Erst mit der Erfüllung beginnt die Frist zu laufen, da bis dahin der Verkäufer verpflichtet ist, den Mangel zu beseitigen, da erst mit Gefahrübergang die Haftung des Verkäufers für Sachmängel einsetzt und damit auch die mit diesem korrespondierende Rügeobliegenheit. Alles andere wäre eine zu große Bevorzugung der Verkäuferinteressen, sollte der Käufer seine Rechte schon verlieren, bevor überhaupt erfüllt wurde<sup>2125</sup>. Dem Verkäufer würde somit ein so großer Anteil am Risiko genommen, dass er sich um eine ordnungsgemäße Erfüllung nicht anzustrengen braucht. Allenfalls kann im Ausnahmefall aus Gründen von Treu und Glauben eine Mitverantwortlichkeit des Käufers konstruiert werden, wenn er den Mangel nicht rechtzeitig meldet. Eine fristgerechte Absendung ist ausreichend zur Wahrung der Rechte, allerdings muss der Adressat der Verkäufer selbst oder dessen Stellvertreter sein<sup>2126</sup>. Erklärungsboten wie etwa der Fahrer des Spediteurs müssen als geeignetes Kommunikationsmittel i.S.d. Art. 27 CISG gelten, so dass, wenn dies nicht der Fall ist, der Käufer das Risiko trägt, dass die Nachricht ihr Ziel nicht oder nicht rechtzeitig erreicht<sup>2127</sup>.

Die Frist ist spätestens nach zwei Jahren gem. Art. 39 II CISG ab tatsächlicher Übergabe ausgeschlossen.

Klarzustellen ist noch, dass dies keine Verjährungsregel ist, sondern nur die rechtzeitige Anzeige von Mängeln regelt<sup>2128</sup>. I.Ü. gilt nationales Recht oder das UN- Verjährungsübereinkommen.

#### cc) Rügeobliegenheit der Rechtsmängel, Art. 43 CISG

Nach dieser weitestgehend Art. 39 CISG entsprechenden Rügeobliegenheit hat der Käufer Rechtsmängel dann genau zu rügen, nachdem er von dem Recht eines Dritten erfahren hat. Diese Rechte oder Ansprüche sind dem Verkäufer genau zu bezeichnen<sup>2129</sup>, da er ansonsten alle hierauf beruhenden Ansprüche verliert. Damit soll der Verkäufer in die Lage versetzt werden, sich an den Dritten zu wenden oder zur Behebung des Rechtsmangels zu sorgen<sup>2130</sup>. Deswegen sind dem Verkäufer oder dessen empfangsberechtigten Personen<sup>2131</sup> Name und Anschrift des Dritten, beanspruchte Sachen und angedrohte oder bereits eingeleitete Schritte so genau wie möglich mitzuteilen<sup>2132</sup>. Aber auch hier dürfen keine zu überspannten Anforderungen an den Inhalt gestellt werden.

Die Benachrichtigung hat binnen angemessener Frist zu erfolgen. Dabei ist die Zeit zu berücksichtigen, die der Käufer benötigt, sich ein ungefähres Bild von der Rechtslage zu machen, was allerdings oft einen Rechtsrat nicht vermeiden lässt<sup>2133</sup>. Ebenso zu berücksichtigen sind die unternommenen rechtlichen Schritte des Dritten. Damit sind selbst kürzeste Fristen von ein bis zwei Tagen oder gar Stunden möglich, sollte der Dritte bereits gerichtliche Maßnahmen eingeleitet haben oder diese bevorstehen<sup>2134</sup>. Das gleiche auch dann, wenn die Gefahr

---

<sup>2123</sup> Anders: Hoge Raad Ned. Jur. 1990 Nr. 730, S. 3028, 3037.

<sup>2124</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn 34; im Gegensatz zur Rechtsprechung zum EKG, vgl. z.B. BGH NJW-RR 1992, 886, 886 = RIW 1992, 584, 585.

<sup>2125</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 34.

<sup>2126</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 53; MK- Gruber Art. 39 Rn. 17.

<sup>2127</sup> S/S- Schwenzler Art. 39 Rn. 14

<sup>2128</sup> Staudinger- Magnus Art. 39 Rn. 71.

<sup>2129</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 12.

<sup>2130</sup> Achilles Art. 43 Rn. 3; H/C Art. 43 Rn. 2; S/S- Schwenzler Art. 43 Rn. 2.

<sup>2131</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 26.

<sup>2132</sup> E/M- Stargardt Art. 43 Bem. 4; Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 12.

<sup>2133</sup> BGH NJW 2006, 1343, 1343; Achilles Art. 43 Rn. 5; MK/HGB- Benicke Art. 43 Rn. 3; S/S- Schwenzler Art. 43 Rn. 3.

<sup>2134</sup> MK/HGB- Benicke Art. 43 Rn. 3.

besteht, dass sich die Verteidigungsmöglichkeiten des Verkäufers verschlechterten. Ist beides jedoch nicht gegeben, so kann man auch hier einen Monat als vernünftige Frist ansehen, in der der Käufer normalerweise ein ungefähres Bild der Rechtslage bekommen dürfte<sup>2135</sup>. Im Einzelfall mag die Frist aufgrund äußerst ungewöhnlicher Umstände verlängert werden.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt an zu laufen, in der der Käufer wenigstens Kenntnis von dem Anspruch hätte haben müssen<sup>2136</sup>. Selbst wenn der Käufer von der Existenz eines Rechts erfährt, dessen Inhaber dieses aber noch nicht geltend gemacht hat, ist es geboten, eine Rüge zu erheben<sup>2137</sup>. Dann steht mehr Zeit zur Verfügung, Abwehrmaßnahmen zu ergreifen. Ob dies immer gelten muss oder es Ausnahmen geben kann, mag am Einzelfall zu entscheiden sein.

Da Rechtsmängel häufig viel später als nach zwei Jahren auftreten, gibt es hier keine Ausschlussfrist<sup>2138</sup>. I.Ü. gilt die nationale Verjährungsfrist des Rechts, welches der Hauptforderung unterliegt, weil Art. 43 CISG, im Gegensatz zu Art. 39 II CISG, keine Ausschlussfrist kennt<sup>2139</sup>.

Die Verletzung der Rügeobliegenheit ist gem. Art. 43 II CISG nicht schadhaf, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel, also nicht nur den Anspruch, sondern auch die Art des Rechts oder Anspruchs<sup>2140</sup>, positiv kannte. Das ist auch dann der Fall, wenn der Verkäufer sich vor offensichtlichen Tatsachen bewusst die Augen verschloss<sup>2141</sup>. Ansonsten reicht fahrlässige Unkenntnis nicht aus. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist das Erreichen der Anzeige<sup>2142</sup>.

#### dd) Entschuldigung der unterlassenen Rüge, Art. 44 CISG

Es darf hier allerdings nicht übersehen werden, dass Artt. 38, 39, 43 CISG nur Obliegenheit darstellen<sup>2143</sup>. Das bedeutet, bei Verletzen der Obliegenheit verliert der Käufer alle Rechte mit Ausnahme der in Art. 44 CISG genannten. Er kann also ausnahmsweise gem. Art. 50 CISG noch mindern und Schadensersatz verlangen, außer für entgangenen Gewinn, wenn er eine vernünftige Entschuldigung für die unterlassene Rüge hat. Das gilt nicht nur für die Anzeige, sondern auch für die Untersuchungsobliegenheit<sup>2144</sup> oder wenn die Anzeige nicht präzise genug oder auf dem falschen Weg übermittelt wurde<sup>2145</sup>.

Eine vernünftige Entschuldigung ist dann gegeben, wenn der Käufer die erforderliche Anzeige aus Gründen unterlassen hat, die einem durchschnittlichen Käufer im redlichen Geschäftsverkehr nachgesehen werden können<sup>2146</sup>. Art. 44 CISG ist aber eine Ausnahmvorschrift, so dass auch schon die geringfügigste Verletzung der Obliegenheiten ausreicht, ihn nicht anzuwenden<sup>2147</sup>. Ebenso muss er es versäumt haben, innerhalb der nach den Umständen subjektiv zumutbaren Sorgfalt gehandelt zu haben<sup>2148</sup>. Somit kommen aber für eine Entschuldigung allein subjektive Entschuldigungsgründe in Betracht, die nicht von Artt. 38, 39, 43 CISG erfasst werden, wie Krankheit oder Organisationsschwierigkeiten seines Betriebes, solche also, die zwar in den Risikobereich des Käufers fallen, die ihm aber nicht vorwerfbar oder Aus-

<sup>2135</sup> MK/HGB- Benicke Art. 43 Rn. 3.

<sup>2136</sup> BGH NJW 2006, 1343, 1343; Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 15.

<sup>2137</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 16.

<sup>2138</sup> S/S- Schwenzler Art. 43 Rn. 6.

<sup>2139</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 3

<sup>2140</sup> S/S- Schwenzler Art. 43 Rn. 10; Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 2.

<sup>2141</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 33.

<sup>2142</sup> Vgl. S/S- Schwenzler Art 43 Rn. 12.

<sup>2143</sup> BGH NJW 1997, 3311, 3312; Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 12.

<sup>2144</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 5.

<sup>2145</sup> MK- Gruber Art. 44 Rn. 3.

<sup>2146</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 10.

<sup>2147</sup> Öst. OGH JBl 1999, 318, 321; Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 11; Docter IHR 2003, 105, 112; Karollus Jbl 1999, 321, 322.

<sup>2148</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 12.

druck einer allgemeinen Lässigkeit ähnlich der *diligentia quam in suis* sind, die im normalen Geschäftsbetrieb hinzunehmen ist<sup>2149</sup>. Insbesondere ist von dieser Ausnahmeregel Gebrauch zu machen, sollte sich ausnahmsweise der Käufer als Privatperson herausstellen<sup>2150</sup>.

Bräuche, Gepflogenheiten oder Abmachungen können Art. 44 CISG vorgehen und zu einer mildereren, aber auch schärferen Regelung führen<sup>2151</sup>.

Als Rechtsfolge verbleibt dem Käufer das Recht, zu mindern oder Schadensersatz zu fordern, außer für den entgangenen Gewinn<sup>2152</sup>. Damit verbleibt ihm das Recht, Minderwert und Mangelgeschäden ersetzt zu bekommen, genauso wie das Risiko des verlorenen Gewinns. Das Recht, den Vertrag aufzulösen, verliert er ebenfalls<sup>2153</sup>.

Ein Problem stellt aber hierbei ein eventuelles Mitverschulden gem. Art. 77 CISG des Käufers dar. Hierbei ist zwischen dem Verlangen des Käufers auf Minderung einerseits und Schadensersatz andererseits zu differenzieren.

Bei der Minderung des Kaufpreises ist eine Berufung des Verkäufers auf Mitverschulden i.S.d. Art. 77 CISG nicht möglich<sup>2154</sup>. Der Grund liegt darin, dass die Höhe des Minderungsbetrages nicht vom Verhalten des Käufers beeinflusst wird, sondern von Art. 50 CISG festgesetzt wird. Wegen jeglicher fehlender Einwirkungsmöglichkeit ist ein Mitverschulden des Käufers bei einer Minderung nicht gegeben.

Anders sieht es beim Schadensersatzanspruch aus. Hier hat der Käufer sehr wohl Einfluss auf diesen. Denn er kann den Schaden etwa dadurch vergrößern, dass durch eine Weiternutzung der Schaden vergrößert wird oder dem Verkäufer durch die verspätete Anzeige Regressmöglichkeiten gegen seine Lieferanten wegfallen<sup>2155</sup>. Das wird überwiegend ausnahmslos angenommen<sup>2156</sup>. Doch ist das zu weitgehend. Für den Fall, dass trotz auffälliger Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit der Ware diese weiterbenutzt wird, gibt es keinen Grund, dies nicht anzunehmen<sup>2157</sup>. Der Käufer hat durch sein Verhalten den Schaden vergrößert, und damit liegt ein eigenes Mitverschulden i.S.v. Art. 77 CISG vor. Art. 79 CISG ist dann aber immer noch zu beachten. Gleichfalls muss im Ausnahmefall, wenn etwa die fehlerhafte Maschine dringend benötigt wird und der Ausfallschaden größer als der Schaden an der Maschine ist, von dieser Regel abgewichen werden. Freilich gilt das nicht für den Normalfall.

Ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen verspäteter Rüge scheidet allerdings aus. Denn in diesem Fall tritt Art. 77 CISG hinter Art. 44 CISG zurück<sup>2158</sup>. Art. 44 CISG ist eine Ausnahme der Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung, während Art. 77 CISG dem Schädiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Pflichtenverstößes des Geschädigten gibt, so dass beide unterschiedliche Wirkungskreise haben<sup>2159</sup>. Ansonsten ist der Sinn des Art. 44 CISG in Frage zu stellen und ein absurdes Ergebnis erreicht: Ein Verhalten wird entschuldigt und gleichzeitig quasi durch die Hintertür wieder sanktioniert<sup>2160</sup>. Das darf aber nicht sein. Schon aus dem Grund, dass in diesem Fall dem Verkäufer selbst ein Verletzen der Rügeobligenheit trifft<sup>2161</sup>. Er hat die Ware nämlich selbst nicht gerügt, so dass er seinen Obliegenheitsverstoß nicht anderweitig wiedergutmachen kann. Zumal er auch noch gehaftet

---

<sup>2149</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 13.

<sup>2150</sup> Staudinger- Magnus Art. 43 Rn. 13.

<sup>2151</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 10.

<sup>2152</sup> S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 10; Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 17.

<sup>2153</sup> MK/HGB- Benicke Art. 44 Rn. 10.

<sup>2154</sup> MK- Gruber Art. 44 Rn. 15; S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 14; Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 19; a.A. B/B- Sono Art. 44 Bem. 2.5.

<sup>2155</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 19.

<sup>2156</sup> Achilles Art. 44 Rn. 4; H/C Art. 44 Rn. 4; E/M- Stargardt Art. 44 Bem. 2; B/B- Sono Art. 44 Bem. 2.5.

<sup>2157</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 19; S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 16; MK- Gruber Art. 44 Rn. 20.

<sup>2158</sup> MK- Gruber Art. 44 Rn. 20.

<sup>2159</sup> S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 16.

<sup>2160</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 20; MK- Gruber Art. 44 Rn. 20; S/S- Huber/ Schwenzler Art. 44 Rn. 16.

<sup>2161</sup> S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 16.



hätte, wäre ordnungsgemäß gerügt worden. Denn dann kann er auch nicht den Vorlieferanten wegen verspäteter Rüge in Regress nehmen<sup>2162</sup>.

Ergo kann Art. 77 CISG wegen verspäteter Rüge keinen Schadensersatzanspruchs des Verkäufers kreieren.

Die Beweislast, dass die Voraussetzungen des Art. 44 CISG vorliegen, trägt der Käufer<sup>2163</sup>.

## 2. Nachfrist

Für den Fall des Lieferverzuges hat der Käufer dem Verkäufer eine Nachfrist i.S.d. Art. 47 CISG zu setzen. Läuft sie fruchtlos ab, kann er zurücktreten. Der Verkäufer muss zudem mit der Lieferung am Ende der Frist immer noch zumindest partiell in Verzug gewesen sein. Hierfür trägt der Verkäufer die Beweislast<sup>2164</sup>. Im Übrigen wird diesbezüglich auf die Darstellung zum Verzug verwiesen<sup>2165</sup>.

## 3. Rangverhältnis zu anderen Rechtsbehelfen

Gem. Art. 50 S. 2 hat das Nacherfüllungsrecht Vorrang vor der Minderung. Ebenso kann der Käufer wählen, ob er Nacherfüllung oder Nachbesserung verlangen will<sup>2166</sup>.

## 4. Aufhebung wegen antizipiertem Vertragsbruch, Art. 72 CISG

Für den Fall des vorhersehbaren wesentlichen Vertragsbruchs i.S.v. Art. 25 CISG kann gem. Art. 72 CISG jede Partei den Vertrag aufheben. Dabei muss es nahezu sicher sein, dass es soweit kommen wird<sup>2167</sup>. Ein so hoher Maßstab ist von Nöten, da die schwerwiegenden Rechtsfolgen den Grundsatz von *pacta sunt servanda* sonst aushöhlten. Außerdem nähme man dem Verkäufers auch das Recht der Nacherfüllung quasi „durch die Hintertür“, da der Käufer sich zu leicht vom Vertrag lösen könnte, wenn die Sache mangelhaft geliefert wurde<sup>2168</sup>.

Zeitpunkt hierfür ist die Zeit vor der Vertragserfüllung. Das gilt nicht bei einem Risikogeschäft<sup>2169</sup>. Ebenso wird allerdings von Art. 72 II CISG verlangt, dass, wenn es die Zeit erlaubt, in angemessener Weise der anderen Partei anzuzeigen, dass man aufheben will, um ihr die Möglichkeit zu geben, Sicherheiten zu leisten<sup>2170</sup>. Die Pflicht entfällt gem. Art. 74 III CISG ganz, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert.

Das Unterlassen einer Anzeige hat keinerlei Konsequenzen bezüglich einer später tatsächlich eingetretenen wesentlichen Vertragsverletzung<sup>2171</sup>. Allerdings mag sich der Käufer durch das Unterlassen der Anzeige selbst dem Verkäufer schadensersatzpflichtig gemacht haben, da er

<sup>2162</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 20.

<sup>2163</sup> S/S- Schwenzler Art. 44 Rn. 19.

<sup>2164</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 20.

<sup>2165</sup> Vgl. § 16 I 2.

<sup>2166</sup> Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 32; H/C Art. 48 Rn. 11; Lehmkühl S. 35 ff; a.A. B/B- Will Art. 48 Bem. 3.1 ff.

<sup>2167</sup> OLG Düsseldorf CISG- Online Nr. 385; Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 9; S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 72 Rn. 15; MK/HGB- Mankowski Art.72 Rn. 5; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 72 Rn. 4;MK- Huber Art. 72 Rn. 7; a.A. H/C Art. 72 Rn. 2.

<sup>2168</sup> Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 9.

<sup>2169</sup> Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 14.

<sup>2170</sup> Korrektur der deutschen Übersetzung: Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 21; MK/HGB- Mankowski Art. 72 Rn. 15.

<sup>2171</sup> Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 28; MK/HGB- Mankowski Art. 72 Rn. 22; H/C Art. 72 Rn. 4; Piltz § 5 Rn. 275.

seine Pflicht nicht erfüllt hat, den Verkäufer auf das Problem hinzuweisen, damit er die Gelegenheit bekommt, das Problem zu lösen<sup>2172</sup>.

### 5. Erklärung der Vertragsaufhebung

Die Erklärung ist notwendig zur Aufhebung des Vertrages. Sie ist formlos möglich und kann auch konkludent geschehen<sup>2173</sup>. Adressat muss der Vertragspartner sein.

Für den Käufer ergibt sich aus dem Gegenschluss zu Art. 49 II lit. a) und b) CISG, dass er mit der Ausübung der Aufhebung beliebig lange warten darf, wenn der Verkäufer nicht innerhalb der Frist vollständig leistete<sup>2174</sup>. Ist aber die Nachfrist schon abgelaufen, war geleistet worden oder ein wesentlicher Vertragsbruch i.S.d. Art. 25 CISG vorlag, so hat der Käufer die Aufhebung innerhalb angemessener Zeit zu erklären. Die Frist beginnt mit der Kenntnis von der Lieferung<sup>2175</sup> und muss angemessen sein, d.h., die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Allerdings ist hier der Verkäufer regelmäßig schutzwürdiger, da er die Ware anderweitig zu verwerten hat und der Käufer kein schutzwürdiges Interesse an einer langen Überlegungszeit hat<sup>2176</sup>.

Bei sonstigen Vertragsverletzungen i.S.d. Art. 49 II lit. b) CISG, wo die Lieferung bereits, in vertragswidriger Weise, erfolgt sein muss, muss der Käufer in angemessener Frist die Aufhebung erklären. Angemessen heißt hier nicht nur die Frist des Art. 39 CISG, sondern auch zusätzliche Zeit, um den Verderb der Ware zumutbar in eigener Regie zu besorgen, d.h., dass er zuerst versuchen muss, über Absetzen der Ware und andere Leistungsstörungenrechte wie Nachbesserung und Schadensersatz an sein Recht zu kommen<sup>2177</sup>. Ansonsten wäre die Konsequenz, dass er die Vertragsaufhebung vor der Nachlieferung gem. Art. 46 II CISG verlangen könnte<sup>2178</sup>. Versäumt er die Frist, verbleiben ihm die Rechte der Minderung gem. Art. 50 CISG und des Schadensersatzes gem. Art. 45 I lit. b) CISG.

Gem. Art. 49 II Lit. b) i) CISG beginnt die Frist zu laufen ab Kenntnis oder Kennenmüssen der Vertragsverletzung. Ebenso ist mit dem Ablauf der Nachfrist oder der Erfüllungsverweigerung i.S.d. Art. 47 CISG der Fristbeginn nach Art. 49 II lit. b) ii) CISG zu sehen. Art. 49 II lit. b) iii) CISG hingegen lässt den Fristbeginn auf das Ende der Erklärungsfrist i.S.v. Art. 48 II CISG fallen.

### 6. Rechtsfolge

Ist der Vertrag wirksam aufgehoben worden, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus Art. 81 CISG<sup>2179</sup>. Im Fall der unberechtigten Aufhebung ergeben sich die Folgen ebenso aus Art. 81 CISG, wenn beide Seiten zumindest konkludent ihr Einverständnis erteilen<sup>2180</sup>. Der andere Vertragspartner kann allerdings auch selbst den Vertrag aufheben oder weitere Rechtsmittel ergreifen<sup>2181</sup>. Er kann aber auch am Vertrag festhalten, ist dann aber berechtigt, zuerst die Gegenleistung zu fordern, selbst wenn er zuerst hätte leisten müssen, da es ihm nicht zugemutet werden darf, in Kenntnis der Ablehnung des anderen leisten zu müssen<sup>2182</sup>.

<sup>2172</sup> H/C Art. 72 Rn. 5; Piltz § 5 Rn. 275.

<sup>2173</sup> BG CISG- online Nr. 770; S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 24; Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 25; Piltz NJW 2003, 2056, 2063.

<sup>2174</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 27; Enderlein IPRax 1996, 182, 182, 183.

<sup>2175</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 28.

<sup>2176</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 29; Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 36.

<sup>2177</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 32.

<sup>2178</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 32.

<sup>2179</sup> OLG Frankfurt a. M. RIW 1994, 240, 240; Staudinger- Magnus Art. 81 Rn. 1, 4.

<sup>2180</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 45.

<sup>2181</sup> Vgl. S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 46.

<sup>2182</sup> Vgl. S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 48.

Art. 81 I 1 CISG hebt die noch unerfüllten Primärpflichten und die sie direkt unterstützenden Nebenpflichten auf<sup>2183</sup>, nicht jedoch Schadensersatzpflichten, Pflichten bzgl. der Rückabwicklung<sup>2184</sup> und der Bestimmungen über die Beilegung von Streitigkeiten wie Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsklausel, Übereinkommen von Vertragsstrafen oder Schadenspauschalierungen<sup>2185</sup>.

Fraglich ist allerdings die dogmatische Grundlage der Rückabwicklung. Während das Common Law hierüber keine Antwort gibt<sup>2186</sup>, gehen die Vertreter des germanischen Rechtskreises<sup>2187</sup> von einem Rückabwicklungsverhältnis aus, und die Vertreter des romanischen Rechtskreises folgen ihrer Tradition und sehen den Vertrag als nie bestanden an, so dass die *condictio indebiti* des angerufenen Rechts der Hauptforderung eingreift<sup>2188</sup>. Gutgläubige Dritterwerber sollen damit geschützt werden<sup>2189</sup>. Doch widerspricht das dem Grundsatz des Art. 7 I CISG, die Rückabwicklung möglichst konventionsintern zu regeln, zumal die sachenrechtlichen und deliktsrechtlichen Folgen der CISG meist zuwiderlaufen<sup>2190</sup>. Somit ist ein Rückabwicklungsverhältnis anzunehmen.

Art. 81 II CISG gibt den Parteien das Rückforderungsrecht für das bereits Geleistete. Die Sache ist somit in natura zurückzugeben<sup>2191</sup>, Zug um Zug mit der Gegenleistung. Das beinhaltet auch Dokumente und Nebenleistungen<sup>2192</sup>. Ob dies auch rechtsgrundlose Zuvielleistungen betrifft, ist strittig.

Nach der wohl herrschenden Ansicht ist in diesen Fällen das anzuwendende Bereicherungsrecht maßgeblich<sup>2193</sup>. Allein die Zuviellieferung i.S.d. Art. 52 II CISG kann vom CISG erfasst werden. Die entgegenstehende Meinung<sup>2194</sup> will trotzdem in allen Fällen die CISG zur Anwendung kommen lassen, da alle Fälle der Übererfüllung einheitlich nach der CISG zu beurteilen seien.

Die CISG will in Art. 7 II CISG den Rahmen, was vom CISG erfasst wird, soweit wie möglich anlegen. Gibt es also eine Auslegungsmethode, mit der diese Problematik vom CISG geregelt werden kann, so ist sie anzuwenden, schon allein, um die Einheit der Rechtsordnung zu bewahren und zu vermeiden, dass auf denselben Vertrag unterschiedliche Rechtsordnungen anzuwenden sind. In diesem Fall soll nach der ersten Ansicht zwar die zuviel gelieferte Kaufsache nach der CISG zurückgegeben werden, nicht jedoch der versehentlich zuviel geleistete Kaufbetrag. Da zumindest eine analoge Anwendung des Art. 81 II CISG möglich ist, spricht nichts dagegen, die CISG auch hier einheitlich anzuwenden. Ja, es ist sogar geboten. Freilich gibt es dabei eine Einschränkung: Die Zuvielleistung muss einen Zusammenhang mit dem Vertrag haben. Eine versehentliche Leistung an einen Dritten scheidet daher auf jeden Fall aus. Ist dennoch kein Zusammenhang mit dem Vertrag ersichtlich, der aufgehoben wurde, so muss in der Tat das anwendbare Bereicherungsrecht zum Zuge kommen.

Das Recht der Aufhebung durch den Käufer ist allerdings gem. Art. 82 I CISG ausgeschlossen, wenn es ihm nicht mehr möglich ist, die Sache zurückzugeben. Dem Verkäufer hingegen verbleibt das Recht<sup>2195</sup>. Untergang meint hier, dass ein tatsächliches Hindernis besteht, also

---

<sup>2183</sup> S/S Hornung<sup>4</sup> Art. 81 Rn. 8; Staudinger- Magnus Art. 81 Rn. 5.

<sup>2184</sup> Piltz § 5 Rn. 285.

<sup>2185</sup> Bamberger/ Roth- Saenger Art. 81 Rn. 3; MK- Huber Art. 81 Rn. 5; MK/HGB- Benicke Art. 81 Rn. 10; Piltz § 5 Rn. 285.

<sup>2186</sup> Vgl. Honnold Rn. 440 ff.; S/S<sup>4</sup>- Hornung Art.81 Rn. 9b, Fn. 27.

<sup>2187</sup> Staudinger- Magnus Vorbem zu Art. 81 Rn. 2; Schlechtriem Rn. 330.

<sup>2188</sup> B/B- Tallon Art. 81 Bem. 2.5.

<sup>2189</sup> B/B- Tallon Art. 81 Bem. 2.4.

<sup>2190</sup> Schlechtriem Rn. 330.

<sup>2191</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 81 Rn. 17.

<sup>2192</sup> Staudinger- Magnus Art. 81 Rn. 10.

<sup>2193</sup> OLG München RIW 1998, 559, 559, 560; Staudinger- Magnus Art. 81 Rn. 10; Achilles Art. 81 Rn. 1.

<sup>2194</sup> Krebs S. 9, 10.

<sup>2195</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 82 Rn. 8.

etwa die Sache zerstört, beschädigt oder gestohlen ist, wobei ein Verschulden des Käufers am Untergang nicht erforderlich ist<sup>2196</sup>. Bei einer Reparatur kommt es darauf an, ob der Marktwert der Sache nur unwesentlich beeinträchtigt wurde<sup>2197</sup>. War die Ware bereits wertlos, so hindert das nicht die Aufhebung<sup>2198</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der Zeitpunkt der Absendung der Aufhebungserklärung<sup>2199</sup>.

Dieser Grundsatz<sup>2200</sup> wird allerdings begrenzt durch die Ausnahmen von Art. 82 II CISG. Hiernach ist gem. lit. a) die Aufhebung nicht ausgeschlossen, wenn die Ware nicht durch eine eigene Handlung zerstört wurde, so dass im Endeffekt der Verkäufer das Risiko des zufälligen Untergangs tragen muss<sup>2201</sup>. Das gilt auch, wenn der Untergang auf das Verhalten des Verkäufers zurückgeht<sup>2202</sup>.

Nach lit. b) ist die Verschlechterung durch die nach Art. 38 CISG durchzuführende Untersuchung kein Grund zum Ausschluss des Rechts auf Aufhebung.

Zum Schluss gibt noch lit. c) den Weg zur Aufhebung frei, wenn der Mangel erst bei oder nach Verarbeitung oder Weiterveräußerung auftrat, sofern der Käufer vorher noch nichts von ihm wusste oder wissen musste.

Für den Fall, dass der Verkäufer vom Käufer bereitgestellte Stoffe zurückzugeben hat, ist Art. 82 CISG analog anzuwenden<sup>2203</sup>.

Diese auf dem römischen Recht basierende Regelung ist zwar veraltet und sollte in der Tat durch ein Wertersatzsystem abgeändert werden<sup>2204</sup>, also wie in §§ 346, 347 BGB die Rückgewähr als Haftungsproblem regeln, jedoch müsste hierzu die Konvention geändert werden, was nicht zu erwarten ist.

Art. 83 CISG stellt hingegen klar, dass durch einen Ausschluss des Aufhebungsrechts weitere Rechte des Aufhebenden nicht berührt werden.

Art. 84 I CISG gibt dem Verkäufer die Pflicht, das Geld verzinst zurückzugeben, wobei das nur Zug um Zug mit der Rückgabe der Ware zu geschehen hat gem. Art. 81 II 2 CISG analog<sup>2205</sup>. Die Höhe der Zinsen entspricht dabei den üblichen Zinsen am Ort der Niederlassung des Verkäufers<sup>2206</sup>.

Ebenso sind vom Käufer alle Vorteile gem. Art. 84 II CISG zurückzugewähren. Damit sind wie in §§ 99, 100 BGB natürliche und zivile Früchte gemeint<sup>2207</sup>, aber auch Wertersatz für die Benutzung der Ware, welcher sich durch Mietwert oder ähnlichem ermitteln lässt<sup>2208</sup>. Aufwendungen kann der Käufer davon allerdings abziehen, da er nur seinen Nettovorteil schuldet<sup>2209</sup>, aber keine Luxusaufwendungen<sup>2210</sup>. Hat er Nutzungen nicht gezogen, obwohl es üblich und zumutbar war, so ist über die entsprechende Anwendung der Schadenminderungspflicht des Art. 77 CISG der Ersatz zu gewähren<sup>2211</sup>.

---

<sup>2196</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 82 Rn. 5.

<sup>2197</sup> Staudinger- Magnus Art. 82 Rn. 7.

<sup>2198</sup> Staudinger- Magnus Art. 82 Rn. 27a.

<sup>2199</sup> Staudinger- Magnus Art. 82 Rn. 10.

<sup>2200</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 82 Rn. 10.

<sup>2201</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 82 Rn. 10.

<sup>2202</sup> Staudinger- Magnus Art. 82 Rn. 22.

<sup>2203</sup> Staudinger- Magnus Art. 82 Rn. 29.

<sup>2204</sup> Schlechtriem Rn. 321.

<sup>2205</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 84 Rn. 9.

<sup>2206</sup> OLG München CISG- online Nr. 143; OLG Frankfurt NJW 1991, 3102, 3102; S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 17; Magnus ZEuP 1993, 79, 91.

<sup>2207</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 24.

<sup>2208</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 26.

<sup>2209</sup> Staudinger- Magnus Art. 84 Rn. 17.

<sup>2210</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 30.

<sup>2211</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 33.

Nach Art. 84 II lit. b) CISG hat der Käufer, der trotz des Untergangs zur Aufhebung berechtigt war<sup>2212</sup>, dem Verkäufer das Surrogat herauszugeben. Dazu gehören auch Ansprüche auf Ersatzleistungen wie Versicherungsleistungen (*commodum ex re*)<sup>2213</sup> und das *commodum ex negotiatione*, also der Verkaufserlös<sup>2214</sup>.

## **§ 45 Aussetzung der Erfüllung, Art. 71 CISG**

Nach Art. 71 I CISG kann der Schuldner die Erfüllung aussetzen, wenn sich nach Vertragsschluss herausstellt, dass die andere Partei nicht in der Lage ist, ihre Pflicht zu einem wesentlichen Teil zu erfüllen. Dies bedeutet nicht, dass eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, sondern nur, dass die Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Leistung bevorsteht<sup>2215</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner vorleistungspflichtig war<sup>2216</sup>.

### **I. Voraussetzungen**

#### **1. Wesentliche Vertragsverletzung**

Jedoch ist das Drohen einer wesentlichen Vertragsverletzung keine unbedingte Voraussetzung, da ansonsten Art. 72 CISG leerliefe<sup>2217</sup>. Es kommt vielmehr darauf an, ob der zu erwartende Schaden objektiv erheblich ist<sup>2218</sup>. Maßstab hierfür ist die Gesamtbetrachtung des Vertrages<sup>2219</sup>. Das bedeutet, dass dem Schuldner die Leistungserwartung des Gläubigers erkennbar und gleichzeitig dem Gläubiger dessen sofortige Gegenleistung unzumutbar sein muss<sup>2220</sup>. Nicht ausreichend ist die drohende Verletzung einzelner Nebenpflichten oder eines nur kleinen Teils einer Hauptpflicht<sup>2221</sup>. Ebenso droht keine Vertragsverletzung, wenn der Schuldner sich bemüht, die Hindernisse der Leistungserbringung zu umgehen<sup>2222</sup>. Ein Verschulden des Schuldners wird ebenso wenig vorausgesetzt, wie es dem Schuldner möglich ist, sich nach Art. 79 CISG zu befreien<sup>2223</sup>.

Als schwerer und ernstlicher Mangel i.S.d. Art. 71 I lit. a) CISG kommt jeder Grund in Betracht, auch Entlastungsgründe i.S.d. Art. 79 CISG wie Krieg, Streik oder Boykott<sup>2224</sup>, genauso wie Zweifel der Kreditwürdigkeit. Davon ausgeschlossen ist die Kreditwürdigkeit des Bürgen oder Garanten<sup>2225</sup>. Ein weiterer Grund ist nach Art. 71 I lit. b) CISG das Abzeichnen von der Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten, sei es dass er nicht taugliche Rohstoffe liefert oder ungeeignete Transportmittel zur Verfügung stellt<sup>2226</sup>. Maßgeblicher Zeit-

<sup>2212</sup> Staudinger- Magnus Art. 84 Rn. 21.

<sup>2213</sup> Staudinger- Magnus Art. 84 Rn. 23.

<sup>2214</sup> Staudinger- Magnus Art. 84 Rn. 24.

<sup>2215</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 15.

<sup>2216</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 16.

<sup>2217</sup> LG Berlin CISG-Online Nr. 399; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6; Achilles Art. 71 Rn. 2.

<sup>2218</sup> Öst. OGH JBl. 1999, 54, 55, 56; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6.

<sup>2219</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 71 Rn. 13; Bamberger/Roth- Saenger Art. 71 Rn. 2.

<sup>2220</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6.

<sup>2221</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 15; Bamberger/Roth- Saenger Art. 71 Rn. 2.

<sup>2222</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6.

<sup>2223</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 17.

<sup>2224</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 24.

<sup>2225</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 26.

<sup>2226</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 71 Rn. 17; Schlechtriem Rn. 259.

punkt hierfür ist, dass sie sich zwar nach Vertragsschluss herausgestellt haben, also auch, dass sie zwar schon bei Vertragsschluss bestanden, dem Käufer aber nicht bekannt waren<sup>2227</sup>.

Der Gläubiger kann jederzeit das Aussetzungsrecht ausüben und verliert es auch nicht etwa dadurch, dass er nicht sofort reagiert<sup>2228</sup>. Auch ist die Aussetzung formlos möglich, so dass ein Zurückbehalten der Leistung genügt<sup>2229</sup>. Damit soll der Schuldner noch mehr Anreize bekommen, ordentlich zu leisten. Das bedeutet aber auch, dass als Folge der Schuldner informiert werden muss<sup>2230</sup>.

## 2. Wahrscheinlichkeit

Es muss eine hohe Wahrscheinlichkeit der Vertragsverletzung zu erwarten sein<sup>2231</sup>, an welche ein objektiver Maßstab zu Grunde zu legen ist, so dass rein subjektive Befürchtungen unerheblich sind<sup>2232</sup>. Art. 71 CISG gilt für Störungen, die im Vorfeld der Leistungserbringung eintreten drohen<sup>2233</sup>. Da der Eintritt der Nichtleistung noch nicht erfolgt ist, müssen strengere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Nichterfüllung gestellt werden, je weiter der Erfüllungstermin entfernt ist.

## II. **Rechtsfolgen**

Liegen die Voraussetzungen von Art. 71 I CISG vor, kann der Schuldner die Leistung aussetzen. Auch braucht er Vorbereitungen für die Leistung nicht vornehmen<sup>2234</sup>. Damit bleibt er vertragstreue, sofern die Erfüllungsverweigerung berechtigt ist<sup>2235</sup>. Die Pflicht des Schuldners zu leisten, wird nach Art. 71 CISG nur ausgesetzt, aber noch nicht beendet. Das ist erst mit der Vertragsaufhebung gem. Art. 72 CISG der Fall.

### 1. Unterschiedliche Situationen

Leistet in der Folge der Schuldner, so entfällt mit der Leistung auch das Recht der Aussetzung der Gegenleistung<sup>2236</sup>. Ist die Leistung des Schuldners mangelhaft, so muss der Gläubiger zwar seine Gegenleistung erbringen, ihm verbleiben aber seine weiteren Rechtsbehelfe<sup>2237</sup>. Er kann dann aber zumindest einen Teil der Gegenleistung als Minderung und/oder Schadensersatz einbehalten. Dasselbe gilt für die verspätete Leistung des Gläubigers. Er muss seine Gegenleistung erbringen, kann aber seinerseits den Verspätungsschaden geltend machen<sup>2238</sup>. Unterbleibt die Leistung gänzlich, so kann der Gläubiger weiterhin verweigern, seine Pflichten zu erfüllen<sup>2239</sup>. Beide Parteien können somit vom Vertrag Abstand nehmen. Allerdings kann der Schuldner, sofern der Vertrag nicht verwirkt ist, diesen durch Leistung wiederbeleben. Jedoch wird dann in aller Regel schon der Gläubiger zur Vertragsaufhebung aus Artt. 49, 64, 72 CISG berechtigt sein. Fällt der Aussetzungsgrund zu einem Zeitpunkt weg, nach dem

---

<sup>2227</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 19.

<sup>2228</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 29.

<sup>2229</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 21.

<sup>2230</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 30.

<sup>2231</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 18; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 8.

<sup>2232</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 71 Rn. 22.

<sup>2233</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 21.

<sup>2234</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 30.

<sup>2235</sup> LG Stendal IHR 2001, 30, 34; MK- Huber Art. 71 Rn. 15.

<sup>2236</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 33.

<sup>2237</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 22.

<sup>2238</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 22.

<sup>2239</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 36.

der Gläubiger, aber bevor der Schuldner zu leisten hatte, so muss der Gläubiger seine Vorleistung unverzüglich erbringen<sup>2240</sup>. Das bedeutet, dass er die Vorbereitungen weiterzuführen und die Leistung alsbald zu erbringen hat. Die Verzögerung, die durch die Aussetzung entstanden ist, hat er nicht zu verantworten und muss berücksichtigt werden, so dass sich die Frist um eine angemessene Dauer verlängert<sup>2241</sup>. Leistet er aber nicht unverzüglich, so kommt der Gläubiger in Verzug.

## 2. Unberechtigte Erfüllungsverweigerung

Er trägt auch das Risiko, dass seine Aussetzung unberechtigt ist<sup>2242</sup>. Ist sie das, so ist er vertragsbrüchig und ggfls. sogar schadensersatzpflichtig. Dieses Risiko, muss er auch tragen, damit die Schwere des Eingriffs, nämlich die Leistungsverweigerung, nicht zu schnell durchgeführt wird. Denn es kann nur aus einer *ex-post*-Sicht wirklich klar sein, wie wahrscheinlich und schwerwiegend die drohende Vertragsverletzung des Schuldners tatsächlich ist<sup>2243</sup>. Weil somit ein scharfes Schwert nicht allzu früh gezogen werden soll, muss der Gläubiger auch das Risiko tragen und vorsichtig sein. Wenn er es nicht ist, ist er schnell selber vertragsbrüchig. Angesichts der Konsequenzen seines Verhaltens, offener Vertragsbruch, um den Schuldner zur Leistung zu zwingen, ist das nur fair.

## 3. Anhalterecht

Hat der Verkäufer die Ware bereits abgesandt, so kann er nach Art. 71 II CISG die Übergabe der Ware verweigern. Er hat damit ein besonderes Anhalterecht, das *right of stoppage in transitu*<sup>2244</sup>. Dies berechtigt ihn allerdings nur, die Lieferung an den Gläubiger selbst zu verweigern, nicht jedoch an Dritte, wie etwa Käufer vom Käufer<sup>2245</sup>. Unterläuft der Käufer dieses Recht, so begeht er eine Vertragsverletzung, die ihn schadensersatzpflichtig macht<sup>2246</sup>.

## 4. Informationspflicht

Nach Art. 71 III CISG hat er der anderen Partei die Aussetzung der Leistung anzuzeigen. Diese kann angemessene Sicherheiten zur Durchführung der Leistung machen. Zeigt er es ihr nicht an, so kann die andere Partei den Schaden ersetzt verlangen, der auf die ausgebliebene Anzeige zurückzuführen ist, das Aussetzungsrecht wird davon nicht betroffen<sup>2247</sup>. Der Grund hierfür ist die bessere Flexibilität<sup>2248</sup>, als das Negieren des Aussetzungsrechts durch die andere Ansicht<sup>2249</sup>. Auch ergibt sich ein Wertungswiderspruch zu Art. 73 II CISG, wenn das Recht der Suspendierung der eigenen Pflicht vor der Vertragsaufhebung erlösche<sup>2250</sup>. Systematisch kann noch angefügt werden, dass in einem solchen Fall Art. 72 II CISG für die Aufhebung nur verlangt, dass eine Benachrichtigung der Aufhebung nur dann erforderlich ist, „wenn es die Zeit erlaubt und es nach den Umständen vernünftig ist“, um eine Sicherheitenstellung zu

---

<sup>2240</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 22.

<sup>2241</sup> E/M- Strohbach Art. 71 Bem. 10; Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 51; a.A. (nur Zeit der erfolgten Aussetzung) MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 33.

<sup>2242</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 25.

<sup>2243</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 39.

<sup>2244</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 35.

<sup>2245</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 54.

<sup>2246</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 54.

<sup>2247</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 21; Piltz IHR 2001, 162, 162.

<sup>2248</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 21.

<sup>2249</sup> LG Darmstadt IHR 2001, 160, 161; AG Frankfurt a.M. IPRax 1991, 345, 345; Netherlands Arbitration Institute Schiedsspruch Nr. 2319 IHR 2003, 283, 290, 291.

<sup>2250</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 47.

ermöglichen<sup>2251</sup>. Wenn das schon im stärkeren Aufhebungsrecht gilt, so muss das hier erst recht gelten.

### 5. Stellung von Sicherheiten

Der Schuldner kann das Ausüben des Rechts der Aussetzung dadurch abwenden, dass er eine „ausreichende Gewähr“ leistet. Als solche Sicherheiten kommen insbesondere Bürgschaften, Garantien oder Patronatserklärungen infrage<sup>2252</sup>. Nicht ausreichend sind bloße Zusagen oder Absichtserklärungen<sup>2253</sup>. Ob eine Sicherheit geeignet ist, hängt von der Art der Leistungspflicht, deren Verletzung droht, ab<sup>2254</sup>. Sie ist dann ausreichend, wenn deren Verfall dem Schuldner genug Anlass bietet, den Vertrag zu erfüllen<sup>2255</sup>. Bürgschaften und Garantien müssen deshalb den Wert der Nichtleistung oder den zu erwartenden Schaden abdecken<sup>2256</sup>. Sie muss auch tatsächlich bereitgestellt werden, damit der Gläubiger im Falle des Nichteintritts der Leistung nur noch darauf zuzugreifen braucht<sup>2257</sup>. Ein bloßes Angebot, dies zu tun, ist nicht ausreichend. Mit der erfolgten Sicherheitenleistung erstarken die Erfüllungspflichten des Gläubigers wieder<sup>2258</sup>. Unterlässt es der Schuldner hingegen, eine ausreichende Sicherheit zu stellen, so wird hierin ein starkes Indiz für eine wesentliche Vertragsverletzung gesehen, die dem Gläubiger die Vertragsaufhebung nach Art. 72 CISG erlaubt<sup>2259</sup>. Doch obwohl dies ein starkes Indiz ist, kann noch nicht sofort zurückgetreten werden<sup>2260</sup>. Es müssen weitere Faktoren dafür vorliegen, da das Ausbleiben der Stellung einer ausreichenden Sicherheit lediglich ein wenn auch starkes Indiz dafür ist. Erst wenn weitere Faktoren bekannt sind, kann man den Vertrag aufheben.

### 6. Ausschluss nationalen Rechts

Art. 71 CISG schließt all jene Rechtsbehelfe des anwendbaren nationalen Rechts aus, die für jene Situationen vorgesehen sind, in denen nach Vertragsschluss Zweifel an der Erfüllungsfähigkeit der anderen Parteien entstanden sind<sup>2261</sup>. Somit auch den Irrtumsanfechtung über die Leistungsfähigkeit<sup>2262</sup>. Das gilt nicht bei Arglist<sup>2263</sup>.

