

**Die Rechtsbehelfe des Käufers
nach deutschem Kaufrecht und nach UN-Kaufrecht
im Fall der Lieferung mangelhafter Ware**

**Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz**

**vorgelegt von
Regine Held, Ref. iur., Mag. iur.
Referendarin in Berlin**

2005

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 2005

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS.....	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXXIII
TEIL I: EINFÜHRUNG	1
I. Schuldrechtsmodernisierung und UN-Kaufrecht.....	1
II. Prüfungsumfang der Arbeit	3
TEIL II: ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN UND AUSSCHLUSSGRÜNDE.....	5
I. Mangelbegriff.....	5
1. BGB.....	6
a) Sachmangel.....	6
aa) Überblick	6
bb) Problembereiche	7
(1) Minderlieferung	7
(2) Teilschlechtleistung.....	10
(3) Zuviellieferung	10
(4) Aliud	11
cc) Rechtsmangel.....	12
2. CISG.....	14
a) Mangelhafte Ware i.S.v. Art. 35 CISG	14
aa) Maßstab bei fehlender Vereinbarung.....	14
bb) Mengenabweichungen.....	16
(1) Minderlieferung	16
(2) Zuviellieferung	18
cc) Aliud.....	19
b) Rechte und Ansprüche Dritter.....	20
II. Maßgeblicher Zeitpunkt	23
1. BGB.....	23
2. CISG.....	24
III. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Lieferung mangelhafter Ware	25
1. BGB.....	25
a) Gefahrübergang	25

b) Annahme als Erfüllung.....	27
c) Erfüllungsversuch.....	27
d) Ablieferung.....	28
2. CISG.....	30
IV. Allgemeine Ausschlussgründe	32
1. Kenntnis des Käufers.....	32
a) BGB.....	32
b) CISG.....	33
2. (Teilweise) Verursachung durch den Käufer	34
a) BGB.....	34
b) CISG.....	36
3. Untersuchungs- und Rügefristen	37
a) BGB.....	37
b) CISG.....	40
TEIL III: DIE RECHTSBEHELFE.....	44
I. (Nach-)Erfüllung	44
1. BGB.....	44
a) Voraussetzungen	44
b) Rechtsfolgen	44
aa) Wahlrecht zwischen verschiedenen Arten der Mangelbeseitigung.....	45
bb) Erfüllungsort der Nacherfüllung	47
cc) Rechtsnatur der Wahl des Käufers und Bindung an die Wahl.....	48
dd) Kosten der Nacherfüllung.....	49
c) Grenzen.....	49
aa) Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 275 I BGB.....	49
bb) Verweigerungsrecht des Verkäufers gemäß §§ 275 II, III, 439 III.....	50
d) Besondere Problembereiche.....	52
aa) Stückschulden	52
(1) Lieferung eines Identitätsaliuds	52
(2) Lieferung der geschuldeten, aber mangelhaften Sache.....	53
bb) Teilleistungen	54
2. CISG.....	54
a) Unterscheidung zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln	55
b) Erfüllung bei Sachmängeln	56
aa) Ersatzlieferung	57
(1) Voraussetzungen	57
(a) Vertragswidrige Ware.....	57
(b) Wesentliche Vertragsverletzung.....	57
(aa) Schwere des Mangels	58

(1) Unbehebbarer Mängel.....	59
(2) Durch Nachbesserung behebbarer Mängel.....	59
(3) Durch Nachbesserung behebbarer Mängel, die der Verkäufer nicht behebt.....	60
(4) Zerstörung der Vertrauensgrundlage	61
(bb) Vorhersehbarkeit.....	62
(2) Rechtsfolgen	63
bb) Nachbesserung.....	65
(1) Voraussetzungen	65
(a) Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware.....	65
(b) Keine Unzumutbarkeit für den Verkäufer.....	65
(aa) Technische Machbarkeit	66
(bb) Kosten	67
(2) Rechtsfolgen	67
c) Erfüllung bei Rechtsmängeln	68
aa) Voraussetzungen	69
bb) Rechtsfolgen	69
d) Grenzen.....	69
aa) Erklärungsfrist.....	69
bb) Ausübung eines unvereinbaren Rechtsbehelfs	71
cc) Keine Durchsetzbarkeit nach nationalem Recht.....	74
dd) Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers (Art. 79).....	75
(1) Anwendbarkeit.....	76
(a) Lieferung vertragswidriger Ware.....	76
(b) Erfüllungsansprüche	77
(2) Voraussetzungen.....	78
(a) Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners.....	78
(b) Kausalität	80
(c) Mangelnde Vorhersehbarkeit des Hinderungsgrundes.....	80
(d) Mangelnde Vermeidbarkeit oder Überwindbarkeit des Hinderungsgrundes oder seiner Folgen	81
(3) Mitteilungspflicht.....	82
(4) Zeitraum der Befreiung	83
(5) Haftung für Dritte	83
ee) Unmöglichkeit der Nacherfüllung	84
ff) Unmöglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware.....	85
3. Vergleich	86
a) Voraussetzungen	86
b) Rechtsfolgen	88
aa) Arten der Nacherfüllung	88
bb) Kosten	88
cc) Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung	88
dd) Ort der Nacherfüllung	89

c) Grenzen.....	89
aa) Unmöglichkeit.....	89
bb) Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit.....	90
cc) Unmöglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware.....	92
dd) Ausübung eines anderen Rechtsbehelfs.....	92
ee) Fristen.....	93
II. Rücktritt bzw. Vertragsaufhebung.....	94
1. BGB.....	94
a) Voraussetzungen	94
aa) Lieferung einer mangelhaften Sache	94
bb) Fristsetzung	94
cc) Erheblichkeit des Mangels	96
dd) Keine Verantwortlichkeit des Käufers	98
ee) Rücktrittserklärung.....	98
b) Rechtsfolgen	99
2. CISG.....	99
a) Voraussetzungen	101
aa) Nichterfüllung.....	101
bb) Wesentliche Vertragsverletzung	101
(1) Kriterien	101
(3) Möglichkeit der Nacherfüllung.....	102
(a) Unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit in Art. 46 II und Art. 49 I lit. a	103
(b) Keine Berücksichtigung der Nacherfüllungsmöglichkeit.....	103
(c) Berücksichtigung der Nacherfüllungsmöglichkeit.....	104
(d) Stellungnahme.....	105
(e) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers gemäß Art. 48.....	107
(4) Vorhersehbarkeit.....	108
cc) Fristen.....	108
(1) Die Frist des Art. 39 bzw. Art. 43 I.....	109
(2) Die Fristen des Art. 49	109
(a) Frist ab Kenntnis des Käufers vom Mangel	109
(b) Frist nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist gemäß Art. 47 CISG	110
(c) Frist nach Annahme oder Ablehnung der Nacherfüllung gemäß Art. 48 II.....	110
(d) Angemessenheit der Frist.....	110
(e) Verhältnis der Fristen zueinander	112
dd) Möglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware	114
ee) Wirksame Aufhebungserklärung.....	115
b) Rechtsfolgen	117
3. Vergleich	118
a) Nachfrist und Wesentlichkeit	118

b) Anzeige- und Erklärungsfrist	120
c) Verantwortlichkeit des Käufers für den Mangel.....	121
d) Ausübung des Rechtsbehelfs.....	121
e) Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware	122
f) Rechtsfolgen	122
g) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers.....	123
III. Minderung.....	124
1. BGB.....	124
a) Voraussetzungen	124
aa) Lieferung mangelhafter Sache, erfolglose Nachfrist	124
bb) Schwere des Mangels unbeachtlich.....	125
cc) Keine Verantwortlichkeit des Käufers.....	125
dd) Minderungserklärung	126
b) Rechtsfolgen	127
aa) Herabsetzung des Kaufpreises.....	127
(1) Formel und maßgeblicher Zeitpunkt	127
(2) Sonderfall: völlig wertlose Sache.....	128
bb) Rückzahlungsanspruch des Käufers.....	128
2. CISG.....	129
a) Voraussetzungen	129
aa) Lieferung vertragswidriger Ware	129
(1) Sachmangel	129
(2) Rechtsmangel.....	129
bb) Minderungserklärung, Fristen.....	132
cc) Keine Nacherfüllung durch den Verkäufer	133
b) Rechtsfolgen	134
aa) Herabsetzung des Kaufpreises.....	134
(1) Formel, maßgeblicher Zeitpunkt, maßgeblicher Ort	134
(2) Sonderfall: völlig wertlose Ware.....	136
bb) Rückzahlungsanspruch bei schon erfolgter Kaufpreiszahlung	136
3. Vergleich	137
a) Voraussetzungen	137
aa) Sachmängel, Rechtsmängel	137
bb) Keine Relevanz der Schwere des Mangels	138
cc) Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers.....	138
dd) Minderungserklärung	140
b) Rechtsfolgen	140
aa) Anpassung des Vertrags.....	140
bb) Formel, maßgeblicher Zeitpunkt, Ort.....	141
cc) Sonderfall: völlige Wertlosigkeit	142
dd) Rückzahlungsanspruch.....	142