## **§ 46 Die Vertragsaufhebung in den Principles und dem DCFR**

Ebenso wie im deutschen Recht oder in der CISG ist die Vertragsaufhebung in den Principles und im DCFR die *ultima ratio*. Sie kommt nur dann zur Anwendung, wenn andere Rechtsbehelfe nicht zum gewünschten Erfolg führen bzw. es dem Gläubiger unzumutbar ist, am Vertrag festzuhalten.

---

<sup>2251</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 47.

<sup>2252</sup> MK- Huber Art. 71 Rn. 21.

<sup>2253</sup> MK- Huber Art. 71 Rn. 21.

<sup>2254</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 30.

<sup>2255</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 31.

<sup>2256</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 49.

<sup>2257</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 50.

<sup>2258</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 71 Rn. 46.

<sup>2259</sup> E/M- Strohbach Art. 71 Bem. 10.

<sup>2260</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 52; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 34.

<sup>2261</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 16; Schlechtriem Rn. 261.

<sup>2262</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 41.

<sup>2263</sup> Schlechtriem Rn. 261.



## I. Die Vertragsaufhebung in den PECL

In den PECL kann der Gläubiger zurücktreten, wenn gem. Art. 9:301 I PECL eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt oder gem. Art. 9:301 II PECL eine nach Art. 8:106 III PECL gesetzte Nachfrist erfolglos verstrichen ist. Er hat die Erklärung der Vertragsaufhebung gem. Art. 9:303 I PECL der anderen Partei mitzuteilen. Ferner ist in Art. 9:304 PECL ein Recht auf Vertragsaufhebung gegeben, wenn eine antizipierte Vertragsverletzung droht bzw. gem. Art. 8:105 PECL eine Sicherheit nicht gestellt wurde und der Verdacht einer antizipierten Vertragsverletzung vorliegt. Die Vertragsaufhebung wegen *force majeure* wurde gesondert behandelt<sup>2264</sup>.

Ebenso kommt es gem. Art. 9:303 IV PECL automatisch zur Vertragsaufhebung, wenn der Schuldner infolge eines unvermeidbaren und nicht vorherzusehenden Ereignisses i.S.d. Art. 8:108 PECL gehindert ist, seine Leistung zu erbringen, jedenfalls dann, wenn das Leistungshindernis vollständig und dauerhaft ist. Dies orientiert sich wohl am englischen Institut der *frustration*<sup>2265</sup>.

### 1. Wesentliche Vertragsverletzung

Da die wesentliche Vertragsverletzung bereits oben<sup>2266</sup> ausführlich behandelt wurde, wird insoweit nach dort verwiesen. Eine wesentliche Vertragsverletzung ermöglicht jedenfalls die sofortige Vertragsauflösung.

### 2. Erfolgloses Ablaufen der Nachfrist

Liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor, so kann der Gläubiger gem. Art. 9:301 II PECL i.V.m. Art. 8:106 III PECL den Vertrag aufheben, wenn die andere Partei nach Gewährung einer angemessenen Nachfrist diese ohne den Vertrag zu erfüllen verstreichen lässt. Dann wird das Verstreichen der Nachfrist zur wesentlichen Vertragsverletzung<sup>2267</sup>. Während des Laufs der Nachfrist ist es dem Gläubiger gem. Art. 8:106 II PECL nicht gestattet, andere Rechtsbehelfe außer dem Zurückbehaltungsrecht der eigenen Leistung und dem Schadensersatz wegen der Verzögerung zu verlangen. Andererseits verliert der Gläubiger gem. Art. 9:102 III PECL den Anspruch auf Naturalerfüllung, sollte er diesen nicht binnen angemessener Zeit nachdem er von der Nichtleistung erfuhr oder hätte erfahren müssen geltend gemacht haben. Diese Frist ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen und mag sehr kurz sein<sup>2268</sup>. Deswegen sollte dieser Anspruch immer gestellt werden<sup>2269</sup>. Da im Gegensatz zum UN-Kaufrecht und den PICC, von Ausnahmen abgesehen, die PECL auch für Verbraucher gelten, ist eine solche Regel problematisch<sup>2270</sup>. In solchen Fällen Art. 9:102 III PECL großzügig ausgelegt werden oder gar teleologisch auf null reduziert werden, damit der Verbraucherschutz vollständig greift. Art. 9:102 PECL widerspricht somit ebenfalls dem Grundgedanken des Art. 8:106 PECL<sup>2271</sup>. Dieser will ja gerade, dass der Gläubiger die Chance behält, die Leistung des Schuldners in angemessener zusätzlicher Zeit zu akzeptieren, ohne dass dieser seiner Rechte beraubt wird<sup>2272</sup>. Der Schuldner soll eine letzte Chance bekommen und der Ver-

---

<sup>2264</sup> Siehe § 13 I.

<sup>2265</sup> Coen S. 258.

<sup>2266</sup> Siehe § 29 I.

<sup>2267</sup> Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 351.

<sup>2268</sup> PECL Art. 9:102 Kommentar I.

<sup>2269</sup> PECL Art. 9:303 Kommentar C (1).

<sup>2270</sup> Vgl. Flessner ZEuP 1997, 255, 309, 310.

<sup>2271</sup> Coen S. 273.

<sup>2272</sup> PECL Art. 8:106 Kommentar C.

trag nach Möglichkeit erhalten bleiben, was auch dem Grundgedanken des *pacta sunt servanda* entspricht. Insofern muss Art. 9:102 III PECL teleologisch reduziert werden. Dafür spräche auch, die Frist des Art. 9:102 III PECL auf die Nachfrist des Art. 8:106 PECL wenigstens insoweit anzurechnen, dass sie einen angemessenen Zeitraum nicht übersteigt<sup>2273</sup>. Dann hat der Gläubiger weniger Zeit zu verlieren und dem Schuldner wird nicht übermäßig Zeit zur Erfüllung gegeben. Eine Forderung zur Nacherfüllung wird dann als Geltendmachung der Naturalerfüllung zu verstehen sein<sup>2274</sup>.

Die Kollision von dem Recht Gläubigers auf Erfüllung und dem Recht des Schuldners, unbillige Härten zu vermeiden, die durch eine verspätete Meldung des Gläubigers eingetreten sind, führt zu einem Dilemma. Der Schuldner soll keine unbilligen Härten erleiden, die ihm durch eine verspätete Meldung des Gläubigers entstanden sind<sup>2275</sup>. Andererseits soll er auch leisten und der Gläubiger nicht in Gefahr laufen, seine Rechte zu verlieren. Der Schuldner kann sich der Leistung entziehen und behaupten, eine unbillige Härte liege vor. Um das zu verhindern, ist Art. 9:102 III PECL restriktiv zu verstehen. Versteht man Art. 9:102 III PECL als Ausformung von Treu und Glauben, muss man folgendes beachten:

Erstens: Der Schuldner soll generell nur in Ausnahmesituationen geschützt werden, in denen er *unbillige* Härten erleidet. Diese Härten müssen aber schon so groß sein, dass sie an *force majeure* heranreichen oder dem Gläubiger überwiegendes Mitverschulden trifft. Bei anderen, weniger intensiven Einschnitten kann der Schuldner Mitverschulden des Gläubigers geltend machen und hat ebenfalls Ansprüche gegen ihn, muss jedoch leisten. Liegen keine Härten vor, so ist die Frist gleich der Verjährungsfrist gem. Artt. 14:201 ff. PECL.

Zweitens: Der Gläubiger ist immer auf der sicheren Seite, wenn er zügig die Nacherfüllung annimmt. Diese beinhaltet zugleich das Fordern der Naturalerfüllung. Macht er das nicht, so kann er selbst schadensersatzpflichtig werden und den Anspruch auf Naturalleistung verlieren. Doch muss letzteres der Ausnahmefall sein, da ansonsten der Schuldner zu sehr geschützt wird.

Einem Gläubiger ist zu raten, sofern er an einer Erfüllung immer noch interessiert ist, eine Nachfristsetzung nur dann zu setzen, wenn er noch an einer Naturalerfüllung interessiert ist<sup>2276</sup>. Liegt eine wesentliche Nacherfüllung vor, und ist der Gläubiger trotzdem an einer Naturalerfüllung interessiert, so kann er immer noch, vgl. Art. 8:102 S. 2 PECL, Leistungsklage einlegen und gegebenenfalls später auf Schadensersatz oder Vertragsaufhebung umschwenken<sup>2277</sup>. Das entspricht auch dem Grundgedanken, dass der Gläubiger erst auf Erfüllung drängen sollte, bevor er den Vertrag aufhebt, wenn die Erfüllung aussichtslos erscheint<sup>2278</sup>. Sollte er umgekehrt nicht mehr an der Erfüllung interessiert sein, so kann der Gläubiger problemlos den Vertrag gem. Art. 9:301 I PECL im Falle einer wesentlichen Vertragsverletzung aufheben. Will er vom Vertrag zurücktreten, obwohl keine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, muss er die Nachfrist setzen, da er ansonsten nicht vom Vertrag freikommt, ohne selbst schadensersatzpflichtig zu werden. Ist der Gläubiger unschlüssig oder an der Leistung nicht mehr interessiert, so kann er gem. Art. 9:303 III lit. a) PECL warten, bis der Schuldner sein Angebot zur Leistung macht, und sogar noch angemessene Zeit darüber hinaus, und dann seine Entscheidung treffen<sup>2279</sup>. Damit ist es ihm möglich, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren<sup>2280</sup>. Das gilt gem. Art. 9:303 III lit. b) PECL nicht für den Fall, dass er weiß oder Grund zur Annahme hat, dass der Schuldner binnen angemessener Zeit erfüllen

---

<sup>2273</sup> Coen S. 274.

<sup>2274</sup> Coen S. 274

<sup>2275</sup> PECL Art. 9:102 Kommentar I.

<sup>2276</sup> PECL Art. 8:106 Kommentar C; Coen S. 274.

<sup>2277</sup> PECL Art. 8:102 Kommentar C.

<sup>2278</sup> Lando PECL S. XL.

<sup>2279</sup> PECL Art. 9 303 Kommentar C (2).

<sup>2280</sup> Coen S. 275.

und der Gläubiger die verspätete Leistung ablehnen will. Das gilt aber nur dann, wenn er fest entschlossen ist, die Leistung abzulehnen, da er das Recht hat, auf das Angebot zu warten, wenn er unschlüssig ist<sup>2281</sup>. Da der Schuldner diesbezüglich die Beweislast hat, wird es für ihn schwer sein, diese feste Absicht zu beweisen, so dass dieser Schuldnerschutz in der Praxis sich als stumpfes Schwert erweisen dürfte<sup>2282</sup>.

Die Möglichkeit der Nachfristsetzung besteht in den PECL wie in der CISG gem. Art. 9:301 II i.V.m. Art. 8:106 III PECL nur dann, wenn eine Leistungsverzögerung vorliegt<sup>2283</sup>. Hiermit soll verhindert werden, dass die Nichtbehebung kleiner Fehler einen internationalen Kaufvertrag aufheben kann, was nur *ultima ratio* sein kann<sup>2284</sup>. Zwar kann im Fall der mangelhaften Leistung eine Nachfrist gesetzt werden, doch ist sie dann nur eine Erinnerung an den Schuldner, den Mangel zu beheben, sie kann aber nicht benutzt werden, den Vertrag aufzuheben<sup>2285</sup>. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen den Leistungsstörungen teilweise schwierig und nicht einzusehen<sup>2286</sup>, warum jemand, der nicht (ganz) leistet anders behandelt werden soll, als jemand der mangelhaft leistet<sup>2287</sup>. Da Art. 8:104 PECL davon ausgeht, dass es eine Verzögerung der Leistung darstellt, wenn mangelhaft geleistet wurde, ist hier ein weiteres Beispiel zu sehen, dass den PECL, wie auch den PICC, eine Angleichung der Normen gut getan hätte. Art. 8:104 PECL entstammt dem englischen und schottischen Recht<sup>2288</sup>, während Art. 8:106 PECL auf dem deutschen Recht der Nachfrist basiert<sup>2289</sup>. Anstatt eine wirkliche Anpassung vorgenommen zu haben, wurden hier einander fremde Rechtinstitute in ein Regelwerk „herein gequetscht“ ohne dass man auf eine Anpassung der Normen achtete, vielleicht auch deshalb, weil den Verfassern diese gar nicht aufgefallen sind. Sie sind nicht aus einem Guss. Um das zu verhindern, hätte man hauptsächlich einem Modell folgen und aufpassen müssen, dass die Normen wirklich zueinander passen. Damit hätte man die Nachfristsetzung für *alle* Arten der Leistungsstörungen grundsätzlich einführen sollen, mit Ausnahme von denen, wo eine Nachfristsetzung offensichtlich nicht in Betracht kommen kann wie der Unmöglichkeit oder der Erfüllungsverweigerung.

Ein Redaktionsversehen hingegen stellt die Nachfristsetzung im Fall der ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung während der laufenden Nachfrist dar<sup>2290</sup>. Nach dem Wortlaut kann gem. Art. 8:106 II S. 2 PECL der Gläubiger zwar jedes der in Kapitel 9 genannten Rechte ausüben, doch besagt Art. 9:301 PECL für die Aufhebung, dass man nur wegen einer wesentlichen Nichterfüllung oder dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist zurücktreten kann. Und Art. 9:304 PECL ist nicht anwendbar, da die Weigerung vor dem Leistungszeitpunkt stattgefunden haben muss. Da ein sachlicher Grund nicht erkennbar ist, zumal Art. 9:301 auch für den Fall der Weigerung innerhalb der Nachfrist eintreten soll<sup>2291</sup>. Also bleiben nur noch die Möglichkeiten, eine Verweigerung der Erfüllung als wesentliche Nichterfüllung zu klassifizieren<sup>2292</sup> oder *a fortiori* gem. Art. 9:304 PECL, wobei dieser teleologisch ausgedehnt wird auf die Fälle, wo nach Fälligkeit die Leistung verweigert wird<sup>2293</sup>. Obwohl die Weigerung der Leistung generell eine wesentliche Nichterfüllung ist, ist es sicherer, Art. 9:304 PECL teleologisch zu extensivieren, da dieser schon eine diesbezügliche Regelung enthält. Da Art. 9:303

---

<sup>2281</sup> Coen S. 275; vgl. PECL Art. 9:303 Kommentar C (2).

<sup>2282</sup> Coen S. 275.

<sup>2283</sup> A.A.: Schlechtriem *Abstandnahme* S. 167.

<sup>2284</sup> Vgl. Schlechtriem *Abstandnahme* S. 167.

<sup>2285</sup> PECL Art. 8:106 Kommentar C.

<sup>2286</sup> Coen S. 275, 276.

<sup>2287</sup> Vgl. Art. 8:104 Beispiel 3 und Art. 8:106 Kommentar B Beispiel 2.

<sup>2288</sup> PECL Art. 8:104 Anmerkung 1.

<sup>2289</sup> PECL Art. 8:106 Anmerkung 6.

<sup>2290</sup> Coen S. 277.

<sup>2291</sup> PECL Art. 9:301 Kommentar C.

<sup>2292</sup> Wohl a.A.: PECL Art. 9:301 Kommentar C.

<sup>2293</sup> Coen S. 277.

III lit. a) PECL dem Schuldner eine Frist, die Aufhebung zu erklären, bis zum Angebot der Leistung setzt und diese vermutlich nie kommen wird, muss Art. 9:303 III lit. a) PECL diesbezüglich teleologisch reduziert werden, so dass die Aufhebung *unverzüglich* erklärt werden muss<sup>2294</sup>.

### 3. Ausschluss der Vertragsaufhebung

Genauso wie der Leistungsanspruch ist der Aufhebungsanspruch gem. Art. 9:303 II PECL ausgeschlossen, wenn diese nicht binnen angemessener Zeit erklärt wurde. Da allerdings hier das gleiche Dilemma zwischen Schuldner- und Gläubigerschutz auftaucht, kann man die obige Lösung zur Forderung der Leistung nur wiederholen. Das bedeutet, dass der Schuldner nur in Ausnahmesituationen sich hierauf berufen darf, sei es, dass ein fast schon an *force majeure* heranreichende Härte vorliegt oder den Gläubiger überwiegendes Mitverschulden trifft. In den übrigen Fällen wird er sich wegen Mitverschuldens einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger haben. Ansonsten ist auch hier der Schuldnerschutz zu hoch.

Art. 8:104 PECL gibt dem Schuldner das Recht zur Heilung durch ein neues vertragskonformes Angebot. Der Schuldner hat hierzu so lange das Recht, wie die Leistungszeit noch nicht abgelaufen ist oder die Verzögerung keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Es lässt sich nirgends aus dem Text der PECL entnehmen, jedoch ist davon auszugehen, dass während dieser Zeit die Rechte des Gläubigers mit Ausnahme des Verzögerungsschadensersatzes und der Zurückbehaltung der eigenen Leistung suspendiert sind. Die Interessen des Gläubigers sind dann allerdings insbesondere bei der Bestimmung, ab wann eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, zu berücksichtigen. Diese Regelung ist auch nur rudimentär geregelt, wie viele andere Normen der PECL auch.

### 4. Antizipierte Nichterfüllung

Art. 9:201 II PECL gibt den Vertragspartnern das Recht, die Leistung zurückzuhalten, wenn klar ist, dass es zu einer Nichterfüllung kommt. Diese Nichterfüllung muss nicht wesentlich sein<sup>2295</sup>. Jedoch ist bei einer nur unwesentlichen Nichterfüllung treuwidrig, die ganze Gegenleistung zurückzubehalten. Über die hinreichende Wahrscheinlichkeit werden in den PECL keine Angaben gemacht. Diese müssen aus den anderen Normen der PECL wie Treu und Glauben herausgelesen werden. Es ist angezeigt, sich hier dicht an der CISG anzulehnen.

Droht eine wesentliche Vertragsverletzung vor Fälligkeit einzutreten, gibt Art. 9:304 PECL dem Gläubiger die Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten. Wie in der CISG und den PICC ist auch in den PECL dogmatisch offengelassen worden, ob, wie im deutschen Recht, bereits eine Vertragstreuepflicht verletzt wird oder, sofern zumindest eine Erfüllungsverweigerung vorliegt, ein Angebot des vertragsbrüchigen Schuldners vorliegt, aus dem Vertrag gegen Zahlung von Schadensersatz auszusteigen<sup>2296</sup>. Allerdings ist in beiden Fällen der gleiche Wertungsrahmen anzulegen<sup>2297</sup>. Es muss damit hinreichend sicher sein, bei einer Ablehnung muss auch feststehen dass diese ernsthaft und endgültig ist, und wie schwerwiegend die Vertragsverletzung ist, dass sie eine Vertragsaufhebung rechtfertigt<sup>2298</sup>.

Damit soll der vertragstreuen Partei die Zumutung erspart bleiben, an einem Vertrag festhalten zu müssen, den die andere Partei definitiv verletzen wird<sup>2299</sup>. Dafür muss eine wesentliche

---

<sup>2294</sup> Coen S. 277.

<sup>2295</sup> PECL Art. 9:201 Kommentar B.

<sup>2296</sup> Vgl. hierzu Leser S. 643 ff.

<sup>2297</sup> Schlechtriem Abstandnahme S. 170.

<sup>2298</sup> Schlechtriem Abstandnahme S. 170.

<sup>2299</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar A.

Nichterfüllung i.S.d. Art. 8:103 PECL drohen<sup>2300</sup>. Diese muss auch feststehen. Zweifel reichen nicht aus<sup>2301</sup>. Erst dann kann die Vertragsaufhebung erklärt werden. Außerdem ist implizit, dass dem Gläubiger alle Rechte zustehen, die er hätte, wenn eine tatsächliche Nichtleistung vorliegt<sup>2302</sup>. Mithin kann er nicht nur den Vertrag aufheben, sondern auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Der Gläubiger hat das Recht zur Vertragsaufhebung jederzeit, solange feststeht, dass es zu einer Vertragsverletzung kommt<sup>2303</sup>. Steht es nicht einwandfrei fest, so begeht er selber eine schwere Vertragsverletzung und macht sich selbst schadensersatzpflichtig. Deswegen sollte er diese Rechtsausübung sorgfältig überdenken. Er hat keine Obliegenheit, dieses Recht auszuüben<sup>2304</sup>. Vielmehr sollte sie in solchen Fällen gem. Art. 8:105 PECL dem Schuldner eine Frist setzen, in der er eine angemessene Gewähr für die Leistungserbringung stellt. Art. 8:105 PECL soll gerade dieses Dilemma des Gläubigers lösen, einerseits selbst Gefahr laufen, Schadensersatz zahlen zu müssen, andererseits sehenden Auges schwere Verluste bei doch nicht erfolgter Leistung des Schuldners zu riskieren<sup>2305</sup>. Während dieser Zeit hat der Gläubiger seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn er vorleistungspflichtig ist<sup>2306</sup>.

Hat der Schuldner binnen der angemessenen Frist keine ausreichende Sicherheit gestellt, ist diese Weigerung als wesentliche Nichterfüllung anzusehen, so dass sofort die Vertragsaufhebung erklärt werden kann<sup>2307</sup>. Ferner kann er Schadensersatz verlangen, wenn keine Entschuldigung i.S.d. Art. 8:108 PECL vorliegt.

## 5. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der PECL sind grundsätzlich als Prinzipien ausgelegt<sup>2308</sup>. Das zeigt besonders Art. 9:309 PECL, wobei die eine Partei bei Unmöglichkeit der Rückgabe einen „angemessenen“ Wertersatz leisten soll. Diese sollen Anhaltspunkte sein, aber nicht strikte Regeln<sup>2309</sup>.

### a) Grundnorm Art. 9:305 PECL

Grundnorm der Rückabwicklung ist Art. 9:305 PECL. Hiernach werden beide Parteien von ihren künftigen Leistungspflichten befreit, nicht jedoch von den Pflichten, die bisher Teil des Vertrages waren, mit Ausnahme der Artt. 9:306 bis 9:308 PECL. Damit gilt die Vertragsaufhebung *ex nunc*, so dass sie keine Rückwirkung hat<sup>2310</sup>. Damit entsteht in der Tat ein Spannungsverhältnis<sup>2311</sup>. Zum einen sollen die Vertragspflichten generell das Vertragsende überdauern, andererseits die Primärleistungspflichten aufgehoben werden. Und gerade diese sind es, die schon bei Vertragsschluss entstanden sind.

Um diesen Widerspruch aufzulösen, kann man zwei Wegen gehen:

---

<sup>2300</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar B.

<sup>2301</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar C.

<sup>2302</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar D.

<sup>2303</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar E.

<sup>2304</sup> Coen S. 272.

<sup>2305</sup> PECL Art. 8:105 Kommentar A.

<sup>2306</sup> PECL Art. 8:105 Kommentar B.

<sup>2307</sup> PECL Art. 8:105 Kommentar C.

<sup>2308</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 693.

<sup>2309</sup> Vgl. PECL Art. 9:309 Kommentar B.

<sup>2310</sup> Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 354.

<sup>2311</sup> Coen S. 281.

#### aa) „Deutscher“ Lösungsansatz

Ein deutscher Jurist würde versuchen, den zweiten Halbsatz von Art. 9:305 I PECL eingeschränkt zu lesen<sup>2312</sup>. Damit soll Art. 9:305 I PECL so verstanden werden, dass der zweite Halbsatz nur die anderen Rechte erfasst, nicht jedoch die Leistungsrechte<sup>2313</sup>. Damit blieben insbesondere die Sekundärrechte wegen der Nichterfüllung, auf die es gerade ankommt<sup>2314</sup>, erhalten. Der Gläubiger kann weiterhin Schadensersatz fordern oder Vertraulichkeit verlangen. Doch da Art. 8:102 PECL diese ausdrücklich gewährt, wäre der zweite Halbsatz überflüssig<sup>2315</sup>.

Ebenso blieben hiernach die (Schieds-)Gerichtsklauseln erhalten<sup>2316</sup> und die Vertragsstrafen wirksam. Außerdem würde so klargestellt, dass die Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen lediglich für die Zukunft Wirkung entfaltet und eine Rückabwicklung der in der Vergangenheit ausgetauschten Leistungen generell ausgeschlossen ist. Auch das ist von den PECL beabsichtigt<sup>2317</sup>.

Nach dieser Auffassung wäre der zweite Halbsatz von Art. 9:305 I PECL bar jeglicher Bedeutung<sup>2318</sup>. Allenfalls als Klarstellung für die anderen bestehenden Normen wie Art. 9:305 II PECL oder Art. 8:102 PECL fände er noch Wirkung. Der Vorbehalt der Artt. 9:306 bis 9:308 PECL wäre nur für Dauerschuldverhältnisse von Belang.

#### bb) „Angelsächsischer“ Lösungsansatz

Nach dieser Ansicht bleibt man näher am Wortlaut<sup>2319</sup>. Hiernach wird der erste Halbsatz nicht de facto den zweiten einschränken, wie es zwingenderweise die erste Ansicht vertritt, sondern der zweite den ersten. Das wird durch das Wort „aber“ gestützt. Somit sollen hiernach nach Vertragsaufhebung alle *künftigen* Leistungsverpflichtungen wegfallen, *sämtliche* anderen Rechte und Pflichten, die bis dato entstanden sind, *einschließlich* der Primärleistungspflichten, fortbestehen, soweit nicht Artt. 9:306 bis 9:308 PECL eingreifen<sup>2320</sup>. Allerdings müsste dann das Wort „entstanden“ anders verstanden werden<sup>2321</sup>. „Entstanden“ wäre demnach die Leistungsverpflichtung erst mit der Fälligkeit, die sich aus den Artt. 7:102, 7:104 PECL ergibt, und nicht schon mit dem Vertragsschluss.

Hiernach blieben die Primärleistungspflichten erhalten, soweit es sich der Fälligkeitszeitpunkt vor der Aufhebung befand<sup>2322</sup>. Diese Pflicht bestünde sogar noch weiter. Das wird zum einen von den Artt. 9:306 bis 9:308 PECL eingeschränkt, wonach die Leistung doch zurückgefordert werden kann<sup>2323</sup>. Zum anderen ergibt sich eine Einschränkung aus der Unvereinbarkeit der Rechtsbehelfe Vertragsaufhebung und Naturalrestitution<sup>2324</sup>. Da die Geldleistung auch als Naturalerfüllung zählt<sup>2325</sup>, müsste dies auch für den Kaufpreisanspruch gelten. Ist der Gläubiger Schuldner der Sachleistung, so verlöre er strenggenommen mit der Vertragsaufhebung sein Recht auf Kaufpreiszahlung. Allerdings verbliebe ihm dann ein Schadensersatzanspruch wenigstens in der Höhe des Kaufpreises.

---

<sup>2312</sup> Coen S. 285.

<sup>2313</sup> Herold S. 233.

<sup>2314</sup> PECL Art. 9:305 Kommentar B.

<sup>2315</sup> Coen S. 285.

<sup>2316</sup> Vgl. PECL Art. 9:305 Kommentar B und dortiges Beispiel 2.

<sup>2317</sup> PECL Art. 9:305 Kommentar B.

<sup>2318</sup> Coen S. 286.

<sup>2319</sup> Coen S. 287.

<sup>2320</sup> Vgl. Beatson *Theoretical Inquiries in Law* 1 [2000], Artikel 4 S. 13.

<sup>2321</sup> Coen S. 288.

<sup>2322</sup> Coen S. 289.

<sup>2323</sup> Coen S. 291.

<sup>2324</sup> Coen S. 291.

<sup>2325</sup> Vgl. die Einordnung des Art. 9:101 PECL in den Abschnitt 1 vom 9. Kapitel.

### cc) Ergebnis

Auf den ersten Blick kommen beide Ansichten zu praktisch gesehen weitgehend zum selben Ergebnis<sup>2326</sup>. Die eine Seite will den Anspruch auf die ursprüngliche Primärleistung als durch die Vertragsaufhebung erloschen betrachten, während die andere Seite ihn als mit der Vertragsaufhebung unvereinbaren Rechtsbehelf ausgeschlossen sieht. Insofern besteht praktisch kein Unterschied und auch dogmatisch sind im Ergebnis beide Ansichten nicht weit entfernt<sup>2327</sup>. Nichtsdestotrotz ist es vorschnell, diese Diskussion als „Elfenbeinturmdiskussion“ ohne wirklich relevanten praktischen Bezug abzutun. In der Tat gibt es einen gewichtigen Unterschied. Es ist der Vergütungsanspruch des Aufhebungsgegners<sup>2328</sup>.

Diesem Anspruch, verdient durch eine mangelhafte Leistung, kann sich die vertragsaufhebende Partei nicht entziehen. Nach der „deutschen“ Auslegung wäre er gem. Art. 9:305 I 1. Halbsatz PECL erloschen, während er nach der „englischen“ Auslegung gem. Art. 9:305 I 2. Halbsatz in Ermangelung einer Rückforderbarkeit nach Art. 9:307 bestehen bliebe<sup>2329</sup>. Damit bliebe das kuriose Ergebnis, dass der vertragstreue Partner weniger Rechte hätte, als der Schädiger. Dieses absurde Ergebnis könnte nur dann von der „englischen“ Auffassung vermieden werden, wenn man auch die Primärleistungsansprüche als aufgehoben betrachtet, was schwerlich möglich ist<sup>2330</sup>. Ferner ist ein Anspruch nicht mit der Fälligkeit entstanden, dann ist er erst durchsetzbar, sondern bereits mit Vertragsschluss. Alles andere würde dem Grundlegendsten des Vertragsrechts entgegenstehen.

Deswegen, und weil der vertragsaufhebende Verkäufer keinen Schadensersatzanspruch haben mag, da der Käufer entschuldigt ist, kann der „englischen“ Auffassung nicht gefolgt werden. Selbst wenn sie von der Kommission so favorisiert wurde, ist sie als untauglich abzulehnen. Sie kommt zu nicht vertretbaren Ergebnissen. Somit ist der „deutschen“ Auslegung zu folgen, die diesbezüglich keinen Schwachpunkt hat und in jeder Hinsicht zu einem vernünftigen Ergebnis kommt.

### b) Wertminderung von Gegenständen gem. Art. 9:306 PECL

Gem. Art. 9:306 PECL können Gegenstände, die sie bereits vorher empfing, von der vertragsaufhebenden Partei zurückgewiesen werden, wenn durch die Nichterfüllung der Wert für die aufhebende Partei wesentlich vermindert worden ist. Dabei ist unklar, auf welchen Zeitpunkt sich das „bereits vorher empfangen hat“ bezieht. Zum einen kann es sich auf einen Zeitpunkt vor der Vertragsaufhebung beziehen, zum anderen auf einen Zeitpunkt vor dem Erfüllungsversuch<sup>2331</sup>.

Im erstgenannten Fall ist eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts zwingende Schlussfolgerung. Demnach können vertragswidrige Gegenstände nur dann zurückgegeben werden, wenn sich durch die Nichterfüllung, und zwar einschließlich der Andienung einer vertragswidrigen Sache, der Wert für den Empfänger wesentlich gemindert ist. Dies sei nur für jene seltenen Fälle interessant, in denen die wesentliche Nichterfüllung mit der Sache als solcher nichts zu tun hat, also der Wert für den Empfänger nur unwesentlich gemindert ist<sup>2332</sup>.

Andererseits gebe die zweite Ansicht dem Gläubiger das Recht, eine erst durch die wesentliche Vertragsverletzung verursachte Wertlosigkeit der Sache zu beheben, indem er sie zurückweist<sup>2333</sup>.

---

<sup>2326</sup> Coen S. 292.

<sup>2327</sup> Coen S. 292.

<sup>2328</sup> Coen S. 292.

<sup>2329</sup> Coen S. 292.

<sup>2330</sup> Vgl. Coen S. 295.

<sup>2331</sup> Coen S. 299.

<sup>2332</sup> Coen S. 299, 300.

<sup>2333</sup> Coen S. 300.

Dieser Ansicht ist auch zuzustimmen. Denn wenn die Sache bereits bei Leistung wertlos wäre, erübrigte sich der Art. 9:306 PECL, da diese bereits als nicht vertragskonform zurückgewiesen werden können. Außerdem gibt diese Ansicht dem Gläubiger ein zusätzliches Recht, da es ihm ermöglicht, wertlos gewordene Sachen zurückzuweisen, die durch die wesentliche Vertragsverletzung wertlos geworden sind<sup>2334</sup>. Damit entspricht diese Ansicht mehr dem Zweck, den Gläubiger zu schützen und ist zu präferieren.

Der Sinn dieser Regelung ist, dass, obwohl der Gläubiger auch andere Rechte wie Schadensersatz oder Minderung geltend machen könnte, die Zurückweisung meist das einfachste Mittel ist, sich der jetzt unerwünschten Gegenstände zu entledigen<sup>2335</sup>.

### c) Rückgabe von Geld gem. Art. 9:307 PECL

Art. 9:307 PECL gibt dem Gläubiger das Recht, das Geld zurückzuverlangen, das für eine nicht angenommene oder berechtigterweise zurückgewiesene Leistung gezahlt worden ist. Grundgedanke hierfür ist, dass derjenige, der für eine Sache bezahlt hat, die nicht geleistet worden ist, sein Geld zurückfordern kann<sup>2336</sup>. Problematisch hingegen ist die Situation, wenn der Gläubiger zwar den vollen Kaufbetrag gezahlt und der Schuldner zwar geleistet hat, die Leistung aber hinter der vertraglichen Vereinbarung zurückbleibt. Dafür gibt es drei Lösungsmöglichkeiten.

Zuerst könnte man sagen, dass der gezahlte Preis in voller Höhe zurückverlangt werden kann, da „für“ die Leistung gezahlt wurde, die selbst definitionsgemäß nicht erbracht worden ist<sup>2337</sup>. Dann müsste der Sachschuldner Ausgleich über Artt. 9:308 oder 9:309 PECL suchen.

Demgegenüber kann man sich auf die englische *total-failure-of-consideration*-Lehre beziehen, so dass der Gläubiger nicht zurückverlangen kann, da er eine Leistung erhalten hat, wenngleich diese nicht vertragsgemäß ist<sup>2338</sup>.

Vermittelnd könnte man argumentieren, dass in solchen Fällen eine anteilige Rückforderung möglich ist<sup>2339</sup>.

Jede dieser Lösungen führt zu Problemen und zeigt zum wiederholten Mal, dass die innere Kongruenz der Principles und des DCFR einiges zu wünschen übrig lässt. Denn die erste Lösungsmöglichkeit führt dazu, dass Art. 9:306 PECL überflüssig wird<sup>2340</sup>. Die Zurückweisungsmöglichkeit des Empfängers hätte keinen Sinn mehr, wenn diese für die Rückforderbarkeit des geleisteten Geldes irrelevant wäre<sup>2341</sup>. Eine anteilige Rückgewähr läuft praktisch auf eine Minderung gem. Art. 9:104 PECL hinaus, die ja gerade als unvereinbar mit dem Rücktritt gelten soll<sup>2342</sup>. Und die Ansicht, dass nicht zurückverlangt werden kann, öffnet dem Missbrauch Tür und Tor, da jetzt irgendeine Leistung ausreicht, den Rückzahlungsanspruch des Gläubigers zu vereiteln, so dass selbst Art. 9:302 S. 2 PECL kaum helfen könnte<sup>2343</sup>. Damit befindet man sich in einem Trilemma, dessen Ausweg nur die Reform der PECL sein kann. Bis dahin muss man sich mit dem geringstmöglichen Übel zufrieden geben. In diesem Fall ist das die erste Ansicht. Obschon dann Art. 9:306 PECL de facto aufgehoben wird, kann es nicht sein, dass eine Schlechtleistung dann quasi zur Erfüllung mutiert, obwohl die PECL gerade das in Art. 1:301 IV PECL verhindern wollen, da das die Konsequenz daraus wäre. Und die vermittelnde Ansicht führt einen weiteren Rechtsbehelf ein, den die PECL

---

<sup>2334</sup> Coen S. 300.

<sup>2335</sup> PECL Art. 9:306 Kommentar.

<sup>2336</sup> Coen S. 301.

<sup>2337</sup> Coen S. 302.

<sup>2338</sup> Vgl. PECL Art. 9:307 Kommentar B.

<sup>2339</sup> Coen S. 302; vgl. PECL Art. 9:307 Kommentar C, da aber nur für Dauerschuldverhältnisse im weiteren Sinn..

<sup>2340</sup> Coen S. 302.

<sup>2341</sup> Coen S. 302.

<sup>2342</sup> PECL Art. 8:102 Kommentar B.

<sup>2343</sup> Coen S. 302.



nicht vorsehen, nämlich die Aufhebungsminderung. In Anbetracht dieser Probleme ist die erste Ansicht die Beste.

Die Zinsen sind sollen nach Art. 9:508 PECL gefordert werden können<sup>2344</sup>. Dem Wortlaut sowohl von Art. 9:307 als auch Art. 9:508 PECL ist das nicht zu entnehmen. Ebenso ist der Zeitpunkt der Verzinsungspflicht nicht geregelt. Damit ist Art. 9:508 PECL nicht direkt anwendbar, aber analog. Dabei muss auf den Zeitpunkt der Vertragsaufhebung abgestellt werden, da dies dem Sinn und Wortlaut von Art. 9:508 am ehesten entspricht<sup>2345</sup>.

#### d) Sukzessivlieferungsverträge

Bei Verträgen, die durch unabhängige Teilleistungen zu erbringen ist, kommt Art. 9:302 PECL zu einer Einschränkung des Aufhebungsrechts. Hiernach kann der Vertrag nur bezüglich der mangelhaften Teilleistung aufgehoben werden, nicht aber im Übrigen, es sei denn, dass die mangelhafte Teilleistung wesentlich für den ganzen Vertrag ist. Hierbei muss eine Reihe von Leistungen einer anderen Reihe von Gegenleistungen gegenüberstehen und jede Reihe in teilbare Einheiten zerlegt werden können<sup>2346</sup>, was für Geldschulden nicht problematisch ist. Damit werden sowohl Raten- und Sukzessivlieferungsverträge erfasst, als auch Dauerschuldverhältnisse anderer Art<sup>2347</sup>. Deswegen kann ein Anwaltsbüro bei einem Streik der Putzkolonie dem Reinigungsunternehmen nur für den Tag die Vertragsaufhebung erklären, nicht aber für den ganzen Vertrag<sup>2348</sup>. Das ginge nur, wenn die Nichterfüllung der einzelnen Leistung wesentlich für den weiteren Vertrag wäre. Wenn die Putzkolonie ihre Arbeit deshalb mangelhaft erledigt hat, weil sie zu wenige Putzleute hatte, und sich das Reinigungsunternehmen weigerte, mehr Leute einzusetzen, wäre der ganze Vertrag aufhebbar<sup>2349</sup>.

Einzelne, vorher erhaltene Teilleistungen können gem. Art. 9:306 PECL zurückgewiesen werden, wenn sie für den Gläubiger nutzlos geworden sind<sup>2350</sup>. Der Unterschied zu Art. 9:302 PECL ist der, dass dieser für die Zukunft, der andere für die Vergangenheit Wirkung entfaltet<sup>2351</sup>.

#### e) Rückforderung von Gegenständen, Art. 9:308 PECL

Art. 9:308 PECL ist das spiegelbildliche Pendant zu Art. 9:307 PECL und führt zu ähnlichen Problemen<sup>2352</sup>. Hiernach kann der Schuldner gelieferte Gegenstände zurückfordern, sofern dies möglich ist und eine Gegenleistung nicht erbracht wurde. Hierbei bleibt unklar, ob die Gegenleistung zur Gänze oder nur zu einem Teil nicht erbracht worden sein muss. Die vermittelnde Lösung fällt hier fort, da sie in den Fällen ausscheidet, in denen die Leistung nicht teilbar ist<sup>2353</sup>. Bei zu teilenden Verträgen hingegen ist dies möglich, aber nur für die ganze fehlerhafte Teilleistung und nicht von einem Teil derselben<sup>2354</sup>. Da dies das Spiegelbild von Art. 9:307 ist, muss auch die Lösung hier gelten<sup>2355</sup>. Es ist nicht einzusehen, warum man die Waffengleichheit der Vertragspartner nicht beibehält. Damit ist schon eine teilweise erbrachte Gegenleistung ausreichend, um Art. 9:308 PECL anzuwenden.

---

<sup>2344</sup> PECL Art. 9:307 Kommentar D.

<sup>2345</sup> Coen S. 303.

<sup>2346</sup> PECL Art. 9:302 Kommentar A.

<sup>2347</sup> Coen S. 267.

<sup>2348</sup> PECL Art. 9:302 Beispiel 1.

<sup>2349</sup> PECL Art. 9:302 Beispiel 2.

<sup>2350</sup> Siehe § 30 I 4 b).

<sup>2351</sup> Coen S. 300; vgl. Rabel *RabelsZ* 1935, 1, 73.

<sup>2352</sup> Coen S. 303.

<sup>2353</sup> Coen S. 303.

<sup>2354</sup> PECL Art. 9:308 Kommentar D.

<sup>2355</sup> A.A. Coen S. 303.

f) Wertersatz gem. Art. 9:309 PECL

Art. 9:309 PECL gibt der Partei einen Anspruch auf Wertersatz, deren Sachleistung nach der Aufhebung nicht mehr wieder herausgegeben werden kann. Damit soll dem Rückgewährschuldner das Recht der Vertragsaufhebung nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass eine Unmöglichkeit der Rückgabe der Sachleistung vorliegt<sup>2356</sup>. Dies unterliegt keiner Einschränkung<sup>2357</sup>. Damit steht es im direkten Kontrast zu Art. 81 II CISG, der den Rücktritt nur bei Rückgewähr der Kaufsache zulässt<sup>2358</sup>.

Ebenso wird vertreten, dass Art. 9:309 PECL den Parteien die Möglichkeit eröffnet, Wertersatz zu zahlen, um die eigene Leistung zurückfordern zu können<sup>2359</sup>. Damit kann die die Aufhebung erklärende Partei von sich aus Wertersatz anbieten, um so die eigene Leistung zurückzuerhalten. Jedoch sehen sich die PECL nicht in der Tradition solcher Rechtsordnungen, die einen solch weitreichenden Ersatzanspruch vorsehen<sup>2360</sup>. Vielmehr soll lediglich ein Rückerstattungsrechtsbehelf gewährt werden. Diese Ansicht hat aber zur Folge, dass es *de facto* zu einer Einschränkung der Vertragsaufhebung kommt<sup>2361</sup>. Denn obwohl formell das Recht der Vertragsaufhebung besteht, ist weiterhin die vertragliche Vergütung geschuldet. Diese *de facto* Einschränkung ist von den PECL-Autoren offensichtlich übersehen worden<sup>2362</sup>. Der Wortlaut der Norm unterstreicht diese Auffassung. Er gibt einen Anspruch auf Wertersatz und ist nicht ausgestaltet, als Hilfsnorm einer Ersetzungsbefugnis zu fungieren<sup>2363</sup>. Er soll den Vorteil der aufhebenden Partei abschöpfen, den sie durch die fehlende Rückgewähr erhalten hat<sup>2364</sup>. Das ist alles schön und gut. Jedoch ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass kein wirklicher Grund ersichtlich ist, warum man ausschließen sollte, dass sie nicht doch als solche Hilfsnorm fungieren könnte. Dem, dass die PECL-Autoren etwas anderes vorhatten, mag nicht entgegenstehen, dass sie trotzdem die Tür hierzu offen ließen, zumal es an einer stringenten Lösung in den Rücktrittsregeln fehlt. Ebenso kann ein Anspruch auf Wertersatz beinhalten, dass, *argumentum e contrario*, der Vertragspartner, wenn er diesen nach erklärter Aufhebung anbietet, seine Leistung zurückfordern oder von lästigen Vertragspflichten freikommen kann. Das ist auch das intendierte Ergebnis: Der Vertrag wird aufgelöst, der Aufhebungsgegner bekommt Wertersatz und beide Parteien kommen von ihren übrigen Vertragspflichten los. Damit liegt doch eine Ersetzungsbefugnis vor.

Zeitpunkt der Bemessung des Wertersatzes ist der der Vertragsaufhebung<sup>2365</sup>. Die Höhe bemisst sich nach dem Netto-Vorteil des Schuldners<sup>2366</sup>. Ist dieser höher als das Geschuldete, so soll lediglich ein angemessener Preis zu zahlen sein<sup>2367</sup>.

g) Erstattung sonstiger Aufwendungen

Die Erstattung sonstiger Aufwendungen, die zum Zwecke der Vertragserfüllung getätigt wurden, ist in den PECL nicht vorgesehen<sup>2368</sup>.

---

<sup>2356</sup> PECL Art. 9:309 Kommentar A.

<sup>2357</sup> PECL Art. 9:309 Anmerkung 6.

<sup>2358</sup> S. o. § 21 II 7.

<sup>2359</sup> Hornung S. 154; Herold S. 234.

<sup>2360</sup> PECL Art. 9:307 Kommentar A.

<sup>2361</sup> Coen S. 306.

<sup>2362</sup> Coen S. 306.

<sup>2363</sup> Coen S. 306.

<sup>2364</sup> PECL Art. 9:309 Kommentar A.

<sup>2365</sup> Vgl. PECL Art. 9:309 Kommentar A, B; a.A. Hornung S. 154; zweifelnd Coen S. 308

<sup>2366</sup> PECL Art. 9:309 Kommentar B.

<sup>2367</sup> PECL Art. 9:309 Kommentar B; vgl. *BP Exploration CO (LIBYA) LTD v Hunt (No. 2) [1982] 1 All ER 925*.

<sup>2368</sup> Coen S. 309.

## II. Die Vertragsaufhebung in den PICC

Die Vertragsaufhebung ist in den PICC generell möglich, wenn eine wesentliche Nichterfüllung i.S.d. Art. 7.3.1 I, II PICC vorliegt oder gem. Art. 7.3.1 III i.V.m. Art. 7.1.5 PICC die Nachfrist erfolglos verstrichen ist. Ferner ist bei antizipiertem Vertragsbruch die Aufhebung ebenfalls gem. Art. 7.3.3 PICC möglich. Damit ist sichergestellt, dass die Vertragsaufhebung als *ultima ratio* nur dann in Betracht kommt, wenn die Vertragsverletzung den Vertragszweck gefährdet<sup>2369</sup>. Als letztem Fall ist eine Aufhebung fernerhin rechtmäßig gem. Art. 6.1.16 I PICC für den Fall, dass eine für den Vertrag erforderliche staatliche Genehmigung innerhalb angemessener Frist nicht erteilt wird. Dann ist jede Partei berechtigt, den Vertrag aufzuheben. Die Aufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage wird gesondert behandelt<sup>2370</sup>. Obwohl es keine explizite Regelung dahingehend gibt, ist fernerhin eine Kumulation der Rechtsbehelfe in den PICC möglich, sofern ein Rechtsbehelf den anderen nicht logisch verdrängt<sup>2371</sup>.

### 1. Wesentliche Nichterfüllung

Die wesentliche Nichterfüllung wurde bereits behandelt, so dass hier nur nach oben<sup>2372</sup> verwiesen wird. Liegt sie vor, kann der Gläubiger den Vertrag sofort aufheben.

### 2. Fruchtloses Verstreichen der Nachfrist

Ebenso ist gem. Art. 7.3.1 III i.V.m. Art. 7.1.5 PICC eine Vertragsaufhebung möglich, wenn eine Nachfrist erfolglos verstrichen ist. Das Setzen einer Nachfrist ist aber nur im Fall der verspäteten Lieferung möglich, nicht jedoch bei den übrigen Fällen der Nichterfüllung<sup>2373</sup>. Damit gleicht dies der Lösung der CISG<sup>2374</sup> und ist somit keine Einschränkung des Aufhebungsrechts<sup>2375</sup>, sondern eine Voraussetzung. Das bedeutet, dass für die anderen Fälle der Nichterfüllung die Nachfristsetzung mit der Möglichkeit der sofortigen Vertragsaufhebung ohne weitere Bedingungen nicht anwendbar ist. Ist allerdings für diese Fälle eine Nachfrist zur Behebung gesetzt worden und diese erfolglos verstrichen, so wird man in aller Regel hierin eine wesentliche Nichterfüllung ansehen müssen, so dass indirekt das Verstreichen der Frist zur Vertragsaufhebung führen kann, sofern keine wesentliche Nichterfüllung vorliegt<sup>2376</sup>. Das Verstreichen der Nachfrist wird somit selbst zu einer wesentlichen Vertragsverletzung<sup>2377</sup>. Das ist dann aber nicht der Fall, wenn der Fehler leicht selber oder von Dritten behoben werden kann, so dass nicht immer der Ablauf einer Nachfrist in solchen Fällen eine Aufhebung rechtfertigt, sondern eine wesentliche Nichterfüllung ebenfalls vorliegen muss. Bei einem Fixgeschäft hingegen bedarf es keiner Nachfrist, da dann das Ausbleiben der Leistung eine wesentliche Nichterfüllung ist<sup>2378</sup>.

Als Begründung dieser Regelung wird angegeben, dass die Leistungsverzögerung sich signifikant von den andern Formen der Schlechtleistung unterscheidet<sup>2379</sup>. Eine verspätete Leistung

---

<sup>2369</sup> Bonell S. 124.

<sup>2370</sup> Siehe § 33.

<sup>2371</sup> *Furmston Am.J.Comp.Law* 40 [1992], 671, 673.

<sup>2372</sup> Siehe § 29 II.

<sup>2373</sup> PICC Art. 7.1.5 Comment 1; Coen S. 238, 239; a.A. Burkart S. 236, der sich fälschlich auf PICC Art. 7.1.5 Comment 2 bezieht.

<sup>2374</sup> Coen S. 238, 239.

<sup>2375</sup> So aber Hornung S. 107.

<sup>2376</sup> Coen S. 238, 239.

<sup>2377</sup> *Hartkamp ERPL* 2 [1994], 341, 351; *Schlechtriem Abstandnahme* S. 168.

<sup>2378</sup> Coen S. 239.

<sup>2379</sup> PICC Art. 7.1.5 Comment 1.

sei rein logisch nicht mehr ungeschehen zu machen, und es lasse sich auch nicht absehen, ob und wann der Schuldner leisten werde. Doch ist diese Begrenzung auf die Leistungsverzögerung nicht sachgerecht<sup>2380</sup>. Zum einen entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der teilweisen Erfüllung. Hat der Schuldner nur teilweise geleistet, so geben ihm die PICC drei Möglichkeiten. Er kann die Teilleistung ganz zurückweisen, so dass eine Nichtleistung besteht, er kann sie als Leistung ganz akzeptieren, so dass keine Leistungsstörung mehr vorliegt, oder er kann sie als Teilleistung akzeptieren und, soweit nicht geleistet wurde, seine Rechte geltend machen<sup>2381</sup>. Hierin eine Leistungsverzögerung zu erblicken fällt schwer<sup>2382</sup>. Es wurde ja geleistet!

Einzig und allein die Tatsache, dass man sich im internationalen Kaufrecht aufhält, kann diese Einschränkung der Nachfristsetzung auf die Leistungsverzögerung rechtfertigen. Denn es ist problematisch, dass ein Käufer in Ouagadougou einem Verkäufer aus Hamburg erst eine Nachfrist setzen muss, um weitere Rechtsbehelfe auszuüben, wenn es möglich ist, die Kaufsache vor Ort von jemand anderem billiger und schneller reparieren zu lassen. Allerdings darf hier auch das Recht des Verkäufers nicht vergessen werden, wenn dieser Interesse daran hat, dass niemand, der keine wirkliche Ahnung von der Kaufsache hat, an dieser sich versucht, so dass der Garantieanspruch in solchen Fällen problematisch wird. Deswegen wäre folgende Lösung günstiger: Das Erfordernis einer Nachfrist gilt generell, es sei denn, der Käufer kann den Mangel schneller und zumindest kostenneutral beseitigen und der Verkäufer hat kein Interesse daran, dies selbst zu tun. Wobei letzteres im Konfliktfall, dass nämlich der Käufer die Kaufsache sehr schnell braucht, im Zweifel hintanzustehen hat. Doch dann ist man schon bei der Regelung des deutschen Rechts, wonach eine Nachfristsetzung unzumutbar ist. In diesen Fällen, in denen die Nachfristsetzung unzumutbar ist, kann der Käufer die Sache selbst reparieren lassen oder andere Rechtsbehelfe wählen. In den anderen Fällen, wo dem Verkäufer eine Nachfrist nicht zumutbar ist, wird er sich mit den anderen Rechtsbehelfen auseinandersetzen müssen. Und schließlich in den übrigen Fällen, wo es beiden zumutbar ist, eine Nachfrist zu setzen bzw. gesetzt zu bekommen, ist kein Grund ersichtlich, dass dies nicht so gemacht werden sollte. Nur die räumlich-zeitliche Distanz mag als Faktor der Zumutbarkeit berücksichtigt werden.

Zum anderen ist die Abstimmung der aus dem deutschen Recht stammenden Nachfrist mit den eher aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammenden zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen der weiteren Rechtsbehelfe nicht gelungen<sup>2383</sup>. Diese Beschränkungen sollen eine möglichst schnelle Vertragsabwicklung ermöglichen. In den PICC kann bei Nachfristsetzung der Gläubiger allein Schadensersatz wegen der Verzögerung verlangen, nicht jedoch den Vertrag aufheben oder Naturalerfüllung verlangen<sup>2384</sup>. Allerdings wird gem. Art. 7.2.2 lit. e) PICC das Recht der Naturalerfüllung dahingehend begrenzt, dass der Gläubiger diese nur binnen angemessener Zeit fordern kann, nachdem er zumindest den Mangel hätte entdecken müssen. Das gilt gem. Art. 7.2.3 PICC auch für etwaige Nachbesserungsansprüche wegen fehlerhafter Leistung. Damit schließen die PICC im Gegensatz zu der CISG nicht nur den Nacherfüllungsanspruch sondern auch den Leistungsanspruch aus<sup>2385</sup>! Desgleichen verliert gem. Art. 7.3.2 II PICC der Gläubiger sein Recht auf Vertragsaufhebung, wenn er nicht nach angemessener Frist der anderen Partei Mitteilung macht, wobei die Frist an dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, wo der Gläubiger den Fehler hätte bemerken müssen. Ebenso fehlt es in den Artt. 7.2.2 und 7.3.2 PICC an einer Vorschrift, die Verwirkung der Rechtsbehelfe während

---

<sup>2380</sup> Coen S. 239.

<sup>2381</sup> PICC Art. 6.1.3 Comment 2.

<sup>2382</sup> Coen S. 239, 240.

<sup>2383</sup> Coen S. 240.

<sup>2384</sup> PICC- Art. 7.1.5 Comment 2.

<sup>2385</sup> Coen S. 240.

der Nachfrist hinausschiebt<sup>2386</sup>. Zwar ist dies so beabsichtigt<sup>2387</sup>, steht aber *expressis verbis* nirgends in den Artikeln. Allenfalls eine Analogie mit Art. 7.2.5 I PICC ist möglich. Nimmt man aber an, dass der Ablauf einer angemessenen Frist i.S.d. Art. 7.2.2 lit e) und Art. 7.3.2 II PICC durch die Nachfrist gehemmt ist, kann der Gläubiger immer noch eine überlange Frist setzen<sup>2388</sup>. Damit wäre er in der Lage, sich möglichst lange die Wahl zwischen Naturalerfüllung und Vertragsaufhebung offen zu halten und damit auf Kosten des Schuldners zu spekulieren. Und gerade das sollte verhindert werden<sup>2389</sup>. Dafür müsste die Frist angemessen sein, d.h., sie darf nicht nur zu kurz, sondern auch nicht zu lang bemessen sein<sup>2390</sup>. Das hätte aber zur Folge, dass dem Gläubiger hier zweifach eine Ungewissheit aufgebürdet wird, nämlich einmal mit einer zu kurzen und dann mit einer zu langen Frist. Wann ist die Frist zu kurz? Wann ist sie zu lang? Zwar wird gem. Art. 7.1.5 III 2 PICC eine nicht angemessene Frist in eine angemessene umgedeutet, doch ist dies nur für den Fall der zu kurzen Frist gedacht<sup>2391</sup>. Selbst wenn man Art. 7.1.5 III 2 PICC teleologisch auf den Fall der Verkürzung ausdehnen wollte, ist eine solche Lösung Teppichflickerei.

Das zeigt nur ganz deutlich, dass der „Spagat“ zwischen dem Schutz des Schuldners vor einem zu frühen Leistungsverlangen und einem zu späten Leistungsverlangen nicht gelingen kann, ohne die Rechte des Gläubigers unzumutbar zu beschneiden<sup>2392</sup>. Hierin offenbart sich ein schwerer systematischer Fehler, der einen unauflösbaren Schwebezustand nach sich zieht: Der Gläubiger kann die Leistung nicht mehr fordern, aber auch nicht ablehnen, sollte sich der Schuldner irgendwann einmal geruhen, doch noch zu leisten. Zwar verbleibt ihm immer noch der Schadensanspruch, jedoch lässt sich dieser nicht fixieren, solange er nicht weiß, ob der Schuldner doch noch leistet. Um dieses Dilemma aufzulösen, muss man beides, Vertragsaufhebung und Ausschluss des Erfüllungsrechts, nicht kumuliert, sondern alternativ sehen. Dabei ist letzterer vorzuziehen. Denn einerseits ist für den Handelskauf, besonders bei schnell veränderlichen Marktpreisen und zeitlich fixe Geschäfte, besonders wichtig, möglichst schnell reagieren zu können. Das bedeutet, dass nur das Recht auf Erfüllung, nicht aber auf Vertragsauflösung beschränkt werden sollte. Andererseits ist es wider Treu und Glauben, dem Gläubiger den Schwebezustand aufzubürden, insbesondere dann, wenn der Schuldner noch gar nicht geleistet hat<sup>2393</sup>. Doch kann dies allenfalls mit Treu und Glauben i.S.d. Art. 1.7 PICC als eine Art Sondervertragsaufhebungsrecht begründet werden. Eine Reform dieser Regelung ist nicht nur empfehlenswert, sondern dringend geboten.

In Anbetracht dieser Probleme ist jedem Gläubiger nur abzuraten, eine Nachfrist zu setzen, wenn eine wesentliche Nichterfüllung auch nur vermutlich vorliegt, da er viel zu verlieren, aber kaum zu gewinnen hat<sup>2394</sup>. Er sollte sofort die Vertragsaufhebung erklären. Ist er an einer Naturalerfüllung immer noch interessiert, so sollte er nicht nach Art. 7.1.5 PICC, sondern nach Art. 7.2.5 I PICC die Nachfrist setzen, da er hier auf jeden Fall keine Rechte verliert. Damit bleibt festzustellen, dass diese Regelung gerade den Sinn der Nachfristsetzung, den Streit zu vermeiden, wann eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, unterminiert<sup>2395</sup>. Deshalb bedarf es hier einer gründlichen Revision dieser Vorschriften für die dritte Fassung der PICC.

---

<sup>2386</sup> Coen S. 240, 241.

<sup>2387</sup> PICC Art. 7.1.5 Comment 1.

<sup>2388</sup> Coen S. 241.

<sup>2389</sup> PICC Art. 7.2.2 Comment 3 (e); Art. 7.3.2 Comment 3.

<sup>2390</sup> Coen S. 241.

<sup>2391</sup> Vgl. Art. 7.1.5 III PICC, PICC Art. 7.1.5 Comment 2, wo nur von einer Ausdehnung, nicht jedoch von einer Verkürzung gesprochen wird.

<sup>2392</sup> Coen S. 241.

<sup>2393</sup> Coen S. 242.

<sup>2394</sup> Coen S. 242.

<sup>2395</sup> Coen S. 243

### 3. Nacherfüllungsmöglichkeit des Schuldners

Das Recht der Vertragsaufhebung wird durch das Recht des Verkäufers gem. Art. 7.1.4 PICC, die Nichterfüllung durch Nacherfüllung zu heilen, eingeschränkt<sup>2396</sup>. Selbst eine vorher rechtmäßig erklärte Vertragsaufhebung verliert vorerst an Wirkung, wenn der Schuldner die Heilung erklärt hat<sup>2397</sup>. Die Vertragsaufhebung verliert ihre Wirkung vollends, wenn tatsächlich Heilung eintritt. Wenn jedoch die Heilung während dieser nicht erfolgt<sup>2398</sup>, tritt sie wieder vollends in Kraft<sup>2399</sup>. Dabei hat der Verkäufer gem. Art. 7.1.4 I lit. a) PICC die Pflicht, dem Käufer diese Absicht mitzuteilen, und zwar unverzüglich nachdem er von der Leistungsstörung erfahren hat. Sie muss fernerhin den Umständen entsprechend geeignet sein gem. Art. 7.1.4 I lit. b) PICC. Das heißt auch, dass sie für den Käufer zumutbar sein muss<sup>2400</sup>. Der Nacherfüllungsmöglichkeit steht nicht entgegen, dass bereits eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt<sup>2401</sup>. Damit gleicht das Ergebnis der CISG, wo bei einem behebbaren Fehler eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, wenn die Nacherfüllung nicht in angemessener Zeit und Umfang getätigt werden kann.

Eine Vertragsaufhebung durch den Käufer steht dabei der Nacherfüllungsmöglichkeit gem. Art. 7.1.4 II PICC nicht entgegen. Für diese Zeit werden die Wirkungen der Vertragsaufhebung suspendiert und fallen später gänzlich weg, sofern die Nacherfüllung gelingt<sup>2402</sup>. Allerdings gilt das nicht, sofern sich der Käufer bereits auf die Vertragsaufhebung eingestellt hat<sup>2403</sup>. Dann kann der Verkäufer sein Recht nicht mehr ausüben. Damit haben aber die PICC die Lehre von der endgültigen Wirkung der Gestaltungserklärung verlassen<sup>2404</sup>. Vielmehr ist die Gestaltungserklärung erst dann endgültig, wenn „der Empfänger sie zur Kenntnis genommen und nicht unverzüglich Anpassung verlangt hat“<sup>2405</sup>.

Der Gläubiger kann allerdings die Nacherfüllung gem. Art. 7.1.4 I lit. c) PICC zurückweisen, sofern er im Stande ist darzulegen, dass er ein berechtigtes Interesse an der Zurückweisung der Nacherfüllung hat<sup>2406</sup>. Damit soll vermieden werden, dass der Gläubiger sich eines ihm unlieb gewordenen Vertrages durch den Vorwand der mangelbehafteten Sache entledigt<sup>2407</sup>. Es ist Sache des Einzelfalls zu entscheiden, wie viele Nachbesserungsversuche der Schuldner hat<sup>2408</sup>. Als Richtschnur wird man allerdings in Anlehnung an § 440 S. 2 BGB dem Schuldner zwei Nachbesserungsversuche geben müssen, es sei denn, dass Anhaltspunkte ersichtlich sind, die dem entgegenstehen, so dass nur ein oder gar mehr als zwei Versuche angemessen sind.

Art. 7.1.4 lit. d) PICC gebietet es dem Schuldner, umgehend die Nacherfüllung zu leisten. Zeit ist hierbei von essentieller Bedeutung<sup>2409</sup>. Der Gläubiger darf nicht zu einer weiteren Frist genötigt werden, während der er seine Rechte nicht ausüben kann. Allerdings darf auch nicht außer Acht bleiben, dass der Schuldner eine Möglichkeit zur Nacherfüllung haben muss. Er muss somit die Zeit haben, eine Ersatzkaufsache loszuschicken bzw. eine Nachbesserung vorzunehmen. Deshalb muss unverzüglich mit der Frist gleichgesetzt werden, mit der es dem Gläubiger zumutbar ist, die Nacherfüllung zu dulden. Andernfalls liefe dieses Recht Gefahr

---

<sup>2396</sup> Coen S. 243.

<sup>2397</sup> Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 351.

<sup>2398</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 5.

<sup>2399</sup> Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 351.

<sup>2400</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 3.

<sup>2401</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 3.

<sup>2402</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 8.

<sup>2403</sup> PICC Art. 7.1.3 Comment 3.

<sup>2404</sup> Coen S. 244.

<sup>2405</sup> Schlechtriem Abstandnahme S. 175, 176.

<sup>2406</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 4.

<sup>2407</sup> Coen S. 245.

<sup>2408</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 6.

<sup>2409</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 5.

leerzulaufen, da der Schuldner nicht sofort in der Lage ist nachzuerfüllen. Er muss in der Lage sein, die Nacherfüllung fristgerecht unter Aufbringung aller seiner Ressourcen zu erreichen. Die Rückgewähr der ursprünglich erbrachten Leistung erfolgt nach der analogen Anwendung der Regeln über die Rückabwicklung bei Vertragsaufhebung, da sich diesbezüglich die PICC ausschweigen. Es ist auch keine externe Lücke, da die PICC dieses Problem selbständig lösen können.

#### 4. Vorweggenommener Vertragsbruch

Art. 7.3.3 PICC erlaubt für den Fall, dass ein wesentlicher Vertragsbruch mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, die Vertragsaufhebung schon vor Fälligkeit. Dabei wird, wie bereits oben bei den PECL gezeigt, offen gelassen, ob bereits eine Verletzung der Vertragstreuepflicht wie im deutschen Recht oder ein Angebot der vertragsbrüchigen Partei besteht, aus dem Vertrag gegen Schadensersatz auszusteigen. Es kommt auch hier zu der gleichen wertungsgemäßen Lösung. Dabei muss in beiden Fällen bedacht werden, wie hinreichend sicher die Vertragsverletzung ist und wie schwer sie wiegt, dass sie eine Vertragsauflösung rechtfertigt<sup>2410</sup>, und wie wahrscheinlich die Vertragsverletzung passieren wird.

Nach Art. 7.3.3 PICC muss sie offensichtlich sein. Eine Vermutung, und sei sie noch so nahe liegend, reicht nicht aus<sup>2411</sup>. Ebenso muss eine so schwerwiegende Vertragsverletzung drohen, dass bereits ein wesentlicher Vertragsbruch zu konstatieren ist, sollte sie tatsächlich eintreten. Daraufhin muss der Leistungsempfänger dem Schuldner mitteilen, dass er den Vertrag auflöst<sup>2412</sup>.

Allerdings trägt der Leistungsempfänger in diesem Fall ein hohes Risiko. Der Vertragsbruch mag einerseits nicht ganz so schwerwiegend sein. Oder die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Vertragsbruchs ist nicht hoch genug. In diesen Fällen steckt der Gläubiger in einem Dilemma<sup>2413</sup>. Einerseits riskiert er es, dass der Schuldner doch noch leistet und er ihm schadensersatzpflichtig wird, andererseits droht ein Verlust. Deswegen gibt Art. 7.3.4 PICC dem Leistungsempfänger die Möglichkeit, seine eigenen Leistungen zurückzuhalten und eine adäquate Sicherheit zu fordern. Wird diese nicht binnen angemessener Frist gestellt, kann er den Vertrag aufheben. Was angemessene Sicherheiten dabei sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab<sup>2414</sup>. Manchmal mag nur das Wort des Schuldners ausreichen, ansonsten sind Hinterlegungen oder Bürgschaften möglich.

#### 5. Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung

Gem. Art. 7.3.5 I PICC entfallen alle zukünftigen Leistungspflichten beider Parteien. Der Schadensanspruch wegen Nichterfüllung verbleibt gem. Art. 7.3.5 II PICC dem Gläubiger, sofern dieser nicht entschuldigt ist. Von der Vertragsaufhebung unberührt bleiben gem. Art. 7.3.5 III PICC Schiedsklauseln und andere Vertragsbedingungen, die auch nach Vertragsliquidierung weitergelten sollen. Das schließt insbesondere Geheimhaltungspflichten mit ein<sup>2415</sup>. Auch Schadensersatzansprüche gelten fort<sup>2416</sup>. Deswegen ist es generell so, dass mit der Vertragsaufhebungserklärung die Vertragspflichten unwiederbringlich erlöschen<sup>2417</sup>. Aus-

---

<sup>2410</sup> *Schlechtriem Abstandnahme S. 170.*

<sup>2411</sup> *PICC Art. 7.3.3 Comment.*

<sup>2412</sup> *PICC Art. 7.3.3 Comment.*

<sup>2413</sup> *PICC Art. 7.3.4 Comment 1.*

<sup>2414</sup> *PICC Art. 7.3.4 Comment 2.*

<sup>2415</sup> *PICC Art. 7.3.5 Comment 3 Illustration 2; Coen S. 246.*

<sup>2416</sup> *Schlechtriem EJLR 1999, 305, 312.*

<sup>2417</sup> *A.A. Schlechtriem EJLR 1999, 305, 317, 318, der hierfür eine entsprechende Lückenfüllung gem. Art. 1.6 II PICC von Art. 2.4 PICC fordert.*

nahmen, wie durch Täuschung veranlasste Erklärungen mögen davon unberührt sein. Jedenfalls kann der Gläubiger ab diesem Zeitpunkt keine Erfüllung mehr verlangen.

Bereits erbrachte Leistungen können gem. Art. 7.3.6 I PICC zurückgefordert werden, sofern der Fordernde gleichzeitig bereit ist, das selbst Erhaltene zurückzugeben. Bei teilbaren Verträgen, deren Ausführung sich über einen Zeitraum erstreckt, können gem. Art. 7.3.6 II PICC nur die Leistungen zurückgefordert werden, die nach Wirksamkeit der Aufhebung erfüllt wurden. Damit geht Art. 7.3.6 PICC einen anderen Weg als die CISG in Artt. 51, 73 CISG und den PECL in Art. 9:302 PECL. Während dort der Vertrag nur teilweise, also ab der Aufhebung, als aufgehoben gilt, wird er in den PICC ganz aufgehoben, aber nur teilweise rückabgewickelt<sup>2418</sup>. Das ist aber als misslungen zu betrachten<sup>2419</sup>. Denn wenn „die Rückgewähr nur für die Zeit nach dem Wirksamwerden der Aufhebung verlangt werden“ kann, liegt kein Vertrag mehr vor, so dass auch keine vertraglichen Leistungen mehr heraus verlangt werden können, sondern unterliegen dem Bereicherungsrecht<sup>2420</sup>. Und die vorher erbrachten Leistungen können nicht zurückverlangt werden. Sinn macht diese Regelung nur, wenn man nur die Abschnitte von dieser erfasst sieht, die in der Vergangenheit stattfanden und in denen sich Leistung und Gegenleistung als Äquivalent gegenüberstanden<sup>2421</sup>.

Die PICC schweigen sich darüber aus, nach welchen Kriterien ein Vertrag denn nun als teilbar zu betrachten ist. Zwar wird einerseits die Instandhaltung eines Computersystems als ein teilbarer Vertrag über mehrere Jahre angesehen<sup>2422</sup>, nicht aber ein Vertrag, bei dem fünf von zehn für eine Festhalle zu malende Gemälde vollendet werden<sup>2423</sup>. Dann ist aber die Teilbarkeit weit auszulegen<sup>2424</sup>. Damit einhergehend sind Sukzessivlieferungsverträge, die einen inneren Zusammenhang haben, nicht von der Teilbarkeit zu erfassen, sondern diesbezüglich muss Art. 7.3.6 PICC teleologisch reduziert werden. Das ist damit zu begründen, dass der Vertrag so weit wie möglich erhalten bleiben soll, aber nicht zu jedem Preis, wenn das Vertragsinteresse einer Partei berührt worden ist. Gem. Art. 6.1.3 PICC braucht der Gläubiger eine Teilleistung nicht annehmen. Dies harmoniert mit Art. 7.3.6 PICC insofern, dass hieraus Schlüsse für die Auslegung zu ziehen sind. Ebenfalls muss allerdings beachtet werden, dass die PICC keine Minderung eingeführt haben und dies nicht durch die Hintertür unterlaufen werden darf<sup>2425</sup>. Damit muss die Balance zwischen Teilbarkeit und Verhinderung der Minderung gefunden werden. Wobei wir bei der Crux wären. Verträge über einzelne Leistungen unterfallen nicht Art. 7.3.6 PICC. Ein Auto bleibt immer ein Auto, auch wenn nur die Bremsen kaputt sind<sup>2426</sup>. Auch 100 Tonnen Getreide werden nicht von Art. 7.3.6 PICC erfasst, wenn sie nur zu einem bestimmten Zeitpunkt zu leisten sind. Dann kann allenfalls auf Art. 6.3.1 PICC zurückgegriffen werden. Nur Dauerschuldverhältnisse werden erfasst, und auch nur insoweit, dass sie teilbar sind<sup>2427</sup>. Dann aber ist bei diesen Dauerschuldverhältnissen die Teilbarkeit so weit wie möglich zu fassen.

Eine weitere Voraussetzung der Rückabwicklung ist gem. Art. 7.3.6 I 1 PICC das eigene Anbieten der Rückgewähr, und zwar Zug um Zug. Die Naturalrestitution hat Vorrang<sup>2428</sup>. Dabei stellt Art. 7.3.6 I 2 PICC klar, dass wenn eine Naturalrestitution nicht möglich oder sachgemäß ist, Geldersatz zu leisten ist, sofern dies angemessen ist. Das verhindert den Ausschluss des Rechts der Vertragsaufhebung, sollte die Sache untergegangen oder anderweitig nicht

---

<sup>2418</sup> Coen S. 246.

<sup>2419</sup> Hornung S. 182.

<sup>2420</sup> Coen S. 206.

<sup>2421</sup> Schlechtriem *Abstandnahme* S. 171, 172.

<sup>2422</sup> PICC Art. 7.3.6 Comment 3 Illustration 5.

<sup>2423</sup> PICC Art. 7.3.6 Comment 3 Illustration 6.

<sup>2424</sup> Hornung S. 182.

<sup>2425</sup> Coen S. 247.

<sup>2426</sup> Vgl. Coen Fn. 671.

<sup>2427</sup> Coen S. 248.

<sup>2428</sup> Schlechtriem *Abstandnahme* S. 176.



zurückgegeben werden können<sup>2429</sup>. Dem liegt der bereicherungsrechtliche Grundgedanke vor, dass derjenige, der nicht bereichert ist, nicht zu zahlen braucht<sup>2430</sup>. Nur dann, wenn er irgendwie bereichert ist, muss er zahlen. Allerdings könnte dann eine Verletzung des Rückgewährschuldverhältnisses vorliegen. Damit bleibt allerdings das genaue Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz unklar. Primär ist die Naturalrestitution einschlägig. Ist das unmöglich oder unverhältnismäßig, so ist Geldersatz zu zahlen. Doch ist das nicht der einzige Fall, in denen Geldersatz zu zahlen ist. So ist für den Fall, dass der Zurücktretende die Teilleistung behalten will, die Möglichkeit gegeben, dass er dann ebenfalls Geldersatz zahlen kann<sup>2431</sup>. Dies ist allerdings vom Wortlaut nicht unmittelbar gedeckt, es sei denn man verstünde hier das Wort „sachgemäß“ (*appropriate*) nicht nur in dem Sinne, dass es unverhältnismäßig erschiene, sondern auch dem Willen des Gläubigers gemäß. Doch dann könnte man es gleich dem Zurücktretenden anheimstellen, was er zurückgibt, wenn die Leistung in natura noch möglich ist.

Die Höhe des Wertersatzes ist dabei der Wert, den der Restitutionsschuldner erhalten hat<sup>2432</sup>. Dieser richtet sich nicht nach der vertraglich vereinbarten Gegenleistung, sondern nach dem objektiven Wert der erbrachten Leistung. Dabei hat der Erlös eines etwaigen Weiterverkaufs lediglich Indizwirkung<sup>2433</sup>. Als Einschränkung hiervon gilt der Zusatz „wenn dies vernünftig ist“. Damit sollen die Fälle erfasst werden, in denen eine Rückabwicklung in natura und ohne Geldersatz in Betracht kommt. Das sind die Fälle, in denen wie bei Art. 82 II lit. b) CISG der Verkäufer für den Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache verantwortlich ist, aber auch *force majeure* kommt in Betracht<sup>2434</sup>.

### III. Die Vertragsaufhebung in den AP und im DCFR

#### 1. Acquis Grundsätze

##### a) Voraussetzungen

Nach Art. 8:301 I 1 AP darf der Gläubiger den Vertrag mindern oder aufheben, wenn er nach Artt. 8:201, 8:202 AP keinen Anspruch auf die Erfüllung oder deren Heilung hat (Art. 8:301 I 1 Nr. 1 AP) oder der Schuldner nicht innerhalb angemessener Zeit die Behelfe des Abschnitts 2 durchgeführt hat (Nr. 2). Hierbei ist es gleichgültig, welcher Art die Nichtleistung, oder besser die Nichterfüllung einer Vertragspflicht, ist<sup>2435</sup>. Damit ist sowohl das Ausbleiben der Leistung gemeint, wie auch die verspätete Leistung oder die nicht vertragskonforme Leistung gemeint. Ebenso kommt es auf ein Verschulden nicht an<sup>2436</sup>. Sind die Voraussetzungen des Art. 8:401 AP mag der Zurücktretende sich der anderen Partei gegenüber sogar Schadensersatzpflichtig machen<sup>2437</sup>. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Rücktritt unrechtmäßig war. Der Rücktritt ist gem. Art. 8:301 I 2 AP ausgeschlossen, wenn er geringfügig ist. Das ist dann der Fall, wenn trotz der Vertragsverletzung das Vertragsziel trotzdem erreicht und das Interesse des Gläubigers immer noch befriedigt wird<sup>2438</sup>.

<sup>2429</sup> Schelchtriem *EJLR* 1999, 305, 307.

<sup>2430</sup> Schelchtriem *EJLR* 1999, 305, 312.

<sup>2431</sup> PICC Art. 7.3.6 Comment 2.

<sup>2432</sup> PICC Art. 7.3.6 Comment 1.

<sup>2433</sup> Coen S. 252.

<sup>2434</sup> Coen S. 252.

<sup>2435</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 21.

<sup>2436</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 21.

<sup>2437</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 21.

<sup>2438</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 22.

Der zweite Abschnitt des 8. Kapitels der AP umfasst die Artt. 8:201 und 8:202 AP und ist direkt von Artt. III.- 3:301 und III.- 3:302 DCFR übernommen worden. In Art. 8:201 I AP kann der Gläubiger Geldschulden, die fällig sind, immer beanspruchen. Art. 8:201 II schränkt dieses Recht dann ein, wenn der Gläubiger noch nicht geleistet hat, die Geldleistung fällig ist und es offensichtlich ist, dass der Schuldner die Leistung nicht abnehmen wird. In solchen Fällen darf der Gläubiger zwar weiterhin selber erfüllen und die Geldschuld fordern, es sei denn, der Gläubiger hätte ein Ersatzgeschäft ohne große Mühen und Auslagen tätigen können (lit. a)) oder die Leistung wäre gem. lit. b) unverhältnismäßig gewesen.

In Art. 8:202 I AP kann der Gläubiger einer Sachleistung Erfüllung verlangen. Art. 8:202 II AP stellt klar, dass dieses Recht eine kostenlose Abhilfe beinhaltet, für den Fall, dass die Leistung nicht vertragsgemäß ist. Die Sachleistung ist gem. Art. 8:202 III AP ausgeschlossen, wenn sie unmöglich oder ungesetzlich ist (lit. a)), unverhältnismäßige Mühen oder Kosten verursacht gem. lit. b) oder nach lit. c) die höchstpersönliche Leistung unverhältnismäßig ist. Art. 8:202 IV wurde nicht von Art. III.- 3:302 IV DCFR übernommen. Abs. 5 schließt Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner insoweit aus, als dass der Gläubiger den Untergang oder Mehrkosten dadurch verursacht hat, dass er unvernünftiger Weise auf einer Erfüllung bestand, die er ohne große Mühen und Kosten vernünftigerweise durch das Tätigen eines Ersatzgeschäftes hätte verhindern können.

Damit kann der Gläubiger den Vertrag aufheben, wenn die Geldleistung nicht erbracht worden ist (Art. 8:301 I 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 8:201 I AP). Das wird gem. Art. 8:201 II AP eingeschränkt. Ebenso kann der Gläubiger gem. Art. 8:301 I 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 8:202 I AP zurücktreten, wenn der Schuldner die Sachleistung nicht erfüllt. Ein weiterer Rücktrittgrund ist nach Art. 8:301 I 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 8:202 II AP das Ausbleiben einer kostenlosen Nacherfüllung. Das Recht wird dadurch auch ausgelöst gem. Art. 8:301 I 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 8:202 III AP, dass Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit und Unverhältnismäßigkeit der Leistung entgegenstehen.

Diese Lösung ähnelt dem deutschen Recht. Beides, sowohl Vertragsaufhebung als auch Minderung, werden als *ultima ratio* angesehen<sup>2439</sup>. Wenngleich die Regelung der AP diesbezüglich auf den ersten Blick nicht klar wird, wird dies auf dem zweiten umso klarer. Der Schuldner soll die Gelegenheit bekommen, das Recht des Gläubigers auf Vertragsaufhebung zu vereiteln, wenn er den Vertrag heilt (*cure*)<sup>2440</sup>. Wobei mit dem Wort Heilung nichts anderes gemeint ist als Nacherfüllung. Denn Heilung soll nichts anderes bedeuten, als die kostenlose Nachbesserung der Leistung, so dass sie vertragskonform wird<sup>2441</sup>. Damit erhält der Schuldner ein Recht zur zweiten Andienung, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger keinen Anspruch auf Nachbesserung hat<sup>2442</sup>.

Im Gegensatz zu den anderen Principles, dem DCFR, der CISG und dem deutschen Recht braucht der Gläubiger dem Schuldner keine Nachfrist zu setzen<sup>2443</sup>. Eine angemessene Frist beginnt automatisch dann zu laufen, wenn der Schuldner von der Vertragsverletzung erfährt. Bei manchen Arten der Vertragsverletzung wird das sofort sein. Die dafür notwendige Fristlänge bestimmt sich nach der Art der zu leistenden Schuld und der Zeit, die dem Schuldner normalerweise zur vollständigen Erfüllung zugesprochen würde. Damit wird der Käufer frei von der Bürde des Setzens einer Nachfrist. Allerdings wieder nur auf den ersten Blick. Er kann nun auch nicht zurücktreten, solange die Frist läuft, ohne selbst Gefahr zu laufen, Schadensersatzpflichtig zu werden. Aber er kann nun seine eigene Vorstellung von einer angemessenen Frist nicht mehr darstellen, so dass man Gefahr läuft, die Angemessenheit der Frist falsch zu berechnen, da man nichts von den Umständen weiß, in denen es für den Gläubiger

<sup>2439</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 23.

<sup>2440</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 23.

<sup>2441</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 23.

<sup>2442</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 23.

<sup>2443</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 24.

noch angemessen ist. Deswegen wird der Schuldner nicht unbedingt geschützt vor zu kurzen Fristen. Er muss innerhalb der angemessenen Frist leisten, und zwar nun ohne Anhaltspunkt. Bekommt er eine Frist gesetzt, kann er sich an ihr immer noch orientieren. Sie mag für ihn sogar noch günstiger sein, da sie länger als normalerweise angemessen sein kann. Und eine zu kurze Fristsetzung könnte immer noch in eine angemessene umgedeutet werden. Diese Nachteile wiegen schwere als die Vorteile, die daraus entstanden sind. Zugegeben: Die Nachfristsetzung ist nicht perfekt. Diese Lösung birgt aber noch mehr Nachteile.

Der Gläubiger kann gem. Art. 8:301 II AP den Vertrag auflösen, wenn es ihm aufgrund der Art der Nichterfüllung oder der Art des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, am Vertrag festzuhalten. Hiermit, besonders wenn man Art. 8:301 I 2 AP bedenkt, wird wie im Prinzip auch im deutschen Recht quasi durch die Hintertür die Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Pflichtverletzung normiert. Da dies ohne ungeachtet der Voraussetzungen des Abs. 1 geschieht, muss dies gelten: Der Vertrag kann aufgehoben werden, wenn eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegt. Liegt sie nicht vor und ist auch keine Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit oder sonstige Unverhältnismäßigkeit gegeben, kann der Gläubiger nur dann zurücktreten, wenn der Schuldner nicht in angemessener Zeit nacherfüllt hat. Damit ist er inhaltlich fast deckungsgleich mit den anderen Principles, dem DCFR und dem deutschen Recht.

Das wird umso klarer, wenn man sich die weiteren Absätze ansieht. Art. 8:301 III AP lässt den Gläubiger auch wegen mangelhafter Teilleistungen diesbezüglich teilweise oder ganz vom Vertrag zurücktreten, wenn er kein Interesse an der ganzen Sache mehr hat. Dabei wird erst einmal nur der Teil erfasst, der mangelhaft ist, nicht aber der ganze Vertrag<sup>2444</sup>. Dieser kann nur dann ganz aufgehoben werden, wenn der Gläubiger keinen Nutzen an den bereits gelieferten Sachen mehr hat. Das ist dann der Fall, wenn sein Interesse weggefallen ist<sup>2445</sup>.

Ebenso kann er seine eigene Leistung gem. Abs. 4 mindern, wenn die Nacherfüllung nach dem zweiten Abschnitt nicht den ursprünglichen Wert der Leistung wiederhergestellt hat. Dabei wird ausnahmsweise eine Kumulation von Nachbesserung und Minderung zugelassen<sup>2446</sup>. Zurücktreten darf er in diesem Fall nur dann, wenn die nachgebesserte Sache immer noch so mangelhaft ist, als dass er kein Interesse mehr an ihr hat.

Nach Abs. 5 wird das Recht auf Schadensersatz nicht davon ausgeschlossen, dass man minderte oder vom Vertrag zurücktrat. Das bedeutet aber nicht, dass die Kumulierung von Schadensersatz und Rücktritt oder Minderung keinen Einfluss auf die Berechnung des Schadensersatzes hat<sup>2447</sup>. Im Gegenteil. Ist der Gläubiger zurückgetreten, hat er einen geringeren Schaden, da er selbst von Verpflichtungen frei wird. Auch dies korrespondiert mit den anderen Rechtsordnungen.

Der eine große Unterschied hierbei ist, dass die Nacherfüllung zwingend vorgeht. Das ist zwar auch im deutschen Recht der Fall, nicht aber in dem DCFR, der CISG und den anderen Principles, wo diese auf die verspätete Lieferung beschränkt sind. Nur dann kann der Gläubiger eine Nachfrist setzen, obwohl der Schuldner immer Nacherfüllung anbieten darf. Damit folgen die AP strenger dem Grundsatz von *pacta sunt servanda*. Der andere große Unterschied ist das automatische Eintreten einer Nachfrist.

Gem. Art. 8:302 AP muss der Gläubiger dem Schuldner den Rücktritt erklären.

#### b) Vorweggenommener Vertragsbruch

Art. 8:304 AP ist direkt von Art. III.- 3:401 DCFR als *grey letter rule* übernommen worden, allerdings ohne die Abs. 2 und 3. *Grey letter rules* sind von den AP zur Lückenfüllung direkt

<sup>2444</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 26.

<sup>2445</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 26.

<sup>2446</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 25.

<sup>2447</sup> AP- Comment Art. 8:301 Rn. 18.

übernommene Regelungen des DCFR, wenn keine entsprechende Norm in dem Gemeinschaftsrecht zu finden war<sup>2448</sup>. Der Gläubiger kann gem. Art. 8:304 I AP die eigene Erfüllung, wenn sie vor der Leistung des Schuldners erfolgen soll oder Zug um Zug, zurückbehalten, bis der Schuldner die eigene andient oder leistet. Dies kann nach Abs. 4 die ganze Leistung sein oder nur ein Teil, je nachdem, was den Umständen nach erforderlich ist.

Diese Regelung sagt selbst nicht *expressis verbis* aus, dass dies nur dann zu geschehen hat, wenn es vernünftige Hinweise gibt, dass der Schuldner nicht leisten wird. Ansonsten würde eine Vorleistung des Gläubigers nie möglich sein. Insoweit muss Art. 8:304 AP teleologisch reduziert werden<sup>2449</sup>. Es ist nicht geregelt, ob und unter welchen Umständen der Gläubiger zurücktreten kann. Der einzige Hinweis in den AP ist der, dass Art. 8:304 AP in dem systematischen Zusammenhang der Vertragsaufhebung steht. Insofern muss die entsprechende Regelung aus dem DCFR übernommen werden, und diese so die AP ergänzen.

### c) Rechtsfolgen

Gem. Art. 8:303 I 1 AP werden beide Parteien ex nunc von dem Augenblick frei von ihren Leistungspflichten, wo die Aufhebung wirksam wird. Satz 2 stellt für die Teilaufhebung klar, dass nur für den aufgehobenen Teil die Parteien frei werden.

Art. 8:303 II 1 AP gebietet den Vertragspartnern, das bisher vertraglich Geleistete zurückzugeben. Auch hier ist Satz 2 eine entsprechende Regelung für die Teilaufhebung.

Bei den Rechtsfolgen sind Übernahmen aus den weiteren Regelungen des DCFR, als sogenannte *grey letter rule*, nicht erfolgt, obwohl dies selbst als möglich erkannt wurde<sup>2450</sup>. Dann aber ist es fraglich, warum das unterblieb. Somit ist festzustellen, dass Art. 8:303 AP die einzige Norm ist, die auf die Folgen des Rücktritts direkt eingeht. Weitere Ergänzungen, wie über den Nutzungsersatz, müssten über die Regelungen des DCFR eingefügt werden<sup>2451</sup>. Die Befürchtungen hiergegen, dass der Verbraucherschutz dadurch in Mitleidenschaft gerät<sup>2452</sup>, sind gering. Zum einen muss der Verbraucherschutz durch die weiteren Regelungen mitberücksichtigt werden. Und das kann man nur, wenn man diese Regelungen auch trifft. Zum anderen werden häufig Verbraucher nicht an solchen Verträgen teilnehmen, die eine Rechtswahl beinhalten. Beriefe man sich allerdings nicht auf andere Normen, so entstünde hierdurch eine Rechtsunsicherheit, die weitaus schlimmer und verbraucherschutzfeindlicher ist, als keine Regelung. Ein Schweigen hierüber ist nicht geboten.

Damit stellt sich aber insgesamt der Wert der AP zumindest für die Praxis infrage. Denn wenn so viele Regelungen aus dem DCFR übernommen werden müssen, kann man auch gleich den DCFR nehmen. Folglich ist die Rolle der AP lediglich die eines Vorbereiters des DCFR. Eine interessante Studie über das EG-Privatrecht, welches aber noch viel zu sehr fragmentarisch ist, als dass es lückenlos ein solches Werk wie die AP füllen könnte. Damit allerdings sind diese nicht mehr als eine Studie, mit der die Praxis wenig anfangen könnte. Ihr Wert ist einzig und allein der einer Studie für den DCFR und möglicherweise anderen Kodifikationsvorhaben. Doch werden die mit ziemlicher Sicherheit eher auf die anderen Principles und den DCFR zurückgreifen.

Art. 8:303 AP lässt den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln<sup>2453</sup>. Auf diese sind die Regeln über ein Schuldverhältnis entsprechen anzuwenden, mit Ausnahme der Vertragsaufhebung. Damit ist der Schuldner der zurückzugewährenden Sache werterersatzpflichtig, sollte er sie nicht zurückgeben können und einen Vorteil daraus gezogen zu haben<sup>2454</sup>. Ebenso

<sup>2448</sup> Zoll S. 192.

<sup>2449</sup> Vgl. AP- Comment Art. 8:304 Rn. 3; Zoll S. 193.