IV. Schadensersatz.....	142
1. Nach BGB.....	142
a) Überblick.....	142
b) Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB.....	144
aa) Befreiung von der Leistungspflicht bei Vertragsschluss.....	144
bb) Kenntnis oder Kennenmüssen des Leistungshindernisses	145
cc) Besondere Voraussetzungen für Schadensersatz statt der ganzen Leistung	145
c) Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 ff.	145
aa) Unterscheidung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz	146
(1) Nur mangelbedingten Minderwert über Schadensersatz statt der Leistung	146
(2) Ausgleich des Leistungsinteresses über Schadensersatz statt der Leistung	146
(3) Möglichkeit der Schadensvermeidung durch Nacherfüllung maßgeblich	147
(4) Stellungnahme	148
bb) Schadensersatz statt der Leistung.....	150
(1) Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung, §§ 280 I, III, 281	150
(a) Pflichtverletzung.....	150
(b) Vertretenmüssen.....	150
(c) Angemessene Nachfrist.....	152
(d) Besondere Voraussetzungen für Schadensersatz statt der ganzen Leistung	153
(2) Schadensersatz statt der Leistung bei Verletzung einer Nebenpflicht	154
(a) Anwendbarkeit des § 282 BGB im Rahmen des Kaufrechts.....	154
(b) Pflichtverletzung und deren Vertretenmüssen	154
(c) Unzumutbarkeit der Leistung	154
cc) Einfacher Schadensersatz.....	155
dd) Schadensersatz für Verzögerung.....	155
(1) Anwendbarkeit der §§ 280 I, II, 286 im Kaufrecht	155
(a) Nur die Kosten zur Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs	156
(b) Alle Schäden, die während des Verzugs mit dem Nacherfüllungsanspruch entstehen.....	157
(c) Stellungnahme	158
(2) Voraussetzungen.....	159
(a) Pflichtverletzung, Vertretenmüssen	159
(b) Schuldnerverzug.....	159
d) Kausalität und Zurechnung	160
e) Rechtsfolgen.....	160
aa) Naturalrestitution und Geldersatz.....	160
bb) Grundsatz der konkreten Berechnung, Ausnahmen	161
cc) Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung.....	164
(1) Kleiner und großer Schadensersatz	164
(2) Differenz- und Surrogationsmethode	165

dd) Einschränkung bei Mitverschulden des Käufers	166
ee) Wegfall der Erfüllungsansprüche	167
(1) Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung.....	167
(2) Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung.....	167
ff) Rückforderungsrecht des Verkäufers bei Schadensersatz statt der ganzen Leistung....	168
d) Aufwendungsersatz	169
2. CISG.....	169
a) Voraussetzungen und Ausschlussgründe	170
aa) Vertragsverletzung	170
bb) Garantiehaftung	170
cc) Hindernis innerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers (Art. 79).....	170
dd) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers	171
b) Rechtsfolgen	172
aa) Schadensersatz in Geld.....	172
bb) Grundsatz der Totalreparation	172
cc) Grundsatz der konkreten Schadensberechnung	173
dd) Vorhersehbarkeit des Schadens	173
ee) Vereinfachte Berechnung des Schadensersatzes bei Vertragsaufhebung.....	175
ff) Schadensminderungspflicht des Käufers	179
3. Vergleich	180
a) Unterscheidung nach Art des Schadensersatzes	180
b) Vorrang der Nacherfüllung	181
c) Großer Schadensersatz und Vertragsaufhebung	183
d) Voraussetzungen	185
aa) Verschuldensprinzip und Garantiehaftung.....	185
(1) Eigenhaftung.....	185
(2) Haftung für Dritte	185
bb) Erheblichkeit des Mangels für Schadensersatz statt der ganzen Leistung	186
cc) Interessenverlust für Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei Teilleistung.....	188
e) Rechtsfolgen.....	188
aa) Grundsatz der Totalreparation in Geld	188
bb) Grundsatz der konkreten Berechnung und dessen Ausnahmen.....	189
cc) Vorhersehbarkeit	190
ee) Schadensminderungspflicht	191

TEIL V: ZUSAMMENFASSUNG193

I. Allgemeine Voraussetzungen und Ausschlussgründe.....	193
1. Mangel.....	193
2. Kenntnis des Käufers.....	194
3. Ausschluss der Ansprüche bei Verursachung durch den Käufer.....	195
3. Untersuchungs- und Rügefristen, Verjährung.....	195

II. Erfüllung	195
III. Beendigung des Vertrages.....	196
IV. Minderung	198
V. Schadensersatz.....	198
VII. Resümee.....	200

Literaturverzeichnis

- **Achilles**, Wilhelm-Albrecht: Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied; Kriftel: Luchterhand, 2000
(zitiert: *Achilles*)

- **Ackermann**, Thomas: Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, S. 378-385
(zitiert: *Ackermann, JZ 2002, 378*)

- **Aicher**, Josef: Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre, in: Hoyer/Posch (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien: Orac, 1992, S. 111-142
(zitiert: *Aicher in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 111*)

- **Arnold**, Arnd: Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2004, S. 427-434
(zitiert: *Arnold, ZGS, 427*)

- **Aue**, Joachim: Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung stillschweigender Zusicherungen, Frankfurt a.M.: Lang, 1989, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1988
(zitiert: *Aue, Mängelgewährleistung*)

- **Audit**, Bernard: La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris: LGDJ, 1990
(zitiert: *Audit, Vente internationale*)

- **Bamberger**, Heinz Georg/**Roth**, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Gesamtsachverzeichnis, §§ 1-610, Band 3: §§ 1297-2385, EGBGB, CISG, München: Beck, 2003
(zitiert: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*)

- **Benicke**, Christoph: Zur Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht bei Lieferung mangelhafter Ware (zu BGH, 3.4.1996 - VIII ZR 51/95), IPRax 1997, S. 326-331
(zitiert: *Benicke, IPRax 1997, 326*)

- **Bianca, C.M./Bonell, M.J.:** Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Milan: Giuffrè, 1987
(zitiert: *Bianca/Bonell/Bearbeiter*)

- **Bitter, Walter/Bitter, Georg:** Wandelungsmöglichkeit des professionellen Käufers und Nachlieferungsrecht des Verkäufers bei aliud-Lieferung, Eine Untersuchung zum deutschen und UN-Kaufrecht, BB 1993, S. 2315-2325
(zitiert: *Bitter/Bitter, BB 1993, 2315*)

- **Bitter, Georg/Meidt, Eva:** Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, S. 2114-2124
(zitiert: *Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114*)

- **Boerner, Dietmar:** Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, S. 2264-2273
(zitiert: *Boerner, ZIP 2001, 2264*)

- **Botzenhardt, Bertrand:** Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M.: Lang, 1998, zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 1997
(zitiert: *Botzenhardt, Wesentliche Vertragsverletzung*)

- **Büdenbender, Ulrich:** Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I), DStR 2002, S. 312-318
(zitiert: *Büdenbender, DStR 2002, 312*)

- **Bucher, Eugen (Hrsg.):** Berner Tage für die juristische Praxis 1990, Wiener Kaufrecht, Der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Bern: Stämpfli, 1991
(zitiert: *Bucher, Wiener Kaufrecht*)

- **Canaris, Claus-Wilhelm:** Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, S. 321-327
(*Canaris, ZIP 2003, 321*)

- **ders.:** Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S. 831-838
(zitiert: *Canaris, JZ 2003, 831*)

- **ders.:** Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte –, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Mit Vorträgen von Claus-Wilhelm Canaris und Manfred Wolf und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 2003, S. 5-100*
(zitiert: *Canaris in: Karlsruher Forum 2002, S. 5*)

- **ders.:** *Schuldrechtsreform 2002, Zusammengefasst und eingeleitet von Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München: Beck, 2002*
(zitiert: *Canaris, Schuldrechtsreform 2002*)

- **Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter:** *Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von Hermann Staub, Vierter Band §§ 343-382, 4. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2004*
(zitiert: *StaubHGB/Bearbeiter*)

- **Dauner-Lieb, Barbara/Arnold, Arnd:** *Noch einmal: Die Falschlieferung beim Stückkauf, JuS 2002, S. 1175-1176*
(zitiert: *Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, 1175*)

- **Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.):** *Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2002*
(zitiert: *AnwKomm-BGB-Bearbeiter*)

- **Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.):** *Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente - Brennpunkte - Ausblick, Köln: Heymanns, 2003*
(zitiert: *Bearbeiter, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*)

- **Derleder, Peter:** *Das ius variandi des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln: Heymanns, 2003, S. 411-426*
(zitiert: *Derleder in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 411*)

- **ders.:** *Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW 2003, 998-1003*
(zitiert: *Derleder, NJW 2003, 998*)

- **Doralt**, Peter (Hrsg.): Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Referate und Diskussionen des Symposiums in Baden bei Wien 17.-19. April 1983, Wien: Manz, 1985
(zitiert: *Teilnehmer Diskussionsbeitrag in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht; oder: Bearbeiter Vortrag in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht*)

- **Ebert**, Ina: Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, S. 1761-1764
(zitiert: *Ebert, NJW 2004, 1761*)

- **Eidenmüller**, Horst: Rechtskauf und Unternehmenskauf, ZGS 2002, S. 290-296
(zitiert: *Eidenmüller, ZGS 2002, 290*)

- **Enderlein**, Fritz/**Maskow**, Dietrich/**Strohbach**, Heinz: Internationales Kaufrecht: Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention, Berlin: Haufe, 1991
(zitiert: *Bearbeiter in: Enderlein/Maskow/Strohbach*)

- **Ernst**, Wolfgang/**Zimmermann**, Reinhard (Hrsg.): Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001
(zitiert: *Bearbeiter in: Ernst/Zimmermann*)

- **Faust**, Florian: Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), Tübingen: Mohr, 1996, zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1996
(zitiert: *Faust, Vorhersehbarkeit*)

- **Ferrari**, Franco/**Flechtner**, Harry/**Brand**, Ronald A. (editor): The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE), München: Sellier, 2004
(zitiert: *Bearbeiter in: The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*)

- **Freiburg**, Nina: Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe, Berlin: Duncker & Humblot, 2001, zugleich Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2000
(zitiert: *Freiburg, Vertragsaufhebung*)