<sup>2450</sup> Vgl. AP- Comment Art. 8:303 Rn. 2, 3.

<sup>2451</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 2, 3.

<sup>2452</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 3.

<sup>2453</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 5.

<sup>2454</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 6.

wird er u.U. schadensersatzpflichtig. Der Rückgewährgläubiger hat ebenso ein Recht auf Minderung<sup>2455</sup>. Die Wirkung tritt *ex nunc pro futuro* ein<sup>2456</sup>. Der Vertrag wird somit nicht so behandelt, als dass er nie geschlossen worden wäre. Im Gegenteil. Deswegen hat das Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses allein schuldrechtliche Folgen<sup>2457</sup>. Sachenrechtliche, insbesondere eigentumsrechtliche, Folgen werden davon nicht erfasst. Es entsteht lediglich ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch, aber keine Vindikationslage.

## 2. DCFR

### a) Voraussetzungen

Gem. Art. III.- 3:502 I DCFR darf der Gläubiger zurücktreten, wenn eine wesentliche Nichterfüllung des Schuldners vorliegt. Abs. 2 definiert sodann die wesentliche Nichterfüllung<sup>2458</sup>. Desweiteren kann der Gläubiger gem. Art. III.- 3:503 I DCFR zurücktreten, wenn zwar die Vertragsverletzung nicht wesentlich ist, jedoch nach Setzung einer angemessenen Nachfrist nicht erfüllt worden ist. Abs. 2 bestimmt dabei, dass eine zu kurze Frist in eine angemessene umgedeutet wird. Damit wird das Setzen einer Nachfrist generelles Erfordernis, um einen Rücktritt rechtmäßig erklären zu können, wenn kein Fall der wesentlichen Nichterfüllung vorliegt<sup>2459</sup>. In Ermangelung einer anderweitigen Regelung, muss jede Art der Vertragsverletzung durch eine Nachfristsetzung zur Behebung angemahnt werden, sofern sie nicht wesentlich ist. Das gilt auch für mangelhafte Lieferungen<sup>2460</sup>. Sollte der Sach- oder Rechtsmangel geringwertig oder leicht behebbar sein, so kann man durch Treu und Glauben des Art. I.- 1:102 III lit. b) DCFR zu einem Ausschluss des Rücktrittsrechts kommen. So löst man das Problem, dass ein nur geringfügiger Mangel nicht zur Vertragsaufhebung führen darf. Gleichzeitig hat der Schuldner nun die Pflicht, auch den Mangel zu beheben, was dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* am ehesten entspricht. Sollte das für ihn zu nachteilhaft sein, so kann er immer noch in Anlehnung an die *clausula rebus sic stantibus* des Art. III.- 1:110 DCFR die Nacherfüllung verweigern. Sollte nur eine Art der Nacherfüllung betroffen sein, also entweder Nachbesserung oder Nachlieferung, so gilt das nicht für die andere. Ansonsten hat er dem Gläubiger dann Schadensersatz gem. Art. III.- 3:701 DCFR und Minderung gem. Art. III.- 3:601 DCFR zu gewähren. Ein Rücktritt kommt gleichwohl nur dann in Betracht, wenn der Mangel nicht gering oder leicht behebbar ist. Auch hat der Käufer u.U. die Pflicht, die Sache, und sei es nur zum Schrottwert, für den Verkäufer zu verkaufen. Das ist dann der Fall, wenn die Rückabwicklung zu kompliziert und unwirtschaftlich ist.

Gem. Art. III.- 3:507 I DCFR hat der Gläubiger dem Schuldner die Vertragsaufhebung zu erklären. Nach Abs. 2 gilt das nicht, wenn eine Nachfrist mit einer automatischen Aufhebungsandrohung gesetzt wurde. Dann ist der Vertrag mit dem Ablauf jener angemessenen Frist automatisch aufgelöst, ohne dass es einer weiteren Erklärung bedarf.

Sind die Leistungen des Vertrages teilbar, so kann der Gläubiger gem. Art. III.- 3:506 II DCFR vom Vertrag nur wegen der betroffenen Teile zurücktreten. Nach Abs. 3 kann er nur dann vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn es ihm nicht zugemutet werden kann, die anderen Teile abzunehmen oder ein anderer Grund vorliegt, das ganze Vertragsverhältnis zu beenden.

---

<sup>2455</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 5.

<sup>2456</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 6.

<sup>2457</sup> AP- Comment Art. 8:303 Rn. 8.

<sup>2458</sup> S.o. § 9 III.

<sup>2459</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 692.

<sup>2460</sup> A.A. Huber ZEuP 2008, 708, 727, der zu sehr auf das CISG als Vorbild abstellt.

### b) Antizipierte Nichterfüllung

Art. III.- 3:401 II DCFR gibt dem Gläubiger das Recht, die Leistung zurückzubehalten, wenn er vernünftigen Grund zur Annahme hat, dass der Schuldner nicht leisten wird. Damit sind alle Arten von Schlechtleistung mit erfasst. Der Gläubiger kann die Leistung so lange zurückbehalten, wie der Grund zur Annahme fortbesteht. Das Recht endet jedoch in dem Fall, in dem der Schuldner eine angemessene Sicherheit stellt. Der Gläubiger hat bei Ausübung dieses Rechts nach Abs. 3 jedoch die Pflicht, den Schuldner in angemessener Frist zu benachrichtigen. Versäumt er das, macht er sich bezüglich der Verluste, die dem Schuldner durch die verspätete Anzeige entstanden sind, schadensersatzpflichtig. Abs. 4 stellt nur noch klar, dass in Anbetracht der Umstände die ganze Gegenleistung oder nur ein Teil vernünftigerweise zurückbehalten werden kann.

Ist eine Weigerung des Schuldners zu erfüllen oder eine wesentliche Nichterfüllung in Aussicht gestellt, kann der Gläubiger für diese antizipierte Nacherfüllung gem. Art. III.- 3:504 DCFR vom Vertrag zurücktreten. Hat der Gläubiger aber nur vernünftige Hinweise auf eine künftig eintretende wesentliche Nichterfüllung oder Weigerung des Schuldners zu leisten, so kann er gem. Art. III.- 3:505 DCFR vom Schuldner eine angemessene Sicherheit verlangen. Wird diese nicht gestellt, darf er ebenfalls zurücktreten.

### c) Ausschluss

Wie auch in den PECL ist im DCFR das Recht auf Vertragsaufhebung gem. Art. III.- 3:508 I DCFR ausgeschlossen, wenn nicht binnen angemessener Zeit die Vertragsaufhebung erklärt wurde. Die Zeit beginnt nach Abs. 2 mit Ablauf der Frist zur Heilung gem. Art. III.- 3:302 DCFR ansonsten ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem der Gläubiger von der Vertragsverletzung Kenntnis gehabt haben müsste. Abs. 3 lässt das Ablauf der Fristen der Art. III.- 3:503 ff. DCFR als Beginn der Frist zur Vertragsaufhebung gelten.

Damit folgt der DCFR den PECL. Und genauso ist dies zu kritisieren. Er ist insoweit teleologisch zu reduzieren, als dass dies nur dann möglich ist, wenn entweder dem Gläubiger ein überwiegendes Mitverschulden trifft oder den Schuldner eine unbillige Härte trifft, die selbst an *force majeure* zumindest heranreicht. Alles Weitere wäre übermäßiger Schuldnerschutz. Die Vertragsaufhebung sollte nur dann ausgeschlossen sein, wenn die Verjährung eintritt.

Nach Art. III.- 7:101 DCFR verjähren Ansprüche, und zwar gem. Art. III.- 7:102 DCFR in drei Jahren. Nur ist die Vertragsaufhebung kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht. Auch gibt es im DCFR kein Äquivalent des § 218 BGB. Das hat je nach Grund der Vertragsaufhebung verschiedene Konsequenzen. Ist der Wandelungsgrund die Nichterfüllung der Leistungspflicht, so verjährt dieser in drei Jahren, da der Erfüllungsanspruch dann verjährt und mithin auch alle Rechtsbehelfe desselben, sofern der Schuldner gem. Art. III.- 7:501 I DCFR sich auf Verjährung beruft<sup>2461</sup>. Beim Sachmangel ist das nicht möglich. Dann kann nur bei einem Handelskauf die zweijährige Rügefrist i.S.d. Art. IV. A.- 4:302 II DCFR eingreifen. Ansonsten ist *ad calendas Graecas* beim Verbrauchsgüterkauf der Rücktritt ausgeschlossen, sofern der Käufer beweisen kann, dass der Mangel schon vor Vertragsschluss bestand<sup>2462</sup>. Das aber ist eine zu große Extension der Gläubigerrechte, die rechtspolitisch zumindest fragwürdig ist. Aus diesem Dilemma kommt man momentan nur heraus, wenn der Rücktritt schon nach Art III.- 3:508 DCFR ausgeschlossen ist<sup>2463</sup>. Doch muss diese Art des Ausschlusses restriktiv gehandhabt werden, so dass im Regelfall die drei Jahre die Zeit sind, in der dieser Anspruch ausgeübt werden muss. Nach Ablauf dieser Zeit hingegen, ist kein Grund ersichtlich, den Gläubiger zu schützen und die Vertragsaufhebung gänzlich ausgeschlossen. Allerdings darf auch nicht weniger Zeit verstrichen sein.

<sup>2461</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 729.

<sup>2462</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 729.

<sup>2463</sup> Vgl. Dauner-Lieb/ Quecke S.146, 147.

Ferner kann der Schuldner den Vertrag heilen gem. Art. III.- 3:202 I DCFR, wenn ein vertragskonformes Angebot noch in der für die Leistung bestimmten Zeit erbracht werden kann. Dabei hat er das Wahlrecht hinsichtlich der Art der Nacherfüllung<sup>2464</sup>. Erst wenn diese fehlschlägt, und hierunter ist auch eine ernsthafte Weigerung des Schuldners zu verstehen, kann der Käufer die andere Art verlangen<sup>2465</sup>. Ist das nicht mehr der Fall, kann er unverzüglich nach Benachrichtigung der Mangelhaftigkeit die Heilung binnen angemessener Zeit anbieten nach Abs. 2. Während dieser Zeit kann der Gläubiger mit Ausnahme des Zurückbehaltungsrechts keine Rechtsbehelfe ausüben. Das gilt aber nicht für die Fälle des Art. III.- 3:203 DCFR. Hier braucht der Gläubiger eine solche Nachfrist akzeptieren, wenn nach lit. a) eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, nach lit. b) der Gläubiger Grund zur Annahme hat, dass die Leistung wesentlich nicht vertragskonform und unter Verletzung von Treu und Glauben erbracht wurde, nach lit. c) der Gläubiger Grund zur Annahme hat, dass der Schuldner nicht innerhalb der Frist vertragskonform oder ohne gegen weitere Interessen des Gläubigers zu verstoßen liefern wird oder schlussendlich gem. lit. d) in Anbetracht der Umstände unangemessen ist. Hat der Schuldner diese Chance zur zweiten Andienung ergriffen, kann der Gläubiger gem. Art. III.- 3:204 I DCFR keine Rechtsbehelfe ausüben, mit Ausnahme des Zurückbehaltungsrechts der eigenen Leistung. Das gilt nach Abs. 3 nicht für den Schadensersatzanspruch, der durch die Verspätung entstanden ist. Erst wenn die Frist ohne Heilung abgelaufen ist, kann der Gläubiger nach Abs. 2 alle weiteren Rechtsbehelfe ausüben. Generell ist die Kumulation von Rechtsbehelfen gem. Art. III.- 3:102 DCFR ausdrücklich möglich, solange sie nicht inhaltlich ausgeschlossen sind. So ist ein Erfüllungsanspruch und Rücktritt regelmäßig ausgeschlossen, Lieferung und Zahlung von Verzugsschäden jedoch nicht<sup>2466</sup>.

Die Frage ist hingegen, wie sich die Ansprüche auf Nacherfüllung gem. Art. IV. A.- 4:201 lit. a) DCFR, Nachfristsetzung und Heilung zu einander stehen. Der Gläubiger muss dem Schuldner, sofern keine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, eine Nachfrist setzen. Insofern korrespondiert es mit dem Recht des Schuldners auf Heilung. Es sind zwei Seiten derselben Medaille. Der Gläubiger kann aber auch das Recht zur Nacherfüllung gelten machen, vorbehaltlich der rechtzeitigen Geltendmachung in Art. III.- 3:302 IV DCFR<sup>2467</sup>, wenn der Schuldner die Nacherfüllung von sich aus nicht angeboten hat oder gar ablehnte<sup>2468</sup>. Der Gläubiger kann sie theoretisch immer noch verlangen, wenn die Nachfrist abgelaufen ist oder der Nacherfüllungsversuch scheiterte.

Diese zugegebenermaßen stark an das deutsche System angelehnte Auffassung hat den Vorteil, dass der Schuldner zwar immer noch sein Recht zur zweiten Andienung behält, gleichzeitig aber auch die Pflicht dazu hat. Währenddessen ist der Gläubiger ebenso an das Erfordernis der Nachfristsetzung gebunden, bevor er weitere Rechtsbehelfe ergreifen kann. Und genau das ist dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* geschuldet.

#### d) Rechtsfolgen

Gem. Art. III.- 3:509 I DCFR hören nach erfolgtem Rücktritt die noch nicht erfüllten Leistungspflichten auf zu existieren. Sie werden *ex nunc* beendet<sup>2469</sup>. Abs. 2 schließt dabei aus, dass von dieser Regelung auch die Vereinbarungen miterfasst werden, die der Streitbeilegung dienen oder auch dann weiterwirken sollen, wenn der Vertrag aufgehoben werden soll. Damit ist nicht anderes gemeint, als dass Gerichtsstandsvereinbarungen, Rechtswahl und die Pflicht zur Vertraulichkeit von Informationen weiterbesteht. Abs. 3 schließt ferner aus, dass vom

<sup>2464</sup> Dauner-Lieb/ Quecke S. 150.

<sup>2465</sup> Vgl. Dauner-Lieb/ Quecke S. 150.

<sup>2466</sup> Huber ZEuP 2008, 708, 713.

<sup>2467</sup> Für diesen gilt die gleiche rechtspolitische Kritik. Auch er gehört teleologisch extensiviert auf die dreijährige Verjährungsfrist.

<sup>2468</sup> Dauner-Lieb/ Quecke S.149.

<sup>2469</sup> DCFR Art. III.- 3:509 Comment C; Leible S. 106.

Rücktritt auch das Recht auf Schadensersatz oder Vertragsstrafen mit umfasst sind. Im Gegenteil. Diese Ansprüche sollen gerade weitergelten. Es wird ebenfalls klargestellt, dass der Zurücktretende nicht als Verursacher dargestellt werden kann, wenn er sein Recht auf Vertragsaufhebung wahrnimmt.

Art. III.- 3:510 DCFR gibt der vertragsauflösenden Partei das Recht, bereits empfangene Leistungen zurückzugeben, wenn sie nicht mehr von Interesse für sie sind. Für diese ist auch die Pflicht zur Zahlung erloschen. Diese Norm findet bei teilbaren Verträgen Anwendung.

Gem. Art. III.- 3:511 I DCFR haben die Parteien die Leistungen zurückzugeben. Ist die Leistung eine Geldsumme, so ist sie nach Abs. 2 zurückzuerstatten. Ist sie eine Sache, so muss sie zwar auch grundsätzlich *in natura* zurückgegeben werden gem. Abs. 3, doch muss man das dahingehend relativieren, dass im Falle der unverhältnismäßigen Mühen oder Kosten, um dies zu erreichen, ein Wertersatz gezahlt werden muss. Dies soll nach Abs. 4 entsprechend der Regelung des Art. III.- 3:513 DCFR erfolgen. Der abschließende Abs. 5 stellt natürliche und rechtliche Früchte der Leistung gleich.

Art. III.- 3:512 I DCFR stellt für die Aufhebung von teilbaren Verträgen klar, dass die Rückgabe dann nicht zu erfolgen hat, wenn für den erhaltenen Leistungsteil eine Gegenleistung erbracht wurde. Damit soll dann keine Rückgabe von Leistungen für die Teile erfolgen, die als Teilleistungen akzeptiert wurden. Denn ebenso lässt Abs. 2 den ersten Absatz nicht eingreifen, wenn gem. Art. III.- 3:510 DCFR die bereits erhaltene Leistung abgelehnt wurde. Dann sind die Leistungen doch herauszugeben.

Nach Art. III.- 3:513 I lit. a) DCFR hat der Schuldner Wertersatz einer Leistung zu zahlen, die nicht zurückgegeben werden kann. Lit. b) lässt ihn Wertersatz dafür zahlen, dass sich der Wert einer Leistung durch eine Beschaffenheitsveränderung bis zur Rückgabezeit vermindert hat. Das gilt gem. Art. III.- 3:514 DCFR auch für die Nutzungen. Nach Art. III.- 3:513 II DCFR ist im Falle eines vereinbarten Preises der Wertersatz der Anteil des Preises, der sich aus der Differenz zwischen dem Wert der aktuellen Sache und dem Wert der versprochenen Sache ergibt. Ist kein Preis vereinbart, so ist der Preis anzunehmen, der von vernünftigen Dritten in Kenntnis der Mangelhaftigkeit erzielt worden wäre. Abs. 3 schließlich schränkt die Haftung des Rückgewährschuldners ein. Er haftet nicht mehr für den Fall, dass durch die Nichtleistung des Rückgewährgläubigers die Sache nicht mehr in dem Zustand zurückgegeben werden kann (lit. a)) oder nach lit. b) der Rückgewährschuldner gezwungen ist, ohne Kompensation die Sache zu verwerten oder zu erhalten. Ferner schließt Abs. 4 die Haftung ebenfalls aus für den Fall, dass er vernünftigerweise aber irrig annahm, die Sache sei fehlerfrei und er dementsprechend die Sache behandelte. Damit wird wie im deutschen Recht die Haftung des Rückgewährschuldners auf das über die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten Maß beschränkt.

Für nützliche Aufwendungen kann der Rückgewährschuldner gem. Art. III.- 3:514 II DCFR Wertersatz verlangen, wenn die andere Partei einen Gewinn daraus erzielen kann, es sei denn, dass gem. lit. a) die Aufwendung eine Nichterfüllung gegenüber dem Rückgewährgläubiger darstellt oder nach lit. b) der Rückgewährschuldner zumindest damit rechnen musste, die Sache zurückzugeben.

Art. III.- 3:315 DCFR lässt die Haftung des Rückgewährschuldners für die Zeit nach dem Rückgabetermin verschärfen. Dann muss der Schuldner Wertersatz leisten, wenn die Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann gem. Art. III.- 3:315 I lit. a) DCFR, bzw. nach lit. b) den Wertverlust ersetzen, den die Sache erfahren hat. Das gilt nur für Veränderungen, die nach Fälligkeit der Rückübergabe eingetreten sind. Sollte die Sache veräußert worden sein, nachdem sie hätte zurückgegeben werden müssen, so ist nach Abs. 2 der Wert der Einnahmen maßgeblich, wenn er größer als der tatsächliche Wert ist. Damit soll der unredliche Rückgewährschuldner keine Gewinne erzielen dürfen. Dieser steht dem Rückgewährgläubiger zu. Abs. 3 lässt die weiteren Schadensersatzansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis unangetastet.



Die Regelungen des DCFR sind bereits als Widergabe des Rücktrittsrechts des BGB kritisiert worden<sup>2470</sup>. Doch ist hierin Kritik verfehlt, da die Stringenz innerhalb des DCFR im Vergleich mit den Principles sehr viel besser ist. Einziger Kritikpunkt ist das Festhalten am Erfordernis einer Frist, nach der der Rücktritt ausgeschlossen ist. Sie sind auch ein weiterer Schritt in Richtung eines richtigen Gesetzbuches. Denn im Unterschied zu den PECL, deren Rechtsfolgen nur Rechtsgrundsätze darstellen, nach denen zu urteilen ist<sup>2471</sup>, haben die DCFR detaillierte Regelungen<sup>2472</sup> und sind damit weitaus praxisfreundlicher und der Rechtssicherheit dienlicher als die PECL.

## **§ 47 Vergleich des Rücktritts**

### **I. Deutsches Recht**

Voraussetzung für die Geltendmachung der Rücktrittserklärung ist die Nachfristsetzung zur Nacherfüllung<sup>2473</sup>. Ist diese fruchtlos verstrichen oder nicht zumutbar, kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten und den Rücktritt erklären. Dieses unwiderrufliche Gestaltungsrecht tritt als solches erst in Kraft, wenn die einseitige Erklärung dem Schuldner zugegangen ist. Die Unwiderruflichkeit wird nur insofern eingeschränkt, als dass der Schuldner die Möglichkeit hat, den Rücktritt als ungerechtfertigt anzusehen und am Vertrag festzuhalten. Dann kann auch der Gläubiger wieder zum Vertrag zurückkehren<sup>2474</sup>.

#### **1. Rückgewährschuldverhältnis**

Ist der Rücktritt wirksam erklärt worden, wandelt sich der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um, jedoch nur insofern, als dass tatsächlich Leistungen ausgetauscht wurden. Diese und die daraus gezogenen Nutzungen sind zurückzugewähren. Ansonsten erlischt die primäre Leistungspflicht *ex nunc*. Ist es nicht mehr möglich, die Sache *in natura* oder unbeschädigt zurückzugeben, so hat der Gläubiger dem Schuldner Schadensersatz nach §§ 346 IV, 280 I, III, 281 resp. 283 BGB zu leisten, sofern ihm ein Verschulden trifft. Trifft ihn das nicht, sondern ist der Untergang zufälliger Natur, so steht dem Schuldner, also dem Rückgewährgläubiger, ein Wertersatz nach § 346 II BGB zu. Der Gläubiger, also Rückgewährschuldner, hat die Kosten des Rücktransports zu tragen<sup>2475</sup>, es sei denn, der Leistungsort war beim Gläubiger oder anderswo. Dann trägt der Schuldner die Kosten.

Für den Teilrücktritt gilt, dass nur die mangelhaften Sachen zurückgegeben werden müssen. Im Übrigen bleibt aber der Vertrag bestehen, es sei denn, der Gläubiger hat an dem restlichen Vertrag kein Interesse<sup>2476</sup>.

#### **2. Herausgabe oder Wertersatz**

Ist es nicht möglich, die Sachen *in natura* wieder herauszugeben, ist nach § 346 II BGB Wertersatz zu leisten. Dieser bestimmt sich gem. § 346 II 2 nach der vertraglichen Gegenleis-

---

<sup>2470</sup> *Jud S.* 87.

<sup>2471</sup> *S.o.* I. 5.

<sup>2472</sup> Pfeiffer *ZEUP* 2008, 679, 693.

<sup>2473</sup> *Vgl.* § 31 I.

<sup>2474</sup> *Staudinger- Otto/Schwarze* § 323 Rn. D 9.

<sup>2475</sup> *OLG Karlsruhe MDR* 1970, 587, 587 Nr. 47; *Bamberger/ Roth- Grothe* § 346 Rn. 31; *MK- Gaier* § 346 Rn.

18.

<sup>2476</sup> *MK- Ernst* § 323 Rn. 203.

tung. Ist die Sache objektiv minderwertig, so muss § 441 III BGB (für das Werkrecht § 638 III BGB) entsprechend dieser Betrag gemindert werden<sup>2477</sup>. Dann ist lediglich der Verkehrswert maßgebend. Nutzungen werden dabei nicht mitgerechnet.

Wertersatz ist auch nach § 346 II Nr. 2, 3 BGB zu zahlen, wenn die Sache untergeht<sup>2478</sup>. Dies wird aber durch § 346 III Nr. 1 bis 3 BGB abgemildert. Kein Wertersatz ist zu leisten, wenn der Mangel erst während oder gar nach dem typischen Gebrauch entdeckt wird (Nr. 1), wobei es auf das Kennenmüssen ankommt, der Gläubiger für den Untergang verantwortlich ist (Nr. 2) oder der Gläubiger die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten eingehalten hat (Nr. 3). Darin ist auch der zufällige Untergang erfasst. Der Schuldner kann auch das *stellvertretende commodum* fordern.

### 3. Nutzungs- und Aufwendungsersatz

Sind Nutzungen nicht gezogen worden, so hat der Schuldner einen Anspruch nach § 347 I BGB auf Ersatz dieser Nutzungen. Darunter sind auch solche des § 100 BGB zu verstehen<sup>2479</sup>. Das gilt aber nur insofern, als dass eine vernünftige, wirtschaftliche Nutzung beim bestimmungsmäßigen Gebrauch nicht eingehalten wurde. Ein Verschulden bezüglich des Unterlassens ist nicht erforderlich. Grenze hierbei ist nach § 347 I 2 BGB, dass nur das Außerachtlassen der eigenüblichen Sorgfalt i.S.v. § 277 BGB die Pflicht zum Nutzungsersatz auslöst. Dies ist bei zumindest Kennenmüssen zu reduzieren, da ab dann der vermeintliche Rückgewährschuldner damit rechnen muss, die Ware zurückzugeben.

Nach § 347 II sind auch die nötigen Verwendungen oder Aufwendungen, sofern sie den Schuldner bereichern, zu erstatten.

### 4. Schadensersatz

Ist eine Pflicht des § 346 BGB verletzt worden, so kann der Schuldner gem. §§ 346 IV, 280-283 BGB Schadensersatz, Schadensersatz wegen Verschlechterung (§§ 346 IV, 280 I BGB), Verzögerung (§§ 346 IV, 280 I, II, 286 BGB), Verzug (§§ 346 IV, 280 I, III, 281 BGB) und Unmöglichkeit (§§ 346 IV, 280 I, III, 283 BGB), verlangen.

### 5. Ausschluss des Rücktritts

Der Rücktritt ist gem. § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, wenn feststeht, dass die bewirkte Leistung zwar vertragswidrig, aber so unerheblich ist, dass sein Interesse an der Totalliquidation des Vertrages mit dem Interesse des Schuldners an einem Erhalt des Vertrages untergeordnet werden muss<sup>2480</sup>.

§ 323 VI BGB schließt den Rücktritt auch dann aus, wenn der Rückgewährschuldner ganz oder zu einem überwiegenden Teil für den Untergang der Sache verantwortlich ist.

## II. CISG

Die CISG sieht die Vertragsaufhebung als *ultima ratio* an<sup>2481</sup>, ja man ist sogar versucht, in schlechtem Latein dies als *ultissima ratio* zu beschreiben. Die CISG hält eher an dem Vertrag

---

<sup>2477</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 21.

<sup>2478</sup> MK- Gaier § 346 Rn. 36.

<sup>2479</sup> MK- Gaier § 347 Rn. 5

<sup>2480</sup> MK- Ernst § 323 Rn. 243.

<sup>2481</sup> Öst. OGH IHR 2001, 42, 43; MK- Huber Art 49 Rn. 3.

fest, als das deutsche Recht. Aufgrund der Internationalität der Verträge und der damit einhergehenden größeren Schwierigkeiten (und damit auch Kosten) der Parteien bezüglich des Rücktransports (teure Fracht, Zoll, Ausfuhrpapiere etc.) soll der Vertrag nach Möglichkeit erhalten bleiben. Deshalb ist es dem Gläubiger eher zuzumuten, die gekaufte Sache zu veräußern und/oder den Schaden zu liquidieren, als den Vertrag aufzuheben. Der Teilrücktritt des Art. 51 CISG ist so wie im BGB geregelt.

### 1. Voraussetzung

Voraussetzung ist, dass entweder eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt oder die Nachfrist erfolglos verstrichen ist<sup>2482</sup>. Insofern ist schon festgestellt worden, dass die CISG keine Dreiteilung enthält wie das deutsche Recht, sondern nur eine zweieinhalbe. Im deutschen Recht kann im Fall einer gravierenden Vertragsverletzung sofort aufgehoben werden. Im Fall einer mittelschweren Vertragsverletzung kann nur nach Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere fruchtloser Ablauf einer Nachfrist, zurückgetreten werden. Nur bei Bagatelverletzungen ist der Rücktritt ausgeschlossen. In der CISG hingegen ist die Nachfristsetzung nur im Fall des Verzugs eingeführt worden, nicht jedoch im Übrigen.

### 2. Erklärung

Der Gläubiger muss dem Schuldner die Vertragsaufhebung erklären und die Erklärung zu- kommen lassen. Diese kann auch konkludent erfolgen und ist formlos möglich<sup>2483</sup>. Nach Art. 49 II CISG hat die Erklärung binnen angemessener Frist nach der Entdeckung des Mangels zu geschehen. Diese Regelung findet sich in § 377 III HGB zwar nicht ganz wieder, jedoch vom Geist her. Dort muss allerdings nur der Mangel angezeigt werden, nicht jedoch sogleich der Rücktritt erklärt werden. Allerdings gebietet es § 242 BGB dem Gläubiger binnen angemessener Frist dem Schuldner mitzuteilen, wie man weiter fortzufahren gedenkt. Insofern ist ein Gleichlauf vorhanden. Jedoch gilt das nur insoweit, als dass hier Kaufleute mit eingebunden sind und keine Verbraucher.

### 3. Rechtsfolge

Ist der Vertrag wirksam aufgehoben worden oder beide Seiten bei einer ungerechtfertigten Aufhebung zumindest konkludent ihr Einverständnis erteilen<sup>2484</sup>, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus Art. 81 CISG. Nach Art. 81 I 1 CISG erlöschen alle unerfüllten Primärpflichten. Auch die damit verbundenen Nebenpflichten erlöschen<sup>2485</sup>. Das betrifft jedoch nicht die Nebenpflichten, die mit der Primärleistung nicht in direkter Verbindung sind. So bleiben die Pflichten auf Zahlung von Schadensersatz oder Vertragsstrafen, die Bestimmungen über die Streitbeilegung oder die Vereinbarungen über die Rückabwicklung in Kraft. Dies stimmt mit den Regelungen im deutschen Recht überein.

Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht ein Rückabwicklungsschuldverhältnis<sup>2486</sup>. Dieses ist von dem deutschen Recht grundsätzlich nicht zu unterscheiden.

Art. 81 II CISG gibt den Parteien das Recht, das bisher Geleistete zurückzufordern. Auch dies entspricht dem deutschen Recht.

---

<sup>2482</sup> Vgl. §§ 7, 16 II, 44 II.

<sup>2483</sup> BG CISG- online Nr. 770; S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 24; Staudinger- Magnus Art. 49 Rn. 25; Piltz NJW 2003, 2056, 2063.

<sup>2484</sup> S/S- Müller- Chen Art. 49 Rn. 45.

<sup>2485</sup> S/S Hornung<sup>4</sup> Art. 81 Rn. 8; Staudinger- Magnus Art. 81 Rn. 5.

<sup>2486</sup> Siehe § 44 II 6.

Diesem nicht mehr entsprechend ist es jedoch grundsätzlich, dass der Rücktritt des Gläubigers gem. Art. 82 I CISG ausgeschlossen ist, wenn die Kaufsache nicht mehr vorhanden ist. Durch die Einführung der Pflicht zur Zahlung eines Wertersatzes in § 346 II BGB im Jahr 2001 wurde dieses Prinzip aus § 351 BGB a.F. aufgegeben. In der CISG besteht dies fort. Wie oben<sup>2487</sup> bereits gezeigt, ist dies obsolet. Diese aus dem römischen Recht tradierte Regelung sollte von einem Wertersatzsystem abgelöst werden. Denn dann kann sich der Gläubiger es überlegen, ob er trotzdem zurücktreten will oder nicht. So sind ihm die Hände gebunden. Aber wenn er schon das Recht zum Rücktritt hat, so soll er es auch ausüben können, allerdings mit der Pflicht, Wertersatz zu leisten.

Freilich gibt es hiervon Ausnahmen. Art. 82 I lit. a) CISG schließt den Rücktritt nicht aus, wenn die Sache durch Zufall zerstört wurde. Auch dies steht im Einklang zum deutschen Recht, wo Wertersatz grundsätzlich auch im Fall des zufälligen Untergangs nicht zu leisten ist. In Anbetracht des grundsätzlichen Ausschlusses des Rücktritts ist diese Regelung notwendig, um den Gläubiger nicht übermäßig zu belasten. Hat jedoch der Schuldner den Untergang zu verantworten, ist eine Übereinstimmung ebenso gegeben. In der CISG ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen, während im deutschen Recht der Gläubiger keinen Wertersatz leisten muss. Hingegen schließt diese Regelung aus, dass der Gläubiger doch zurücktreten kann, wenn er die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten wahrte wie in § 346 III Nr. 1 BGB. Ein Verschulden des Gläubigers ist in der Konvention irrelevant<sup>2488</sup>. Er haftet für jede Art der Verursachung, so auch schon leichtes Verschulden.

Nach lit. b) ist die Beschädigung durch die notwendige Untersuchung ebenfalls kein Grund, die Aufhebung auszuschließen. Dies ist nicht ausdrücklich erwähnt im deutschen Recht. Da jedoch die Untersuchung Bestandteil der Untersuchungsobligation ist und diese zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gehört, ist kein Wertersatz zu zahlen, so dass diesbezüglich eine Übereinstimmung hergestellt ist.

Lit. c) lässt den Rücktritt auch zu, wenn der Mangel erst bei oder nach Verarbeitung oder Weiterveräußerung auftrat und der Gläubiger nichts hiervon wissen musste. Das korrespondiert mit § 346 III Nr. 1 BGB.

Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts lässt allerdings nach Art. 83 CISG andere Rechte unberührt.

Nach Art. 84 I CISG muss der Schuldner das Geld verzinst zurückgeben, wobei die Höhe sich an den üblichen Zinsen am Ort der Niederlassung des Verkäufers festmachen lässt<sup>2489</sup>. Diese Regelung entspricht zwar der des § 347 S. 3 BGB, jedoch ist seit dem SMG in § 347 I BGB geregelt, dass Nutzungen, so auch Zinsen, nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu zahlen sind. Damit ist ein grundsätzlicher Zinsanspruch nicht mehr gegeben. Da jedoch die CISG primär bei Handelskäufen Anwendung findet und auch im deutschen Recht in solchen Fällen andere Maßstäbe gelten, als bei Verträgen zwischen Verbrauchern, dürfte sich dieser Unterschied nur in wenigen Fällen auswirken.

Alle Vorteile sind gem. Art. 84 II CISG vom Käufer zurückzugewähren. Damit sind wie in §§ 99, 100 BGB natürliche und zivile Früchte gemeint<sup>2490</sup>, aber auch Wertersatz für die Benutzung der Ware<sup>2491</sup>. Aufwendungen kann der Käufer davon allerdings abziehen, da er nur seinen Nettovorteil schuldet<sup>2492</sup>, aber keine Luxusaufwendungen<sup>2493</sup>. Hat er Nutzungen nicht gezogen, obwohl es üblich und zumutbar war, so ist über die entsprechende Anwendung der

---

<sup>2487</sup> Siehe § 44 II 6.

<sup>2488</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 82 Rn. 5.

<sup>2489</sup> OLG München CISG- online Nr. 143; OLG Frankfurt NJW 1991, 3102, 3102; S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 17; Magnus ZEuP 1993, 79, 91.

<sup>2490</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 24.

<sup>2491</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 26.

<sup>2492</sup> Staudinger- Magnus Art. 84 Rn. 17.

<sup>2493</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 30.

Schadenminderungspflicht des Art. 77 CISG der Ersatz zu gewähren<sup>2494</sup>. Diese Regelungen decken sich in der Sache mit denen des deutschen Rechts. Eine etwas ausführlichere Regelung wäre allerdings wünschenswert gewesen.

Ebenso kann nach Art. 84 II lit. b) CISG das *stellvertretende commodum* herausverlangt werden. Auch das entspricht dem deutschen Recht.

### III. Principles und DCFR

#### 1. PECL

Wie auch die CISG setzt die Vertragsaufhebung des Art. 9:301 PECL voraus, dass eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt oder die Nachfrist erfolglos verstrichen ist. Bezüglich beiden Voraussetzungen wird auf oben<sup>2495</sup> verwiesen.

##### a) Erklärung der Vertragsaufhebung und Frist

Die Aufhebung muss dem Schuldner binnen angemessener Frist erklärt werden. Dies korrespondiert mit Art. 49 II CISG und de facto auch mit § 377 III HGB i.V.m. § 242 BGB. Wie oben<sup>2496</sup> dargestellt, ist diese Regelung des Art. 9:301 II PECL zu kritisieren. Während für gewerbliche Geschäfte keine Bedenken entstehen, gilt das nicht für Verbraucher, für die die PECL genauso in Betracht kommen. Dies ist der entscheidende Unterschied zu den anderen Rechtsquellen. Deswegen muss für diese Gruppe die fristgerechte Erklärungsobliegenheit teleologisch reduziert werden. Nur dann, wenn es Treu und Glauben auch im „normalen“ Geschäft gebieten, die Erklärung fristgemäß abzugeben, i.Ü. jedoch die Frist teleologisch auf die Verjährungsfrist reduziert wird, haben wir einen Gleichlauf mit dem deutschen Recht. Diese Lösung ist auch die einzig vertretbare, da nur hier die Abwägung zwischen Schuldner und Gläubiger alle Punkte mitberücksichtigt werden. Der Gläubiger als Verbraucher muss geschützt werden. Dies ist bei den anderen Rechtsquellen, dem HGB, den PICC und der CISG, nicht nötig, weil diese eben nicht primär auf Verbraucher Anwendung finden.

##### b) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung nach Art. 9:301 PECL sind keine festen Regeln, sondern Prinzipien<sup>2497</sup>. Grundnorm ist dabei Art. 9:305 PECL. Wie in den anderen Rechtsquellen werden auch hier *ex nunc* die primären Leistungspflichten aufgehoben. Allerdings bleiben die Bestimmungen davon nicht erfasst, die die Streitbeilegung regeln oder aus anderen Gründen, wie Geheimhaltungsinteressen, erhalten bleiben sollen. Insofern besteht kein Unterschied zu den anderen Rechtsordnungen.

Art. 9:302 PECL schränkt bei Sukzessivlieferungsverträgen das Rücktrittsrecht auf den mangelhaften Teil ein, es sei denn, der Gläubiger ist an einem Bestehen des restlichen Vertrags nicht interessiert ist, also der mangelhafte Teil nicht von wesentlicher Bedeutung ist. Hier gibt es keinen Unterschied zum deutschen Recht oder der CISG.

Art. 9:306 PECL gibt dem Zurücktretenden das Recht, bereits vor Erfüllungsversuch erhaltene Gegenstände zurückzuweisen, sofern sie keinen Wert mehr für ihn haben. Diese Regelung findet sich auch in den anderen Rechtsordnungen. Sind dort Leistungen getätigt worden für

<sup>2494</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 84 Rn. 33.

<sup>2495</sup> Siehe §§ 9 I, 46 I 2.

<sup>2496</sup> Siehe § 46 I 3.

<sup>2497</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 693.

eine andere Leistung, beispielsweise die Lieferung von Computerhardware ohne die dazu benötigte Software<sup>2498</sup>, die nicht erbracht wurde, so kann der Gläubiger sie zurückgeben. Allerdings kann dies auch schon unter die primäre Leistungspflicht subsumiert werden, so dass Art. 9:306 PECL nur klarstellenden Charakter hat. Einen Unterschied stellt er jedoch nicht dar.

Artt. 9:307 und 9:308 PECL begründen die Pflicht, die bereits getätigten Leistungen zurückzugeben. Auch dies entspricht grundsätzlich den anderen Rechtsordnungen. Im Fall der Geldforderung aus Art. 9:307 PECL kann der Gläubiger bei der Leistung minderwertiger Ware den vollen Kaufpreis zurückverlangen, sieht sich jedoch u.U. selber einem Wertersatzanspruch gegenüber. Entsprechendes gilt auch für das Zurückfordern der Sachleistung nach Art. 9:308 PECL.

Im Gegensatz zur CISG aber im Einklang mit dem deutschen Recht schließt Art. 9:309 PECL nicht aus, dass bei einer untergegangenen Sache nicht zurückgetreten werden kann. Dann ist Wertersatz zu leisten. Dieser ist der Netto-Vorteil des Rückgewährschuldners im Zeitpunkt der Aufhebung<sup>2499</sup>. Ist dieser zu hoch, soll ein angemessener Preis gezahlt werden.

Diese Regelungen sind nur im Ansatz vorhanden. Vieles fehlt, wie z.B. der Nutzungsersatz oder der Ersatz von Aufwendungen. Letzterer kann in Analogie zu Art. 9:505 II PECL konstruiert werden. Erstere aber nicht. Auch fehlt eine Regelung, wann Wertersatz zu zahlen ist und wann nicht. Desgleichen wird dies man im Zweifel nur aus Treu und Glauben des Art. 1:102 I PECL konstruieren müssen. Dass Wertersatz zu zahlen ist, wenn der Untergang vom Schuldner selber verursacht wurde, ist kaum möglich. Kennenmüssen des Mangels und der daraus resultierenden Pflichten kann man auch darunter fassen. Jedoch fehlt eine Regelung über die generelle Schadenstragung im Fall des zufälligen Untergangs. Den aus Art. 1:102 PECL zu konstruieren ist schwer, allerdings nicht unmöglich, wenn man bedenkt, dass sowohl im deutschen Recht als auch in der CISG der Schuldner die Gefahr des zufälligen Untergangs trifft. Man kann auch einen Blick auf die PICC haben<sup>2500</sup>. Auf jeden Fall ausgeschlossen ist hingegen die Privilegierung auf die eigenübliche Sorgfalt.

### c) Fazit

Die PECL stimmen mehr mit der CISG überein von der Struktur her als dem deutschen Recht. Hingegen ist vieles noch nur rudimentär geregelt, so dass es kaum möglich ist, einen umfassenden Vergleich zu tätigen. Aber dieses Problem und das der fehlenden Kontinuität betrifft die PECL generell. Es bestehen noch zu viele Lücken, die anderweitig geschlossen werden müssen.

## 2. PICC

Die Lösung der PICC entspricht in etwa der der PECL. Auch hier ist eine wesentliche Pflichtverletzung Voraussetzung der Vertragsaufhebung. Alternativ kann im Fall des Verzugs das fruchtlose Verstreichen der Nachfrist zur Vertragsaufhebung führen.

Wie auch die anderen Rechtsordnungen führt gem. Art. 7.3.5 I PICC zum Erlöschen aller vertraglichen Leistungspflichten. Auch hier bleiben andere Rechte von der Vertragsaufhebung unberührt. Art. 7.3.5 III PICC entspricht Art. 9:305 II PECL und schließt von der Wirkung des Rücktritts die Pflichten aus, die der Streitbeilegung dienen oder weiterhin Geltung haben müssen.

Gem. Art. 7.3.6 II PICC können nur die Leistungen zurückgefordert werden, die nach Wirksamkeit der Aufhebung erfüllt wurden. Der Vertrag wird auch bei mangelhaften Teilleistun-

---

<sup>2498</sup> Vgl. PECL Art. 9:306 Kommentar.

<sup>2499</sup> PECL Art. 9:309 Kommentar B.

<sup>2500</sup> Vgl. Coen S. 252.

gen ganz aufgehoben, aber nur teilweise wieder zurück abgewickelt<sup>2501</sup>. Dies ist der große Unterschied zu den anderen Rechtsordnungen und bereits oben kritisiert worden. Dem ist hier nur hinzuzufügen, dass der Gläubiger überhaupt keinen richtigen Teilrücktritt erklären kann. Er kann weder die bereits geleisteten Gegenstände wieder zurückgeben, wenn er an ihnen kein Interesse mehr hat, noch kann er im Fall des Interesses an den weiteren Lieferungen diese fordern. Diese Norm ist nicht nur zu unbestimmt, indem sie nicht genau definiert was eine Teilleistung wirklich ist, noch ist sie flexibel genug, um dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* wirklich zu dienen. Denn einerseits wird der Gläubiger gezwungen, für den Teil der Leistung, der zwar nicht mangelhaft aber ohne Interesse für ihn ist, keinen Rücktritt zu erklären, andererseits kann er auch nicht weitere Leistungen fordern, die für ihn doch noch von Interesse sind. Diese Norm ist zu ändern. Die oben bereits dargestellten Auslegungshilfen können nur als Überbrückungslösungen verstanden werden.

Voraussetzung der Rückabwicklung gem. Art. 7.3.6 I PICC ist, dass der Aufhebende das selber Erhaltene zur Rückgabe Zug um Zug der Rückgabe der eigenen Leistung anbietet. Naturalrestitution ist vorrangig. Ist jedoch dies nicht möglich, ist Wertersatz in angemessener Höhe zu leisten. Damit wird verhindert, dass der Rücktritt im Fall des Untergangs ausgeschlossen ist<sup>2502</sup>. Will er die Sache dennoch behalten, kann der Aufhebende auch Wertersatz leisten<sup>2503</sup>. Die Höhe des Wertersatzes bemisst sich dabei nach dem objektiven Wert der Sache. Der Erlös eines Weiterverkaufs hat lediglich Indizwirkung<sup>2504</sup>. Das Wort „vernünftig“ soll die Fälle ausschließen, in denen der Schuldner für den Untergang der Sache verantwortlich ist oder der Untergang zufällig passierte<sup>2505</sup>. Diese Regelung entspricht der der PECL. Anders ist im Endeffekt nur, dass die Sache Zug um Zug angeboten werden muss, damit man die Gegenleistung wieder zurückbekommt. Allerdings wird das in den meisten Fällen so sein, dass der Zurücktretende die erhaltene Leistung zur Rücknahme dem Schuldner anbietet, so dass ein wirklicher Unterschied nicht gegeben ist, zumal es den Parteien frei steht, etwas anderes auszuhandeln. Die Kritik an den PECL, diese seien zu unstrukturiert und lückenhaft, kann hier nur wiederholt werden.

### 3. AP

Ein Vergleich der AP mit den anderen Rechtsordnungen fand bereits statt, so dass nur nach oben verwiesen wird.