- **Gaul**, Björn: Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf, ZHR 166 (2002), S. 35-71
(zitiert: *Gaul, ZHR 166 (2002), 35*)

- **Gebler**, Ernst/**Hefermehl**, Wolfgang/**Hildebrandt**, Wolfgang/**Schröder**, Georg: Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Band V, §§ 373-382, 5. Auflage, München: Vahlen, 1982
(zitiert: *Schlegelberger/Hefermehl*)

- **Grigoleit**, Hans Christoph/**Riehm**, Thomas: Grenzen der Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel, ZGS 2002, S. 115-122
(zitiert: *Grigoleit/Riehm, ZGS 2002, 115*)

- **Graf von Westphalen**, Friedrich: „Garantien“ bei Lieferung von Maschinen und Anlagen – Todesstoß für Haftungsbegrenzungen durch §§ 444, 639 BGB?, ZIP 2002, S. 545-550
(zitiert: *v. Westphalen, ZIP 2002, 545*)

- **Gruber**, Urs Peter: Das neue Schuldrecht, Heilbronn: Arber, 2002
(zitiert: *Gruber*)

- **Gutknecht**, Uta: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers bei Kauf- und Werklieferungsverträgen, Rechtsvergleichende Untersuchung zum CISG, zum US-amerikanischen Uniform Commercial Code, zum deutschen Recht und zu dem Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung des deutschen Schuldrechts, Frankfurt a.M.: Lang, 1997, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1996
(zitiert: *Gutknecht, Nacherfüllungsrecht*)

- **Haas**, Lothar: Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, BB 2001, S. 1313-1321
(zitiert: *Haas, BB 2001, 1313*)

- **Haas**, Lothar/**Medicus**, Dieter/**Rolland**, Walter/**Schäfer**, Carsten/**Wendtland**, Holger: Das neue Schuldrecht, München: Beck, 2002
(zitiert: *Das neue Schuldrecht/Bearbeiter*)

- **Habersack**, Mathias/**Hommelhoff**, Peter/**Hüffer**, Uwe/**Schmidt**, Karsten (Hrsg.): Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, de Gruyter: Berlin, 2003
(zitiert: *FS Ulmer*)

- **Heilmann**, Jan: Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, zugleich Hamburg, Univ., Diss., 1992
(zitiert: *Heilmann, Mängelgewährleistung*)

- **Heinrichs**, Helmut: Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungenrechts, in: Schwenger/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 503-519
(zitiert: *Heinrichs in: FS Schlechtriem, S. 503*)

- **Heldrich**, Andreas/**Schlechtriem**, Peter/**Schmidt**, Eike (Hrsg.): Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München: Beck 1998
(zitiert: *FS Heinrichs*)

- **Henssler**, Martin/**Graf v. Westphalen**, Friedrich (Hrsg.): Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage 2003
(zitiert: *Henssler/Graf v. Westphalen/Bearbeiter*)

- **Herber**, Rolf/**Czerwenka**, Beate: Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München: Beck, 1991
(zitiert: *Herber/Czerwenka*)

- **Hirner**, Matthias: Der Rechtsbehelf der Minderung nach dem UN-Kaufrecht (CISG), Frankfurt a.M.: Lang, 2000; zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1998
(zitiert: *Hirner, Minderung*)

- **Hoeren**, Thomas/**Martinek**, Michael: Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen: ZAP-Verlag, 2002
(zitiert: *Hoeren/Martinek/Bearbeiter, SKK*)

- **v. Hoffmann**, Bernd: Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht - verglichen mit dem EKG und BGB, in: Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987, Baden-Baden: Nomos, 1987, S. 293-303
(zitiert: v. Hoffmann, in: Schlechtriem, *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, S. 293)

- **Hofmann**, Christian/**Pammler**, Sebastian: Die Rechte des Käufers vor Übergabe bei unbehebbarer Mangel des Kaufgegenstandes, ZGS 2004, S. 91-95
(zitiert: Hofmann/Pammler, ZGS 2004, 91)

- **Holthausen**, Rüdiger: Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art. 25 UN-Kaufrecht, RIW 1990, S. 101-107
(zitiert: Holthausen, RIW 1990, 101)

- **Honnold**, John O.: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition, The Hague: Kluwer, 1999
(zitiert: Honnold)

- **Honsell**, Heinrich (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Berlin: Springer, 1997
(zitiert: Honsell/Bearbeiter)

- **Hopt**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, erläutert von Klaus J. Hopt, begründet von Adolf Baumbach, 30. Auflage, München: Beck, 2000
(zitiert: Hopt, HGB)

- **Hoyer**, Hans/**Posch**, Willibald (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien: Orac 1992
(zitiert: Hoyer/Posch, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*)

- **Huber**, Peter: Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, S. 1004-1008
(zitiert: P. Huber, NJW 2002, 1004)

- **ders.:** Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung: eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, 1. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; zugl.: Regensburg, Univ., Habil., 1999
(zitiert: *P. Huber, Irrtumsanfechtung*)

- **Huber, Peter/Faust, Florian:** Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München: Beck, 2002
(zitiert: *Bearbeiter in: Huber/Faust*)

- **Huber, Ulrich:** Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *RabelsZ* 43 (1979), S. 413- 521
(zitiert: *U. Huber, RabelsZ 43 (1979), 413*)

- **ders.:** Die Haftung des Verkäufers für Verzug und Sachmängel nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, *östJBl.* 1989, S. 273-284
(zitiert: *U. Huber, östJBl 1989, 273*)

- **ders.:** Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht, in: Habersack/Hommelhoff/Hüffer/Schmidt, Festschrift für Peter Ulmer, Berlin: De Gruyter, 2003, S. 1165-1197
(zitiert: *U. Huber in: FS Ulmer, S. 1165*)

- **ders.:** Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, *AcP* 202 (2002), S. 179-242,
(zitiert: *U. Huber, AcP 202 (2002), 179*)

- **ders.:** Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Schwenger/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 521-567
(zitiert: *U. Huber in: FS Schlechtriem, S. 521*)

- **Jacobs, Matthias:** Die kaufrechtliche Nacherfüllung, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, *Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, Köln: Heymanns, 2003, S. 371-390
(zitiert: *Jacobs in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 371*)

- **Jan**, Sheng-Lin: Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M.: Lang, 1992, zugl.: Frankfurt a.M., Univ., Diss., 1992
(zitiert: *Jan, Erfüllungsverweigerung*)

- **Janssen**, André: Die Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Baden-Baden: Nomos, 2001, zugl.: Münster, Univ., Diss., 2001
(zitiert: *Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten*)

- **Jauernig**, Othmar (Hrsg.): Jauernig bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, München: Beck, 2004
(zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*)

- **Jud**, Brigitta: Die Rangordnung der Gewährleistungsbehelfe, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, österreichisches, deutsches und UN-Kaufrecht im Vergleich, in: Helms/Neumann/Caspers/ Sailer/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung vom 5. Bis 8. September 2001, S. 205-225
(zitiert: *Jud, Jb.J.ZivRWiss. 2001*)

- **Kappus**, Andreas: Rechtsvergleichende Aspekte zur Vertragsaufhebung wegen Sachmangels nach UN-Kaufrecht, RIW 1992, S. 528-533
(zitiert: *Kappus, RIW 1992, 528*)

- **ders.**: Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht in der Praxis, NJW 1994, S. 984-985.
(zitiert: *Kappus, NJW 1994, 984*)

- **Karollus**, Martin: UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien: Springer 1991
(zitiert: *Karollus*)

- **Karollus**, Martin: UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware, ZIP 1993, S. 490-497
(zitiert: *Karollus, ZIP 1993, 490*)

- **Kastely**, Amy H.: The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, *Washington Law Review* Vol. 63 (1988), S. 607-651
(zitiert: *Kastely, 63 Wash. L. Rev. (1988), 607*)

- **Keil**, Andreas: Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen und US-amerikanischen Recht, Frankfurt a.M.: Lang, 1993, zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1991
(zitiert: *Keil, Haftungsbefreiung*)

- **Kircher**, Wolfgang: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Eine vergleichende Darstellung des deutschen und des englischen Rechts unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, zugl.: Passau, Univ., Diss., 1998
(zitiert: *Kircher, Sachmängelhaftung*)

- **Knott**, Hermann J.: Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, *NZG* 2002, S. 249-256
(zitiert: *Knott, NZG 2002, 249*)

- **Koch**, Robert: Zur Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht im Falle der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware, Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a.M., *RIW* 1994 S. 240 f., *RIW* 1995, S. 98-100
(zitiert: *Koch, RIW 1994, 98 bzw. 1995, 98*)

- **Kohte**, Wolfhard/**Micklitz**, Hans-W./**Rott**, Peter/**Tonner**, Klaus/**Willingmann**, Armin: Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Neuwied: Luchterhand, 2003
(zitiert: *KompaktKom-BGB/Bearbeiter*)

- **Koller**, Ingo/**Roth**, Wulf-Henning/**Morck**, Winfried: *Handelsgesetzbuch*, 4. Auflage, München: Beck, 2003
(zitiert: *Bearbeiter in: Koller/Roth/Morck, HGB*)

- **Kranz**, Norbert: Die Schadensersatzpflicht nach den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen und dem Wiener UN-Kaufrecht, Frankfurt: Lang, 1989, zugleich: Hamburg, Univ., Diss., 1989
(zitiert: *Kranz, Schadensersatzpflicht*)

- **Kruisinga**, Sonja A.: What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods, *European Review of Private Law* 2001, 2&3, S. 177-188
(zitiert: *Kruisinga, ERPL 2001, 177*)

- **Langenecker**, Josef: UN-Einheitskaufrecht und Immaterialgüterrechte, die Rechtsmängelhaftung bei internationalen Kaufverträgen nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung von Immaterialgüterrechten, München: VVF, 1993, zugl.: München, Univ., Diss., 1993
(zitiert: *Langenecker, Immaterialgüterrechte*)

- **Lautenbach**, Boris R.: Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf nach dem UN-Kaufrecht und dem schweizerischen Kaufrecht, Zürich, Univ., Diss., 1990
(zitiert: *Lautenbach, Haftungsbefreiung*)

- **Leser**, Hans G.: Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht in: Schlechtriem, Peter (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987*, Baden-Baden: Nomos, 1987, S. 225-256
(zitiert: *v. Hoffmann, in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 225*)

- **Lettl**, Tobias: Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, *JuS* 2002, S. 866-872
(zitiert: *Lettl, JuS 2002, 866*)

- **Lohs**, Martin/**Nolting**, Norbert: Regelung der Vertragsverletzung im UN-Kaufrechtsübereinkommen, *ZVglRWiss* 97 (1998), S. 4-29
(zitiert: *Lohs/Nolting, ZVglRWiss 97 (1998), 4*)

- **Lorenz**, Stephan: Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, JuS 2003, S. 36-40
(zitiert: Lorenz, JuS 2003, 36)

- **ders.**: Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, S. 2497-2505
(zitiert: Lorenz, NJW 2002, 2497)

- **ders.**: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung - ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, S. 742-745.
(zitiert: Lorenz, JZ 2001, 742)

- **ders.**: Zur Abgrenzung von Teilleistung, teilweiser Unmöglichkeit und teilweiser Schlechtleistung im neuen Schuldrecht, NJW 2003, S. 3097-3099
(zitiert: Lorenz, NJW 2003, 3097)

- **Lorenz**, Stephan/**Riehm**, Thomas: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München: Beck, 2002
(zitiert: Lorenz/Riehm)

- **de Lukowicz**, Daniela: Divergenzen in der Rechtsprechung zum CISG, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Auslegung und Anwendung?, Frankfurt a.M.: Lang, 2001, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2001
(zitiert: de Lukowicz, Rechtsprechung)

- **Magnus**, Ulrich: Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht, in: Schwenger/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 599-612
(zitiert: Magnus in: FS Schlechtriem, S. 521)

- **ders.**: Probleme der Vertragsaufhebung nach dem UN-Kaufrecht (CISG) – OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 506, JuS 1995, S. 870-872
(zitiert: Magnus, JuS 1995, 870)

- **Mattheus**, Daniela: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, JuS 2002, S. 209-219
(zitiert: Mattheus, JuS 2002, 209)

- **Maultzsch**, Felix: Zum zeitlichen Anwendungsbereich der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte am Beispiel der §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB, ZGS 2003, S. 411-419
(zitiert: *Maultzsch, ZGS 2003, 411*)

- **Medicus**, Dieter: Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, S. 521-529
(zitiert: *Medicus, JuS 2003, 521*)

- **Musger**, Gottfried: Die wesentliche Vertragsverletzung – Probleme des Art. 25 WKR und Parallelen im österreichischen Recht, Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes in Saarbrücken am 28. Oktober 1989, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1989
(zitiert: *Musger, Die wesentliche Vertragsverletzung*)

- **Musielak**, Hans-Joachim: Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht, NJW 2003, S. 89- 92
(zitiert: *Musielak, NJW 2003, 89*)

- **Neumayer**, Karl H.: Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf, RIW 1994, S. 99-109
(zitiert: *Neumayer, RIW 1994, 99*)

- **Neumayer**, Karl H./**Ming**, Catherine: Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Commentaire, Lausanne: Publication CEDIDAC 24, 1993
(zitiert: *Neumayer/Ming*)

- **Nicholas**, Barry: The Vienna Convention on International Sales Law, The Law Quarterly Review, Vol. 105 (1989), S. 201-243
(zitiert: *Nicholas, 105 L.Q.R. (1989), 201*)

- **Niggemann**, Friedrich: Die Pflichten des Verkäufers und die Rechtsbehelfe des Käufers, in: Hoyer/Posch (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien: Orac, 1992, S. 77-110
(zitiert: *Niggemann in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77*)

- **Oechsler**, Jürgen: Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, S. 1825-1830
(zitiert: *Oechsler, NJW 2004, 1825*)

- **ders.**: Schuldrecht, Besonderer Teil Vertragsrecht, München: Beck, 2003
(zitiert: *Oechsler*)

- **Oetker**, Hartmut/**Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin: Springer, 2004
(zitiert: *Oetker/Maultzsch*)

- **Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, München: Beck, 64. Auflage 2005
(zitiert: *Palandt/Bearbeiter*)

- **ders.**: Bürgerliches Gesetzbuch, München: Beck, 61. Auflage 2002
(zitiert: *Palandt/Bearbeiter (61.)*)

- **Pammler**, Sebastian: Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, NJW 2003, S. 1992-1994
(zitiert: *Pammler, NJW 2003, 1992*)

- **Pfeiffer**, Thomas: Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht, Teil 1: Sachmangelbegriff – Hierarchie statt Kumulation der Mangelkriterien, ZGS 2002, S. 94-95; Teil 2: Sachmangelbegriff – Ausklammerung der Zuviellieferung (Fortsetzung von ZGS 2002, 94 f.), ZGS 2002, S. 138-140
(zitiert: *Pfeiffer, ZGS 2002, 94 bzw. 13.*)

- **Piltz**, Burghard: Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München: Beck, 1993
(zitiert: *Piltz, Internationales Kaufrecht*)

- **ders.**: Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2003, S. 2056-2063
(zitiert: *Piltz, NJW 2003, 2056*)

- **Posch**, Willibald/**Kandut**, Gabriele: Die allgemeinen Bestimmungen über den Warenkauf: Art. 25-29, in: Hoyer/Posch (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien: Orac, 1992, S. 59-76
(zitiert: *Posch/Kandut in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 59*)

- **Rabel**, Ernst: Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, *RabelsZ* 9 (1935) S. 1-79
(zitiert: *Rabel, RabelsZ 9 (1935), 1*)

- **Rathjen**, Peter: Haftungsentlastung des Verkäufers oder Käufers nach Art. 79, 80 CISG, *RIW* 1999, S. 561-565
(zitiert: *Rathjen, RIW 1999, 561*)

- **Rebmann**, Kurt/**Säcker**, Franz Jürgen/**Rixecker**, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, München: Beck, 2001; Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, München: Beck, 2003; Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-610, CISG u.a., München: Beck, 2004
(zitiert: *MünchKommBGB/Bearbeiter, Bd.*)

- **Reinhart**, Gert: UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg: C. F. Müller, 1991
(zitiert: *Reinhart*)

- **Reischl**, Klaus: Grundfälle zum neuen Schuldrecht, *JuS* 2003, S. 40-48, 250-257
(zitiert: *Reischl, JuS 2003, 40 bzw. 250*)

- **Roßmeier**, Daniela, Schadensersatz und Zinsen nach UN-Kaufrecht - Art. 74 bis 78 CISG, *RIW* 2000, S. 407-415
(zitiert: *Roßmeier, RIW 2000, 407*)

- **Rudolph**, Helga: Kaufrecht der Export- und Importverträge, Kommentierung des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis, Freiburg: Haufe, 1996
(zitiert: *Rudolph, Kaufrecht*)

- **Rummel**, Peter: Schadenersatz, höhere Gewalt und Fortfall der Geschäftsgrundlage, in: Hoyer/Posch (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien: Orac, 1992, S. 177-193
(zitiert: *Rummel in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 177*)

- **Ryffel**, Gritli: Die Schadenersatzhaftung des Verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, Bern: Lang, 1992
(zitiert: *Ryffel, Schadenersatzhaftung*)

- **Schellhammer**, Kurt: Das neue Kaufrecht – Die Sachmängelrechte des Käufers, MDR 2002, S. 301-308
(zitiert: *Schellhammer, MDR 2002, 301*)

- **Schlechtriem**, Peter: Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: Bucher (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1990, Wiener Kaufrecht, Der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Bern: Stämpfli, 1991, S. 103- 142
(zitiert: *Schlechtriem in: Bucher, Wiener Kaufrecht, S. 103*)

- **ders.:** Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich: Schulthess, 1985, S. 149-171
(zitiert: *Schlechtriem, Lausanner Kolloquium, S. 149*)

- **ders.:** International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente - Brennpunkte - Ausblick, Köln: Heymanns, 2003
(zitiert: *Schlechtriem, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 71*)

- **ders.:** Internationales UN-Kaufrecht, Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 2. Auflage, Tübingen: Mohr, 2003
(zitiert: *Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht*)

- **ders.:** Urteil und Anmerkung zu BGH Urt. v. 24.03.1999 - VIII ZR 121/98, JZ 1999, 791-797
(zitiert: *Schlechtriem, JZ 1999, 791*)

- **Schlechtriem**, Peter (Hrsg.): Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG-Kommentar-, 3. Auflage, München: Beck, 2000
(zitiert: *Schlechtriem/Bearbeiter*)

- **Schlechtriem**, Peter/**Schwenzer**, Ingeborg (Hrsg.): Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG-Kommentar-, 4. Auflage, München: Beck, 2004
(zitiert: *Schlechtriem/Schwenzer/Bearbeiter*)

- **Schlechtriem**, Peter (Hrsg.): Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden: Nomos, 2002
(zitiert: *Wandlungen des Schuldrechts*)

- **Schmidt**, Eike: Schlechtleistung und Händlerrisiko in: Heldrich/Schlechtriem/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Helmut Heinrichs, München: Beck, 1998, S. 511-528
(zitiert: *E. Schmidt in: FS Heinrichs, S. 511*)