### 4. DCFR

Voraussetzung des Rücktritts ist auch hier das Vorliegen entweder einer wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. III.- 3:502 I, II DCFR oder des fruchtlosen Ablaufs einer Nachfrist nach Art. III.- 3:503 I DCFR. Dies deckt sich auch mit den Principles und der CISG, jedoch ist die Nachfrist hier nicht nur auf den Verzug beschränkt, sondern gültig für jede Art der Vertragsverletzung<sup>2506</sup>. Dies entspricht dem deutschen Recht. Grenze hierfür ist der unbedeutende Mangel, so dass ein Rücktritt treuwidrig i.S.d. Art. I.- 1:102 III lit. b) DCFR erschiene. Wie auch die PECL, PICC und die CISG ist die Aufhebung ausgeschlossen, wenn sie gem. Art. III.- 3:508 I DCFR nicht in angemessener Frist erklärt wird. Da auch der DCFR nicht nur für den kommerziellen Bereich gilt, sondern auch für Verbraucher, ist dies ebenso zu kritisieren.

---

<sup>2501</sup> Coen S. 246.

<sup>2502</sup> Schelchtriem EJLR 1999, 305, 307.

<sup>2503</sup> PICC Art. 7.3.6 Comment 2.

<sup>2504</sup> Coen S. 252.

<sup>2505</sup> Coen S. 252.

<sup>2506</sup> Pfeiffer ZEuP 2008, 679, 692.

Nach Art. III.- 3:509 I DCFR erlöschen alle bisher noch nicht erfolgten Leistungspflichten *ex nunc*. Nach Abs. 2 sind davon ausgeschlossen diejenigen Vertragsbestimmungen, die der Streitbeilegung dienen oder aus anderen Gründen weiterbestehen sollen. Abs. 3 schließt ebenso Vereinbarungen über Vertragsstrafen vom Rücktritt aus. Das entspricht auch den anderen Rechtsordnungen.

Art. III.- 3:510 DCFR gibt dem Gläubiger das Recht, bereits erhaltene Sachen zurückzugeben, soweit er kein Interesse mehr an den Sachen hat. Diese Regelung für Sukzessivlieferungsverträge entspricht auch den anderen Rechtsordnungen mit Ausnahme der PICC. Auch im DCFR kann der Gläubiger nur von einer Teilleistung zurücktreten und gleichzeitig das bereits Erhaltene wahlweise behalten oder zurückgeben. Das gilt dann nicht, wenn nach Art. III.- 3:512 DCFR die Teilleistungen bereits akzeptiert worden sind.

Nach Art. III.- 3:511 I DCFR erfolgt die Rückgabe der Sache grundsätzlich *in natura*. Ist das nicht möglich, so muss nach Art. III.- 3:513 DCFR Wertersatz geleistet werden. Das entspricht den Regelungen der Principles und des deutschen Rechts, nicht jedoch der CISG, die einen Wertersatz ausschließt und in solchen Fällen den Vertrag als nicht aufhebbar ansieht. Ebenso ist Nutzungsersatz gem. Art. III.- 3:514 zu zahlen. Dies entspricht dem deutschen Recht und der CISG, jedoch nur in Ansätzen den Principles, da diese diesbezüglich zu rudimentär geregelt sind. Nur mit Hilfe der Auslegung lässt sich dort ein Gleichlauf herleiten. Der Wertersatz ist nach Art. III.- 3:513 III, IV DCFR ausgeschlossen, wenn die Verschlechterung auf einer Pflichtverletzung des Schuldners beruhte, der Gläubiger gezwungen ist, die Sache ohne Kompensation zu erhalten oder zu verwerten oder der Gläubiger davon ausgehen konnte, die Sache sei nicht fehlerhaft und dementsprechend mit ihr umgehen konnte. Wie im deutschen Recht und der CISG ist der Wertersatz ausgeschlossen, wenn der Schuldner für die Verschlechterung verantwortlich ist oder der Gläubiger mit einem Fehler zumindest hätte rechnen müssen. Auch wenn er keinen Aufwendungsersatz erhält, kann er in den anderen Rechtsordnungen den Wertersatz verweigern. Jedoch ist hier ein Unterschied zur CISG gegeben. Die Haftung für nur die Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt ist nur im deutschen Recht gegeben, nicht jedoch in der CISG. Für die Zeit nach dem Rückgabetermin wird die Haftung des Gläubigers noch nach Art. III.- 3:515 DCFR verschärft. Auch dies entspricht dem deutschen Recht, nicht jedoch der CISG.

Ebenso wie in diesen Rechtsordnungen hat der Gläubiger nach Art. III.- 3:514 II DCFR einen Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen.

Das Rücktrittsrecht des DCFR hat mehr Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Recht als die anderen Rechtsordnungen. Dies ist, wie bereits dargestellt, kritisiert worden. In Anbetracht der Lückenhaftigkeit der Principles und des Ausbleibens vernünftiger und ernstgemeinter Alternativvorschlägen<sup>2507</sup> ist und bleibt eine solche Kritik nicht nachvollziehbar.

## **§ 48 Vergleich der antizipierten Vertragsverletzung**

### **I. Deutsches Recht**

Nach der Unsicherheitseinrede des § 321 I BGB ist der vorauszuleistende Gläubiger berechtigt, die eigene Ware zurückzuhalten, wenn er nach Vertragsschluss erkennbar wird, dass die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Vertragspartners in Gefahr ist. Das gilt selbst für den Fall, in dem der Gläubiger vorzuleisten hat. Er kann sogar Ware auf dem Transportweg zurückrufen<sup>2508</sup>. Das gilt allerdings nur bei objektiven Anzeichen dafür,

---

<sup>2507</sup> Vgl. *Jud S. 141 (Diskussionsbeitrag)*.

<sup>2508</sup> *MK-Emmerich § 321 Rn. 5*.



dass der Schuldner leistungsunfähig ist<sup>2509</sup>. Leistungsunwilligkeit oder bloße Sorgen über die Leistungsfähigkeit reichen nicht aus<sup>2510</sup>. Etwas anderes gilt nur bei einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung, doch dann liegt schon ein Vertragsbruch vor. Das Recht der Zurückhaltung endet erst dann, wenn der Erfüllungserfolg eingetreten ist und der Gläubiger über die Sache verfügen kann<sup>2511</sup>. Das ist dann der Fall, wenn der Gläubiger die Sache selber oder die zur Besitzerlangung notwendigen Orderpapiere übergeben worden sind.

Nach § 321 II BGB kann der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist stellen, in dem er die Leistung zu erbringen oder eine Sicherheit zu stellen hat. Ist diese verstrichen, kann er gem. § 323 BGB zurücktreten.

§ 321 findet analoge Anwendung für den Fall, dass zwar nicht die Leistungspflicht, sondern eine essentielle Nebenpflichtverletzung zu besorgen ist<sup>2512</sup>.

Diese Rechte gelten nicht, wenn der Schuldner anderweitig gesichert ist<sup>2513</sup> oder die Leistungsfähigkeit selber zu vertreten hat<sup>2514</sup>.

Ist zu besorgen, dass der Schuldner nicht leisten wird und dass man selber nicht vorleistungsberechtigt ist, gibt es analog § 323 BGB die Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen.

### 1. CISG

Hat der Gläubiger nach Vertragsschluss Grund zur Besorgnis, dass der Schuldner die Leistung nicht wird erbringen können, kann er nach Art. 71 I CISG seine eigene Leistung zurückhalten, auch wenn er eigentlich vorab zu leisten hätte. Da Art. 72 CISG ansonsten leerliefe, ist das Drohen einer wesentlichen Vertragsverletzung keine notwendige Voraussetzung<sup>2515</sup>, sondern lediglich ein drohender ernster Schaden<sup>2516</sup>. Nicht ausreichend sind kleinere Vertragsverletzungen<sup>2517</sup>. Diese Verletzungen müssen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein<sup>2518</sup>. Nicht ausreichend sind somit rein subjektive Befürchtungen<sup>2519</sup>.

Liegen die Voraussetzungen vor, so kann nach Art. 71 II CISG auch auf dem Transport befindliche Ware zurückgerufen werden.

Diese Rechte enden, wenn ordnungsgemäß erfüllt wurde<sup>2520</sup>. Das gilt auch für den Fall der mangelhaften Leistung, wobei dem Gläubiger dann die weiteren Rechtsbehelfe verbleiben<sup>2521</sup>. Er kann auch die eigene Leistung wenigstens zum Teil zurückbehalten, bis ordentlich erfüllt wurde oder auch als Schadensersatz.

Der Gläubiger hat auch das Risiko zu tragen, dass seine Rechtsausübung selber eine Vertragsverletzung darstellt, da diese nicht gerechtfertigt war<sup>2522</sup>. Er kann sich somit auch dadurch dem Schuldner gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

Nach Art. 71 III CISG hat der Gläubiger dem Schuldner die Aussetzung der Leistung anzuzeigen. Tut er das nicht, macht er sich für den Schaden ersatzpflichtig, der dem Schuldner

---

<sup>2509</sup> RG Warn 1908 Nr. 298 S. 214, 215; Staudinger- Otto § 321 Rn. 13.

<sup>2510</sup> BGH NJW 1964, 99, 100.

<sup>2511</sup> RG DJZ 1931, 1515, 1515; Staudinger- Otto § 321 Rn. 10.

<sup>2512</sup> Staudinger- Otto § 321 Rn. 12; vgl. RGZ 112, 194, 198.

<sup>2513</sup> RGZ 53, 244, 246; MK- Emmerich § 321 Rn. 17.

<sup>2514</sup> RGZ 92, 212, 218, 219; MK- Emmerich § 321 Rn. 18.

<sup>2515</sup> LG Berlin CISG-Online Nr. 399; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6; Achilles Art. 71 Rn. 2.

<sup>2516</sup> Öst. OGH JBl. 1999, 54, 55, 56; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 6.

<sup>2517</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 15; Bamberger/Roth- Saenger Art. 71 Rn. 2.

<sup>2518</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 18; MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 8.

<sup>2519</sup> S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 71 Rn. 22.

<sup>2520</sup> Staudinger- Magnus Art. 71 Rn. 33.

<sup>2521</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 71 Rn. 22.

<sup>2522</sup> S/S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 25.

durch die verspätete Mitteilung zur Abwehr der Leistungsstörung entstanden ist<sup>2523</sup>. Das Recht der Zurückbehaltung verliert er jedoch nicht.

Der Schuldner kann die Rechtsausübung abwehren, wenn er eine ausreichende Sicherheit stellt. Nicht ausreichend hierfür ist allerdings eine bloße Absichtserklärung<sup>2524</sup>.

Die CISG und das deutsche Recht stimmen diesbezüglich überein.

Ist nahezu sicher, dass die andere Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird, kann die andere Partei den Vertrag nach Art. 72 CISG aufheben. Ein so hoher Maßstab an die Wahrscheinlichkeit ist deswegen gerechtfertigt, weil ansonsten der Grundsatz von *pacta sunt servanda* leerliefe<sup>2525</sup>. Im scheinbaren Unterschied zum deutschen Recht, wird hier nicht nur auf die Leistungspflicht abgestellt, sondern auf die wesentliche Vertragsverletzung. Indes ist ein solcher Unterschied nur scheinbar vorhanden. In der Tat kann auch im deutschen Recht, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung zu besorgen ist, die die Gegenleistung gefährdet, § 321 BGB zumindest in analoger Anwendung herangezogen werden<sup>2526</sup>. Auch der Maßstab ist gleich, wenn man bedenkt, dass objektive Anzeichen ausreichen, dass Art. 72 CISG bzw. § 321 BGB eingreifen. Diese müssen allerdings eine Wahrscheinlichkeit von deutlich über 50% begründen.

Ein Unterschied ist insofern vorhanden, als dass Art. 72 CISG fordert, eine wesentliche Vertragsverletzung unmittelbar bevorsteht. Im deutschen Recht darf die Verletzung nur nicht unwesentlich sein. Obwohl beides in den meisten Fällen gleich zu behandeln ist, ist in den Ausnahmefällen die CISG schärfer und der Rücktritt nicht so leicht zu erklären. Um dem zu entgegen, kann man entsprechend der deutschen Regelung Parteivereinbarungen treffen, die diesen Fall angemessener lösen. Das ist jedoch eine Lösung außerhalb der CISG.

Nach Art. 72 II CISG muss der Schuldner vom Gläubiger, sofern die Zeit hierfür vorhanden ist, eine Frist gesetzt werden, in der ihm die Möglichkeit gegeben wird, eine Sicherheit zu stellen<sup>2527</sup>. Bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung entfällt diese Pflicht nach Art. 74 III CISG.

## 2. Principles und DCFR

### a) PECL

Das Zurückbehaltungsrecht der PECL ist in Art. 9:201 II PECL geregelt. Dort kann der Gläubiger, wenn klar ist, dass es zu einer Nichterfüllung kommen wird, die eigene Leistung bis zur Erfüllung zurückhalten. Die Nichterfüllung muss nicht wesentlich sein. Insofern gleicht das auch den anderen Rechtsordnungen. Jedoch bleibt unklar, ab wann es „klar ist“, dass die Leistung ausbleibt. Dies muss anhand der anderen Normen, besonders Treu und Glauben, herausgearbeitet werden. Anhaltspunkte können dabei die Regelungen der CISG sein. Ansonsten ist diese Norm zu rudimentär geregelt, als dass sie wirklich mit den anderen Normen verglichen werden kann.

Das Recht auf Vertragsaufhebung wegen antizipierter Nichterfüllung ist hingegen besser geregelt und folgt dem der CISG. Auch hier ist das Drohen einer wesentlichen Vertragsverletzung Voraussetzung der Vertragsaufhebung. Darüber hinaus geht Art. 9:304 PECL noch einen Schritt weiter. So soll nicht nur die Vertragsaufhebung möglich sein, sondern auch schon

---

<sup>2523</sup> /S<sup>4</sup>- Hornung Art. 71 Rn. 21; Piltz IHR 2001, 162, 162.

<sup>2524</sup> MK- Huber Art. 71 Rn. 21.

<sup>2525</sup> OLG Düsseldorf CISG- Online Nr. 385; Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 9; S/S- Hornung/Fountoulakis Art. 72 Rn. 15; MK/HGB- Mankowski Art.72 Rn. 5; Bamberger/ Roth- Saenger Art. 72 Rn. 4;MK- Huber Art. 72 Rn. 7; a.A. H/C Art. 72 Rn. 2.

<sup>2526</sup> Staudinger- Otto § 321 Rn. 12; vgl. RGZ 112, 194, 198.

<sup>2527</sup> Korrektur der deutschen Übersetzung: Staudinger- Magnus Art. 72 Rn. 21; MK/HGB- Mankowski Art. 72 Rn. 15.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung und andere Rechtsbehelfe ermöglicht werden<sup>2528</sup>. Das ist im deutschen Recht nicht möglich, weil es noch keinen fälligen Anspruch für einen Verzugsschaden gibt<sup>2529</sup>. Auch die CISG gibt nichts Vergleichbares her.

Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so ist der Gläubiger selber vertragsbrüchig geworden. Er trägt auch wie in den anderen Rechtsordnungen das Risiko. Das Dilemma kann er nur abwenden, indem er dem Gläubiger eine Frist nach Art. 8:105 PECL setzt, eine angemessene Sicherheit zu leisten. Diese Regelung ist konform mit denen der CISG und dem BGB.

#### b) PICC

Die PICC kennen *expressis verbis* kein Zurückbehaltungsrecht im Falle eines antizipierten Vertragsbruches, der nicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Dieses kann nur insofern aus anderen Normen wie Treu und Glauben konstruiert<sup>2530</sup> bzw. in Analogie zu Art. 7.3.4 PICC hergeleitet werden. Auch hier ist die Anlehnung an die CISG zu empfehlen.

Für das Aufhebungsrecht im Fall des antizipierten Vertragsbruchs folgen die PICC in Art. 7.3.4 PICC auch den PECL und der CISG. Wieder ist eine bevorstehende wesentliche Vertragsverletzung in der Weise zu befürchten, dass sie nicht nur zu vermuten, sondern offensichtlich ist. Dann kann er dem Schuldner die Aufhebung erklären.

Jedoch ist auch hier wieder das Risiko bei ihm. Will der Gläubiger sicher sein, dass nicht er auf einmal vertragsbrüchig wird, so muss er dem Schuldner nach Art. 7.3.4 PICC eine Frist setzen, in der er eine ausreichende Sicherheit stellt. So lange kann der Gläubiger die Gegenleistung auch zurückhalten. Verstreicht die Frist, so kann er problemlos den Rücktritt erklären.

#### c) AP und DCFR

##### aa) AP

Art. 8:304 AP ist direkt von Art. III.- 3:401 DCFR als *grey letter rule* übernommen worden, allerdings ohne die Abs. 2 und 3. Hiernach kann der Gläubiger die eigene Erfüllung zurückbehalten, bis der Schuldner die seine leistet oder andient. Insofern besteht zu den anderen Rechtsordnungen kein Unterschied. Hingegen ist nicht geregelt, ob der Gläubiger auch vom Vertrag zurücktreten kann. Der einzige systematische Hinweis ist, dass Art. 8:304 AP in den Normen zur Vertragsaufhebung steht. Insofern müssen die Regelungen des DCFR hier übernommen werden, um die Lücke zu schließen. Ein direkter Vergleich ist nicht möglich, sondern kann nur über den DCFR erfolgen.

##### bb) DCFR

Wenn der Gläubiger vernünftigen Grund zur Annahme hat, dass der Schuldner nicht leisten wird, kann er gem. Art. III.- 3:401 DCFR die eigene Leistung zurückhalten. Das gilt, solange der Grund fortbesteht oder der Schuldner eine angemessene Sicherheit leistet. Da auch hier wieder ein vernünftiger Grund gegeben sein muss, also objektive Tatsachen die Annahme begründen und keine bloße Besorgnis vorliegt, ist mit den anderen Rechtsordnungen ein Gleichschritt erzielt worden. Dies stellt auch eine Verbesserung im Hinblick auf die PECL dar. Zudem muss der Gläubiger dem Schuldner alsbald eine Benachrichtigung senden. Unterlässt er das, macht er sich bzgl. der verspäteten Benachrichtigung schadensersatzpflichtig. Auch das ist in den anderen Rechtsordnungen zu finden. Im deutschen Recht ist das eine Informationspflicht nach § 241 BGB, so dass auch dort ein Verstoß einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB nach sich zieht.

---

<sup>2528</sup> PECL Art. 9:304 Kommentar D.

<sup>2529</sup> Staudinger- Otto § 321 Rn. 47.

<sup>2530</sup> Vgl PICC Art. 7.1.4 Comment.

Art. III.- 3:504 übernimmt Art. 9:304 PECL, so dass es diesbezüglich keine Änderungen gibt.

## Kapitel 11: Minderung

### § 49 Minderung im deutschen Recht

Anstatt zurückzutreten, kann gem. §§ 437, 441 BGB mindern. Dieses aeditische Recht<sup>2531</sup> der *actio quanti minoris* hat im Gegensatz zur Wandelung die Schuldrechtsreform überlebt, allerdings nunmehr als Gestaltungsrecht<sup>2532</sup>, nicht mehr als Anspruch. Es müssen die Voraussetzungen für einen Rücktritt vorliegen, was sich aus der Wortwahl „anstatt zurückzutreten“ ergibt. Allerdings kann auch bei einer nur unwesentlichen Pflichtverletzung gemindert werden, da gem. § 441 I 2 BGB § 323 V 2 BGB ausgeschlossen ist. Damit soll der Unverhältnismäßigkeit der Gesamtliquidation des Vertrages wegen eines unerheblichen Mangels vorgebeugt werden und somit der Grundsatz von *pacta sunt servanda* geschützt werden<sup>2533</sup>.

Da die Minderung nunmehr ein Gestaltungsrecht ist, muss sie durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung erklärt werden<sup>2534</sup>. Auch eine konkludente Erklärung ist möglich, indem etwa wegen des Mangels ein Teil des Kaufpreises zurückbehalten wird. Sie muss gegenüber allen Beteiligten gleichzeitig erfolgen und wird erst dann wirksam, wenn der letzte Erklärende oder Erklärungsempfänger sie erhalten hat<sup>2535</sup>.

Bei der Minderung wird der Kaufpreis gemindert und damit herabgesetzt<sup>2536</sup>. Dabei erlischt auch die Pflicht zur ordnungsgemäßen Lieferung. Dies gilt nicht für den Fall, dass noch weitere Leistungen des Verkäufers abgegolten werden sollen. Für diese besteht der Anspruch in voller Höhe fort, lediglich der Kaufpreis kann gemindert werden<sup>2537</sup>.

Die Berechnung der Gegenleistung geschieht wie in § 472 BGB a.F. durch die Proportionsmethode<sup>2538</sup>. Dabei wird gem. § 441 III 1 BGB folgende Formel verwendet:

Geminderter Preis (X) = (vereinbarter Preis (P) \* wirklicher Wert (W)) / Wert ohne Mangel (M)<sup>2539</sup>.

Als Beispiel<sup>2540</sup>: P = 80; W = 70; M = 100

$X = (80 * 70) / 100 = 56$

Der geminderte Kaufpreis wäre somit 56.

Diese Verhältnisrechnung ist entbehrlich, sofern sich Kaufpreis und Wert in mangelfreiem Zustand decken<sup>2541</sup>. Dann bedarf es lediglich einer Subtraktion des Preises mit dem Wert der mangelhaften Sache<sup>2542</sup>.

Maßgeblich ist bei der Wertbestimmung jeweils der objektive Verkehrswert<sup>2543</sup>. Ein Affektionsinteresse bleibt unbeachtlich<sup>2544</sup>. Dafür bleibt für eventuelle Härten einzig der Weg des Rücktritts offen<sup>2545</sup>. Auch darf nicht ohne weiteres die Minderung nach den Kosten be-

<sup>2531</sup> Soergel<sup>12</sup>-Huber Vor § 459 Rn. 6.

<sup>2532</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 1.

<sup>2533</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 4.

<sup>2534</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 4.

<sup>2535</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 7.

<sup>2536</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 10.

<sup>2537</sup> RG JW 1931, 3270, 3270, 3271.

<sup>2538</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 12.

<sup>2539</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 12; Brox BS § 4 Rn. 71.

<sup>2540</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 14.

<sup>2541</sup> BGH Warn. 1971 Nr. 202 S. 551, 554.

<sup>2542</sup> RG JW 1912, 1103, 1103, 1104; OLG München HRR 1940 Nr. 1178.

<sup>2543</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 16.

<sup>2544</sup> OLG Hamburg OLGE 20 [1910], 181, 181; Bamberger/ Roth- Faust § 441 Rn. 8; Erman- Grunewald § 441 Rn. 5.

<sup>2545</sup> Erman- Grunewald § 441 Rn. 5.

stimmt werden, die zur Beseitigung des Mangels vom Käufer aufgebracht wurden<sup>2546</sup>. Bei geringfügigen Mängeln dürfen die Reparaturkosten nicht einfach als Minderwert angesetzt werden<sup>2547</sup>. Abgesehen von diesen Bagatellfehlern kann gemindert werden, sofern der Reparaturpreis nicht den Wert übersteigt, der notwendig war, die Sache zu einem vertragsgerechten Zustand zu bringen.

Wenn es nicht möglich ist, den Minderwert mit der oben genannten Formel zu ermitteln, so ist die Minderung gem. § 441 III 2 BGB durch Schätzung zu ermitteln. In den Fällen allerdings, wo die Minderung der Sache zu einem gänzlichen Ausschluss der Gegenleistung führt, ist aufgrund von § 242 BGB analog den §§ 346 ff. BGB die Sache zurückzugewähren, da eine solche Minderung quasi einem Rücktritt gleichkommt<sup>2548</sup>.

Die Minderung schließt ebenso einen Schadensersatz wegen des Minderwertes aus, nicht aber i.ü., so dass ein Schadensersatz statt der Leistung in einem solchen Fall nicht den Mangel Schaden umfasst, der durch die Minderung ausgeglichen wird<sup>2549</sup>.

Mit dem Wirksamwerden der Minderungserklärung erlöschen die Rechte der Nacherfüllung für den Käufer bzw. das Recht zur zweiten oder gar dritten Andienung vom Verkäufer<sup>2550</sup>. Im Übrigen bleibt der Vertrag bestehen, und es entsteht gem. § 441 IV BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des eventuell bereits zuviel gezahlten Kaufpreises. Das Recht auf Schadensersatz statt der Leistung bleibt in analoger Anwendung des § 325 BGB bestehen<sup>2551</sup>. Eine Gegenansicht will das nur für den Fall des Hinzutretens weiterer Mängel zugestehen<sup>2552</sup>. Obwohl der Gegenansicht zugestehen ist, dass der Gesetzgeber mit der Abschaffung der Wandlung und Minderung als Rechtsansprüche „alte Zöpfe“ abschneiden wollte, ist damit noch nicht dargelegt, inwieweit er das machen wollte. Denn der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 325 BGB gezeigt, dass er das generelle Problem des Wechsels zwischen den Gestaltungsrechten durchaus erkannt hat<sup>2553</sup>. Nach seinem Willen sollte ein Wechsel möglich sein. Dass er dabei übersehen hat, dass durch die Abschaffung als Rechtsanspruch und die Einführung als Gestaltungsrecht auch die Minderung eine § 325 BGB entsprechende Vorschrift benötigte, führt zu jener für die Analogie benötigten Regelungslücke<sup>2554</sup>. Somit kann besonders in den Fällen, wo die Minderung vorschnell ausgeübt wurde, ein Korrektiv in Form der analogen Anwendung des § 325 BGB eingreifen und dem Gläubiger das für den Wechsel der Gestaltungsrechte notwendige Mittel liefern. Nur so wird verhindert, dass bei vorschneller Ausübung des Rechts andere Rechtsbehelfe abgeschnitten sind. Die Grenze dieses Rechts bildet der Zeitpunkt, wo der Schuldner Dispositionen in Vertrauen auf das verfolgte Mängelrecht gemacht hat bzw. allerspätestens in der letzten mündlichen Verhandlung<sup>2555</sup>. Wird dieser Wechsel nicht erklärt, ist er für die Vollstreckungsgegenklage i.S.d. § 767 II ZPO präkludiert.

---

<sup>2546</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 22.

<sup>2547</sup> OLG Hamburg OLGE 22 [1911], 232, 232, 233; Staudinger- Matusche- Beckmann § 441 Rn. 22; Soergel<sup>12</sup>-Huber § 472 Rn. 13.

<sup>2548</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 14.

<sup>2549</sup> Palandt- Weidenkaff § 441 Rn. 19.

<sup>2550</sup> MK- Westermann § 441 Rn. 17.

<sup>2551</sup> OLG Stuttgart ZGS 2008, 479, 480; Derleder NJW 2003, 998, 1001 ff.; Berscheid ZGS 2009, 17, 18, 19.

<sup>2552</sup> Palandt-Weidenkaff § 437 Rn. 31.

<sup>2553</sup> Derleder NJW 2003, 998, 1002.

<sup>2554</sup> Derleder NJW 2003, 998, 1002.

<sup>2555</sup> Derleder NJW 2003, 998, 1003.

## § 50 Minderung in der CISG

Gem. Art. 50 CISG kann der Käufer den Preis mindern. Dabei wird der Kaufvertrag an die veränderte Lage so angepasst, als ob die nicht vertragsmäßige Ware von vornherein geschuldet war<sup>2556</sup>.

### **I. Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware**

Minderung setzt die Lieferung vertragswidriger Ware voraus. Insofern gibt es keinen Unterschied zum oben genannten. Wohl aber ist es streitig, inwieweit Rechtsmängel erfasst sind<sup>2557</sup> oder nicht<sup>2558</sup>.

Gegen die erste Ansicht spricht, dass die Konvention zwischen Vertragsmäßigkeit und Freiheit zwischen Rechten und Ansprüchen Dritter unterscheidet<sup>2559</sup>. Auch könne ein ähnliches Ergebnis über den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des Art. 45 I b) CISG erreicht werden<sup>2560</sup>. Doch kann dieser Anspruch, etwa wegen Art. 79 V CISG, wieder ausscheiden, so dass es in diesen Fällen auf die Minderung ankommt<sup>2561</sup>. Außerdem könne die Abgrenzung des Art. 46 CISG nicht auf Art. 50 CISG übertragen werden, da die Situation eine völlig andere sei<sup>2562</sup>. Doch geht diese Ansicht fehl, da z.B. das deutsche System ähnlich aufgebaut ist und dort auch für Rechtsmängel gemindert werden kann, so dass dieser Schluss nicht zwingend ist. Abneigungen der Länder des angloamerikanischen Rechtskreises<sup>2563</sup> sind kein schlüssiges Argument hiergegen, da die CISG autonom ausgelegt werden muss und keinem Rechtskreis primär zugeordnet werden kann. Da ein grundlegender sachlicher Unterschied zwischen einem Rechts- und Sachmangel nicht zu sehen ist und die Konvention beide Arten der Mängel weitgehend gleich behandelt<sup>2564</sup>, muss der ersten Ansicht gefolgt werden. Zudem entfällt dann auch die manchmal schwierige Abgrenzung von Rechts- und Sachmängeln weitgehend<sup>2565</sup>. Gleichfalls kommt es in den Fällen, in denen ein Schadensersatzanspruch scheitert, was zugegebener Maßen nur sehr selten ist, zu gerechteren Ergebnissen.

### **II. Vorrang der Nacherfüllung**

Nach Art. 50 S. 2 CISG ist die Nacherfüllung vorrangig. Diese muss erst scheitern, bevor gemindert werden kann.

---

<sup>2556</sup> S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 1.

<sup>2557</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 9, 10; Achilles Art. 50 Rn. 2; H/C Art. 50 Rn. 3; vgl. Soergel- Lüderitz/Schüssler- Langeheine Art. 50 Rn. 2.

<sup>2558</sup> S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 2; MK- Gruber Art. 50 Rn. 8; Schlechtriem CISG- Huber Art. 50 Rn. 8; Schlechtriem Rn. 202.

<sup>2559</sup> MK- Huber Art. 50 Rn. 8

<sup>2560</sup> Schlechtriem CISG- Huber Art. 50 Rn. 8; MK- Huber Art. 50 Rn. 8; S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 2.

<sup>2561</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 9.

<sup>2562</sup> MK- Huber Art. 50 Rn. 8.

<sup>2563</sup> Schlechtriem Rn. 202; vgl. zum Common Law Benjamin Rn. 17-046 ff.

<sup>2564</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 10.

<sup>2565</sup> Vgl. Schlechtriem Rn. 202.

### III. Berechnung der Formel

Nach Art. 50 ergibt sich folgende Formel<sup>2566</sup>:

Geminderter Preis = (vereinbarter Preis\* wirklicher Wert)/ Wert ohne Mangel.

Dabei ist festzuhalten, dass andere Berechnungsmethoden unzulässig sind, jedoch der Wert u.U. geschätzt werden muss<sup>2567</sup>. Diese Formel mag zwar unnötig kompliziert sein<sup>2568</sup>, muss aber angewendet werden. Zeitpunkt der Berechnung ist hierbei der Zeitpunkt der tatsächlichen Lieferung<sup>2569</sup>.

### IV. Rechtsfolge

Der Kaufpreis wird entsprechend gemindert, aber die Leistungspflicht des Schuldners, also die Mängelbeseitigung, erlischt ebenso wie das Recht der Aufhebung<sup>2570</sup>. Art. 50 S. 1 CISG beschränkt diesen Anspruch zudem nicht nur auf eine noch zu zahlende Summe, sondern gibt dem Käufer insofern einen Rückzahlungsanspruch<sup>2571</sup>, so dass es nicht darauf ankommt, ob der Kaufpreis schon geleistet worden ist oder nicht. Ebenso hat der Verkäufer den Betrag der Rückzahlung gem. Art. 78 CISG zu verzinsen. Zudem macht er sich bei einer Verzögerung der Rückzahlung nach Art.45 I lit. b) CISG schadensersatzpflichtig. Schadensersatz kann er gem. Art. 45 II CISG immer noch verlangen. Allerdings darf auch hier der Gläubiger nicht doppelt begünstigt werden, so dass ein Schadensersatz, der den Mangelschaden umfasst, der durch die Minderung ausgeglichen wird, ausgeschlossen ist<sup>2572</sup>. Ist die Sache wertlos, so ist eine Minderung auf 0 möglich, auch dann, wenn die Voraussetzungen der Aufhebung bereits nicht mehr vorliegen<sup>2573</sup>. Indes ist dann der Kaufvertrag rückabzuwickeln, da dies rücktrittsgleichen Charakter hat.

## § 51 Minderung in den Principles und im DCFR

### I. Minderung in den PECL

Das Recht auf Minderung ist in Art. 9:401 PECL geregelt. Nach Abs. 1 hat der Gläubiger, der eine nicht vertragskonforme Leistung annimmt, das Recht, den Preis zu mindern. Dabei bemisst sich die Minderung nach dem Verhältnis, „in dem der verminderte Wert der Leistung zur Zeit des Leistungsangebots zu dem Wert steht, den eine vertragsgemäße Leistung zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte.“ Hat der Gläubiger bereits gezahlt, so kann er das zuviel Gezahlte zurückverlangen nach Abs. 2. Abs. 3 schließt Schadensersatz für den Minderwert aus, jedoch nicht das, was darüber hinausgeht.

Damit fügt Art. 9:401 PECL den Rechtbehelf der *actio quanti minoris* in die PECL ein<sup>2574</sup>. Dabei ist es gleichgültig, ob die Nichtleistung auf einer Schlechtleistung, einer Mengenabweichung, einer nicht fristgerechten Lieferung oder einer irgendwie anders gelagerten Schlecht-

<sup>2566</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 19; S/S Müller- Chen Art. 50 Rn. 8.

<sup>2567</sup> LG München I IHR 2003, 233, 235; Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 20.

<sup>2568</sup> Honsell SJZ 88 [1992], 345, 354.

<sup>2569</sup> S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 9.

<sup>2570</sup> S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 17.

<sup>2571</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 25.

<sup>2572</sup> Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 30.

<sup>2573</sup> S/S- Müller- Chen Art. 50 Rn. 13; Staudinger- Magnus Art. 50 Rn. 23.

<sup>2574</sup> PECL Art. 9:401 Kommentar A; Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 355.



leistung beruht. Es genügt jede Art der Vertragsverletzung. Ein Verschulden hierfür ist nicht erforderlich<sup>2575</sup>. Die Minderung ist sowohl Alternative zum Schadensersatz als auch ein Rechtsbehelf, der als deren Ersatz angesehen werden kann<sup>2576</sup>. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Schuldner entschuldigt ist und keinen Schadensersatz leisten muss. Dann verbleibt dem Gläubiger immer noch das Recht zu mindern, da Art. 8:101 II PECL in solchen Fällen lediglich die Rechte auf Naturalerfüllung und Schadensersatz ausschließt, nicht jedoch die Minderung<sup>2577</sup>. Das gilt aber nur dann, wenn der Gläubiger die Sache annimmt. Somit schließen sich Minderung und Rücktritt aus<sup>2578</sup>.

Die Minderung wird nach folgender Formel berechnet:

Geminderter Preis (X) / vereinbarter Preis (P) = wirklicher Wert (W) / Wert ohne Mangel (M)

$$\rightarrow X = (P * W) / M$$

Das ist auch jene Formel, die im deutschen Recht und in der CISG Anwendung findet. Das mag auf den ersten Blick vom Gesetzeswortlaut nicht so erscheinen, jedoch ist die Minderung das Verhältnis von gemindertem Preis zum vereinbarten Preis gleich dem wirklichen Wert zu dem Wert ohne Mangel. Ergo ergibt sich auch hier diese Formel.

Die Minderung schließt den Schadensersatzanspruch insoweit aus, als dass dieser sich nicht auf die Minderung beziehen darf. Insoweit sind Schadensersatz und Minderung nicht vereinbar<sup>2579</sup>. Andere Schäden sind jedoch erstattungsfähig. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass der Gläubiger nicht doppelt bereichert ist und besser stünde, als wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Aber er soll gleichfalls auch nicht schlechter stehen. Schäden an anderen Rechtsgütern bleiben erstattungsfähig.

## II. Minderung in den PICC

Eine Minderungsmöglichkeit in den PICC ist nicht vorhanden. Insoweit folgen die PICC dem *Common Law*<sup>2580</sup>. Die Minderung muss als Schadensersatz durchgesetzt werden, was zur Folge hat, dass auch keine Entschuldigung des Schuldners vorliegen muss. Liegt diese vor, kann auch die Minderung nicht eingreifen. Das ist besonders zu kritisieren. Der Gläubiger kann seine Minderung nicht durchsetzen, wenn der Schuldner entschuldigt ist. Damit wird ihm ein einfaches Mittel genommen, an seine Rechte zu kommen. Deshalb ist dem Käufer zu raten, im Falle der Wahl der PICC als Rechtsordnung eine entsprechende Minderungsklausel mit einzubeziehen. Ohne eine solche Klausel kann sich allenfalls nach den Gebräuchen und Gepflogenheiten i.S.d. Art. 1.9 PICC bzw. aus Treu und Glauben i.S.v. Art. 1.7 PICC ein Minderungsanspruch in solchen Fällen ergeben, wo der Schuldner entschuldigt ist. Ebenso wäre es überlegenswert, Art. 9:401 PECL i.S.e. Handelsbrauchs zu klassifizieren und somit diese Lücke zu schließen. Allerdings ist dieser Weg nur schwerlich zu beschreiten. Auf jeden Fall ist eine solche Regelung, die Minderung nicht mit einzubeziehen, dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* abholt, da der Gläubiger in solchen Fällen sich eher genötigt sieht, den Vertrag aufzuheben, als wenn er schnell mindern könnte. Ebenso sind die Fälle denkbar, in denen der Schuldner aufgrund einer Entschuldigung keinen Schadensersatz leisten muss und gleichzeitig ein Rücktritt wegen fehlender Voraussetzungen ausgeschlossen ist. Dann bleibt der Gläubiger

<sup>2575</sup> Magnus ZEuP 2007, 260, 273.

<sup>2576</sup> PECL Art. 9:401 Kommentar A.

<sup>2577</sup> PECL Art. 9:401 Kommentar B.

<sup>2578</sup> Vgl. PECL Art. 9:401 Kommentar A.

<sup>2579</sup> PECL Art. 9:401 Kommentar C.

<sup>2580</sup> Vgl. Magnus ZEuP 2007, 260, 273.

ohne Rechtsschutz. Zumindest für diese Fälle ist ein Minderungsanspruch aus den oben genannten Gründen zwingend erforderlich.

### **III. Minderung in den AP und dem DCFR**

In Ermangelung einer europarechtlichen Regelung, mit Ausnahme des Art. 3 II, V VerbrGKRL, der aber keine Berechnungsmethode vorsieht, haben auch die AP keine Minderung übernommen. Hier sollte aber quasi als *grey letter rule* Art. III.- 3:601 DCFR analog angewendet werden.

Art. III.- 3:601 DCFR kopiert mit Ausnahme des neuen Abs. 4, der lediglich die Geldleistungspflicht des Gläubigers vom Minderungsrecht ausnimmt, Art. 9:401 PECL, so dass auf das dort bereits Gesagte verwiesen werden kann.

### **§ 52 Vergleich der Minderung**

Die Minderung ist in allen Rechtsquellen gleich geregelt nach dieser Formel:

Geminderter Preis (X) / vereinbarter Preis (P) = wirklicher Wert (W) / Wert ohne Mangel (M)

$$\rightarrow X = (P * W) / M$$

Das gilt nicht für die PICC. Sie sind dort nicht zu finden. Stattdessen muss die Minderung im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden. Das ist bereits oben kritisiert worden, so dass diesbezüglich dahin verwiesen wird.

Auch die AP kennen die Minderung nicht, jedoch sollte quasi als *grey letter rule* Art. III.- 3:601 DCFR analog hinzu zuziehen sein, um diese Lücke zu schließen.

## Kapitel 12: Haftungsausschluss

### § 53 Haftungsausschluss im deutschen Recht

Das deutsche Recht kennt mehrere Möglichkeiten, in denen die Haftung des Schuldners ausgeschlossen ist.

#### **I. Haftungsausschluss gem. § 444 BGB**

In Individualverträgen kann die Gewährleistung gänzlich ausgeschlossen werden gem. § 444 BGB. Grenze hierbei ist Arglist oder die Übernahme einer Garantie. Damit werden auch deliktische Ansprüche und Mangelfolgeschäden mit umfasst<sup>2581</sup>. Eine weitere Einschränkung erhält § 444 BGB die Schranken der §§ 138, 242 BGB<sup>2582</sup>. Da § 475 BGB dies dahingehend abwandelt, dass nahezu alle Rechte in Verberbrauchsgüterkaufverträgen als für den Käufer zwingend vorschreibt, gilt dieser auch für Individualabreden zuständige Haftungsausschluss zumeist für Kaufverträge unter Privatleuten (Verbraucher)<sup>2583</sup>.

#### **II. Haftungsausschluss gem. § 309 BGB**

In seinen AGBs kann der Schuldner gem. § 309 Nr. 7 b) BGB seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzen. Allerdings gilt dies wg. § 309 Nr. 7 a) BGB nicht bei Verletzungen von Leben, Körper oder Gesundheit. Ebenso kann er gem. § 309 Nr. 8 b bb) BGB das Recht der Nacherfüllung auf Nachbesserung oder Nachlieferung beschränken, solange er nicht das andere mit Beschränkungen gewährt, die das Gesetz nicht kennt<sup>2584</sup>. Zudem muss er ausdrücklich auf das Recht von Rücktritt und Minderung hinweisen, das dem anderen gegenüber im Falle eines Fehlschlags verbleibt. Fehlgeschlagen ist die Nacherfüllung dann, wenn die Nachbesserung unmöglich ist<sup>2585</sup>, der Verwender die Nacherfüllung unberechtigter Weise verweigert<sup>2586</sup> oder weitere Erfüllungsversuche unzumutbar sind<sup>2587</sup>. Freilich muss auch das Interesse des Verwenders berücksichtigt werden, dass er die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung bekommt<sup>2588</sup>. Obwohl § 440 S. 2 BGB einen Fehlschlag dann unterstellt, wenn die Nacherfüllung zwei Mal gescheitert ist, lässt sich eine feste Zahl der Versuche nicht ermitteln, da § 440 S. 2 BGB dies gleich wieder auf die Natur der Sache und des Mangels einschränkt, so dass im Endeffekt nur der Einzelfall unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine Lösung geben kann<sup>2589</sup>.

Obwohl § 309 Nr. 8 b bb) BGB wegen § 475 BGB keine Bedeutung hat für den Verbrauchsgüterkauf, wurde er in den Katalog mit aufgenommen, damit die mittelbare Ausstrahlungswirkung aus § 309 BGB auf § 307 BGB indirekt auch im Verkehr zwischen Unternehmern über § 307 BGB gilt<sup>2590</sup>.

<sup>2581</sup> Erman- Grunewald § 444 Rn. 6.

<sup>2582</sup> Staudinger- Matusche- Beckmann § 444 Rn. 4, 5.

<sup>2583</sup> MK- Westermann § 444 Rn. 1.

<sup>2584</sup> BGH NJW 1980, 831, 832.

<sup>2585</sup> BGHZ 93, 29, 62, 63; BGH NJW 1994, 1004, 1005; MK- Kieninger § 309 Nr. 8 Rn. 39.

<sup>2586</sup> BGHZ 22, 90, 99; 93, 29, 62; MK- Kieninger § 309 Nr. 8 Rn. 40.

<sup>2587</sup> MK- Kieninger § 309 Nr. 8 Rn. 41.

<sup>2588</sup> MK- Kieninger § 309 Nr. 8 Rn. 42.

<sup>2589</sup> BGH NJW- RR 1990, 886, 888; BGH NJW 1998, 677, 678; vgl. schon RG LZ 1931, 1379, 1379, 1380.

<sup>2590</sup> BT Drs. 14/6040, S. 158 re. Sp. zu § 309 Nr. 8 b) bb); MK- Kieninger § 309 Nr. 8 Rn. 48.

Somit bleibt festzuhalten, dass der Schuldner in den AGBs Schadensersatz auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränken kann. Außerdem kann er das Nacherfüllungsrecht auf eine Art begrenzen, muss dann aber verschiedene Bedingungen beachten.

### III. Haftungsausschluss durch Mitverschulden gem. § 254 BGB

Grundgedanke hinter dem Mitverschulden ist die Schadensteilung<sup>2591</sup>. Hat der Geschädigte an dem Eintritt des Schadens mitgewirkt, so ist der Schaden um den Beitrag des Geschädigten zu kürzen. Diese Antwort des deutschen Gesetzes ist nicht selbstverständlich, hatte doch das Gemeine Recht hierzu die Auffassung des Ausschlusses jeglichen Ersatzanspruchs des Geschädigten vertreten, es sei denn, der Schädiger handelte vorsätzlich<sup>2592</sup>.

Den Geschädigten muss ein Verschulden treffen, das seinen Anspruch mindert. Dabei passt § 276 BGB nicht unmittelbar, da dieser das Verschulden des Schuldners regelt und nicht das des Gläubigers<sup>2593</sup>. Der Grund hierfür liegt darin, dass es keine Rechtspflicht gibt, sich nicht selbst zu schädigen, so dass der Gläubiger hier kein Schuldner i.S.d. § 276 BGB sein kann. Ebenfalls gibt es keine Rechtspflicht, den Schaden im Interesse des Schädigers möglichst gering zu halten. Damit besteht das Verschulden i.S.d. § 254 BGB in einem „*Verschulden gegen sich selbst*“<sup>2594</sup>. Es ist eine nicht einklagbare Obliegenheit des Gläubigers, bei deren Nichteinhaltung der Geschädigte sich den Rechtsnachteil hinnehmen muss, nicht den gesamten Schaden liquidieren zu können<sup>2595</sup>. § 254 BGB ist somit ein Unterfall des Verbots des *vernire contra factum proprium*<sup>2596</sup>.