- **Schmidt**, Karsten: Handelsrecht, 5. Auflage, Köln: Heymanns, 1999
(zitiert: *K. Schmidt, Handelsrecht*)

- **ders.:** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6, §§ 373-406, CISG, München: Beck, 2004
(zitiert: *MünchKommHGB/Bearbeiter*)

- **Schmidt**, Lutz: Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer, Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Interessenanalyse und Ausblicken auf ein mögliches europäisches Schuldvertragsrecht, Baden-Baden: Nomos, 2003, zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2003
(zitiert: *L. Schmidt, Vertragsaufhebung*)

- **Schön**, Erwin: Allgemeines Vertragsrecht und Kaufvertragsrecht – ein Rechtsvergleich Österreich, USA, Spanien und UN-Kaufrecht, Unter Einbeziehung von PECL und UNIDROIT-Prinzipien, Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Bewertungsversuche, Frankfurt a.M.: Lang, 2003, zugl. Diss., Univ., Salzburg 2000
(zitiert: *Schön, Allgemeines Vertragsrecht und Kaufvertragsrecht*)

- **Schubert**, Werner (Hrsg.): Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, eingeleitet und neu herausgegeben von Werner Schubert, Band 2, Protokoll XLVI bis XCVIII, Nürnberg 1857, Frankfurt a.M.: Kneip, 1984
(zitiert: *Nürnberger Protokolle II*)

- **Schulz**, Florian: Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der Schuldrechtskommission, der EG-Richtlinie 1999/44/EG und des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Hamburg, Univ., Diss., 2001, Frankfurt a.M., Lang, 2002
(zitiert: *Schulz, Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch*)

- **Schulze**, Götz: Falschlieferung beim Speziaeskauf – Unzulänglichkeiten des Gesetzes?, NJW 2003, S. 1022-1023
(zitiert: *Schulze, NJW 2003, 1022*)

- **Schulze**, Reiner (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2003
(zitiert: *Hk-BGB/Bearbeiter*)

- **Schulze**, Reiner/**Ebers**, Martin: Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, S. 462-468
(zitiert: *Schulze/Ebers, JuS 2004, 462*)

- **Schulze**, Reiner/**Schulte-Nölke**, Hans (Hrsg.): Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001
(zitiert: *Bearbeiter in: Schulze/Schulte-Nölke*)

- **Schweizerischer Bundesrat**: Botschaft, betreffend das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. Januar 1989; Bundesblatt Bern 141, Nr. 11 Band I, 21. März 1989, S. 745-1532
(zitiert: *Schweizer Botschaft*)

- **Schwenzer**, Ingeborg: Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Schlechtriem (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden: Nomos, 2002, S. 37-52
(zitiert: *Schwenzer in: Wandlungen des Schuldrechts, S. 37*)

- **Schwenzer**, Ingeborg/**Hager**, Günter (Hrsg.): Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003
(zitiert: *FS Schlechtriem*)

- **Sekretariat der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**: Secretariat Commentary on the 1978 Draft, UN Doc. A/Conf 97/5, Wien 14. März 1979, Official Records S. 14-66
(zitiert: *Sekretariatskommentar*)

- **Soergel**, Hans Th.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515) AGB-Gesetz, AbzG, EAG, EKG, UN-KaufAbk, Stand: Frühjahr 1991, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1991; Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Stand: Frühjahr 2000, 13. Auflage, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2000
(zitiert: *Soergel/Bearbeiter*)

- **Stadie**, Volker/**Nietzer**, Wolf M.: CISG – Das UN-Kaufrecht in der Anwaltspraxis, MDR 2002, S. 428-433
(zitiert: *Stadie/Nietzer, MDR 2002, 428*)

- **Staudinger**, J. von (Hrsg.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), Neubearbeitung 2004; Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-361 b, Neubearbeitung 2001; Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht), Neubearbeitung 2004; Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 1999, Berlin: Sellier - de Gruyter
(zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*)

- **Steinmetzler**, Ulrich: Recht und Ökonomie der Grundstrukturen des Leistungsstörungenrechts im UN-Kaufrecht, Hamburg: Kovač, 2001, zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 2000
(zitiert: *Steinmetzler: Recht und Ökonomie*)

- **Takahashi**, Koji: Right to terminate (avoid) international sales of commodities, Journal of Business Law 2003, S. 102-130
(zitiert: *Takahashi, J.B.L. 2003, 102*)

- **Tannò**, Patrick: Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, St. Gallen: Dike, 1993; zugl.: St. Gallen, Univ., Diss., Nr. 1407
(zitiert: *Tannò, Rügefrist*)

- **Trommler**, Andreas: Die Auslegung des Begriffs wesentliche Vertragsverletzung in Art. 25 CISG, Diss., Konstanz, Frankfurt a.M.: Lang, 2002
(zitiert: *Trommler, Wesentliche Vertragsverletzung*)

- **Vahle**, Oliver: Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht, ZVglRWiss 98 (1999), S. 54-73
(zitiert: *Vahle, ZVglRWiss 98 (1999), 54*)

- **Walt**, Steven: For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention, Texas International Law Journal, Vol. 26 (1991), S. 211-251
(zitiert: *Walt, 26 Tex. Int'l L.J. (1991), 211*)

- **Weber**, Rolf H.: Vertragsverletzungsfolgen: Schadenersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Bucher (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1990, Wiener Kaufrecht, Der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Bern: Stämpfli, 1991, S. 165-214
(zitiert: *Weber in: Bucher, Wiener Kaufrecht*)

- **Welser**, Rudolf: Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion, in: Doralt (Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien: Manz, 1985, S. 105-132
(zitiert: *Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105*)

- **Wenzel**, Henning: Kaufrechtliche Probleme in der Unternehmenspraxis und Lösungsvorschläge – Abnahmepflicht – Produktbeschreibung – Montageanleitung – Falschlieferung – Nacherfüllung – Händlerregress – Rechte als Gegenstand –, DB 2003, S. 1887-1894
(zitiert: *Wenzel, DB 2003, 1887*)

- **Wertenbruch**, Johannes: Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung, JZ 2002, S. 862-866
(zitiert: *Wertenbruch, JZ 2002, 862*)

- **Westermann**, Harm Peter: Das neue Kaufrecht, NJW 2002, S. 241-253
(zitiert: *Westermann, NJW 2002, 241*)

- **ders.**: Kaufrecht im Wandel in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 109-129
(zitiert: *Westermann in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 109*)

- **Westermann**, Harm Peter (Hrsg.): Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Münster: Aschendorff, 2004
(zitiert: *Erman/Bearbeiter*)

- **Westermann**, Harm Peter (Hrsg.): Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Münster: Aschendorff, 2000
(zitiert: *Erman/Bearbeiter (10. Aufl.)*)

- **von Wilmowsky**, Peter: Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts –, JuS Beilage zu Heft 1/2002
(zitiert: *von Wilmowsky, JuS Beil. Heft 1/2002*)

- **Windel**, Peter A.: Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht, Jura 2003, S. 793-796
(zitiert: *Windel, Jura 2003, 793*)

- **Witz**, Wolfgang/**Salger**, Hanns-Christian/**Lorenz**, Manuel: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000
(zitiert: *Witz/Salger/Lorenz/Bearbeiter*)

- **Wolff**, Katharina: Die Rechtsmängelhaftung nach dem Uniform Commercial Code und dem UN-Kaufrecht, Diss., Bonn 1990
(zitiert: *Wolff, Rechtsmängelhaftung*)

- **Xi**, Zhang: Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit deutschem, englischem, US-amerikanischem und Haager Einheitlichem Kaufrecht, Tübingen, Univ., Diss., 1994
(zitiert: *Xi, Rechtsmängelhaftung*)

- **Zerres**, Thomas: Recht auf Nacherfüllung im deutschen und englischen Kaufrecht, RIW 2003, S. 746-757
(zitiert: *Zerres, RIW 2003, 746*)

- **Ziegler**, Ulrich: Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden: Nomos, 1995, zugl.: München, Univ., Diss., 1994
(zitiert: *Ziegler, Leistungsstörungenrecht*)

- **Zimmer**, Daniel: Das geplante Kaufrecht, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, S. 191-204
(zitiert: *Zimmer in: Ernst/Zimmermann, S. 191*)

- **Zimmer**, Daniel/**Eckhold**, Thomas: Das neue Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf, Jura 2002, S. 145-154
(zitiert: *Zimmer/Eckhold, Jura 2002, 145*)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= andere Auffassung
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
a.M.	= am Main
Am. J. Comp. L.	= The American Journal Of Comparative Law
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
BB	= Betriebs-Berater
Bd.	= Band
Beil.	= Beilage
Beschl.	= Beschluss
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bzgl.	= bezüglich
bzw.	= beziehungsweise
CISG	= United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf), UN-Kaufrecht
Diss.	= Dissertation
d.h.	= das heißt
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
DStR	= Deutsches Steuerrecht
ERPL	= European Review of Private Law
f.	= folgende (singular)
ff.	= folgende (plural)
Fn.	= Fußnote
gem.	= gemäß
ggf.	= gegebenenfalls
Habil.	= Habilitation
HGB	= Handelsgesetzbuch

h.M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
HS.	= Halbsatz
i.d.R.	= in der Regel
i.d.S.	= in diesem Sinn
i.S.d.	= im Sinne des/der
i.S.v.	= im Sinne von
i.V.m.	= in Verbindung mit
IPRax	= Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
Jb.J.ZivRWiss.	= Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
J.B.L.	= Journal of Business Law
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristen-Zeitung
Kap.	= Kapitel
lit.	= Buchstabe
L.Q.R.	= The Law Quarterly Review
m.E.	= meines Erachtens
m.v.w.N.	= mit vielen weiteren Nachweisen
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nürnberger Protokolle	= Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches
NZG	= Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Official Reports	= Dokumente zur Diplomatischen Konferenz 1980 A/Conf.97
östJBl.	= Juristische Blätter (Österreich)
RabelsZ	= Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE BT-Drs. 14/4060	= Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Drucksache des Deutschen Bundestages 14/4060
RIW	= Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International
Rn.	= Randnummer
S.	= Seite
s.o.	= siehe oben
SKK	= Systematischer Kommentar zum Kaufrecht

str.	= strittig
Techn.	= Technische
Tex. Int'l L.J.	= Texas International Law Journal
Univ.	= Universität
u.U.	= unter Umständen
Urt.	= Urteil
v.	= vom
Wash. L. Rev.	= Washington Law Review
z.B.	= zum Beispiel
ZGS	= Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zugl.	= zugleich
ZVglRWiss	= Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Teil I: Einführung

I. Schuldrechtsmodernisierung und UN-Kaufrecht

Die Begründung des Regierungsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beginnt mit dem Satz: „Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sollen drei EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt und zugleich das Schuldrecht in wesentlichen Teilen modernisiert werden.“¹ Die EU-Richtlinien betreffen bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs², den Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr³ und Dienste der Informationsgesellschaft⁴. Auf sie soll in der vorliegenden Arbeit nicht näher eingegangen werden. Relevant ist der zweite Halbsatz, der die Modernisierung des Schuldrechts zum Ziel der Reform erklärt.

Unter der Modernisierung verstand der Gesetzgeber zum einen die Integration der zahlreichen Sondergesetze, die bis dahin viele Regeln des BGB abgeändert hatten, ohne dass dies im BGB zum Ausdruck kam, wodurch die Einheit des Schuldrechts gefährdet wurde.⁵ Zum anderen sollten die Regelungen im BGB an neuere, internationale Regelwerke angepasst werden. Diese Ziel wird zwar zu Beginn der Begründung nicht ausdrücklich formuliert. Stattdessen werden die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, deren Abschlussbericht aus dem Jahr 1991 und die sich daran anschließende Diskussion in Wissenschaft und Praxis erwähnt. In der Darstellung der Mängel des damals geltenden

¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 79.

² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

³ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie).

⁴ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-Richtlinie).

⁵ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 79.

Schuld- und Verjährungsrechts⁶ und vor allem im Lösungsvorschlag⁷ nimmt die Regierungsbegründung aber ausdrücklich Bezug auf das UN-Kaufrecht.⁸

Hervorgehoben wird, dass „das UN-Kaufrecht die Grundprinzipien, von denen sein Leistungsstörungenrecht geleitet ist, in klaren, verständlichen, widerspruchsfreien und rechtspolitisch einleuchtenden Regeln niedergelegt hat und dadurch der Praxis – insbesondere der Rechtsprechung – die Aufgabe wesentlich erleichtert wird, zu erkennen, ob der konkrete zur Beurteilung stehende Fall von dieser oder jener Regelung erfasst wird oder nicht“⁹. Zugleich würden „die nicht einleuchtenden Ergebnisse vermieden, die sich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für einige Teilbereiche ergeben haben.“¹⁰ Deshalb sollte „[d]as Konzept des UN-Kaufrechts ... bei der Reform des Leistungsstörungenrechts Beachtung finden und ... in vielen Regelungsbereichen als Vorbild dienen.“¹¹ Ein weiterer Gedanke des Gesetzgebers war, dass es „auf die Dauer misslich“ wäre, wenn „im geltenden deutschen Recht die Voraussetzungen und Folgen von Leistungsstörungen durch zwei ganz unterschiedliche Normensysteme geregelt würden“.¹² Schließlich ist UN-Kaufrecht seit 1991 innerstaatliches Recht und besteht neben dem BGB.

Diese Aussagen sollen zum Anlass genommen werden, die neuen Regelungen mit denen des UN-Kaufrechts zu vergleichen. Zunächst werden die jeweiligen Regeln dargestellt; im Anschluss wird überprüft, in wieweit sie sich decken, der Gesetzgeber also tatsächlich dem Vorbild UN-Kaufrecht gefolgt ist, an welchen Stellen weiterhin Unterschiede bestehend und ob diese gerechtfertigt sind.

⁶ Kapitel A. III. der Begründung, BT-Drs. 14/6040, S. 83 ff.

⁷ Kapitel A. IV. der Begründung, BT-Drs. 14/6040, S. 92 ff.

⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 86, 89, 92, f.

⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 86.

¹⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 86.

¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 86.

¹² BT-Drs. 14/6040, S. 86.

Außerdem wird untersucht, ob und inwieweit sich Lösungsansätze aus dem UN-Kaufrecht auf Probleme im neuen BGB übertragen lassen.

II. Prüfungsumfang der Arbeit

Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass der BGB-Gesetzgeber der Konzeption des UN-Kaufrechts nicht vollständig gefolgt ist. Er hat einen vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht abgetrennten Teil im Kaufrecht geschaffen, der sich auf die Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung mangelhafter Ware bezieht (§§ 437 – 442 BGB). Ein solches gesondertes „Mängelrecht“ kennt das UN-Kaufrecht nicht. Dort werden die Rechte des Käufers allgemein auf jede Art der Nichterfüllung der Verkäuferpflichten bezogen (Art. 45-52 CISG). Andererseits hat das CISG wiederum keinen Teil zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Es regelt jeweils umfassend sowohl die Rechte des Käufers als auch die des Verkäufers. Nur für die Berechnung des Schadensersatzes wird auf gemeinsame Regelungen verwiesen. Das BGB regelt zunächst das allgemeine Leistungsstörungenrecht und geht dann auf die einzelnen Schuldverhältnisse ein. Im allgemeinen Leistungsstörungenrecht kann nicht auf jede Eigenheit aus den verschiedenen Schuldverhältnissen eingegangen werden, so dass ein besonderes Leistungsstörungenrecht für die einzelnen Schuldverhältnisse kaum zu vermeiden ist. Ziel des BGB-Gesetzgebers war es aber, die Ansprüche des Käufers grundsätzlich in das allgemeine Leistungsstörungenrecht einzugliedern.¹³ Da auch das UN-Kaufrecht besondere Regelungen für den Fall der Lieferung vertragswidriger Ware kennt (Art. 46 II, III, 49 II lit. b, Art. 50, Art. 51), werden hier nur die Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung mangelhafter Ware dargestellt.

Durch die Schuldrechtsreform wurden nur das allgemeine Leistungsstörungenrecht und einzelne besondere Vertragsverhältnisse neu geregelt. Insbesondere das Irrtumsrecht, das Bereicherungs- und das Deliktsrecht blieben unverändert. Deshalb soll auf Rechtsbehelfe des

¹³ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 94.

Käufers aus diesen Gebieten und deren Konkurrenz zum Kaufrecht nicht eingegangen werden. Auch die Frage, ob und inwieweit das UN-Kaufrecht diese Ansprüche regelt und welches Verhältnis zu entsprechenden Ansprüchen aus dem nationalen Recht besteht, wird nicht gestellt.

Maßgeblich sind hier die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe in der gesetzlichen Form. Grundsätzlich haben die Vertragsparteien sowohl nach BGB als auch nach CISG die Möglichkeit, vertraglich andere Rechte zu vereinbaren oder die Voraussetzungen der gesetzlichen Rechte zu modifizieren. Solche vertraglichen Regelungen bleiben in der vorliegenden Arbeit aber außer Acht.

Teil II: Allgemeine Voraussetzungen und Ausschlussgründe

Die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB – Nacherfüllung (Nr. 1), Rücktritt oder Minderung (Nr. 2) und Schadens- oder Aufwendungsersatz (Nr. 3) – haben eine Voraussetzung gemeinsam: es muss eine mangelhafte Sache geliefert worden sein. Das UN-Kaufrecht trennt die Rechtsbehelfe des Käufers nicht ausdrücklich nach Lieferung mangelhafter Ware und sonstiger Vertragsverletzung. Aber auch dort gibt es Sonderregeln für den Fall, dass der Verkäufer mangelhafte Ware geliefert hat. Für die Minderung setzt Art. 50 CISG ausdrücklich voraus, dass Ware geliefert wurde, die nicht vertragsgemäß ist. Bei der Vertragsaufhebung werden für diesen Fall besondere Fristen aufgestellt (Art. 49 II lit. b CISG). Auch der Erfüllungsanspruch wird in Art. 46 II und III CISG im Fall vertragswidriger Ware auf die Ersatzlieferung und Nachbesserung beschränkt, für die besondere Voraussetzungen vorliegen müssen.

Deshalb ist zunächst zu klären, wann mangelhafte Ware vorliegt (I.) und welcher Zeitpunkt für die Mangelhaftigkeit maßgebend ist (II.). Außerdem ist auf den Zeitpunkt einzugehen, ab dem die besonderen Regeln, die auf die Lieferung mangelhafter Ware abstellen, anzuwenden sind (III).

Daran schließt sich die Prüfung der allgemeinen Gründe an, die die Rechtsbehelfe des Käufers ausschließen (IV.).

I. Mangelbegriff

Was unter dem Begriff „mangelhaft“ zu verstehen ist, ist im BGB in § 434 (Sachmangel) und § 435 (Rechtsmangel) geregelt, im CISG sind Art. 35 (Vertragsmäßigkeit der Ware) und Art. 41, 42 (Rechte und Ansprüche Dritter) maßgeblich.

1. BGB

a) Sachmangel

aa) Überblick

Gemäß § 434 I S. 1 ist für die Feststellung, ob ein Sachmangel besteht, primär der Vertrag maßgeblich. Es wird auf die „vereinbarte Beschaffenheit“ abgestellt.