Grundsätzlich, sofern keine Sonderregelung wie § 17 StVG besteht, ist § 254 BGB auf alle Schadensersatzansprüche anwendbar<sup>2597</sup>. Es ist gleichgültig, ob sie von deliktischer oder vertraglicher Natur sind<sup>2598</sup>. Ebenso ist es bei den vertraglichen Ersatzansprüchen bedeutungslos, ob sie auf §§ 281 ff. BGB oder § 280 I BGB beruhen<sup>2599</sup>. Erfüllungsansprüche werden jedoch nicht von § 254 BGB mit umfasst<sup>2600</sup>. § 254 BGB findet Anwendung bei Schadensersatzansprüchen und allen anderen Fällen, wo ein Verschulden von mehreren abzuwägen ist, also z.B. bei Gesamtschuldnern und beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit<sup>2601</sup>.

Erforderlich zur Annahme eines Mitverschuldens i.S.d. § 254 I BGB ist ein Verstoß gegen diejenige Sorgfalt, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor Schäden zu bewahren<sup>2602</sup>. Jegliche weiteren Anstrengungen werden selbst dann nicht zu erwarten sein, wenn sie den Schadenseintritt verhindern oder mindern hätten können<sup>2603</sup>. Dies beinhaltet auch Verkehrssicherungspflichten. Ebenso ist auch ein Verhalten nicht erforderlich,

---

<sup>2591</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 1.

<sup>2592</sup> D. 50, 17, 203 (Pomp. 8); D 21, 1, 23, 8 (Ulp. de Aed. Ed.); *ausf. zur Entstehungsgeschichte Looschelders S. 6 ff.*

<sup>2593</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 3.

<sup>2594</sup> Grdlg. Zitelmann S. 166 ff.

<sup>2595</sup> RGZ 156, 193, 207, 208; BGHZ 3, 46, 49; 57, 137, 145; 135, 235, 240; MK- Oetker § 254 Rn. 3; Larenz SAT § 31 I a) S. 540; a.A. Esser- Schmidt I 2 § 35 I S. 278.

<sup>2596</sup> BGHZ 34, 355, 363, 364; 135, 235, 240; NJW 2000, 217, 219; AnwKo- Knöfler § 254 Rn. 1; Palandt- Grüneberg § 254 Rn. 1; Enn./ Lehmann § 16 S. 76; a.A. Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 1; MK- Oetker § 254 Rn. 4.

<sup>2597</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 7.

<sup>2598</sup> Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 3.

<sup>2599</sup> BGH NJW 1997, 1232, 1233; 1997, 2236, 2237; Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 4.

<sup>2600</sup> BGHZ 110, 196, 202 ff.; OLG Hamm NJW-RR 1992, 1201, 1201; MK- Oetker § 254 Rn. 22.

<sup>2601</sup> RGZ 71, 187, 191; MK- Oetker § 254 Rn. 20.

<sup>2602</sup> RGZ 112, 284, 287; BGHZ 9, 316, 318; 135, 235, 240; 160, 18, 24; NJW- RR 2006, 965, 966 Rn. 12; Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 9; Larenz SAT § 31 I a) S. 540.

<sup>2603</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 30.

wenn es zwar die für den Schaden kausale Gefahr beseitigt hätte, ihrerseits aber eine andere gleichgroße Gefahr geschaffen hätte<sup>2604</sup>. Maßgeblich hierfür ist eine *ex-ante*-Betrachtung<sup>2605</sup>. Die Sorgfaltspflichtverletzung muss auch adäquat kausal für die Verwirklichung der Schadensherbeiführung gewesen sein<sup>2606</sup>. Wenn dem nicht so ist, kann der Geschädigte den vollen Schaden liquidieren<sup>2607</sup>. Auch der Schutzzweck der Norm beeinflusst den Wirkungsbereich von § 254 BGB. Hat die Sorgfaltspflichtverletzung mit dem Schutzzweck der durch den Schädiger verletzten Norm keinerlei Verbindung, so liegt auch hier kein Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB vor<sup>2608</sup>. Somit ist ein leichtsinnig fahrender Skifahrer nicht angehalten, sich nicht zu verletzen, um den behandelnden Arzt vor möglichen Kunstfehlern zu bewahren<sup>2609</sup>. § 254 II BGB gebietet dem Geschädigten, den Schädiger vor dem Eintritt des Schadens zu warnen oder den Schaden, wenn er denn nicht verhindert werden kann, doch wenigstens zu mindern. Es werden wie in Abs. 1 somit drei Obliegenheiten statuiert<sup>2610</sup>. Auch diese begründen keine Rechtspflicht<sup>2611</sup>. Aufwendungen, die dem Geschädigten zur Schadensverhinderung oder wenigstens -verminderung entstanden sind, muss der Geschädigte tragen, selbst dann, wenn sie ohne Verschulden des Geschädigten erfolglos geblieben sind<sup>2612</sup>. Ist ein Mitverschulden gegeben, so wird die Höhe des zu ersetzenden Schadens um den Anteil des Mitverschuldens gekürzt. Maßgeblich sind dabei die Umstände des Einzelfalls<sup>2613</sup>. Wenn allerdings das Verschulden des einen so überwiegt, ist dem anderen trotz Mitverschuldens der volle Schadensersatz zu gewähren oder zu verweigern<sup>2614</sup>. Wobei mit Verschulden hier die Wahrscheinlichkeit der Ursache am Schadenseintritt gemeint ist<sup>2615</sup>. Aber auch das Maß des Verschuldens kann bedeutsam sein. So ist wie im Gemeinen Recht ein fahrlässiges Mitverschulden des Geschädigten dann nicht schadhaf, wenn der Schädiger mit Vorsatz handelte<sup>2616</sup>. Bei vorsätzlichem Verhalten des Geschädigten steht diesem grundsätzlich noch nicht einmal ein Anspruch zu<sup>2617</sup>. Beiderseitiger Vorsatz neutralisiert schließlich die gegenseitigen Verschuldensanteile, so dass § 254 BGB wieder seine volle Wirkung entfaltet.

#### IV. Haftungsausschluss bei Verletzung der Rügeobliegenheit, § 377 HGB

Ist für beide Vertragspartner der Kauf ein Handelskauf, d.h., dass für beide Parteien der Kaufvertrag über Waren oder Wertpapiere von Kaufleuten i.S.d. HGB zum Betrieb ihres Handelsgewerbes geschlossen wurde<sup>2618</sup>, so muss der Käufer gem. § 377 I HGB die Ware unverzüglich untersuchen und etwaige Mängel rügen. Dies betrifft nur Sachmängel aber keine Rechtsmängel<sup>2619</sup>. § 377 HGB findet Anwendung auch bei kaufähnlichen Geschäften, sofern ein

<sup>2604</sup> BGH NJW 2001, 149, 150.

<sup>2605</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 30.

<sup>2606</sup> BGHZ 3, 46, 48; 61, 144, 147; Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 14; Palandt- Grüneberg § 254 Rn. 12.

<sup>2607</sup> OGHZ 1, 272, 278, 279; MK- Oetker § 254 Rn. 32.

<sup>2608</sup> BGHZ 96, 98, 101; NJW- RR 2006, 965, 965 Rn. 9; Palandt- Grüneberg § 254 Rn. 13; Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 14.

<sup>2609</sup> Vgl. MK- Oetker § 254 Rn. 33.

<sup>2610</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 68.

<sup>2611</sup> RGZ 52, 349, 351; 105, 115, 119; BGHZ 4, 170, 174; Bamberger/ Roth- Unberath § 254 Rn. 27.

<sup>2612</sup> BGHZ 122, 172, 179; NJW 1959, 933, 934; MK- Oetker § 254 Rn. 69.

<sup>2613</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 105.

<sup>2614</sup> BGH NJW 1998, 1137, 1137, 1138; MK- Oetker § 254 Rn. 108.

<sup>2615</sup> BGH NJW 1998, 1137, 1138; MK- Oetker § 254 Rn. 109.

<sup>2616</sup> BGHZ 76, 216, 218; NJW 1992, 310, 311; MK- Oetker § 254 Rn. 112; RGRK- Alf § 254 Rn. 20.

<sup>2617</sup> BGH NJW 1991, 3208, 3210; BAG NJW 1998, 2923, 2924; MK- Oetker § 254 Rn. 112.

<sup>2618</sup> MK/HGB- Grunewald Vor § 373 Rn. 1.

<sup>2619</sup> EBJS- Müller § 377 Rn. 42.

entgeltliches Umsatzgeschäft über Waren vorliegt<sup>2620</sup>. Dabei kann auch der Käufer, da er belastet ist, Scheinkaufmann sein<sup>2621</sup>. Es wird ebenso vertreten, dass § 377 HGB analog anzuwenden ist, wenn der Kauf für beide Parteien ein Geschäft ist, das zu einem Unternehmen gehört, so dass auch Freiberufler und nicht eingetragene Kannkaufleute von der Rügepflicht erfasst werden<sup>2622</sup>. Obwohl der Ausgangspunkt dieser Überlegung, dass der Kaufmannsbegriff des HGB nicht überzeugt, zutrifft, ist die Ausdehnung der Rügeobliegenheit nicht sachgerecht<sup>2623</sup>. Denn diese Personengruppe hat typischer Weise nicht die Organisationsstruktur, die Ware sofort überprüfen zu können. Des Weiteren ist der Verkäufer noch immer durch die Vorschriften des BGB nicht schutzlos gelassen. Fernerhin ist an dieser Ansicht, auch Personengruppen zu erfassen, die das HGB bewusst nicht erfasst, die Kritik zu üben, dass damit der Wille des Gesetzgebers unterlaufen wird<sup>2624</sup>. Somit besteht aber dann keine für die Analogie erforderliche Regelungslücke, die durch Analogie geschlossen werden müsste. Eine analoge Anwendung des § 377 ist nur durch eine Gesetzesänderung zu erreichen<sup>2625</sup>. Und die wäre nicht sachgerecht.

Rügt er nicht sofort, so gilt nach § 377 II HGB die Ware als genehmigt, sofern sich der Mangel auch durch die unverzügliche Untersuchung nach der Ablieferung nicht hätte offenbart werden können. Dabei ist jede Teillieferung in einem Sukzessivlieferungsvertrag gesondert zu untersuchen<sup>2626</sup>. Unverzüglich bedeutet wie bei § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern<sup>2627</sup>. Das Interesse der Schnelligkeit des Handelsverkehrs führt zu einer strengen Auslegung, so dass auch kleinste Nachlässigkeiten ausreichen, um einen Ausschluss i.S.d. § 377 HGB zu begründen<sup>2628</sup>. Dabei sind objektive Maßstäbe zu setzen, also Größe des rügenden Unternehmens oder Art der Ware<sup>2629</sup>. Unerheblich sind somit Faktoren, die nur im Bereich des Rügenden liegen<sup>2630</sup> wie etwa gewillkürte Feiertage<sup>2631</sup>. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls<sup>2632</sup>. Als grober Richtwert dient jedoch für eine grobe erste Überprüfung ein Tag, während für eine komplexere Untersuchung der Richtwert eine Woche ist<sup>2633</sup>. Handelsbräuche sind ebenso zu berücksichtigen.

Die Untersuchung muss allerdings tunlich, also zumutbar sein bzgl. Kosten, Zeit, technischer Kenntnisse, Vorbereitung, Zuziehung Dritter, erwartbarer Schaden und Handelsbräuchen<sup>2634</sup>. Handelsbräuche sind auch bestimmend für die Intensität der Untersuchungen<sup>2635</sup>. Deren Fehlen kann aber nicht als Argument dafür dienen, dass es keine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gibt<sup>2636</sup>. Selbst wenn der Mangel nicht durch eine stichprobenartige Untersuchung zu entdecken war, verliert der Käufer im Fall der gänzlich unterbliebenen Untersuchung seine Rechte<sup>2637</sup>. Ein später auftretender Mangel muss ebenso unverzüglich gemeldet werden nach § 377 III HGB. Das gilt gem. § 377 V HGB nicht, sofern der Käufer arglistig war.

---

<sup>2620</sup> EBS-Müller vor § 373 Rn. 12.

<sup>2621</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 7; EBS-Müller § 377 Rn. 7; Canaris HR § 29 Rn. 45.

<sup>2622</sup> Schmidt § 29 III 2 b) S. 797, 798.

<sup>2623</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 9.

<sup>2624</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 9; Marburger JuS 1983, 1, 2.

<sup>2625</sup> EBS-Müller § 377 Rn. 8; Marburger JuS 1983, 1, 2.

<sup>2626</sup> RGZ 25, 27, 28 ff.; 65, 49, 53, 54; BGHZ 101, 337, 339; Baumbach/Hopt-Hopt § 377 Rn. 29.

<sup>2627</sup> Baumbach/Hopt-Hopt § 377 Rn. 23; EBS-Müller § 377 Rn. 49.

<sup>2628</sup> RGZ 106, 359, 360.

<sup>2629</sup> Baumbach/Hopt-Hopt § 377 Rn. 23.

<sup>2630</sup> Baumbach/Hopt-Hopt § 377 Rn. 23.

<sup>2631</sup> RG HRR 1931 Nr. 769.

<sup>2632</sup> EBS-Müller § 377 Rn. 49.

<sup>2633</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 30.

<sup>2634</sup> Baumbach/Hopt-Hopt § 377 Rn. 25.

<sup>2635</sup> RG JW 1936, 805, 805 Nr. 17; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 33.

<sup>2636</sup> BGH NJW 1976, 625, 625.

<sup>2637</sup> RG Seuff.Arch. 87 [1933], 55; EBS-Müller § 377 Rn. 119.

Die Rüge muss zu erkennen geben, welcher Mangel geltend gemacht wird<sup>2638</sup>. Auf der anderen Seite ist eine in alle Einzelheiten detaillierte und fachliche Rüge nicht erforderlich<sup>2639</sup>. Es muss nur klar sein, welcher Mangel gerügt wird<sup>2640</sup>. Somit ist es ausreichend, dem Verkäufer zu signalisieren, dass der gelieferte Weizen Modergeruch hat<sup>2641</sup>, nicht aber, dass, „derselbe Mist“ wieder geliefert worden sei<sup>2642</sup>. Allerdings hat der Verkäufer in solchen Fällen eine Pflicht nachzufragen<sup>2643</sup>.

Die Rüge muss dem Verkäufer zugehen; das Risiko des Verlusts trägt der Käufer<sup>2644</sup>. Sie ist entbehrlich, wenn auf sie verzichtet wurde<sup>2645</sup> oder der Verkäufer arglistig handelte. Dann ist gem. § 377 V HGB die Rügeobliegenheit ebenfalls nicht notwendig.

Rügt der Käufer nicht rechtzeitig, so gilt die Ware als genehmigt, und er verliert seine Sachmängelgewährleistungsrechte. Der Verkäufer braucht sich nicht einmal darauf zu berufen, da diese gesetzliche Fiktion allseitig wirkt<sup>2646</sup>. Neben den Sachmängelschäden werden auch die Folgeschäden von § 377 HGB erfasst<sup>2647</sup>, nicht jedoch Ansprüche auf Grund von Pflichtverletzungen, die außerhalb der Lieferung einer mangelhaften Sache liegen<sup>2648</sup>. Rechtzeitigkeit bedeutet unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern<sup>2649</sup>. Die Frist hierfür beträgt ca. ein bis zwei Tage<sup>2650</sup>. In eiligen Fällen auch nur wenige Stunden. Die Frist verlängert sich im Streckengeschäft um eine angemessene Zeit, wobei der Käufer auf die Richtigkeit der Mängelanzeige des Zweitkäufers vertrauen muss<sup>2651</sup>.

Ein Problem taucht auf bei der Durchlieferung im Streckengeschäft. Bei diesem wird die Kaufsache direkt vom Verkäufer zu dem Kunden geliefert. Der Verkäufer hatte dann keine Chance, die Ware zu inspizieren. Ist dieser Kunde selbst Kaufmann, so tritt kein Problem auf. Der Kunde verliert dann seine Rechte, da er selber seinen Rügeobliegenheiten nicht nachkam. Sollte er jedoch die Kaufmannseigenschaft nicht besitzen, so wird dies nicht als das Problem erkannt, das es ist<sup>2652</sup>. Der Käufer hat seinen Kunden anzuhalten, die Sache sofort zu untersuchen und zu rügen, so dass er selbst die Möglichkeit hat, dies gegenüber seinem Verkäufer zu tun<sup>2653</sup>. Doch kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Zum einen würden auf diesem Wege ganze Personengruppen von der Pflicht des § 377 HGB zumindest mittelbar erfasst werden, die der Gesetzgeber von der Rügeobliegenheit nicht mit umfasst sehen wollte<sup>2654</sup>. Das wird zusätzlich von § 345 HGB unterstrichen<sup>2655</sup>. Denn durch diesen finden die Vorschriften des Handelskaufs nur dann nicht Anwendung bei Nichtkaufleuten, wenn die Vorschriften dies so vorsehen. Und da § 377 HGB nur bei beiderseitiger Kaufmannseigenschaft Anwendung findet, kann für Nichtkaufleute als Endabnehmer keine Pflicht aus § 377 HGB aufgezwungen werden. Das gilt auch für Unternehmer, die keine Kaufleute sind, da auch sie, wie oben ge-

<sup>2638</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 58.

<sup>2639</sup> ROHGE V, 261, 262, 263; RGZ 47, 12, 14; BGH BB 1978, 1489, 1489; Schmidt § 29 III 3 d. S. 812.

<sup>2640</sup> OLG Hamburg BB 1953, 98, 99; OLG Düsseldorf NJW- RR 2001, 821, 822; Schmidt § 29 III 3 d) S. 811 ff.

<sup>2641</sup> Vgl. ROHGE V, 261, 262, 263.

<sup>2642</sup> OLG Düsseldorf NJW- RR 2001, 821, 822.

<sup>2643</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 58.

<sup>2644</sup> BGHZ 101, 49, 49; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 62, 63.

<sup>2645</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 74 ff.

<sup>2646</sup> RG JW 1936, 2391, 2391, 2392; BGH NJW 1980, 782, 784; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 89.

<sup>2647</sup> BGHZ 66, 208, 212; 101, 337, 339; Schmidt § 29 III 5 b) S. 820.

<sup>2648</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 94.

<sup>2649</sup> EBJs- Müller § 377 Rn. 110.

<sup>2650</sup> BGH NJW-RR 1986, 52, 53; EBJs- Müller § 377 Rn. 110.

<sup>2651</sup> EBJs- Müller § 377 Rn. 112.

<sup>2652</sup> Vgl. EBJs- Müller § 377 Rn. 69.

<sup>2653</sup> RGZ 96, 13, 14, 15; 102, 91, 91; BGHZ 110, 130, 137 ff.; OLG Köln NJW- RR 1995, 28, 29; NJW- RR 1999, 565, 565, 566; Baumbach/ Hopt § 377 Rn. 9; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 11; EBJs- Müller § 377 Rn. 69; Schmidt § 29 III 4 b) S. 815 ff.

<sup>2654</sup> Staub- Brüggemann § 377 Rn. 22; Padeck Jura 1987, 454, 454, 455.

<sup>2655</sup> Padeck Jura 1987, 454, 455.

zeigt, nicht unter den Anwendungsbereich des § 377 HGB fallen<sup>2656</sup>. Eine vertragliche Verpflichtung dieses Unternehmers mag jedoch anderes bewirken, doch gilt das nur für den Einzelfall. Ansonsten kann nur dann, wenn § 242 BGB dies gebietet, in einem Ausnahmefall eine Anwendung des § 377 HGB über § 242 BGB auch einen Nichtkaufmann treffen. Im Übrigen scheidet eine solche Verkürzung der Rechtsmittel bei Verbrauchern an § 475 BGB. Eine Abwälzung der Pflicht zur Untersuchung und Rüge stellte eine solche Verkürzung dar, die dem Verbraucher gegenüber unwirksam ist. Somit liegt weder ein Verschulden eines Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB vor, wobei höchst fraglich ist, ob ein Dritter hier überhaupt Erfüllungsgehilfe sein kann, da er nicht für den Käufer handelt, sondern für sich selbst, noch kann dem Käufer dieses Risiko aus oben genannten Gründen aufgebürdet werden<sup>2657</sup>.

Somit bleibt festzustellen, dass im Falle des Streckenkaufs der Käufer keine Möglichkeit hat seinen nichtkaufmännischen Kunden die Bürde des § 377 HGB aufzudrängen. Dann muss aber § 377 HGB für diesen Fall teleologisch reduziert werden<sup>2658</sup>. Freilich bleibt der Käufer § 377 HGB verpflichtet. Doch nur insoweit, als dass er seinem Verkäufer unverzüglich von dem gemeldeten Mangel zu unterrichten hat. Das heißt, dass seinem Kunden nicht die Rügeobliegenheit des § 377 HGB aufgebürdet werden darf, sondern dieser die ganze Zeit über, in der die Ansprüche nicht verjähren, den Mangel geltend machen kann. Die Rügeobliegenheit des Käufers besteht dann nur noch in einer sofortigen Mitteilung an den Händler.

## V. Verjährung

Durch die Verjährung des Anspruchs wird der Schuldner ab diesem Zeitpunkt mit einer Einrede ausgestattet, die ihm erlaubt, die Leistung nicht mehr zu erfüllen. Es steht ihm aber immer noch frei, dies zu tun. Die Sachmängelgewährleistungsrechte verjähren gem. § 438 BGB. Gem. § 438 I Nr. 1 BGB verjähren dingliche Rechte Dritter innerhalb von 30 Jahren. § 438 I Nr. 2 BGB Baustoffe und Arbeiten an Gebäuden in 5 Jahren verjähren. Im Übrigen gilt gem. § 438 I Nr. 3 BGB im Kaufrecht eine Verjährungsfrist von 2 Jahren. Die Frist beginnt gem. § 199 BGB zu laufen.

Da Rücktritt kein Anspruch mehr ist, verjährt er nicht, sondern ist gem. § 218 BGB ausgeschlossen, wenn der Leistungs- oder Nachbesserungsanspruch verjährt ist.

## § 54 Befreiungen in der CISG

Artt. 79 und 80 CISG bilden den IV. Abschnitt des V. Kapitels. Sie sind ein wichtiges Korrektiv des Grundprinzips der Konvention, dass ohne Verschulden haftet wird<sup>2659</sup>. Hat die CISG dem Schuldner bisher jedes Haftungsrisiko, auch für Zufall und Eingriffe Dritter, aufgebürdet, sofern es vorhersehbar war, so führte dies zu unangemessenen Ergebnissen<sup>2660</sup>. Denn insgesamt wird die Fülle zu berücksichtigender Faktoren zu groß, um weiterhin wirklich überschaubar zu sein. Deswegen müssen solche Faktoren, die außerhalb des Verantwortungsbereichs des Gläubigers liegen, von der Haftung ausgenommen werden<sup>2661</sup>. Mit dieser Norm wurde ein Kompromiss geschlossen zwischen der absoluten Garant haftung des angloameri-

<sup>2656</sup> A.A. Lange JZ 2008, 661, 663, 664, der mittels Vertragsgestaltung eine gerechter Lösung finden will.

<sup>2657</sup> A.A. EBJS- Müller § 377 Rn. 69.

<sup>2658</sup> Ähnlich Lange JZ 2008, 661, 664, der die Rügelast als „aufgeschoben“ betrachtet, bis sich der Verbraucher gemeldet hat.

<sup>2659</sup> Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 1.

<sup>2660</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 79 Rn. 1

<sup>2661</sup> MK- Huber Art. 79 Rn. 1.



kanischen Rechts und den Vertretern des Verschuldensprinzips<sup>2662</sup>. Gleichwohl wird dieser Kompromiss beargwöhnt, als sei er nur die Einführung einer Verschuldenshaftung quasi durch die Hintertür<sup>2663</sup>. Jedoch muss davor gewarnt werden, dass nationale Haftungsgrundsätze zu Auslegungskriterien werden<sup>2664</sup>. In der Tat kann nur der eigenständige Charakter dieser Regelung durch Auslegung der Konvention erfasst werden. Art. 79 CISG soll somit nur für die Risiken gelten, die außerhalb des vernünftigerweise erwartbaren und damit auch versicherbaren Risikos von externen Einflüssen liegen<sup>2665</sup>. Andernfalls wäre der Schuldner gezwungen, exorbitante Preise zu verlangen, um jedes noch so fernliegende externe Risiko zu versichern, was auch nicht im Interesse des Gläubigers ist.

Dies macht aber auch deutlich, dass Art. 79 CISG im Gegensatz zur dogmatischen Stellung, keine zentrale Entlastungsnorm sein kann, sondern nur sehr selten in der Praxis als solche in Betracht kommt<sup>2666</sup>. Voraussetzung hierfür muss sein, dass der Erfüllung externe Umstände entgegenstehen, die so außergewöhnlich sind, dass ein vernünftig planender Schuldner nicht mit ihnen hätte zu rechnen brauchen.

### I. Befreiung nach Art. 80 CISG

Ist allerdings durch ein Verhalten der einen Partei die Nichterfüllung der anderen Partei verursacht worden, so kann diese sich auf die Nichterfüllung nicht berufen. Diese Vorschrift ist eine Ausformung des Gebotes von Treu und Glauben, die eine Obliegenheit des Gläubigers normiert<sup>2667</sup>.

Jedes Verhalten ist bei Art. 80 CISG maßgebend, solange es kausal für die Nichterfüllung ist. Auch hier kommt es auf ein Verschulden nicht an<sup>2668</sup>.

Als Rechtsfolge wird der Schuldner frei von seinen Pflichten, auch der Leistungspflicht, behält aber gleichzeitig seinen eigenen Erfüllungsanspruch<sup>2669</sup>. Im Verhältnis zu Art. 79 CISG hat Art. 80 CISG Vorrang<sup>2670</sup>.

### II. Obliegenheit der Schadensminderung, Art. 77 CISG

Diese Obliegenheit verpflichtet den Gläubiger, den Schaden möglichst kleinzuhalten. Verletzt er diese Obliegenheit, so kürzt sich der Ersatzanspruch um den vermeidbaren Teil. Sie gilt eigentlich nur für Schadensersatzansprüche, wirkt sich aber insofern mittelbar auf die anderen Rechtsbehelfe aus, als der sie begleitende Schadensersatzanspruch gemindert wird, wenn beispielsweise der Käufer die Aufhebung spekulativ verzögert, um höheren Schadensersatz zu fordern<sup>2671</sup>. Aber diese Ansprüche selbst, Aufhebung, Minderung und Erfüllung, werden von Art. 77 CISG nicht tangiert<sup>2672</sup>. Da dem ungeachtet Art. 77 CISG eine Konkretisierung von Treu und Glauben aus Art. 7 I CISG<sup>2673</sup> darstellt, lässt sich über diesen Umweg eine Obliegenheit des Gläubigers zur Schadensminderung konstruieren, um wenigstens bei dem Zah-

<sup>2662</sup> *S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 1; Schlechtriem Rn. 288.*

<sup>2663</sup> *Nicholas S. 283, 287.*

<sup>2664</sup> *S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 1.*

<sup>2665</sup> *S/S<sup>d</sup>- Stoll/ Gruber Art. 79 Rn. 1.*

<sup>2666</sup> *Staudinger- Magnus Art. 79 Rn. 4.*

<sup>2667</sup> *Staudinger- Magnus Art. 80 Rn. 5.*

<sup>2668</sup> *S/S- Schwenger Art. 80 Rn. 3.*

<sup>2669</sup> *S/S- Schwenger Art. 80 Rn. 8.*

<sup>2670</sup> *MK/HGB- Mankowski Art. 80 Rn. 13.*

<sup>2671</sup> *MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 4.*

<sup>2672</sup> *Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 6, 7.*

<sup>2673</sup> *MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 1.*

lungsanspruch des Verkäufers oder dem Minderungsanspruch des Käufers eine Reduktion zu erreichen<sup>2674</sup>. Denn wenn eine Partei etwas verlangt, wofür sie zumindest teilweise verantwortlich war, so ist das ein *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*. Diese Partei hat das Geforderte zumindest partiell zurückzugeben, denn sie handelte treuwidrig, weil sie den Schaden verursacht hat. Das bedeutet zwar, dass dies nur über Art. 7 I CISG zu erreichen ist, da eine Analogie nicht möglich ist<sup>2675</sup>, doch kann Art. 77 CISG als Ausformung des Art. 7 I CISG angewandt werden. Dann kann der Anspruch gem. Art. 7 I i.V.m. Art. 77 CISG gemindert werden. Freilich ist dies eine Umgehung des Willens der Konventionsgeber, doch da sie auch Treu und Glauben eingeführt haben, müssen sie sich diesen Umweg gefallen lassen. Allerdings wäre hier eine Reform der CISG wünschenswert.

Die Obliegenheit verpflichtet den Gläubiger nicht nur im Falle eines bereits entstandenen Schadens, sondern auch dort, wo der Schaden noch nicht eingetreten ist<sup>2676</sup>. Dabei sind alle den Umständen nach angemessenen Maßnahmen zu treffen, den Schaden zu verhüten oder zu verringern. Maßstab hierfür ist die verständige Person in gleicher Lage i.S.d. Art. 8 II CISG<sup>2677</sup>. Auch bei den Maßnahmen ist den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

Ob und wie das Verhalten selbständiger Dritter die Obliegenheit der Schadensminderung beeinflusst, wird von Art. 77 CISG nicht ausdrücklich geregelt. Damit erscheint es nur richtig, den Maßstab des Art. 79 I, II CISG auf Art. 77 CISG analog anzuwenden<sup>2678</sup>. Das gilt nicht, wenn in Art. 85, 86 CISG vorrangige Regelungen zu finden sind. Durch diese Regelung bleiben Symmetrie und Waffengleichheit der Parteien erhalten. Eigene Angestellte sind keine Dritten, sondern werden dem Verhalten des Gläubigers zugerechnet<sup>2679</sup>.

Dem Gläubiger obliegt es, angemessene Maßnahmen zu treffen, die den Schaden verhüten oder verringern können<sup>2680</sup>. Angemessen sind dabei solche Maßnahmen, die ein vernünftiger Dritter in dieser Situation, unter Beachtung der Handelsbräuche i.S.d. Art. 9 CISG, getroffen hätte, um den Schaden wenigstens zu verringern<sup>2681</sup>. Dabei sind insbesondere wegen der bewusst offenen Formulierung die Umstände des Einzelfalls maßgebend<sup>2682</sup>. So hat der Käufer die Nutzung schädigender Ware zu unterlassen, um weitere Mangelfolgeschäden zu vermeiden<sup>2683</sup>, ein Deckungsgeschäft einzugehen<sup>2684</sup>, die Kaufsache bei geringfügigen Schäden reparieren zu lassen, wenn der Verkäufer dazu nicht in der Lage ist oder Folgeschäden drohen<sup>2685</sup> oder auch rechtliche Schritte zur Abwendung von Hoheitsakten, die der Erfüllung im Wege stehen, zu unternehmen<sup>2686</sup>. Eine Betriebsausfallversicherung ist nicht notwendig, es sei denn, dass dies branchenüblich oder wegen besonders großer Risiken angezeigt ist<sup>2687</sup>.

Als Rechtsfolge wird der Schuldner von seiner Schadensersatzpflicht in dem Maße frei, wie er durch angemessene Maßnahmen hätte verhindert werden können. Eine Schadensteilungsregel wie in § 254 BGB gibt es nicht, dürfte aber am Ergebnis nicht viel ändern<sup>2688</sup>. Aller-

---

<sup>2674</sup> Vgl. MK- Huber Art. 77 Rn. 3; MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 5.

<sup>2675</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 5.

<sup>2676</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 8.

<sup>2677</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 10.

<sup>2678</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 7.

<sup>2679</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 7.

<sup>2680</sup> S/S- Schwenzler Art. 77 Rn. 7.

<sup>2681</sup> Bamberger/Roth- Saenger Art. 77 Rn. 3; S/S- Schwenzler Art. 77 Rn. 7.

<sup>2682</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 10.

<sup>2683</sup> BGHZ 141, 129, 135 ff.; MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 12.

<sup>2684</sup> OLG Celle IHR 2001, 107, 108, 109; Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 11; MK- Huber Art. 77 Rn. 7 ff.

<sup>2685</sup> S/S- Schwenzler Art. 77 Rn. 8; Roßmeier RIW 200, 407, 412.

<sup>2686</sup> S/S- Schwenzler Art. 77 Rn. 8.

<sup>2687</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 12.

<sup>2688</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 19.

dings hat der Schuldner die Kosten für angemessene Schadensabwehrmaßnahmen zu tragen<sup>2689</sup>.

## **§ 55 Vergleich des Haftungsausschlusses**

### **I. Vertraglicher Haftungsausschluss**

#### **1. Individualvertraglicher Ausschluss**

Im deutschen Recht kann in § 444 BGB die Haftung individualvertraglich ausgeschlossen werden. Grenze hierfür ist die Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB, Treu und Glauben i.S.v. § 242 BGB, Arglist oder die Übernahme einer Garantie.

Die CISG kennt keine entsprechende Vorschrift. Allerdings steht es den Verwendern nach Art. 6 CISG grundsätzlich frei, den Inhalt der CISG ganz oder teilweise auszuschließen, so dass hierüber ein ähnliches Ergebnis erreicht werden kann<sup>2690</sup>. Allerdings ist auch hier die Grenze von Treu und Glauben zu beachten. Damit wird im Endeffekt dieselben Faktoren zu beachten sein wie im deutschen Recht. So kann auch Arglist zu einer Grenze des Ausschlusses führen.

Art. 8:109 PECL lässt den Ausschluss von Rechtsbehelfen wegen Nichterfüllung zu, es sei denn, der Ausschluss verstieße gegen Treu und Glauben. Darunter sind alle Rechtsbehelfe zu verstehen<sup>2691</sup>. Somit ist auch hier eine ähnliche Grenze zu ziehen wie bei der CISG und im deutschen Recht. Die Sittenwidrigkeit wird nach Art. 4:101 PECL nicht von den PECL umfasst. Für diese Frage muss das subsidiär anzuwendende Recht befragt werden.

Die PICC kennen ebenso wenig wie die CISG eine solche Klausel. Indes kann in Art. 1.5 PICC die Anwendbarkeit der PICC ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Ebenso sieht Art. 5.2.3 PICC vor, dass einem Dritten gegenüber insbesondere Klauseln entgegengehalten werden können, die die Haftung ausschließen. Somit kann auch in den PICC die Haftung ausgeschlossen werden. Auch hier ist Treu und Glauben die Grenze, so dass sich im Endeffekt die gleiche Grenze ergibt wie in den anderen Rechtsordnungen.

Art. 6:305 I lit. a), b) AP kennen den Ausschluss von AGBs, die die Haftung begrenzen, wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben. *Argumentum e contrario*: Auch die AP erkennen einen Ausschluss an, solange dieser nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Eine Regelung diesbezüglich findet sich jedoch nicht.

Art. III.- 3:105 II DCFR übernimmt die Regelung des Art. 8:109 PECL. Art. III.- 3:105 I DCFR stellt zudem klar, dass ein Ausschluss der Schadensersatzhaftung für Personenschäden auch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz unwirksam ist. Insofern gilt auch hier dieser Maßstab.

#### **2. Ausschluss in AGBs**

Nach § 309 Nr. 7 BGB kann der Schadensersatz ausgeschlossen werden, aber nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. § 309 Nr. 8 b) bb) BGB lässt die Rechtsbehelfe auf Nacherfüllung beschränken, soweit der Verwender ausdrücklich auf das Recht zur Minderung und Rücktritt für den Fall der Erfolglosigkeit der Nacherfüllung verweist. Auch die Art der Nacherfüllung kann er auswählen.

---

<sup>2689</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 20.

<sup>2690</sup> Staudinger- Beckmann § 444 Rn. 60.

<sup>2691</sup> PECL Art. 8:109 Kommentar B.

Die CISG schließt über Art. 4 S. 2 lit. a) auch die Anwendbarkeit der Konvention auf die Geltungskraft der Klauseln aus. Diese sind nach dem subsidiären nationalen Recht zu überprüfen. Ein Vergleich ist hier nicht möglich.

Art. 4:110 PECL schließt wie die Generalklausel des § 307 BGB einen Haftungsausschluss aus, wenn dieser gegen Treu und Glauben verstößt. Eine Liste wie in den §§ 308, 309 BGB findet sich hier nicht<sup>2692</sup>. Da aber die Ausführungen der §§ 308, 309 BGB nur Ausstülpungen des Grundsatzes von Treu und Glauben sind, können sie als Messrahmen herangezogen werden, so dass sich im Vergleich zum deutschen Recht keine Unterschiede zeigen.

Die PICC kennen keine derartige Klausel. Sie richtet sich allein nach Treu und Glauben. Dabei ist aber auf das oben Gesagte zu verweisen. Auch hier können die §§ 308, 309 BGB als Auslegungshilfe herangezogen werden. Allerdings ist zu beachten, dass auch hier die Sittenwidrigkeit gem. Art. 3.1 lit. b) PICC ausgeschlossen ist vom Anwendungsrahmen der PICC. Dieser kann nur über das subsidiär geltende Recht herangezogen werden.

Wie oben bereits gesagt, kennt Art. 6:305 I lit. a), b) AP den Ausschluss von Rechtsbehelfen, solange die Regelung nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Auch hier wird in der Sache kein Unterschied zu finden sein.

Artt. II.- 9:403 ff. DCFR führen die Regelung von Art. 4:110 PECL fort. Allerdings sind keine inhaltlichen Änderungen zu finden, die einen Unterschied darstellen. Auch der DCFR schließt sich dieser Regelung an.

## II. Mitverschulden

### 1. Deutsches Recht

Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB ist ein Zurechnen der Obliegenheitsverletzung. Ein *Verschulden gegen sich selbst*. Dafür muss ein Verstoß gegen diejenige Sorgfalt, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor Schäden zu bewahren, vorliegen<sup>2693</sup>. Weitergehende Anstrengungen, selbst wenn sie den Schaden mit Sicherheit vermeiden hätten, sind von § 254 BGB nicht erfasst<sup>2694</sup>. Die Adäquanzlehre findet auch hier Anwendung<sup>2695</sup>. § 254 II BGB statuiert die Obliegenheit, den Schädiger vor einer entsprechenden Gefahr zu warnen.

Liegt ein Mitverschulden i.S.v. § 254 BGB vor, ist der Schaden des Geschädigten um das eigene Mitverschulden zu kürzen. Ist das Verschulden des einen Teils aber so überwiegend, so ist entweder der volle Schadensersatz zu gewähren oder zu verweigern<sup>2696</sup>. Dabei ist mit Mitverschulden die Wahrscheinlichkeit der Mitverursachung gemeint. Handelt der Schädiger vorsätzlich, so ist eigene Fahrlässigkeit unschädlich<sup>2697</sup>. Handelt der Geschädigte gar vorsätzlich, steht ihm kein irgendwie gearteter Anspruch überhaupt zu<sup>2698</sup>. Beiderseitiger Vorsatz führt hingegen zur Anwendung von § 254 BGB.

<sup>2692</sup> Obwohl im Kommentar PECL Art. 4:110 Kommentar B auf die Liste zum Anhang der Richtlinie 93/13/EWG des Rates verweist, ist dieses nur ein Hinweis und keine Regel.

<sup>2693</sup> RGZ 112, 284, 287; BGHZ 9, 316, 318; 135, 235, 240; 160, 18, 24; NJW- RR 2006, 965, 966 Rn. 12; Bamberger/Roth- Unberath § 254 Rn. 9; Larenz SAT § 31 I a) S. 540.

<sup>2694</sup> MK- Oetker § 254 Rn. 30.

<sup>2695</sup> BGHZ 3, 46, 48; 61, 144, 147; Bamberger/Roth- Unberath § 254 Rn. 14; Palandt- Grüneberg § 254 Rn. 12.

<sup>2696</sup> BGH NJW 1998, 1137, 1137, 1138; MK- Oetker § 254 Rn. 108.

<sup>2697</sup> BGHZ 76, 216, 218; NJW 1992, 310, 311; MK- Oetker § 254 Rn. 112; RGRK- Alff § 254 Rn. 20.

<sup>2698</sup> BGH NJW 1991, 3208, 3210; BAG NJW 1998, 2923, 2924; MK- Oetker § 254 Rn. 112.

## 2. CISG

Art. 77 CISG ist das Pendant zu § 254 BGB. Auch dieser ist eine Schadensminderungsobligenheit, nach der der Gläubiger den Schaden möglichst gering zu halten, will er nicht Gefahr laufen, einen Teil seines Schadensersatzanspruchs zu verlieren. Art. 77 CISG ist grundsätzlich nur bei Schadensersatzansprüchen anwendbar. Allerdings kann er als Ausformung von Treu und Glauben auch in anderen Fällen herangezogen werden<sup>2699</sup>. Damit erreicht man einen Gleichlauf mit § 254 BGB. Allerdings untergräbt man auch den Willen der Konventionsgeber. Jedoch ist dieses Untergraben dadurch gerechtfertigt, dass mit Art. 7 CISG auch Treu und Glauben eingeführt wurde und sich die Konventionsgeber dies entgegenhalten müssen.

Der Maßstab, nach dem sich gem. Art. 77 CISG das Mitverschulden bemisst, ist nicht ausdrücklich geregelt. Somit sollte, allein schon um die Konvention nicht unnötigerweise zu verlassen, Art. 79 I, II CISG analog herangezogen werden, es sei denn, es sind mit Artt. 85, 86 CISG andere Regelungen vorrangig<sup>2700</sup>. Damit bleibt die Waffengleichheit erhalten.

Auch bei Art. 77 CISG hat der Gläubiger angemessene Maßnahmen zur Schadensabwehr zu treffen. Angemessen sind dabei die Maßnahmen, die ein vernünftiger Dritter getroffen hätte, um den Schaden zu verringern oder zu vermeiden<sup>2701</sup>. Maßgebend sind dabei die Umstände des Einzelfalls sowie die Handelsbräuche i.S.d. Art. 9 CISG<sup>2702</sup>.

Als Rechtsfolge wird der Schuldner von seiner Schadensersatzpflicht in dem Maße frei, wie dieser durch angemessene Maßnahmen des Gläubigers hätte verhindert werden können. Eine Schadensteilungsregel wie in § 254 BGB gibt es nicht, dürfte aber am Ergebnis nicht viel ändern<sup>2703</sup>. Jedoch hat der Schuldner die Kosten für angemessene Schadensabwehrmaßnahmen zu tragen<sup>2704</sup>.

Damit ist Art. 77 CISG zwar nicht identisch mit § 254 BGB, trotzdem dürfte es im Ergebnis kaum Unterschiede geben. Auch Schadensabwehrmaßnahmen, solange sie angemessen sind, können im deutschen Recht als Schadensersatz neben der Leistung geltend gemacht werden.

Art. 80 CISG ist für den Fall der völligen Verantwortlichkeit des Gläubigers eine Klarstellung, dass der Schuldner nicht dann haftet, wenn die Vertragsverletzung nicht von ihm, sondern vom Gläubiger begangen wurde.

## 3. Principles und DCFR

In Artt. 9:504, 9:505 PECL, die Artt. III.- 3:704, 705 DCFR entsprechen, werden die Vorschriften zum Mitverschulden geregelt. Art. 9:504 PECL schließt den Schadensersatzanspruch für den Gläubiger insoweit aus, wie er ihn selber verursacht hat. Art. 9:505 PECL stellt ebenfalls klar, dass das Unterlassen von angemessenen Schadensminderungsmaßnahmen einem Mitverschulden gleichsteht. Die hierfür notwendigen Kosten kann der Gläubiger hingegen ersetzt verlangen. Diese Normen gleichen Art. 77 CISG. Auch hier muss als Maßstab Art. 8:108 PECL heranzuziehen sein. Jedoch ist auch hier mit Unterschieden zu § 254 BGB kaum zu rechnen. Zu Art. 77 CISG gibt es keine Unterschiede. Dies gilt jedoch nur für den Schadensersatz. Generell ist jedoch gem. Art. 8:101 III PECL jeglicher Rechtsbehelf insoweit ausgeschlossen, wie der Gläubiger für ihn verantwortlich ist. Dies ist dem Wortlaut nach weitergehend als die Regelungen des deutschen Rechts oder der CISG. Da diese Rechtsordnungen aber auch entsprechende Anwendungen zulassen, dürfte es sich im Endeffekt nur zu geringen Unterschieden kommen.

---

<sup>2699</sup> Vgl. MK- Huber Art. 77 Rn. 3; MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 5.

<sup>2700</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 7.

<sup>2701</sup> Bamberger/Roth- Saenger Art. 77 Rn. 3; S/S- Schwenzler Art. 77 Rn. 7.

<sup>2702</sup> MK/HGB- Mankowski Art. 77 Rn. 10.

<sup>2703</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 19.

<sup>2704</sup> Staudinger- Magnus Art. 77 Rn. 20.

Artt. 7.4.7, 7.4.8 PICC entsprechen Artt. 9:504, 9:505 PECL. Ebenso entspricht Art. 7.1.2 PICC Art. 8:101 III PECL. Insoweit laufen beide Principles gleich. Eines Vergleichs bedarf es nicht. Das gilt auch für den DCFR, der bis auf redaktionelle Klarstellungen auch hier die Regelungen der PECL übernimmt.

Art. 8:102 AP ist hingegen angelehnt an Art. 80 CISG. Jedoch entspricht er vollkommen Art. 8:101 III PECL. Eine weitergehende Norm ist nicht zu finden. Allerdings können die Regelungen aus Artt. 9:504, 9:505 PECL aus Art. 8:102 AP gelesen werden.

Die Regelungen in den Principles und des DCFR sind somit *de facto* identisch. In der Sache gibt es zwischen den Regelungen aller hier genannten Rechtsordnungen keine großen Unterschiede.