Zur Beschaffenheit gehört zunächst der physische Zustand der Sache.¹⁴ Darüber hinaus werden nach h.M. aber auch alle gegenwärtigen Beziehungen zur Umwelt erfasst, die sich auf den physischen Zustand beziehen.¹⁵ Fraglich ist jedoch, wie diese Beziehungen beschaffen sein müssen. Zum Teil wird darauf abgestellt, dass sie der Sache auf Dauer anhaften müssen.¹⁶ Andere fordern hingegen nur, dass sie im für den Sachmangel relevanten Zeitpunkt, d.h. bei Gefahrübergang, vorliegen.¹⁷ Dies ist m.E. in Hinblick auf den weiten Wortlaut des § 434 I S. 1 gut vertretbar.

In vielen Fällen legen die Vertragsparteien jedoch nicht oder nur unvollständig die geschuldete Beschaffenheit fest, so dass ein Rückgriff auf S. 2 der Vorschrift notwendig wird.¹⁸ Danach kommt es auf die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung an (§ 434 I S. 2 Nr. 1). Ist vom Vertrag keine besondere Verwendung vorausgesetzt, ist die gewöhnliche Verwendung maßgeblich, zusammen mit einer üblichen Beschaffenheit, die der Käufer erwarten kann (§ 434 I S. 2 Nr. 2). Was der Käufer erwarten kann, wird auch von öffentlichen

¹⁴ Henssler/Graf v. Westphalen/*Graf v. Westphalen*, § 434 Rn. 11.

¹⁵ Bamberger/Roth/*Faust*, § 434 Rn. 22 ff.; Palandt/*Putzo*, § 434 Rn. 10 f.; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 51 f.; Henssler/Graf v. Westphalen/*Graf v. Westphalen*, § 434 Rn. 15; *Oetker/Maultzsch*, S. 38; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 434 Rn. 9.

¹⁶ *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179, 228; *Oetker/Maultzsch*, S. 38; *Oechsler*, Rn. 80.

¹⁷ Bamberger/Roth/*Faust*, § 434 Rn. 25; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 434 Rn. 9; *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295; Henssler/Graf v. Westphalen/*Graf v. Westphalen*, § 434 Rn 14; *Knott*, NZG 2002, 249, 251; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 49 f.

¹⁸ Palandt/*Heinrichs*, § 434 Rn. 20; *Jauernig/Chr. Berger*, § 434 Rn. 14.

Aussagen, die der Verkäufer, der Hersteller oder ein Gehilfe über Eigenschaften der Kaufsache gemacht hat, beeinflusst (§ 434 I S. 3), wobei auf einen „Durchschnittskäufer“ abzustellen ist und besonders hohe Erwartungen des konkreten Käufers nicht berücksichtigt werden.¹⁹

Zudem fallen unter den Begriff des Sachmangels die unsachgemäße Montage durch den Verkäufer oder seinen Erfüllungsgehilfen, wenn die Montage vereinbart wurde (§ 434 II S. 1) und die mangelhafte Montageanleitung (§ 434 II S. 2). Die Lieferung einer anderen Sache (Aliud) oder einer zu geringen Menge wird in § 434 III einem Sachmangel gleichgestellt. Damit entfällt die Unterscheidung zwischen Sachmangel, Aliud oder Minderlieferung.

bb) Problembereiche

(1) Minderlieferung

Die Gleichstellung der Minderlieferung mit einem Sachmangel bereitet in Hinblick auf die Regelung über den Rücktritt vom ganzen Vertrag bzw. Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei Teillieferungen, §§ 323 V S. 1, 281 I S. 2 BGB, Probleme. Im Gewährleistungsrecht werden Minderlieferung und Schlechtlieferung gleichgestellt. Im allgemeinen Schuldrecht wird zwischen Teillieferung und nicht vertragsgemäßer Leistung unterschieden, § 323 V S. 1 und 2 und § 281 I S. 2 und S. 3 BGB. Hat der Schuldner eine Teilleistung erbracht, kann unter der Voraussetzung, dass der Gläubiger kein Interesse mehr an der Teilleistung hat, der Vertrag insgesamt aufgehoben oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt werden. Wird die Leistung dagegen nicht wie geschuldet bewirkt, ist für diese Rechtsbehelfe Voraussetzung, dass die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist. Die Anforderungen an die Unerheblichkeit sind geringer als an den Interessenfortfall beim Gläubiger. Begrifflich sind Minderlieferung und Teillieferung nicht zu unterscheiden, in beiden Fällen wird nicht die gesamte geschuldete

¹⁹ Hoeren/Martinek/Malzer, SKK, § 434 Rn. 56; Palandt/Heinrichs, § 434 Rn. 30.

Menge geliefert, sondern nur ein Teil davon, der fehlende Teil stellt an sich eine Nichtlieferung (Nichterfüllung) dar.

§ 437 Nr. 2 verweist auf § 323, § 347 Nr. 3 auf § 281 BGB. Damit stellt sich die Frage, ob bei der Anwendung dieser Vorschriften wieder zwischen Teil- und Schlechterfüllung unterschieden werden muss oder ob die Regeln über die Schlechterfüllung, mit den niedrigeren Anforderungen, anzuwenden sind.

Im Regierungsentwurf wird eindeutig letzteres angenommen.²⁰ Begründet wird dies mit den Schwierigkeiten, die gerade im Kaufrecht bei der Abgrenzung von Teilleistung und nicht wie geschuldet erbrachter Leistung entstehen, und die durch die Sonderregel des § 434 III BGB gerade beseitigt werden sollten. Diese Sonderregel sei auch bei der Verweisung auf § 323 (und § 281 BGB) zu berücksichtigen.²¹ Dies ist konsequent, will man im Kaufrecht die Abgrenzungsschwierigkeiten gänzlich ausschließen.²²

Nach Ansicht des Rechtsausschusses kann § 434 III aber auch eng ausgelegt werden, und zwar so, dass dort nur geregelt wird, dass eine Teillieferung ein Mangel ist. Die Voraussetzungen für den Rücktritt vom ganzen Vertrag oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung könnten den allgemeinen Regeln zu entnehmen sein.²³ Der Ausschuss wollte sich mit dieser Aussage jedoch nicht auf ein bestimmtes Verständnis festlegen, sondern lediglich darauf hinweisen, dass die Frage von der Rechtsprechung zu klären ist.²⁴ Für die enge Auslegung des § 434 III BGB spricht, dass die Sonderregel aus dem Gedanken des § 378 HGB a.F. stammt und allein auf das Kaufrecht bezogen wird. Die

²⁰ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 187.

²¹ Ebenso Palandt/*Heinrichs*, § 281 Rn. 38; Henssler/Graf v. Westphalen/*Dedek*, § 281 Rn. 57; Henssler/Graf v. Westphalen/*Muthers* § 323 Rn. 10, 19 f.; *Faust* in: Huber/*Faust*, Kap. 3 Rn. 164; *P. Huber* in: Huber/*Faust*, Kap. 5 Rn. 40; Kap. 13 Rn. 75, für den Rücktritt unter Hinweis auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; *Oetker/Maultzsch*, S. 86, 109.

²² Siehe auch Bamberger/Roth/*Faust*, § 434 Rn. 115.

²³ Regierungsbegründung BT-Drs. 14/7052, S. 185.

²⁴ Regierungsbegründung BT-Drs. 14/7052, S. 185.

Problematik der Unterscheidung in §§ 323, 281 ist hingegen eine allgemeine leistungsstörungsrechtliche Frage, die nicht mit Hilfe systemfremder Überlegungen gelöst werden darf.²⁵ Die Beschränkung des § 434 III BGB auf das Kaufrecht wird auch in ihrer systematischen Stellung - eben im Kaufrecht - deutlich.²⁶ Zudem würden Sinn und Zweck der Unterscheidung von Teil- und Schlechtleistung in Frage gestellt, wenn die §§ 323 V S. 1 und 281 I S. 2 im Kaufrecht, das das praktisch größte Anwendungsgebiet darstellt (zusammen mit dem Werkvertragsrecht, bei dem eine parallele Problematik besteht, § 633 II S. 3 BGB), nicht mehr angewendet würden.²⁷ Auch die Wertungswidersprüche zu allen anderen Vertragsarten, bei denen der Maßstab für den Rücktritt vom ganzen Vertrag bzw. dem Schadensersatz statt der ganzen Leistung mit dem Erfordernis des Interessenfortfalls im Gegensatz zum Erfordernis der Erheblichkeit wesentlich strenger ist, sind zu berücksichtigen.²⁸

Mit dem Wortlaut des § 437, der auf den gesamten § 323 bzw. § 281 BGB verweist, ist eine solche Auslegung vereinbar. Auch dem Gedanken, das Kaufrecht in das allgemeine Leistungsstörungsrecht zu integrieren, wird damit umfassend Rechnung getragen.

Es kommt also nach der hier vertretenen Auffassung darauf an, ob der Käufer an der Teillieferung ein Interesse hat.²⁹ Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn es ihm darauf ankommt, die Ware aus einer Lieferung zu erhalten, z.B. weil bei einer zweiten Teillieferung nicht sichergestellt wäre, dass es sich um genau den selben Farbton oder den

²⁵ *Canaris*, Schuldrechtsreform, S. XXIII; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 114, 118 ff.; *Lorenz/Riehm*, Neues Schuldrecht, Rn. 219; *Das neue Schuldrecht/Haas*, Kap 5 Rn. 173; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115, 118.

²⁶ *Canaris*, Schuldrechtsreform, S. XXIII; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115, 117.