### III. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit

#### 1. Deutsches Recht

Liegt ein beiderseitiger Handelskauf vor, so hat der Käufer die Ware zu untersuchen und mögliche Mängel unverzüglich zu rügen, § 377 I HGB. Freiberufler sind richtigerweise von dieser Obliegenheit entbunden, da diese nicht über die notwendige Organisationsstruktur zur Untersuchung verfügen<sup>2705</sup>. Außerdem wäre so der Wille des Gesetzgebers unterminiert<sup>2706</sup>.

Die Untersuchung muss den Umständen des Einzelfalls nach zumutbar sein<sup>2707</sup>. Auch ein erst später auftretender Mangel muss sofort gerügt werden gem. § 377 III HGB. Eine Untersuchung muss immer wenigstens stichprobenartig erfolgen. Eine unterbliebene Untersuchung kann auch nicht geheilt werden, wenn der Mangel nicht zu entdecken war<sup>2708</sup>. Ein arglistiges Handeln des Verkäufers lässt ein Verletzen der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 V HGB unschädlich werden.

Die Rüge muss ausreichend bestimmt sein, also zu erkennen geben, welcher Mangel gerügt wird<sup>2709</sup>. Das muss aber nicht bis in die letzte Einzelheit detailliert geschehen<sup>2710</sup>. Lediglich allgemein gefasste Äußerungen des Missfallens wie „derselbe Mist“ sind nicht ausreichend<sup>2711</sup>. Sie muss auch dem Verkäufer zukommen, wobei der Käufer die Gefahr des Verlustes trägt<sup>2712</sup>.

Erfolgt keine rechtzeitige Rüge, so verliert der Käufer alle Rechtsbehelfe bezüglich des Sachmangels. Der Verkäufer braucht sich auch nicht darauf berufen, da dies eine gesetzliche Fiktion ist<sup>2713</sup>. Pflichtverletzungen, die außerhalb der Lieferung einer mangelhaften Sache liegen, werden jedoch nicht von § 377 HGB erfasst und bleiben bestehen<sup>2714</sup>. Nach hier vertretender Ansicht<sup>2715</sup> wird § 377 HGB bei Durchlieferung zu einem Nicht-Kaufmann insoweit zu reduzieren sein, als dass der Mangel unverzüglich mit erfolgter Mängelanzeige des Nicht-Kaufmanns zu erfolgen hat, da diese Gruppen § 377 HGB nicht unterfallen und diese Pflicht ihnen nicht aufgebürdet werden kann.

<sup>2705</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 9.

<sup>2706</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 9; Marburger JuS 1983, 1, 2.

<sup>2707</sup> Baumbach/ Hopt- Hopt § 377 Rn. 25.

<sup>2708</sup> EBS- Müller § 377 Rn. 119.

<sup>2709</sup> MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 58.

<sup>2710</sup> ROHGE V, 261, 262, 263; RGZ 47, 12, 14; BGH BB 1978, 1489, 1489; Schmidt § 29 III 3 d. S. 812.

<sup>2711</sup> OLG Düsseldorf NJW- RR 2001, 821, 822.

<sup>2712</sup> BGHZ 101, 49, 49; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 62, 63.

<sup>2713</sup> RG JW 1936, 2391, 2391, 2392; BGH NJW 1980, 782, 784; MK/HGB- Grunewald § 377 Rn. 89.

<sup>2714</sup> BGHZ 66, 208, 212; 101, 337, 339; Schmidt § 29 III 5 b) S. 820.

<sup>2715</sup> Vgl. § 53 IV.

## 2. CISG

In der CISG besteht gem. Art. 38 I CISG eine Untersuchungsobliegenheit. Die Untersuchung muss nach den Umständen des Einzelfalls geeignet aber auch angemessen sein<sup>2716</sup>. Besonders dann, wenn der Käufer etwa durch vorherige mangelhafte Lieferungen „vorgewarnt“ ist, hat er die diesbezüglichen Anstrengungen, um Fehler zu finden, zu intensivieren<sup>2717</sup>. Im Gegensatz zum deutschen Recht verliert der Käufer seine Rechte nicht, wenn der Mangel bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht zu entdecken gewesen wäre, diese aber unterblieben ist<sup>2718</sup>. Die dafür notwendige Frist bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls, ist aber kurz zu halten. Nur rein subjektive Faktoren, wie Krankheit, bleiben unberührt<sup>2719</sup>. Allerdings ist dabei ein großzügigerer Maßstab als bei § 377 HGB heranzuziehen. Die Frist beginnt ab Übergabe zu laufen<sup>2720</sup>, jedoch nicht früher als der vereinbarte Liefertermin.

Stellt der Käufer Fehler fest, so hat er diese nach Art. 39 CISG binnen angemessener Frist zu rügen. Dies ist großzügiger als im deutschen Recht, da es hier nicht unverzüglich zu geschehen hat. Wie im deutschen Recht hat der Käufer den Fehler möglichst genau zu benennen<sup>2721</sup>. Auch hier sind bloße Äußerungen des Missfallens nicht ausreichend. Ebenso hat der Verkäufer bei einer wenig detaillierten Meldung die Pflicht nachzufragen. In beiden Fällen sind dann die Umstände des Einzelfalls maßgebend, um doch noch eine rechtzeitige Rüge erkennen zu können.

Die Frist des Art. 39 CISG schließt sich der Frist des Art. 38 CISG an. Sie bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, kann aber bis zu einem Monat betragen<sup>2722</sup>. Im Gegensatz zum deutschen Recht braucht der Käufer nur die Rüge absenden. Er trägt das Übermittlungsrisiko nur dann, wenn er sich eines eigenen Boten bedient<sup>2723</sup>. Ausgeschlossen ist sie gem. Art. 39 II CISG generell zwei Jahre nach der Übergabe.

Im Gegensatz zum deutschen Recht sind nach Art. 43 CISG auch Rechtsmängel zu rügen, und zwar ab dem Zeitpunkt, ab dem der Käufer von dem Recht des Dritten erfuhr oder hätte erfahren müssen. Die Person des Dritten und die genaue Art des Rechts sind dem Verkäufer binnen angemessener Zeit mitzuteilen, damit er selber in die Lage versetzt wird, sich gegen dieses Recht zu wehren<sup>2724</sup>. Die hierfür notwendige Frist muss so bemessen sein, dass sich der Käufer ein ungefähres Bild von der Rechtslage machen konnte<sup>2725</sup>. Eine Ausschlussfrist wie Art. 39 II CISG gibt es nicht, da diese Fehler erst nach zwei Jahren offengelegt werden<sup>2726</sup>. I.Ü. gilt das nationale Verjährungsrecht.

Im deutschen Recht wirkt ein Verletzen dieser Obliegenheit die eigenen Rechte ohne Wenn und Aber ausschließend. Nicht so in der CISG. Dort ist nach der Ausnahmenvorschrift des Art. 44 CISG Minderung oder Schadensersatz, sofern dieser den entgangenen Gewinn nicht betrifft, nicht ausgeschlossen, wenn eine vernünftige Entschuldigung vorliegt. Diese ist dann gegeben, wenn der Käufer die erforderliche Anzeige aus Gründen unterlassen hat, die einem durchschnittlichen Käufer im redlichen Geschäftsverkehr nachgesehen werden können<sup>2727</sup>. Es kommen dabei nur subjektive Entschuldigungsgründe in Betracht, die von Artt. 38, 39, 43

---

<sup>2716</sup> Vgl. S/S- Schwenger Art. 38 Rn. 14; Magnus ZEuP 2008, 318, 328.

<sup>2717</sup> LG Stuttgart IPRax 1990, 317, 317; zum EKG: OLG Hamburg RiW 1982, 435, 436.

<sup>2718</sup> Magnus ZEuP 2008, 318, 328.

<sup>2719</sup> Vgl. Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 36.

<sup>2720</sup> Staudinger- Magnus Art. 38 Rn. 36.

<sup>2721</sup> S/S- Schwenger Art. 39 Rn. 6.

<sup>2722</sup> Ansatzweise: BGHZ 129, 75, 85, 86 (Muschel-Fall); OLG Stuttgart RiW 1995, 943, 944; LG Saarbrücken IHR 2003, 27, 27; S/S- Schwenger Art. 39 Rn. 17.

<sup>2723</sup> S/S- Schwenger Art. 39 Rn. 14.

<sup>2724</sup> Achilles Art. 43 Rn. 3; H/C Art. 43 Rn. 2; S/S- Schwenger Art. 43 Rn. 2.

<sup>2725</sup> BGH NJW 2006, 1343, 1343; Achilles Art. 43 Rn. 5; MK/HGB- Benicke Art. 43 Rn. 3; S/S- Schwenger Art. 43 Rn. 3.

<sup>2726</sup> S/S- Schwenger Art. 43 Rn. 6.

<sup>2727</sup> Staudinger- Magnus Art. 44 Rn. 10.

CISG nicht erfasst werden. Insbesondere Krankheit und Organisationsschwierigkeiten werden geregelt. Ein Mitverschulden i.S.d. Art. 77 CISG tritt hinter Art. 44 CISG wegen dessen Ausnahmecharakters zurück<sup>2728</sup>.

Im deutschen Recht ist das Fehlen einer Art. 44 CISG entsprechenden Norm zu kritisieren<sup>2729</sup>. § 377 HGB ist zu streng und führt zu teilweise unbilligen Entscheidungen. Wenn nach den Umständen des Einzelfalls es billiger gewesen wäre, dem Käufer trotz Verstoßes gegen die Obliegenheit wenigstens etwas zu geben, ist § 377 HGB „gnadenlos“. Dabei besteht gerade in der Schwere des Obliegenheitsverstoßes die wesentliche Unterscheidung. Kleine Unternehmen können eben nicht dieselbe Sorgfalt walten lassen wie große. Hier sind diese benachteiligt. Sie können die Krankheit eines Mitarbeiters oder des Chefs nicht ohne weiteres kompensieren. Deren Verstöße sind viel leichter zu gewichten, als bei einem großen Unternehmen mit tausenden von Mitarbeitern<sup>2730</sup>. *Summum ius, summa iniuria*<sup>2731</sup>!

Genauso streng ist die Fristsetzung. Sie muss im deutschen Recht unverzüglich erfolgen, nach CISG jedoch nur binnen angemessener Zeit. Letzteres ist vorzugswürdig, lassen sich doch so auch die Interessen des Geschädigten (sic!) besser würdigen. Allerdings muss klar bleiben, dass die Interessen an einer schnellen Abwicklung gewichtiger sind.

Rechtsmängel brauchen nicht sofort gerügt werden, so dass hier eine Rügepflicht nicht notwendig ist und bleibt.

### 3. Principles und DCFR

Eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ist in den Principles und dem DCFR nur sehr rudimentär geregelt. Sie gibt es nur in der Form, als dass nach Art. 9:303 II PECL, Art. 7.3.2 II PICC und Art. III.- 3:508 DCFR schließen den Rücktritt aus, wenn keine rechtzeitige Benachrichtigung vom Mangel stattfand. Grundsätzlich ist eine solche Regelung nicht nur wegen der schon zuvor kritisierten Einbeziehung von Nichtkaufleuten problematisch. Es ist auch keine Einschränkung auf den Schadensersatz vorhanden, der kein entgangener Gewinn ist. Außerdem kommt er den Zielen des Handelsverkehrs, möglichst schnell die Verträge abschließen, nicht in gebotener Weise nach. Diese Lösung ist somit sogar noch weniger zu folgen als der des § 377 HGB. Die AP kennen überhaupt kein Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, was auch auf den *acquis communautaire* zurückzuführen ist.

## IV. Verjährung

Die Verjährung betrifft bei Rechten Dritter nach § 438 I Nr. 1 BGB 30 Jahre, bei Baustoffen und Arbeiten and Gebäuden gem. § 438 I Nr. 2 BGB 5 Jahre und 2 Jahre nach § 438 I Nr. 2 BGB i.Ü. Diese Frist beginnt gem. § 199 BGB zu laufen.

Die CISG kennt keine eigene Verjährung. Hierfür ist entweder das nationale Recht oder das UN-Verjährungsübereinkommen einschlägig, welches Deutschland aber nicht ratifiziert hat. Art. 39 II CISG ist nur eine Ausschlussnorm, die die Verjährung nicht berührt.

Art. 14:201 PECL lässt die allgemeine Verjährung binnen drei Jahren zu, es sei denn es sind Urteile. Diese verjähren nach 10 Jahren gem. Art. 14:202 PECL. Die Verjährung nach Art. 14:203 PECL beginnt ab Leistung bzw. Urteil zu laufen. Diese werden von Artt. III.- 7:201 ff. DCFR übernommen.

---

<sup>2728</sup> MK- Gruber Art. 44 Rn. 20.

<sup>2729</sup> EBJs- Müller § 377 Rn. 109.

<sup>2730</sup> EBJs- Müller § 377 Rn. 109.

<sup>2731</sup> Cicero 1, 10, 33.



Nach Art. 10.2 PICC beträgt die allgemeine Verjährungsfrist drei Jahre ab Kenntnis der Tatsachen vom Anspruch, höchstens jedoch 10 Jahre ab dem Tag, wo das Recht ausgeübt werden kann. Nach Art. 10.3 PICC kann die allgemeine Verjährungsfrist auf bis zu ein Jahr und die maximale auf vier bis 15 Jahre modifiziert werden.

Die AP kennen keine Verjährung.

Obschon eine dreijährige allgemeine Verjährungsfrist besser wäre, überzeugt auch hier das deutsche Recht mit seiner Einteilung der Kaufgegenstände. Für Baumaterialien sind fünf Jahre besser zu rechtfertigen als drei. Und dass Rechte auch in drei Jahren verjähren sollen, ist ebenso nicht einzusehen.

## Kapitel 13: Heilung

### § 56 Vergleich der Heilung

#### **I. Deutsches Recht**

Das deutsche Recht kennt kein Recht der Heilung, das ursprünglich aus dem englischen und schottischen Recht entstammt<sup>2732</sup>. Allerdings hat der Schuldner durch § 437 BGB das „Recht zur zweiten Andienung“<sup>2733</sup>. Dies ist allerdings ein verhaltener Anspruch, der nur dann eingreift, wenn der Gläubiger auch wirklich die Nachfrist zur Nacherfüllung setzt. Tut er das nicht, mag er u.U. eigene Rechte verlieren, der Schuldner hingegen hat keinerlei Möglichkeiten, dieses Recht wirklich zu erzwingen.

#### **II. CISG**

Das ist in der CISG, dem DCFR und auch den Principles anders. Nach Art. 48 CISG kann der Schuldner selber aktiv werden. Liegt noch keine Aufhebung vor und ist die Verzögerung nicht wesentlich, kann der Schuldner nach Art. 48 II CISG dem Gläubiger eine Frist setzen, nach der er die Nachbesserung ankündigt. Widerspricht der Gläubiger nicht binnen angemessener Frist, gilt gem. Art. 48 III CISG diese Frist als genehmigt. Der Gläubiger kann innerhalb dieser Frist keinen anderen Anspruch als den Verzögerungsschadensersatz geltend machen. Einschränkung des Rechts ist der bereits ausgeübte Rücktritt nach Art. 49 CISG. Die Aufhebungslage als solche ist noch nicht ausreichend<sup>2734</sup>.

#### **III. Principles und DCFR**

##### **1. PECL**

Art. 8:104 PECL korrespondiert mit Art. 48 CISG, wenngleich es nur rudimentär geregelt ist. Auch hier kann der Schuldner die Leistung so lange anbieten, wie noch die Fälligkeit nicht erreicht ist oder eine Verzögerung keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Wenn man diese Regelung mit der der CISG vergleicht, ist kein Unterschied erkennbar.

##### **2. PICC**

Nach Art. 7.1.4 PICC ist selbst ein erklärter Rücktritt so lange suspendiert, wie der Schuldner in seiner Frist angezeigt, vertragsgemäß erfüllen zu wollen<sup>2735</sup>. Erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist tritt sie wieder in Kraft. Jedoch hat der Schuldner dem Gläubiger das gem. Art. 7.1.4 I lit. a) PICC die Nacherfüllung sofort anzuzeigen. Ist diese Frist unzumutbar nach lit. b), verliert der Schuldner sein Recht<sup>2736</sup>. Dem steht nicht entgegen, dass bereits eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt. Hiermit ist ein Gleichklang zu Art. 48 CISG und Art. 8:104

<sup>2732</sup> Vgl. PECL Art. 8:104 Anmerkung 1.

<sup>2733</sup> Vgl. Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn. 11; Musielak NJW 2003, 89, 90; Lettl JuS 2002, 866, 867.

<sup>2734</sup> Vgl. § 16 I 3 a).

<sup>2735</sup> Hartkamp ERPL 2 [1994], 341, 351.

<sup>2736</sup> PICC Art. 7.1.4 Comment 3.

PECL erreicht. Ein wesentlicher Unterschied besteht dabei trotzdem: Hier wird im Gegensatz zu den anderen Principles, dem DCFR und der CISG selbst ein erklärter Rücktritt suspendiert. Das ist zu weitgehend, da so die Rechte des Gläubigers zu sehr beschnitten sind. Dieser hat, aus guten Gründen, schließlich liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor, die Aufhebung erklärt. Ihn noch weiter an den Vertrag zu binden, ist eine Zumutung. Der Rücktritt sollte weiterhin das Recht zur zweiten Andienung ausschließen. Was jedoch nicht bedeutet, dass die beiden Parteien sich nicht, und wenn es konkludent ist, auf einen weiteren Vertrag verständigen könnten, der in etwa mit dem Recht zur zweiten Andienung korrespondiert. Doch ist dies ein zweiter Vertrag, der in ausreichendem Maße die Interessen beider Parteien berücksichtigt.

### 3. DCFR und AP

Die AP kennen kein solches Recht der Heilung. Sie sind zu rudimentär, um eine gesicherte Aussage zu treffen.

Artt. III.- 3:202, 3:203 DCFR entsprechen Art. 8:104 PECL und ergänzen nur die Stellen, die in den PECL rudimentär geblieben sind. Damit lehnen sie sich noch mehr an die Regelungen der CISG an. So ist jetzt das Recht auf zweite Andienung ausgeschlossen, wenn sie nach den Voraussetzungen des Art. III.- 3:203 DCFR zu einer wesentlichen Vertragsverletzung werden. Danach ist der fruchtlose Ablauf der Nachfrist eine wesentliche Vertragsverletzung (lit. a). Diese liegt nach lit. b) und c) auch vor, wenn Gläubiger Grund zur Annahme hatte, dass der Schuldner absichtlich und treuwidrig handelte bzw. nicht in der Lage ist, den Vertrag in der Frist zu erfüllen. Lit. d) ist für sonstige Unbilligkeiten der Nachfrist die Auffangnorm, indem die Frist immer noch verhältnismäßig sein muss. Diese Gedanken können auf die PECL übertragen werden. Auch die Auslegung von CISG und PICC können sie beeinflussen.

## Teil 4: Ausblick

### Kapitel 14: Ausblick

#### § 57 Diskussion und Ausblick

Der Vergleich hat gezeigt, dass inhaltliche Unterschiede kaum vorhanden sind. Über 90% der Streitigkeiten dürften identisch unter diesen Rechtsordnungen zu entscheiden sein. Jedoch zeigt es sich, dass dort, wo es Unterschiede gibt, diese zu entgegengesetzten Ergebnissen führen. Dabei zeigte es sich zudem auch, dass es besonders der CISG an Stringenz fehlt. In Anbetracht der Anzahl von so vielen verschiedenen Staaten, die an ihr mitgewirkt hatten, ist dies auch nicht verwunderlich. Es müssen Kompromisse eingegangen werden, die ein einzelner Staat alleine hätte entscheiden können. Zwar ist eine Reform der CISG wünschenswert, in Anbetracht der Probleme, alle Mitgliedstaaten wieder zu dieser Reform zu bewegen, momentan aber kaum möglich. Allerdings ließe sich mit der entsprechenden Auslegung und mit Hilfe von Treu und Glauben einiges wieder „gerade biegen.“ Festigt sich dies in der Rechtsprechung, so kann man viele Probleme ohne Änderung des Textes zumindest vorerst lösen. Dennoch bleibt diese Lösung nur eine vorübergehende.

Die Principles und der DCFR haben viele Probleme der CISG behoben, aber auch leider neue aufgeworfen. Es bleibt festzustellen, dass auch sie nur Übergangsregelungen darstellen. Es hat der Mut gefehlt, ein stringentes System einzufügen und genau darauf zu achten, was die *bessere* Lösung ist, und nicht, welche von den *meisten* Rechtsordnungen praktiziert wird. Manchmal wurden von den Verfassern des DCFR und der Principles die ihrer Ansicht beste Lösung gewählt, aber nicht immer. Das ging auch zu Lasten der Stringenz. Man hätte sich einem System konsequenterweise anschließen und nur punktuell modifiziert sollen. Insofern ist der DCFR als nur punktuelle Modifikation der PECL zu sehr mit der Vorlage verhaftet. Es wäre besonders hier besser gewesen, wenn man nicht mehr auf den PECL aufbauen, sondern noch einmal gänzlich neu anfangen und jede Norm hinterfragen würde. Dazu wäre auch eine zeitliche Verschiebung ratsam gewesen. Denn so wiederholt man nur die alten Fehler, anstatt einen endgültigen Entwurf aus einem Guss zu machen.

Auch als *Restatements*, so man sie denn als rechtsvergleichendes Instrument ansehen will, sollten andere Wege beschritten werden. Eine Norm dafür aufzustellen, ist nicht notwendig. Hierfür reicht es aus, Regelungsgebiet für Regelungsgebiet darzustellen, wie beispielsweise Unmöglichkeit. Es ist dabei darzustellen, wie sie im deutschen Recht geregelt ist, wie im französischen, wie im lettischen usw. Das Gleiche gilt dann für Rücktritt, Schadensersatz, Treu und Glauben etc. Damit läge ein Werk vor, welches jeder Jurist in jedem Land in die Hände nehmen und die Rechtsordnungen vergleichen kann. Im Übrigen ist nur festzuhalten, dass der DCFR und die Principles als *Restatements* zwar einen guten Überblick geben, aber noch nicht detailliert genug sind. Fairerweise muss man aber auch sagen, dass hierzu das Ausmaß der Arbeiten noch weitaus größer sein müsste, als es jetzt ohnehin schon ist, und ein Werk mit dem Umfang des Staudingers herauskäme. Von der Wissenschaft aus gesehen wäre ein solches Unternehmen zu begrüßen, ob es wirtschaftlich wäre, ist allerdings fraglich.

Trotzdem sollte der Wert der Principles und des DCFR hier nicht zu gering erscheinen. Sie bleiben hervorragende Werkzeuge zum überblickartigen Vergleich der verschiedenen Rechtsordnungen. Als solche sind sie der erste Schritt. Dennoch muss jetzt ein zweiter kommen. Dass dieser mit dem DCFR nicht erfolgte, ist bedauerlich, da das Verweilen auf dieser Ebene nicht unbedingt notwendig war.

Die Frage ist mithin, wie zukünftige Normen aussehen sollten.

Nicht zu beanstanden ist, dass alle Rechtsordnungen mit der Pflichtverletzung bzw. der Nichterfüllung einen Grundtatbestand haben, der alle Arten des Zurückbleibens hinter den Pflichten aus dem Vertrag umfassen soll. Zwar kann man jetzt streiten, welcher Begriff hierfür notwendig ist, jedoch muss klar sein, dass jede Art der Pflichtverletzung gemeint ist.

Unmöglichkeit und Verzug müssen beide als die bedeutendsten Arten der Nichterfüllung auch mit geregelt werden. Obwohl man sie auch unter den Grundbegriff subsumieren kann, ist es dennoch für die Rechtssicherheit sinnvoller, sie zu kodifizieren.

Bei den Rechtsfolgen ist erst einmal zu entscheiden, welchem System gefolgt werden soll. Soll als Hauptrechtsbehelf die Erfüllung stehen, so ist stringent dieses System einzuhalten. Auch mit der Verschuldenshaftung. Ist dagegen der Schadensersatz Hauptrechtsbehelf, so ist die Garantiehftung einzuführen. Man kann sie bis zu einem gewissen Punkt modifizieren. Überschreitet man diesen Punkt jedoch, wird eine der beiden Parteien unnötigerweise bevorzugt. Entweder man gewährt Schadensersatz, oder die Erfüllung als Hauptrechtsbehelf, dann muss der Schuldner diese auch leisten und kommt von der Pflicht nur bei Unmöglichkeit und Störung der Geschäftsgrundlage frei. Das gleiche gilt ebenso für Schadensersatz als Hauptrechtsbehelf, mit der Ausnahme, dass dieser nur dann wegfällt, wenn die *force majeure* von ihm nicht zu vertreten ist.

Die großen Unterschiede hier sind einmal der Zeitpunkt der Zurechnung Dieser ist der Vertragsschluss für die Garantiehftung oder die Vornahme der Handlung für die Verschuldenshaftung, sowie für das Fehlen des Verschuldens trotz der Tatsache, dass die Handlung im eigenen Risikobereich vorgenommen wurde.

Ein Mischsystem wie die CISG gibt dem Gläubiger zu schnell beides. Er kann sowohl Schadensersatz statt der Leistung als auch die Leistung nach seinem Gutdünken verlangen. Damit wird der Grundsatz von *pacta sunt servanda* zu schnell ausgehebelt. Der Käufer muss auch an den Vertrag so lange gebunden sein, wie es nur für ihn zumutbar ist. Er darf nicht vorschnell Schadensersatz verlangen. Das darf er erst, wenn man den Grundsatz konsequent annehmen wollte, wenn die Erfüllung nicht mehr zumutbar ist. So lange muss er aber noch die Erfüllung oder Nacherfüllung akzeptieren.

Damit wären wir schon bei einem weiteren Punkt, nämlich der wesentlichen Vertragsverletzung. Der Käufer kann in allen Rechtsordnungen zurücktreten, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt. Das deutsche Recht kennt die Bezeichnung zwar nicht, jedoch kommt auch diese Rechtsordnung zu den gleichen Ergebnissen. Allerdings sollten die anderen Rechtsordnungen auch einen Rücktritt gestatten, wenn die Nachfristsetzung zur Erfüllung oder Nacherfüllung scheitert. In diesem Fall sollten sie auch eine nichtwesentliche Vertragsverletzung als wesentliche klassifizieren, und zwar wegen des Fristablaufs. Der sollte auch zwingend vorgeschrieben sein, es sei denn, eine nur ganz unwesentliche Vertragsverletzung läge vor.

Das deutsche System mit der Trias der Vertragsverletzungen sollte somit übernommen werden. Nur dann kann man sicher sein, dass der Grundsatz von *pacta sunt servanda* auch eingehalten wurde. Liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor, können Schadensersatz statt der Leistung, Minderung und Rücktritt erst gefordert werden, wenn die (Nach-)Erfüllung fehlschlägt. Nur dann, wenn nur eine gänzlich unwesentliche Vertragsverletzung vorliegt, kann nicht zurückgetreten werden.

Liegt eine solche Regelung vor, braucht es keines Heilungsrechts des Schuldners. Es ist dann völlig ausreichend, dass er das Recht auf zweite Andienung als verhaltenen Anspruch hat.

Die Regelung der antizipierten Nichterfüllung sollte sich an der zum Rücktritt orientieren. Da hier alle Rechtsordnungen fast übereinstimmen, ist hierzu nichts weiter zu sagen.

Die Herausgabe des Surrogates fehlt in der CISG und ist in den Principles und im DCFR nur rudimentär verankert. Daher besteht auch hier Handlungsbedarf. Der Schuldner soll keinen Vorteil behalten, der ihm nicht gebührt. Und das Surrogat gebührt dem Gläubiger.

Die Minderung muss in allen Rechtsordnungen verankert sein. Die Regelungen stimmen hier alle überein, wenn man die PICC ausschließt, die ein solches Recht nicht kennen. Hier kann nur noch einmal wiederholt werden, dass bei der nächsten Revision dieses Manko beseitigt wird. Es ist nicht einzusehen, warum dem Gläubiger kein einfacher Weg gegeben ist, seinen Schaden in einer Weise zu liquidieren, wo er keine Rücksicht auf Verschulden und Vertretenmüssen nehmen muss. Zudem geht dieser Rechtsbehelf sehr schnell und ist gerade bei kleineren Fehlern der beste, den der Gläubiger hat. Anders läuft er Gefahr, sehr lange und vielleicht nicht aussichtsreich andere Rechte geltend zu machen.

Die Störung der Geschäftsgrundlage müsste in der CISG bezüglich der Vertragsanpassung besser geregelt sein, jedoch kommt man über Umwege zu den gleichen Ergebnissen wie in den anderen Rechtsordnungen.

Der vertragliche Haftungsausschluss ist in allen Rechtsordnungen geregelt, jedoch ist hier die Ausdifferenzierung im deutschen Recht am weitesten fortgeschritten, so dass dieses System vorzugswürdiger ist.

Das Mitverschulden sollte sich an § 254 BGB orientieren, aber nur für deswegen, damit man in der gleichen Systematik bleibt.

Bei der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ist aus Gründen der Billigkeit das System der CISG vorzugswürdiger. Die Systeme der Principles und des DCFR sind nicht zu empfehlen, da sie zu rudimentär geregelt sind und auch Nichtkaufleute mit umfassen.

Die Verjährung sollte sich generell am deutschen Recht und der dort herrschenden Qualifizierung der Ansprüche anlehnen. Ob eine Verjährungsfrist von generell drei Jahren genommen werden sollte, ist „Geschmackssache“. Eine solch längere Zeit scheint allerdings vorzugswürdiger.

So könnte eine zukünftige Regelung sinnvoll erscheinen. Allerdings wird es bis es zu einem richtigen europäischen Zivilgesetzbuch kommt, noch ein weiter Weg sein. Erst einmal sollten hierfür die Grundlagen geschaffen werden. Und da ist erst der erste Schritt getan. Jetzt müssen Principles geschrieben werden, die wirklich stringent und besser in der Praxis tauglich sind als die bisherigen. Diese müssen vor allen Dingen innerlich schlüssig sein. Sie dürfen sich nicht danach richten, ob die Regelung wirklich von den meisten Staaten angewandt wird, sondern ob die Regelung die für den Einzelfall sachdienlichste ist. Dann ist wirklich der zweite Schritt getan, und man hat Regeln, die man der Allgemeinheit zum Gebrauch vorstellen kann. Sind diese akzeptiert, kann man auch darüber nachdenken, ein europäisches oder gar ein weltweites Zivilgesetzbuch zu machen. Doch bis dahin ist der Weg noch steinig. Selbst dann stellt sich die Frage, ob man auf ein nationales Zivilrecht verzichten will und kann. Das BGB wird noch lange in Kraft bleiben. Und da es zumindest im Leistungsstörungenrecht ein sehr gutes Regelwerk ist, ist das auch gut so.

## Literaturverzeichnis

<i>Achilles, Wilhelm-Albrecht</i>	<i>Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen CISG</i>	<i>1. Auflage, Neuwied 2000</i>
<i>Ackermann, Thomas</i>	<i>Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers</i>	<i>JZ 2002, 378 ff.</i>
<i>Ackermann, Thomas</i>	<i>Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831</i>	<i>JZ 2003, 1154 ff.</i>
<i>Acquis Gruppe</i>	<i>Acquis Principles, Chapter 8 In: Schulze, Reiner: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law Zitiert: AP- Comment</i>	<i>1. Auflage, München 2008</i>
<i>Adler, Karl</i>	<i>Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf</i>	<i>ZHR 86 [1923], 4</i>
<i>Althammer, Christoph</i>	<i>Iis variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers</i>	<i>NJW 2006, 1179 ff.</i>
<i>Arnold, Arnd</i>	<i>Der neue § 438 BGB- eine Zwischenbilanz</i>	<i>ZGS 2002, 438 ff.</i>
<i>Arnold, Arnd</i>	<i>Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform</i>	<i>JZ 2002, 866 ff.</i>
<i>Arnold, Arnd</i>	<i>Rücktritt und Schadensersatz</i>	<i>ZGS 2003, 427 ff.</i>
<i>Arnold, Arnd/ Dötsch, Wolfgang</i>	<i>Ersatz von Mangelaufwendungen</i>	<i>BB 2003, 2250 ff.</i>
<i>Asam, Herbert</i>	<i>UN-Kaufrechtsübereinkommen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr</i>	<i>RIW 1989, 942 ff.</i>
<i>Asam, Herbert/ Kindler, Peter</i>	<i>Ersatz des Zins- und Geldentwertungsschadens nach dem Kaufrechtsübereinkommen vom 11.4.1980 bei deutsch-italienischen Kaufverträgen</i>	<i>RIW 1989, 841 ff.</i>
<i>Auktor, Christian</i>	<i>Die Verjährung der Gewährleistungsrechte bei mangelhafter Nacherfüllung nach § 439 BGB</i>	<i>NJW 2003, 120 ff.</i>
<i>Auktor, Christian/ Mönch, Harald J.</i>	<i>Nacherfüllung nur noch aus Kulanz?</i>	<i>NJW 2006, 1686 ff.</i>
<i>Bach, Ivo/ Stieber, Christoph</i>	<i>Die beiderseitig verursachte Unmöglichkeit im CISG</i>	<i>IHR 2006, 97 ff.</i>
<i>Bach, Ivo/ Stieber, Christoph</i>	<i>Die Unmöglichkeit der Leistung im CISG</i>	<i>IHR 2006, 59 ff.</i>
<i>Ball, Wolfgang</i>	<i>Die Nacherfüllung beim Autokauf</i>	<i>NZV 2004, 217 ff.</i>
<i>Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert</i>	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Zitiert: Bamberger/ Roth- Bearbeiter</i>	<i>2. Auflage, München 2007</i>
<i>Basedow, Jürgen</i>	<i>Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht In: Schack, Haimo: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz Zitiert: Basedow UNIDROIT</i>	<i>1. Auflage, München 2000</i>
<i>Basedow, Jürgen</i>	<i>Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i>	<i>ULR 2000, 129 ff.</i>

<i>Baumann, Horst/ Hauth, Wolfram</i>	<i>Die rechtliche Problematik der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit</i>	<i>JuS 1983, 273 ff.</i>
<i>Beale, Hugh</i>	<i>The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law</i>	<i>Juridica International X [2005], 4 ff.</i>
<i>Beatson, Jack</i>	<i>Restitution and Contract: Non-Cumul?</i>	<i>Theoretical Inquiries in Law 1 [2000], Artikel 4 S. 1 ff.</i>
<i>Becker, Christoph</i>	<i>Vertragliche Schuldverhältnisse</i>	<i>1. Auflage, Köln 2002</i>
<i>Becker, Max</i>	<i>Privatlieferung, Kriegslieferung und § 281 BGB</i>	<i>JW 1915, 182 ff.</i>
<i>Benjamin, Judah Philip/ Guest, Anthony Gordon</i>	<i>Benjamin's sale of goods</i>	<i>5. Auflage, London 1997</i>
<i>Berscheid, Ernst- Dieter</i>	<i>Umschwenken auf großen Schadensersatz nach ausgeübter Minderung</i>	<i>ZGS 2009, 17 ff.</i>
<i>Beuthin, Volker</i>	<i>Zuwendender und Leistender</i>	<i>JZ 1968, 323 ff.</i>
<i>Bianca, Cesare Massimo/ Bonell, Michael Joachim</i>	<i>Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention  Zitiert: B/B- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, Mailand 1987</i>
<i>Bitter, Georg/ Meidt, Eva</i>	<i>Nacherfüllungsanspruch und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht</i>	<i>ZIP 2001, 2114 ff.</i>
<i>Bitter, Walter/ Bitter, Georg</i>	<i>Wandelungsmöglichkeit des professionellen Käufers und Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei aliud- Lieferung</i>	<i>BB 1993, 2315 ff.</i>
<i>Black, Henry Campbell/ Garner, Bryan</i>	<i>Black's Law Dictionary</i>	<i>7. Auflage, St. Paul 1999</i>
<i>Blaurock, Uwe</i>	<i>Übernationales Recht des Internationalen Handels</i>	<i>ZEuP 1993, 247 ff.</i>
<i>Boerner, Dietmar</i>	<i>Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform</i>	<i>ZIP 2001, 2264 ff.</i>
<i>Bolthausen, Oliver/ Rinker, Mike</i>	<i>„Kettengewährleistung“ als Folge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes?</i>	<i>ZGS 2006, 12 ff.</i>
<i>Bonell, Michael Joachim</i>	<i>An International Restatement of Contract Law</i>	<i>3. Auflage, Ardsley 2005</i>
<i>Bonell, Michael Joachim</i>	<i>Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge</i>	<i>RabelsZ 56 [1992], 274 ff.</i>
<i>Bonell, Michael Joachim</i>	<i>The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences</i>	<i>EJLR 1998/99, 193 ff.</i>
<i>Bonell, Michael Joachim</i>	<i>UNIDROIT Principles 2004</i>	<i>ULR 2004, 5 ff.</i>
<i>Bonell, Michael Joachim</i>	<i>Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen</i>	<i>RIW 1990, 693</i>
<i>Bortolotti, Fabio</i>	<i>The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals</i>	<i>ULR 2000, 141 ff.</i>
<i>Braun, Johann</i>	<i>Leistung und Erfolg</i>	<i>AcP 205 (2005) S. 127 ff.</i>



<i>Brömmelmeyer, Christoph</i>	<i>Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?</i>	<i>JZ 2006, 493 ff.</i>
<i>Brox, Hans/ Walker, Wolf- Dietrich</i>	<i>Allgemeines Schuldrecht Zitiert: Brox AS</i>	<i>34. Auflage, München 2010</i>
<i>Brox, Hans/ Walker, Wolf- Dietrich</i>	<i>Besonderes Schuldrecht Zitiert: Brox BS</i>	<i>34. Auflage, München 2005</i>
<i>Bruck, Eberhard Friedrich</i>	<i>Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte</i>	<i>1. Auflage, Breslau, 1904</i>
<i>Bruns, Patrick</i>	<i>Anmerkung zu BGH NJW 2009, 508</i>	<i>NJW 2009, 509, 510.</i>
<i>Buck, Petra</i>	<i>Kaufrecht  In: Harm Peter Westermann, Das Schuldrecht 2002</i>	<i>1. Auflage, Stuttgart 2002</i>
<i>Bundschuh</i>	<i>Die Anwendbarkeit und Anwendung des § 281 BGB auf Gattungsschulden, insbes. Im Falle der kriegsrechtlichen Beschlagnahme</i>	<i>DJZ 1915, 990 ff.</i>
<i>Burkart, Fabian</i>	<i>Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT principles</i>	<i>1. Auflage, Baden-Baden 2000</i>
<i>Busch, F. W.</i>	<i>Finden die gesetzlichen Vorschriften, nach denen für geheime Fehler der verkauften Sachen der venditor ignorans haftet, auch außerhalb des Slaven- und Viehverkaufs unbedingt statt?</i>	<i>AcP 26 (1843), 225 ff.</i>
<i>Canaris, Claus Wilhelm</i>	<i>Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen In: Ernst, Wolfgang/ Zimmermann, Reinhard: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform Zitiert: Canaris, Unmöglichkeit</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2001</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB  In: Wank, Rolf: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag Zitiert: Canaris, Äquivalenzvermutung</i>	<i>1. Auflage, München 2002</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht</i>	<i>ZIP 2003, 321 ff.</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz</i>	<i>ZRP 201, 329 ff.</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf</i>	<i>JZ 2004, 214 ff.</i>
<i>Canaris, Claus- Wilhelm</i>	<i>Handelsrecht</i>	<i>24. Auflage, München 2006</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Schlußwort</i>	<i>JZ 2003, 1156, 1157.</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf</i>	<i>JZ 2003, 831 ff.</i>

<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts- Grundstrukturen und Problemschwerpunkte</i>	<i>Karlsruher Forum 2002, 1 ff.</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen</i>	<i>JZ 2001, 499 ff.</i>
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	<i>Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen In: Basedow, Jürgen: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht Zitiert: Canaris Principles</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2000</i>
<i>Coen, Christoph</i>	<i>Vertragsscheitern und Rückabwicklung</i>	<i>1. Auflage, Berlin 2003</i>
<i>Coing, Helmut</i>	<i>Zum Begriff der Teilerfüllung</i>	<i>SJZ 1949 Sp. 531 ff.</i>
<i>Däubler- Gmelin, Herta</i>	<i>Die Entscheidung für die sog. Große Lösung bei der Schuldrechtsreform- Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts</i>	<i>NJW 2001, 2281 ff.</i>
<i>Dauner- Lieb, Barbara/ Arnold, Arnd</i>	<i>Noch einmal: Die Falschlieferung beim Stückkauf</i>	<i>JuS 2002, 1175</i>
<i>Dauner- Lieb, Barbara/ Dötsch, Wolfgang</i>	<i>Selbstvornahme im Kaufrecht</i>	<i>ZGS 2003, 250 ff.</i>
<i>Dauner- Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Lepa, Manfred/ Ring, Gerhard</i>	<i>Das neue Schuldrecht Zitiert: DHLR- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, Heidelberg 2002</i>
<i>Dauner- Lieb/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard</i>	<i>AnwK-Kommentar BGB Band 2: Schuldrecht Teilband 1: §§ 241 bis 610 Zitiert: AnwKo- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, Bonn 2005</i>
<i>Dauner-Lieb, Barbara/ Quecke, Moritz</i>	<i>Das Kaufrecht im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens In: Schulze, Reiner; v. Bar, Christian; Schulte-Nölke, Hans: Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2008</i>
<i>Derleder, Peter</i>	<i>Der Kauf aus privater Hand nach dem neuen Schuldrecht</i>	<i>NJW 2005, 2481 ff.</i>
<i>Derleder, Peter</i>	<i>Der Wechsel zwischen Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln</i>	<i>NJW 2003, 998 ff.</i>
<i>Deutsch, Erwin</i>	<i>Anmerkung zu BGH NJW 1987, 1479</i>	<i>NJW 1987, 1480, 1481</i>
<i>Deutsch, Erwin</i>	<i>Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht</i>	<i>AcP 202 [2002], 889 ff.</i>
<i>Dieckmann, Andreas</i>	<i>Das Ende der Stückschuld?</i>	<i>ZGS 2009, 9 ff.</i>
<i>Dieckmann, Andreas</i>	<i>Erfüllungszwang und Unmöglichkeit</i>	<i>ZGS 2008, 14 ff.</i>
<i>Diederichsen, Uwe</i>	<i>Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts</i>	<i>AcP 1982 (182), 101 ff.</i>
<i>Docter, Daan</i>	<i>The application of the CISG in the Netherlands: a Dutch treat for the CISG?</i>	<i>IHR 2003, 105</i>
<i>Dötsch, Wolfgang</i>	<i>Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung</i>	<i>MDR 2004, 975 ff</i>

<i>Dreier, Ralf</i>	<i>Der Begriff des Rechts</i>	<i>NJW 1986, 890 ff.</i>
<i>Drexler, Josef</i>	<i>Die politische und wirtschaftliche Wende in der DDR- ein Fall für den Wegfall der Geschäftsgrundlage?</i>	<i>DtZ 1993, 194 ff.</i>
<i>Ebert, Ina</i>	<i>Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer</i>	<i>NJW 2004, 1761 ff.</i>
<i>Ehricke, Ulrich</i>	<i>Die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung gem. § 366 I BGB wegen Irrtums</i>	<i>JZ 1999, 1075 ff.</i>
<i>Eisenhardt, Ulrich</i>	<i>Die Beendigung des Schuldnerverzugs und die daraus erwachsenden Folgen</i>	<i>JuS 1970, 489 ff.</i>
<i>Endemann, Wilhelm</i>	<i>Anmerkung zu RG JW 1921, 523 Nr. 2</i>	<i>JW 1921, 523, 524.</i>
<i>Enderlein, Fritz</i>	<i>Vertragsaufhebung und Pflicht zur Kaufpreiszahlung nach UN- Kaufrecht</i>	<i>IPRax 1996, 182 ff.</i>
<i>Enderlein, Fritz/ Maskow, Dietrich</i>	<i>International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>  <i>Zitiert: E/M- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, New York 1992</i>
<i>Engisch, Karl</i>	<i>Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht</i>	<i>1. Auflage, Berlin 1930</i>
<i>Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich</i>	<i>Schuldrecht</i> <i>Zitiert: Enn./ Lehmann</i>	<i>15. Auflage, Tübingen 1958</i>
<i>Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl</i>	<i>Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Halbband</i> <i>Zitiert: Enn./ Nipperdey I 2</i>	<i>15. Auflage, Tübingen 1960</i>
<i>Erman, Walter/ Westermann, Harm- Peter</i>	<i>Erman- Bürgerliches Gesetzbuch</i> <i>Zitiert: Erman<sup>11</sup>- Bearbeiter</i>	<i>11. Auflage, Köln 2004</i>
<i>Erman, Walter/ Westermann, Harm- Peter</i>	<i>Erman- Bürgerliches Gesetzbuch</i> <i>Zitiert: Erman- Bearbeiter</i>	<i>12. Auflage, Köln 2008</i>
<i>Ernst, Wolfgang</i>	<i>Kernfragen der Schuldrechtsreform</i>	<i>JZ 1994, 801</i>
<i>Ernst, Wolfgang/ Gsell, Beate</i>	<i>Kaufrechtsrichtlinie und BGB</i>	<i>ZIP 2000, 1410 ff.</i>
<i>Ernst, Wolfgang/ Gsell, Beate</i>	<i>Nochmals für die „kleine Lösung“</i>	<i>ZIP 2000, 1813 ff.</i>
<i>Esser, Josef</i>	<i>Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 1956</i>
<i>Esser, Josef/ Schmidt, Eike</i>	<i>Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 1</i> <i>Zitiert: Esser- Schmidt I 1</i>	<i>8. Auflage, Heidelberg 1995</i>
<i>Esser, Josef/ Schmidt, Eike</i>	<i>Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2</i> <i>Zitiert: Esser- Schmidt I 2</i>	<i>8. Auflage, Heidelberg 2000</i>
<i>Esser, Josef/ Schmidt, Eike</i>	<i>Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2</i> <i>Zitiert: Esser/ Schmidt I 2</i>	<i>8. Auflage, Heidelberg 2000</i>
<i>Faust, Florian</i>	<i>Anmerkung zu BGH JZ 2007, 98 ff.</i>	<i>JZ 2007, 101 ff.</i>
<i>Faust, Florian</i>	<i>Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 S. 2 UN-Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 1996</i>
<i>Faust, Florian</i>	<i>Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit</i>	<i>JuS 2001, 133 ff.</i>

<i>Ferrari, Enrico</i>	<i>General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions on International Factoring and Leasing and the UNIDROIT Principles</i>	<i>EJLR 1998/99, 217 ff.</i>
<i>Ferrari, Franco</i>	<i>Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht - 25 Jahre Artikel 25 CISG</i>	<i>IHR 2005, 1</i>
<i>Fest, Timo</i>	<i>Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?</i>	<i>NJW 2005, 2959 ff.</i>
<i>Feuersänger, Klaus</i>	<i>Das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei Mängeln an geringwertigen Wirtschaftsgütern</i>	<i>MDR 2004, 922 ff.</i>
<i>Fikentscher, Wolfgang</i>	<i>Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos Zitiert: Fikentscher GG</i>	<i>1. Auflage, München 1971</i>
<i>Fleck, Wolfgang</i>	<i>Begriff und Funktion der Billigkeit bei § 284 BGB</i>	<i>JZ 2009, 1045 ff.</i>
<i>Flessner, Axel</i>	<i>Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung</i>	<i>ZEuP 1997, 255 ff.</i>
<i>Flume, Werner</i>	<i>Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts- Zweiter Band- Das Rechtsgeschäft  Zitiert: Flume AT II</i>	<i>4. Auflage, Berlin 1992</i>
<i>Flume, Werner</i>	<i>Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung</i>	<i>NJW 1970, 1161 ff.</i>
<i>Fontaine, Marcel</i>	<i>Droit des contrat internationaux</i>	<i>2. Auflage, Brüssel 2003</i>
<i>Fountoulakis, Christiana</i>	<i>Das Verhältnis von Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers im UN-Kaufrecht</i>	<i>IHR 2003, 160 ff</i>
<i>Frankenburger, Heinrich</i>	<i>Erfüllungsverzug beim Kauf</i>	<i>JW 1925, 546 ff.</i>
<i>Fritzsche, Jörg</i>	<i>Fälle zum Schuldrecht I</i>	<i>3. Auflage, München 2008</i>
<i>Furmston, Michael Phillip</i>	<i>Breach of Contract</i>	<i>Am.J.Comp.L. 40 [1992], 671 ff.</i>
<i>Gaillard, Emmanuel</i>	<i>Trente ans de Lex Mercatoria- Pour une application selective de la method des Principes généraux du droit</i>	<i>J.D.I 1995, 5 ff.</i>
<i>Gerhard Wagner</i>	<i>Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht</i>	<i>JZ 2002, 475 ff.</i>
<i>Ghestin, Jaques/ Jamin, Christophe/ Billiau, Marc</i>	<i>Traité de Droit Civil- Les effets du contrat Zitiert : Ghestin</i>	<i>3. Auflage, Paris 2001</i>
<i>Graf v. Westphalen, Friedrich</i>	<i>Kettengarantie und kein Ende?</i>	<i>ZGS 2002, 19 ff.</i>
<i>Grigoleit, Hans Christoph</i>	<i>Abstraktion und Willensmängel- Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts</i>	<i>AcP 199 [1999], 379 ff.</i>
<i>Grigoleit, Hans Christoph</i>	<i>Neuregelung des Ausgleichs „frustrierter“ Aufwendungen (§ 284 BGB): Das ausgefallene Musical</i>	<i>ZGS 2002, 122 ff.</i>

<i>Grigoleit, Hans Christoph/ Riehm, Thomas</i>	<i>Die Kategorien des Schadensersatzs im Leistungsstörungenrecht</i>	<i>AcP 203 [2003], 727 ff.</i>
<i>Gruber, Urs</i>	<i>Das drohende Ende der Stückschuld</i>	<i>JZ 2005, 707 ff.</i>
<i>Gruber, Urs</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung 2001/ 2002- Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit</i>	<i>JuS 2002, 1066 ff.</i>
<i>Gsell, Beate</i>	<i>Erwiderung zu Gerhard Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht, JZ 2002, 475 ff.</i>	<i>JZ 2002, 1089 ff.</i>
<i>Gsell, Beate</i>	<i>Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache</i>	<i>JuS 2006, 203 ff.</i>
<i>Gsell, Beate</i>	<i>Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung</i>	<i>JZ 2001, 65 ff.</i>
<i>Gsell, Beate</i>	<i>Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung</i>	<i>NJW 2003, 1969 ff.</i>
<i>Gutknecht, Uta</i>	<i>Die Nacherfüllung des Verkäufers bei Kauf- und Werklieferungsverträgen</i>	<i>1. Auflage, Frankfurt a.M. 1997</i>
<i>Haas, Lothar/ Medicus, Dieter/ Roland, Walter/ Schäfer, Carsten</i>	<i>Das neue Schuldrecht Zitiert: Haas</i>	<i>1. Auflage, München 2002</i>
<i>Hadding, Walther</i>	<i>Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung</i>	<i>AcP 168 [1968], 150 ff.</i>
<i>Hager, Johannes</i>	<i>Der Wert- und Schadensersatzanspruch beim Rücktritt  In: Heinrich, Christian: Festschrift für Hans- Joachim Musielak zum 70. Geburtstag  Zitiert: Hager, Wertersatz</i>	<i>1. Auflage, München 2004</i>
<i>Hartkamp, Arthur</i>	<i>The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law</i>	<i>ERPL 2 [1994], 341 ff.</i>
<i>Heimermann, Ines</i>	<i>Nutzungsersatz des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Sache- Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung contra legem</i>	<i>ZGS 2009, 211 ff.</i>
<i>Heinrich, Martin</i>	<i>Die Abwehr des Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung</i>	<i>ZGS 2003, 253</i>
<i>Henssler, Martin/ Graf v. Westphalen, Friedrich/ Bereska, Christian</i>	<i>Praxis der Schuldrechtsreform Zitiert: Henssler/ v. Westphalen</i>	<i>2. Auflage, Recklinghausen 2003</i>
<i>Herber, Rolf</i>	<i>Anmerkung zu OLG München IHR 2003, 176</i>	<i>IHR 2003, 177, 178.</i>
<i>Herber, Rolf</i>	<i>Lex Mercatoria und Principles- gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht</i>	<i>IHR 2003, 1 ff.</i>
<i>Herber, Rolf/ Czerwenka, Beate</i>	<i>Internationales Kaufrecht Zitiert: H/C</i>	<i>1. Auflage, München 1991</i>

<i>Herold, Kathrin</i>	<i>Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts</i>	<i>1. Auflage, Berlin 2001</i>
<i>Herrler, Sebastian/ Tomasic, Lovro</i>	<i>Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung</i>	<i>ZGS 2007, 209 ff.</i>
<i>Himmelschein, Jury</i>	<i>Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung</i>	<i>AcP 158 (1959/60), 273 ff.</i>
<i>Hoffmann, Jan</i>	<i>Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz</i>	<i>ZRP 2001, 347 ff.</i>
<i>Holthausen, Rüdiger</i>	<i>Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art. 25 UN-Kaufrecht</i>	<i>RiW 1990, 101 ff.</i>
<i>Homann, Stefan</i>	<i>Typischer Probleme des Schadensersatzrechts und ihre systematische Einordnung</i>	<i>JuS 2002, 554 ff.</i>
<i>Honnold, John O.</i>	<i>Uniform Law for the International sales under the 1980 United Nations Convention</i>	<i>3. Auflage, Den Haag 1999</i>
<i>Honsell, Heinrich</i>	<i>Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht</i>	<i>SJZ 88 [1992], 345 ff., 361 ff.</i>
<i>Honsell, Heinrich</i>	<i>Kommentar zum UN-Kaufrecht</i>  <i>Zitiert: Honsell- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, Berlin 1997</i>
<i>Hornung, Rainer</i>	<i>Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht</i>	<i>1. Auflage, Baden-Baden 1998</i>
<i>Huber, Peter</i>	<i>Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht</i>	<i>NJW 2002, 1004 ff.</i>
<i>Huber, Peter</i>	<i>Internationales Deliktsrecht und Einheitskaufrecht</i>	<i>IPRax 1996, 91 ff.</i>
<i>Huber, Peter/ Faust, Florian</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung</i>	<i>1. Auflage, München 2002</i>
<i>Huber, Peter/ Kröll, Stefan</i>	<i>Deutsche Rechtsprechung zum UN- kaufrecht in den Jahren 2001/ 2002</i>	<i>IPRax 2003, 309 ff.</i>
<i>Huber, Ullrich</i>	<i>Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens</i>	<i>JZ 1984, 409 ff.</i>
<i>Huber, Ulrich</i>	<i>Das geplante Recht der Leistungsstörungen</i> <i>In: Ernst, Wolfgang/ Zimmermann, Reinhard: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform</i>  <i>Zitiert: U. Huber, Leistungsstörungen</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2001</i>
<i>Huber, Ulrich</i>	<i>Der Begriff der Pflichtverletzung im System des neuen Leistungsstörungenrechts</i>  <i>In: Eckert, Jörn/ Delbrück, Jost: Reform des deutschen Schuldrechts</i>	<i>1. Auflage, Baden- Baden 2006</i>
<i>Huber, Ulrich</i>	<i>Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge</i>	<i>RabelsZ 43 [1979], 413 ff.</i>
<i>Huber, Ulrich</i>	<i>Die Pflichtverletzung der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes</i>	<i>ZIP 2000, 2273 ff.</i>

Huber, Ulrich	<i>Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung</i> In: Schwenger, Ingeborg: <i>Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag</i>	1. Auflage, Tübingen 2003
Huber, Ulrich	<i>Leistungsstörungen</i> In: <i>Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1</i> Zitiert: U. Huber <i>Gutachten</i>	1. Auflage, Köln 1981
Huber, Ulrich	<i>Modellregeln für ein europäisches Kaufrecht</i>	ZEuP 2008, 708 ff.
Jacobs, Matthias	<i>Die kaufrechtliche Nacherfüllung</i> in: Dauner-Lieb, Barbara/ Konzen, Horst/ Schmidt, Karsten: <i>Das neue Schuldrecht in der Praxis</i>	1. Auflage, Köln 2003
Jahr, Günther	<i>Die Einrede des bürgerlichen Rechts</i>	JuS 1964, 293 ff.
Jauernig, Othmar	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> Zitiert: Jauernig- Bearbeiter	13. Auflage, München 2009
Jud, Brigitta	<i>The Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference</i>  In: Schmit-Kessel, Martin: <i>Der gemeinsame Referenzrahmen</i>	1. Auflage, München 2009
Juenger, Friedrich K.	<i>The lex mercatoria and private international law</i>	ULR 2000, 171 ff.
Kaiser, Dagmar	<i>Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform</i>	JZ 2001, 1057 ff.
Kaiser, Dagmar	<i>Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB</i>	1. Auflage, Tübingen 2000
Kaiser, Dagmar	<i>Rückkehr zur strengen Differenzmethode beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung?</i>	NJW 2001, 2425 ff.
Kamanabrou, Soudabeh	<i>Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf</i>	ZGS 2004, 57 ff.
Kamanabrou, Soudabeh	<i>Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung</i>	NJW 2003, 30 ff.
Kappus, Andreas	<i>Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht in der Praxis</i>	NJW 1994, 984, 985.
Karollus, Martin	<i>Anmerkung zu öst. OGH JBl 1999, 318</i>	JBl 1999, 321
Karollus, Martin	<i>U-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware</i>	ZIP 1993, 490 ff.
Karollus, Martin	<i>UN- Kaufrecht</i>	1. Auflage, Wien 1991
Kaser, Max	<i>Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt</i> Zitiert: Kaser II	2. Auflage, München 1975
Kaser, Max/ Knütel, Rolf	<i>Römisches Privatrecht</i>	18. Auflage, München 2005

<i>Katzenstein, Matthias</i>	<i>Nacherfüllung durch Aus- und Einbau der Kaufsache - Anmerkung zum Parkettstäbefall des BGH</i>	<i>ZGS 2008, 450 ff.</i>
<i>Keil, Andreas</i>	<i>Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN- Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, Frankfurt a.M. 1993</i>
<i>Kirsten, Konstantin</i>	<i>Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht</i>	<i>ZGS 2003, 66 ff.</i>
<i>Kluckhohn, Wilhelm</i>	<i>§ 281 BGB und die Getreide- und Mehlbeschlagnahme</i>	<i>JW 1915, 1222, 1223</i>
<i>Knütel, Rolf</i>	<i>Zur Schuldrechtsreform</i>	<i>NJW 2001, 2519 ff.</i>
<i>Kohler, Jürgen</i>	<i>Das Rücktrittsrecht in der Reform</i>	<i>JZ 2001, 325 ff.</i>
<i>Kohler, Jürgen</i>	<i>Nutzungsvergütung in Fällen der §§ 439 Abs. 4 und 635 Abs. 4 BGB?</i>	<i>ZGS 2004, 48 ff.</i>
<i>Kommission für Europäisches Vertragsrecht</i>	<i>Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II Zitiert: EP</i>	<i>1. Auflage, München 2002</i>
<i>Koziol, Helmut</i>	<i>Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht In: Basedow, Jürgen: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2000</i>
<i>Kranz, Norbert</i>	<i>Die Schadensersatzpflicht nach den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen und dem Wiener Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, Frankfurt a.M., 1989</i>
<i>Krause, Rüdiger</i>	<i>Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht</i>	<i>Jura 2002, 217 ff., 299 ff.</i>
<i>Krebs, Markus</i>	<i>Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, München 2000</i>
<i>Kropholler, Jan</i>	<i>Internationales Einheitsrecht Zitiert: Kropholler IE</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 1975</i>
<i>Kühner, Detlev</i>	<i>Anmerkung zu ICC IHR 2004, 21</i>	<i>IHR 2004, 24, 25</i>
<i>Lando, Olde</i>	<i>The CISG and the UNIDROIT Principles in a Global Commercial Code In: Dubuisson, Bernard/ Delvaux, Paul-Henry/ de Rode, Hélène/ Philippe, Denis/ Schamps, Geneviève/ Wéry, Patrick: Mélanges offertes à Marcel Fontaine Zitiert: Lando Commercial Code</i>	<i>1. Auflage, Brüssel 2003</i>
<i>Lando, Ole</i>	<i>Eight Principles of European Contract Law In: Cranston, Ross: Making Commercial Law Zitiert: Lando Eight Principles</i>	<i>1. Auflage, Oxford 1997</i>
<i>Lando, Ole</i>	<i>Principles of European Contract Law, PT 1/2 Zitiert: Lando PECL</i>	<i>1. Auflage, Den Haag 2000</i>
<i>Lando, Ole</i>	<i>The Principles of European Contract Law: an Alternative or a Precursor of European Legislation</i>	<i>Am.J.Comp.L 40 [1992], 573 ff.</i>
<i>Lange, Knut Werner</i>	<i>Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim Streckengeschäft</i>	<i>JZ 2008, 661 ff.</i>



Larenz, Karl	<i>Lehrbuch des Schuldrechts, Band I</i> Zitiert: Larenz SAT	14. Auflage, München 1987
Larenz, Karl	<i>Methodenlehre der Rechtswissenschaft</i> Zitiert: Larenz Methodenlehre	6. Auflage, Berlin 1991
Larenz, Karl/ Canaris, Claus- Wilhelm	<i>Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2</i>	13. Auflage, München 1994
Larenz, Karl/ Wolf, Manfred	<i>Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts</i>	9. Auflage, München 2004
Lehmkuhl, Heiko	<i>Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht</i>	1. Auflage, Frankfurt a.M., 2002
Leible, Stefan	<i>Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung</i>  <i>In: Schulze, Reiner; v. Bar, Christian; Schulte-Nölke, Hans: Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen</i>	1. Auflage, Tübingen 2008
Leser	<i>Die Erfüllungsverweigerung</i> <i>In: von Caemmerer, Ernst: Rechtsmethodik und Internationales Recht, Festschrift für Max Rheinstein Bd. I</i>	1. Auflage, Tübingen 1969
Lettl, Tobias	<i>Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform</i>	JuS 2002, 866 ff.
Looschelders, Dirk	<i>Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht</i>	1. Auflage, Tübingen 1999
Looschelders, Dirk	<i>Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit- OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1995, 435</i>	JuS 1999, 949 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht</i>	JuS 2003, 36 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Anmerkung zu BGH NJW 2006, 3200</i>	NJW 2006, 3202, 3203.
Lorenz, Stephan	<i>Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung</i>	NJW 2007, 1 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“</i>	NJW 2006, 1175 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?</i>	NJW 2002, 2497 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform</i>	JZ 2001, 742 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach</i>	NJW 2005, 1889 ff.
Lorenz, Stephan	<i>Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht</i>	NJW 2003, 1417 ff.
Lorenz, Stephan/ Riehm, Thomas	<i>Lehrbuch zum neuen Schuldrecht</i>	1. Auflage, München 2002
Lurger, Brigitta	<i>Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG</i>	IHR 2001, 91
Magnus, Ulrich	<i>Aktuelle Fragen des UN- Kaufrechts</i>	ZEuP 1993, 79 ff.

<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference</i>	<i>ZEuP 2007, 260 ff.</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference</i>	<i>ZEuP 2007, 260 ff.</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Das UN Kaufrecht: stete Weiterentwicklung der Praxis</i>	<i>ZEuP 2008, 318 ff.</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht</i>	<i>RabelsZ 59 [1995], 469 ff.</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Die Unidroit Principles und die Wiener Kaufrechtskonvention</i> <i>In:</i> <i>Cashin Ritaine, Eleanor/ Lein, Eva: The UNIDROIT Principles 2004</i> <i>Zitiert: Magnus UNIDROIT</i>	<i>1. Auflage, Zürich, 2007</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>Europäische Kaufrechtsvereinheitlichung</i>	<i>RabelsZ 45 [1981], 154 ff.</i>
<i>Magnus, Ulrich</i>	<i>The damages rules in the acquis communautaire, in the Acquis Principles and in the DCFR</i> <i>In: Schulze, Reiner: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law</i> <i>Zitiert: Magnus Damages</i>	<i>1. Auflage, München 2008</i>
<i>Mankowski, Peter</i>	<i>Kurzkommentar</i>	<i>EWiR 2003, 1125, 1126.</i>
<i>Mankowski, Peter</i>	<i>Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht</i> <i>In:</i> <i>Leible, Stefan: Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht</i> <i>Zitiert: Mankowski Rechtswahl</i>	<i>1. Auflage, München 2004</i>
<i>Marburger, Peter</i>	<i>Die Sachmängelhaftung beim Handelskauf</i>	<i>JuS 1983, 1 ff.</i>
<i>Marburger, Peter</i>	<i>Die Sachmängelhaftung beim Handelskauf</i>	<i>JuS 1983, 1 ff.</i>
<i>Maskow, Dieter</i>	<i>Hardship and Force Majeure</i>	<i>AmJCompLaw 40 [1992], 657 ff.</i>
<i>McKendrick, Ewan</i>	<i>Force Majeure and Frustration of Contract</i>	<i>1. Auflage, London 1991</i>
<i>Medicus, Dieter</i>	<i>Allgemeiner Teil des BGB</i> <i>Zitiert: Medicus AT</i>	<i>9. Auflage, Heidelberg 2006</i>
<i>Medicus, Dieter</i>	<i>Die konkretisierte Gattungsschuld</i>	<i>JuS 1966, 297</i>
<i>Medicus, Dieter</i>	<i>Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht</i>	<i>JuS 2003, 521 ff.</i>
<i>Medicus, Dieter, Lorenz, Stephan</i>	<i>Schuldrecht II Besonderer Teil</i> <i>Zitiert: Medicus SBT</i>	<i>15. Auflage, München 2010</i>
<i>Medicus, Dieter, Petersen, Jens</i>	<i>Bürgerliches Recht</i> <i>Zitiert: Medicus BR</i>	<i>22. Auflage, Köln 2009</i>
<i>Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan</i>	<i>Schuldrecht I Allgemeiner Teil</i> <i>Zitiert: Medicus SAT</i>	<i>18. Auflage, München 2008</i>
<i>Mertens, Hans-Joachim</i>	<i>Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff</i>	<i>RabelsZ 56 [1992], 219 ff.</i>
<i>Michaels, Ralf</i>	<i>Privatautonomie und Privatkodifikation</i>	<i>RabelsZ 62 [1998], 580 ff.</i>

<i>Mitglieder des Bundesgerichtshofes</i>	<i>Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Bd. II, 1. Teil</i> Zitiert: RGRK- Bearbeiter	12. Auflage, Berlin 1976
<i>Mommsen, Friedrich</i>	<i>Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse</i>	1. Auflage, Braunschweig 1853
<i>Münch, Joachim</i>	<i>Die „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen</i>	Jura 2002, 361 ff.
<i>Muscheler, Karlheinz/ Bloch, Wolfgang E.</i>	<i>Erfüllung und Erfüllungssurrogate</i>	JuS 2000, 729 ff.
<i>Musielak, Hans- Joachim</i>	<i>Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht</i>	NJW 2003, 89 ff.
<i>Musielak, Hans- Joachim</i>	<i>Die Nacherfüllung beim Stückkauf</i>	NJW 2008, 2801 ff.
<i>Musielak, Hans- Joachim</i>	<i>Grundkurs BGB</i>	10. Auflage, München 2007
<i>Muthorst, Olaf</i>	<i>Keine Nutzungsherausgabe bei Ersatzlieferung</i>	ZGS 2006, 90 ff.
<i>Neumayer, Karl H.</i>	<i>Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf</i>	RIW 1994, 99
<i>Neumayer, Karl H.</i>	<i>Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf</i>	RIW 1994, 99 ff.
<i>Nicholas, Barry</i>	<i>Force Majeure and Frustration</i>	AmJCompLaw 27 [1979], 231 ff.
<i>Nicholas, Barry</i>	<i>Prerequisites and Extent of Liability for Breach of Contract under the UN-Convention</i> In: <i>Schlechtriem, Peter: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht</i>	1. Auflage, Baden-Baden 1987
<i>Nipperdey, Hans Carl</i>	<i>Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht</i>	NJW 1957, 1777 ff.
<i>Oechsler, Jürgen</i>	<i>Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs</i>	NJW 2004, 1825
<i>Oertmann, Paul</i>	<i>Anmerkung zu RG JW 1931, 1183 Nr.4</i>	JW 1931, 1183, 1184
<i>Oertmann, Paul</i>	<i>Die Geschäftsgrundlage- Ein neuer Begriff</i> Zitiert: Oertmann GG	1. Auflage, Leipzig 1921
<i>Oertmann, Paul</i>	<i>Einrede und Verzug</i>	ZHR 78 [1915], 1 ff.
<i>Oetker, Hartmut/ Maultzsch, Felix</i>	<i>Vertragliche Schuldverhältnisse</i>	3. Auflage, Berlin 2007
<i>Otto, Dirk</i>	<i>Produkthaftung nach UN-Kaufrecht</i>	MDR 1992, 533
<i>Padeck, Ekkehard</i>	<i>Rechtsprobleme des sog. Streckengeschäfts</i>	Jura 1987, 454 ff.
<i>Pahlow, Louis</i>	<i>Der Rechtsmangel beim Sachkauf</i>	JuS 2006, 289 ff.
<i>Palandt, Otto</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> Zitiert: <i>Palandt</i> <sup>59</sup> - Bearbeiter	59. Auflage, München 2000
<i>Palandt, Otto</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> Zitiert: <i>Palandt</i> <sup>65</sup> - Bearbeiter	65. Auflage, München, 2006

<i>Palandt, Otto</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch Zitiert: Palandt- Bearbeiter</i>	<i>69. Auflage, München, 2010</i>
<i>Pammler, Sebastian</i>	<i>Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf</i>	<i>NJW 2003, 1992 ff.</i>
<i>Peter, Alexander F.</i>	<i>Ersatz von Inkassokosten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nach UN-Kaufrecht?</i>	<i>IPRax 1999, 159</i>
<i>Peter, Alexander F.</i>	<i>Ersatz von Inkassokosten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nach UN-Kaufrecht?</i>	<i>IPRax 1999, 159 ff.</i>
<i>Peters, Frank</i>	<i>Die Handwerkerrechnung und ihre Begleichung</i>	<i>NJW 1977, 552 ff.</i>
<i>Petz, Thomas</i>	<i>Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge</i>	<i>1. Auflage, Wien 2001</i>
<i>Pfeifer, Karl- Nikolaus</i>	<i>Die Haftung des Verkäufers für Werbeanlagen</i>	<i>JR 2001, 265 ff.</i>
<i>Pfeiffer, Thomas</i>	<i>Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference</i>	<i>ZEuP 2008, 679 ff.</i>
<i>Picker, Eduard</i>	<i>Schuldrechtsreform und Privatautonomie</i>	<i>JZ 2003, 1035 ff.</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Anmerkung zu LG Darmstadt IHR 2001, 160</i>	<i>IHR 2001, 162, 163</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Internationales Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, München 1993</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Neue Entwicklungen im UN- Kaufrecht</i>	<i>NJW 1994, 1101 ff.</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Neue Entwicklungen im UN- Kaufrecht</i>	<i>NJW 2000, 553</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht</i>	<i>NJW 2003, 2056 ff.</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht</i>	<i>NJW 2007, 2159 ff.</i>
<i>Piltz, Burghard</i>	<i>Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht</i>	<i>NJW 2009, 2258 ff.</i>
<i>Planck, Gottlieb/ Strohal, Emil</i>	<i>Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II, 1. Hälfte</i>	<i>4. Auflage, Berlin 1914</i>
<i>Preillo, Joseph M.</i>	<i>Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i>	<i>Tulane J.Int.Comp.Law 5 [1997], 5 ff.</i>
<i>Pressmar, Hendrik</i>	<i>Zum Inhalt einer Mahnung</i>	<i>JA 1999, 593 ff.</i>
<i>Puelinckx, Alfons- Hendrik</i>	<i>Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances</i>	<i>JIntArb 3 [1986], 47 ff.</i>
<i>Rabel, Ernst</i>	<i>Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes</i>	<i>RabelsZ 9 [1935], 1 ff.</i>
<i>Rabel, Ernst</i>	<i>Rapport sur le droit comparé en matière de vente par l' « Institut für ausländisches und internationales Privat-recht » de Berlin In : Arbeiten zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung Band 3 Zitiert: Rabel Gesammelte Aufsätze III</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 1967</i>
<i>Rabel, Ernst</i>	<i>Recht des Warenkaufs Bd. 1, Bd. 2 Zitiert: Rabel I, II</i>	<i>1. Auflage, Berlin 1936, 1958</i>

<i>Ramming, Klaus</i>	<i>Die Aufforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und –fähigkeit als weiterer vorzeitiger „Rechtsbehelf“ des Gläubigers</i>	<i>ZGS 2003, 209 ff.</i>
<i>Rathjen, Peter</i>	<i>Haftungsentlassung des Verkäufers oder Käufers nach Art. 79, 80 CISG</i>	<i>RIW 1999, 561 ff.</i>
<i>Rauscher, Thomas</i>	<i>Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht</i>	<i>ZGS 2002, 333 ff.</i>
<i>Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen</i>	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I Zitiert: MK<sup>3</sup>- Bearbeiter</i>	<i>3. Auflage, München 1995</i>
<i>Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland</i>	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil Zitiert: MK<sup>4</sup>- Bearbeiter</i>	<i>4. Auflage, München 2001</i>
<i>Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland</i>	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I Zitiert: MK- Bearbeiter</i>	<i>5. Auflage, München 2007, 2008</i>
<i>Recker, Wilfried</i>	<i>Schadensersatz statt der Leistung- oder Mangel- oder Mangelfolgeschaden</i>	<i>NJW 2002, 1247 ff.</i>
<i>Reichenbach, Sandy Bernd</i>	<i>Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung im neuen Leistungsstörungenrecht</i>	<i>Jura 2003, 512 ff.</i>
<i>Reinicke, Dietrich/ Tiedtke, Klaus</i>	<i>Kaufrecht</i>	<i>8. Auflage, München 2009</i>
<i>Reinking, Klaus</i>	<i>Die Haftung des Autoverkäufers für Sach- und Rechtsmängel nach neuem Recht</i>	<i>DAR 2002, 15 ff.</i>
<i>Reischl, Klaus</i>	<i>Grundfälle zum neuen Schuldrecht</i>	<i>JuS 2003, 250 ff., 453 ff., 667 ff., 865 ff., 1076 ff.</i>
<i>Rheinländer, Peter</i>	<i>Die Haftung des Zurücktretenden bei Kenntnis der Rücktrittsberechtigung</i>	<i>ZGS 2004, 178 ff.</i>
<i>Riese, Otto</i>	<i>Die Haager Konferenz über die Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964</i>	<i>RabelsZ 29 [1969], 1 ff.</i>
<i>Röhl, Klaus F.</i>	<i>Zur Abgrenzung der groben von der einfachen Fahrlässigkeit</i>	<i>JZ 1974, 521 ff.</i>
<i>Roßmeier, Daniela</i>	<i>Schadensersatz und Zinsen nach UN- Kaufrecht- Art. 74 bis 78 CISG</i>	<i>RIW 2000, 407 ff.</i>
<i>Roth, Wulf- Henning</i>	<i>Europäischer Verbraucherschutz und BGB</i>	<i>JZ 2001, 475 ff.</i>
<i>Rother, Werner</i>	<i>Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis</i>	<i>AcP 164 [1964], 97 ff.</i>
<i>Saenger, Ingo/ Zurlinden, Martin</i>	<i>Kurzkommentar</i>	<i>EWiR 2005, 819, 820.</i>
<i>Schapp, Jan</i>	<i>Empfiehl sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?</i>	<i>JZ 2001, 583 ff.</i>
<i>Schermeier, Martin Josef</i>	<i>„Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth...“</i>	<i>JZ 2006, 330 ff.</i>

<i>Scherner, Karl Otto</i>	<i>Qualifizierte Teilnichterfüllung als Vollunmöglichkeit oder Quasi- Vollunmöglichkeit der geschuldeten Leistung</i>	<i>JZ 1971, 533 ff.</i>
<i>Schindler, Thomas</i>	<i>Die Restatements und ihre Bedeutung für das amerikanische Privatrecht</i>	<i>ZEuP 1998, 277 ff.</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>10 Jahre CISG- Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts</i>	<i>IHR 2001, 12 ff.</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Abstandnahme vom Vertrag In: Basedow, Jürgen: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht Zitiert: Schlechtriem Abstandnahme</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2000</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Anmerkung zu BGH JZ 1999, 791</i>	<i>JZ 1999, 794, 795</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Anwaltskosten als Teil des ersatzfähigen Schadens</i>	<i>IPRax 2002, 226 ff.</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Aufrechnung durch den Käufer wegen nachbesserungsaufwand- deutsches Vertragsstatut und UN-Kaufrecht</i>	<i>IPRax 1996, 256, 257</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Einheitliches UN- Kaufrecht</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 1981</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Int. Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht in: Dauner- Lieb/Konzen/K. Schmidt Das neue Schuldrecht in der Praxis</i>	<i>1. Auflage, Köln 2003</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Internationales UN-Kaufrecht</i>	<i>3. Auflage, Tübingen 2005</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht- CISG Zitiert: Schlechtriem CISG- Bearbeiter</i>	<i>3. Auflage, München 2000</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland</i>	<i>ZEuP 1993, 217 ff.</i>
<i>Schlechtriem, Peter</i>	<i>Termination and Adjustment of Contracts</i>	<i>ELJR 1999, 305 ff.</i>
<i>Schlechtriem, Peter/ Magnus, Ulrich</i>	<i>Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG</i>	<i>1. Auflage, Baden-Baden 1987</i>
<i>Schlechtriem, Peter/ Schwenzer, Ingeborg</i>	<i>Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht- CISG Zitiert: S/S<sup>A</sup>- Bearbeiter</i>	<i>4. Auflage, München 2004</i>
<i>Schlechtriem, Peter/ Schwenzer, Ingeborg</i>	<i>Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht- CISG Zitiert: S/S- Bearbeiter</i>	<i>5. Auflage, München, Basel 2008</i>
<i>Schmidt, Karsten</i>	<i>Handelsrecht</i>	<i>5. Auflage, Köln 1999</i>
<i>Schmidt, Karsten</i>	<i>Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 6: §§ 373- 406, CISG Zitiert: MK/HGB- Bearbeiter</i>	<i>2. Auflage, München 2007</i>
<i>Schmidt, Rudolf</i>	<i>Die Falschlieferung beim Kauf</i>	<i>NJW 1962, 710 ff.</i>
<i>Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard</i>	<i>Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Zitiert: HKK- Bearbeiter</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2007</i>
<i>Schneider, David</i>	<i>Keine teleologische Reduktion von § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB</i>	<i>ZGS 2007, 57 ff.</i>

<i>Schneider, David/ Katerndahl, Christoph</i>	<i>Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr</i>	<i>NJW 2007, 2215 ff.</i>
<i>Schollmeyer, Mario</i>	<i>Die zeitlich unbestimmte Frist in §§ 281, 323 BGB</i>	<i>ZGS 2009, 491 ff.</i>
<i>Schönke, Adolf/ Schröder, Horst</i>	<i>Strafgesetzbuch Zitiert: Sch/Sch- Bearbeiter</i>	<i>27. Auflage, München 2006</i>
<i>Schroeder, H.-P./ Oppermann, B.</i>	<i>Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach lex mercatoria in Deutschland, England und Frankreich</i>	<i>ZVglRWiss 99 [2000], 410 ff.</i>
<i>Schubel, Christian</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002- Das neue Kaufrecht</i>	<i>JuS 2002, 313 ff.</i>
<i>Schulte-Nölke, Hans</i>	<i>Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer</i>	<i>NJW 2009, 2161 ff.</i>
<i>Schulte-Nölke, Hans</i>	<i>Ein neuer Anlauf für ein Europäisches Vertragsrecht</i>	<i>ZGS 2009, 337</i>
<i>Schultz, Dietrich</i>	<i>Aliud und Gewährschaftsrecht</i>	<i>NJW 1980, 2172 ff.</i>
<i>Schultz, Michael</i>	<i>Leistungsstörungenrecht In: Harm Peter Westermann, Das Schuldrecht 2002 Zitiert: M. Schultz: Leistungsstörungenrecht</i>	<i>1. Auflage, Stuttgart 2002</i>
<i>Schulze, Reiner</i>	<i>Die „Acquis-Grundregeln“ und der gemeinsame Referenzrahmen</i>	<i>ZEuP 2007, 731 ff.</i>
<i>Schulze, Reiner</i>	<i>The Academic draft of the CFR and the EC Contract Law In: Schulze, Reiner: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law Zitiert: Schulze DCFR</i>	<i>1. Auflage, München 2008</i>
<i>Schulze, Reiner/ Dörner/ Heinrich</i>	<i>Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch Zitiert: HK- Bearbeiter</i>	<i>5. Auflage, Baden- Baden 2007</i>
<i>Schulze, Reiner/ Ebers, Martin</i>	<i>Streitfragen im neuen Schuldrecht</i>	<i>JuS 2004, 265, 366, 462 ff.</i>
<i>Schur, Wolfgang</i>	<i>Leistung und Sorgfalt</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2001</i>
<i>Schwab, Martin</i>	<i>Anmerkung zu BGH JZ 2006, 1028 ff.</i>	<i>JZ 2006, 1030 ff.</i>
<i>Schwab, Martin</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung 2001/ 2002- Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB</i>	<i>JuS 2002, 630 ff.</i>
<i>Schwarz, Günther Christian/ Wandt, Manfred</i>	<i>Gesetzliche Schuldverhältnisse</i>	<i>2. Auflage, München 2006</i>
<i>Secretariat of the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>	<i>Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, UN Doc. A/ Conf 97/5 In: Conference on Contracts of the International Sale of Goods, Official records: United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods (zitiert: Sekretariatskommentar)</i>	<i>1. Auflage, New York 1981</i>

<i>Skamel, Frank</i>	<i>Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen</i>	<i>NJW 2008, 2820 ff.</i>
<i>Soergel, Hans Theodor</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht I Band 3 Schuldrecht II Zitiert: Soergel<sup>12</sup>- Bearbeiter</i>	<i>12. Auflage, Stuttgart 1990, 1991</i>
<i>Soergel, Hans- Theodor</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch Band 3,2; 13 Zitiert: Soergel<sup>13</sup>- Bearbeiter</i>	<i>13. Auflage, Stuttgart 2005; 2000</i>
<i>Söllner, Alfred</i>	<i>Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten</i>	<i>ZRG Rom. Abt. 77 [1960], 182</i>
<i>Spickhoff, Andreas</i>	<i>Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten</i>	<i>RabelsZ 56 [1992], 116 ff.</i>
<i>Staub, Hermann</i>	<i>Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen  In: Dernburg, v. Liszt, Schroeder, Staub: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag</i>	<i>1. Auflage, Berlin 1902</i>
<i>Staub, Hermann/ Canaris, Claus-Wilhelm/ Koller, Ingo</i>	<i>Großkommentar Handelsgesetzbuch Bd. 4: §§ 343- 382 Zitiert: Staub- Bearbeiter</i>	<i>4. Auflage, Berlin 2004</i>
<i>Stoll, Hans</i>	<i>Vorteilsausgleichung bei Leistungsverweigerung In: Schwenger, Ingeborg: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag Zitiert: Stoll, Vorteilsausgleichung</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2003</i>
<i>Stoppel, Jan</i>	<i>Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht</i>	<i>Jura 2003, 224 ff.</i>
<i>Teichert, Ulrike</i>	<i>Lückenfüllung im CISG mittels UNIDROIT-Prinzipien</i>	<i>1. Auflage, Frankfurt a.M. 2007</i>
<i>Teichmann, Christoph</i>	<i>Schuldrechtsmodernisierung 2001/ 2001- Das neue Werkvertragsrecht</i>	<i>JuS 2002, 417 ff.</i>
<i>Teubner, Gunther</i>	<i>Anmerkung zu OLG Oldenburg, NJW 1975, 1788</i>	<i>NJW 1975, 2295 ff.</i>
<i>Thibaut, Anton Friedrich Justus</i>	<i>System des Pandektenrechts- Bd. 2</i>	<i>2. Auflage, Jena 1806</i>
<i>Thiele, Christian</i>	<i>Anmerkung zu OLG Koblenz, IHR 2001, 109</i>	<i>IHR 2001, 111 ff.</i>
<i>Thier, Andreas</i>	<i>Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches</i>	<i>AcP 203 [2003], 399 ff.</i>
<i>Tiedtke, Klaus/ Schmidt, Marco</i>	<i>Die Falschlieferung durch den Verkäufer</i>	<i>JZ 2004, 1092 ff.</i>
<i>Tiedtke, Klaus/ Schmitt, Marco</i>	<i>Ersatzlieferung beim Stückkauf</i>	<i>JuS 2005, 583 ff.</i>
<i>Tiedtke, Klaus</i>	<i>Verzugsschaden und Rücktritt vom Vertrag</i>	<i>NJW 1984, 767 ff.</i>
<i>Treitel, Günther Heinz</i>	<i>Frustration and Force Majeure</i>	<i>1. Auflage, London 1994</i>
<i>Treitel, Günther Heinz</i>	<i>The Law of Contract Zitiert: Treitel Contract</i>	<i>9. Auflage, London 1995</i>



<i>UNIDROIT</i>	<i>UNIDROIT Principles 2004</i> Zitiert: <i>PICC</i>	<i>1. Auflage, Rom 2004</i>
<i>v. Bar, Christian/ Clive, Eric</i>	<i>Draft Common Frame of Reference</i> Zitiert: <i>DCFR</i>	<i>1. Auflage, München 2009</i>
<i>v. Bar, Christian/ Clive, Eric/ Schulte- Nölke, Hans</i>	<i>Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law</i> Zitiert: <i>Bearbeiter DCFR</i>	<i>1. Auflage, München 2008</i>
<i>v. Bar, Christian/ Mankowski, Peter</i>	<i>Internationales Privatrecht</i>	<i>2. Auflage, München 2003</i>
<i>v. Bar, Christian/ Zimmermann, Rein- hard</i>	<i>Grundregeln des Europäischen Vertrags- rechts, Teile I und II</i> Zitiert: <i>GREV</i>	<i>1. Auflage, München 2002</i>
<i>v. Caemmerer, Ernst</i>	<i>Die Haager Konferenz über die internatio- nale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964</i>	<i>RabelsZ 29 [1965], 101 ff.</i>
<i>v. Caemmerer, Ernst/ Schlechtriem, Peter</i>	<i>Kommentar zum Einheitlichen UN- Kauf- recht- CISG</i> Zitiert: <i>v. Caemmerer/ Schlechtriem- Bear- beiter</i>	<i>2. Auflage, München 1995</i>
<i>v. Pufendorf, Samuel</i>	<i>De iure naturae et gentium libri octo</i>	<i>1. Auflage, 1688 (Reprod. Oxford 1934)</i>
<i>v. Savigny, Friedrich Carl</i>	<i>Pandektenvorlesung 1824/25</i> Zitiert <i>Savignyana I</i>	<i>1. Auflage, Frankfurt am Main 1993</i>
<i>v. Staudinger, Julius</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> <i>Bd. II §§ 255- 327</i> Zitiert <i>Staudinger<sup>12</sup>- Bearbeiter</i>	<i>12. Auflage, Berlin 1979</i>
<i>v. Staudinger, Julius</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> <i>Bd. II §§ 255- 304</i> <i>Bd. II §§ 433- 487</i> <i>Bd. II §§ 311, 311a, 312, 312a- f</i> <i>Bd. II §§ 315- 326</i> <i>CISG</i>  Zitiert: <i>Staudinger- Bearbeiter</i>	<i>Neubearbeitung 2004, 2005, 2009 Berlin</i>
<i>v. Staudinger, Julius</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> <i>Bd. II §§ 255- 304</i> Zitiert: <i>Staudinger<sup>2004</sup>- Bearbeiter</i>	<i>Neubearbeitung 2004, Berlin</i>
<i>v. Tuhr, Andreas</i>	<i>Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerli- chen Rechts</i> <i>I. Band</i> Zitiert: <i>v. Tuhr I</i>	<i>1. Auflage, Leipzig 1910</i>
<i>v. Wächter, Carl Georg</i>	<i>Pandekten, Bd. 1 Allgemeiner Theil</i>	<i>1. Auflage, Leipzig 1880</i>
<i>v. Wilmowsky, Peter</i>	<i>Pflichtverletzung im Schuldverhältnis</i>	<i>JuS 2002 Beil. zu Heft 1 S. 3 ff.</i>
<i>Vahle, Oliver</i>	<i>Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deut- schen Kaufrecht</i>	<i>ZvglRWiss 98 [1999], 54 ff.</i>
<i>Wagner, Britta/ Mi- chal, Uwe</i>	<i>Nachlieferung nur gegen Nutzungsersatz?</i>	<i>ZGS 2005, 368 ff.</i>

<i>Wagner, Gerhard</i>	<i>Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht? In: Baums, Theodor; Wertenbruch, Johannes; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag</i>  <i>Zitiert: Wagner, Mortuus Redhibetur</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2006</i>
<i>Weitnauer, Hermann</i>	<i>Nichtvoraussehbarkeit eines Schadens nach Art. 82 S. 2 des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen</i>	<i>IPRax 1981, 83 ff.</i>
<i>Wertheimer, Frank</i>	<i>Der Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen</i>	<i>JuS 1993, 646 ff.</i>
<i>Wertheimer, Frank/ Eschbach, Martin</i>	<i>Positive Vertragsverletzung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht</i>	<i>JuS 1997, 605 ff.</i>
<i>Westermann, Harm Peter</i>	<i>Das neue Kaufrecht</i>	<i>NJW 2002, 241 ff.</i>
<i>Westermann, Harm Peter</i>	<i>Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs</i>	<i>JZ 2001, 530 ff.</i>
<i>Wichard, Johannes Christian</i>	<i>Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte</i>	<i>RabelsZ 60 [1996], 269 ff.</i>
<i>Wiese, Volker</i>	<i>Der Rückgewährungsanspruch des Verkäufers bei aliud und sonstig mangelhaften Lieferungen</i>	<i>AcP 206 [2006], 902 ff.</i>
<i>Wiesner, Eberhard</i>	<i>Schuldrechtsreform- Die Unmöglichkeit nach neuem Recht</i>	<i>MDR 2002, 858 ff.</i>
<i>Wilhelm, Jan</i>	<i>Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht</i>	<i>JZ 2004, 1055 ff.</i>
<i>Wilhelm, Jan/ Deeg, Peer</i>	<i>Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen</i>	<i>JZ 2001, 223</i>
<i>Witt, Carl-Heinz</i>	<i>Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung</i>	<i>ZGS 2008, 369 ff.</i>
<i>Zeuner, Albrecht</i>	<i>Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht</i>	<i>JZ 1961, 41 ff.</i>
<i>Zimmer, Daniel</i>	<i>Das geplante Kaufrecht</i>  <i>In: Ernst, Wolfgang/ Zimmermann, Reinhard: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform</i>	<i>1. Auflage, Tübingen 2001</i>
<i>Zimmer, Daniel</i>	<i>Das neue Recht der Leistungsstörungen</i>	<i>NJW 2002, 1 ff.</i>
<i>Zitelmann, Ernst</i>	<i>Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: System zum Selbststudium und Gebrauch bei Vorträgen</i>  <i>Teil 1: Allgemeiner Teil</i>	<i>1. Auflage, Leipzig 1900</i>
<i>Zoll, Fryderyk</i>	<i>The remedies for Non-Performance in the System of the Acquis Group</i> <i>In: Schulze, Reiner: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law</i>	<i>1. Auflage, München 2008</i>