²⁷ *Canaris*, Schuldrechtsreform, S. XXIII; *KompaktKom-BGB/Willingmann/Hirse*, § 323 Rn. 23; *AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb*, § 323 Rn. 25; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115, 117; *Windel*, Jura 2003, 793, 796.

²⁸ *Jauernig/Chr. Berger*, § 434 Rn. 24.

²⁹ *Ebenso Palandt/Putzo*, § 434 Rn. 22; *Westermann*, NJW 2002, 241, 246; *Lorenz*, NJW 2003, 3097, 3099; *Oechsler*, Rn. 156 f.

selben Musterverlauf handelt.³⁰ Auch wenn es wirtschaftlich sinnvoller ist, den Vertrag im Ganzen neu abzuschließen, kann das Interesse an der Teilleistung entfallen.³¹

(2) Teilschlechtleistung

Im Fall der teilweise mangelhaften Leistung sind auch nach der hier vertretenen Auffassung unproblematisch die Vorschriften über die mangelhafte Leistung, d.h. § 323 V S. 2 und § 281 I S. 3 BGB anzuwenden. Die mangelhafte Lieferung ist gerade nicht als teilweise Nichtlieferung zu behandeln, vielmehr hat der Schuldner seine Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt und es sind die dafür vorgesehenen Regelungen anzuwenden.³² Inwieweit die Vertragswidrigkeit nur teilweise gegeben ist, spielt erst bei der Frage der Erheblichkeit eine Rolle. Zu weit geht die Begründung *Windels*, der die gesamte Lieferung als vertragswidrig betrachtet, weil er bei einer teilweisen mangelhaften Leistung den Rest der Leistung unter den Verdacht der Mangelhaftigkeit stellt und dies für eine Qualifikation als ebenfalls mangelhaft ausreichen lässt.³³

(3) Zuviellieferung

§ 434 erfasst nicht den Fall einer Zuviellieferung. Dem Sachmangel wird nur die Minderlieferung gleichgestellt. Liefert der Verkäufer mehr als vereinbart, wird die Lieferung aufgeteilt und der überschüssige Teil über die allgemeinen Vorschriften, insbesondere über Bereicherungsrecht, abgewickelt.³⁴ Stellt die Mehrlieferung eine Nebenpflichtverletzung gemäß § 241 II BGB dar, kann der Käufer

³⁰ *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115, 118; *Windel*, Jura 2003, 793, 797.

³¹ *Palandt/Heinrichs*, § 323 Rn. 26.

³² Im Ergebnis hier ebenso *Bamberger/Roth/Faust*, § 435 Rn. 116; a.A. *Palandt/Putzo*, § 437 Rn. 22; *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115, 121; *Lorenz*, NJW 2003, 3097, 3099, die die Teilschlechtlieferung als teilweise Nichtlieferung qualifizieren und § 323 V S. 1 anwenden.

³³ *Windel*, Jura 2003, 793, 797.

gemäß §§ 280 ff. Schadensersatz verlangen. Ein Rücktritt vom Vertrag ist nur gemäß § 324 möglich, d.h. wenn dem Käufer ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, was nur selten der Fall sein wird.

Dies gilt jedoch nur, wenn eine entsprechende Aufteilung möglich ist. Ist dies nicht der Fall, liegt entweder eine Beschaffenheitsabweichung gem. § 434 I S. 1 oder eine andere Sache gem. § 434 III 1. Fall vor.³⁵

(4) Aliud

Ebenso wie die Zuweniglieferte ist die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache einem Sachmangel gleichgestellt, § 434 III BGB. Damit entfällt die, teilweise schwierige, Abgrenzung von Schlechterfüllung und Aliud. Dies kann dazu führen, dass selbst bei krassen Abweichungen, z.B. Lieferung eines Fahrrades statt eines Autos, die Rechtsfolgen des § 437 BGB eingreifen. Deshalb wird zum Teil vertreten, zumindest beim Stückkauf die Lieferung einer anderen Sache nicht unter § 434 III BGB zu fassen, da dort die Abgrenzungsschwierigkeiten zum Sachmangel nicht auftreten können.³⁶

Der Anspruch, den der Käufer in einem solchen Fall habe, sei der ursprüngliche Anspruch auf Erfüllung aus dem Vertrag, der auch der regelmäßigen Verjährung aus § 195 BGB unterliege und nicht der aus § 438 BGB. Dies führt jedoch wieder zu einer Unterscheidung von Stück- und Gattungsschuld, die so im Kaufrecht nicht vorgesehen ist.³⁷

Falls der Verkäufer mit einem anderen Stück erfüllen möchte und der Käufer dies erkennt, bietet § 438 BGB dem Käufer auch eine angemessene Frist, um zu reagieren. Zudem kann der Käufer dann einen Rechtsbehelf aus § 437 BGB wählen.

³⁴ Lettl, JuS 2002, 866, 870; Palandt/Putzo, § 434 Rn. 53; Oetker/Maultzsch, S. 85; Oechsler, Rn. 116; a.A. § 434 III 2. Fall analog: Pfeiffer, ZGS 2002, 138, 140; Hoeren/Martinek/Malzer, SKK, § 434 Rn. 102.

³⁵ Bamberger/Roth/Faust, § 434 Rn. 117; Palandt/Putzo, § 434 Rn. 53.

³⁶ Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII; Lettl, JuS 2002, 866, 871; für den Fall der Lieferung eines Identitäts-aliuds Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 216; Schulze, NJW 2003, 1022.

Allerdings setzt die Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften voraus, dass der Verkäufer die Sache in Erfüllung seiner kaufvertraglichen Pflicht erbringt und dies auch für den Käufer erkennbar ist.³⁸ Dies wird bei krassen Abweichungen nur selten der Fall sein.

cc) Rechtsmangel

Gemäß § 435 BGB liegt ein Rechtsmangel vor, wenn Dritte gegenüber dem Käufer ein Recht in Bezug auf die Sache geltend machen können, das nicht im Kaufvertrag übernommen wurde (S. 1). Dem wird ein nicht bestehendes Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, gleichgestellt (S. 2). Das Recht des Dritten kann privater oder öffentlich-rechtlicher Natur sein, es kann das Eigentum, den Besitz oder den unbeschränkten Gebrauch der Sache betreffen.³⁹ Auch gewerbliche Schutzrechte, Urheber- oder Persönlichkeitsrechte sind unter den Begriff des Rechtsmangels zu fassen.⁴⁰

Fraglich ist, ob ein Rechtsmangel gegeben ist, wenn der Verkäufer dem Käufer kein Eigentum verschafft. Zum Teil wird auch in der Nichtverschaffung von Eigentum eine Rechtsmangel gesehen, weil nach der weiten Definition des § 435 alle Rechte, die ein Dritter in Bezug auf die Sache geltend machen kann, in Betracht kommen.⁴¹ Die wohl auch nach neuem Recht h.M. weist dagegen darauf hin, dass gemäß § 433 I S. 1 der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und S. 2 festlegt, dass die Sache frei von Sach-

³⁷ Lorenz, JuS 2003, 36, 38; Musielak, NJW 2003, 89, 92.

³⁸ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 216; P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 12, Rn. 62; Canaris, Schuldrechtsreform, S. XXIII; ders. in: Karlsruher Forum 2002, S. 5, 66; Jauernig/Chr. Berger, § 434 Rn. 21; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 114; Erman/Grunewald, § 434 Rn. 60; Palandt/Putzo, § 434 Rn. 52; mit Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 162 II BGB Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828.

³⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 13 ff, 18 ff.; Palandt/Putzo, § 435 Rn. 5.

⁴⁰ Palandt/Putzo, § 435 Rn. 9; Langenecker, Immaterialgüterrechte, S. 92 f.; a.A. Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 11: Sachmangel.

⁴¹ Oechsler, Rn. 119; Canaris JZ 2003, 831, 832; Jauernig/Chr. Berger, § 435 Rn. 3.

und Rechtsmängeln sein muss.⁴² Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass eine fehlende Eigentumsverschaffung nicht unter §§ 433 I S. 2, 435 BGB fallen kann. Der Verkäufer haftet demnach nach allgemeinem Schuldrecht. Allerdings wird zum Teil vertreten, auf diese Fälle die kaufrechtliche Verjährungsregel aus § 438 BGB analog anzuwenden.⁴³

Dass auch öffentlich-rechtliche Ansprüche unter § 435 BGB fallen ergibt sich aus § 436 II, der ausdrücklich bestimmt, dass der Verkäufer eines Grundstücks für andere öffentliche Abgaben und öffentliche Lasten, die nicht ins das Grundbuch eingetragen werden können, nicht haftet. Diese Ausnahmegvorschrift wäre sonst überflüssig.⁴⁴

Kein Rechts-, sondern ein Sachmangel liegt vor, wenn das Recht auf der Beschaffenheit der Sache beruht.⁴⁵ Für die Beschaffenheit der Sache ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich. Verändert sich die Beschaffenheit zwischen Gefahrübergang und Eigentumsübertragung, welche für das Vorliegen eines Rechtsmangels maßgeblich ist,⁴⁶ und kann daraufhin ein Dritter ein Recht geltend machen, haftet der Verkäufer auch nicht nach § 435 BGB.⁴⁷

Aus der Formulierung des § 435 BGB geht hervor, dass nicht allein die Geltendmachung des Rechts durch einen Dritten ausreicht. Der Dritte muss das Recht vielmehr „geltend machen können“, d.h. das Recht muss auch tatsächlich bestehen.⁴⁸ Andererseits genügt schon die Möglichkeit der Geltendmachung, d.h. ein Rechtsmangel ist gegeben, auch ohne dass das Recht tatsächlich geltend gemacht wird.⁴⁹

⁴² Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 15; Palandt/Putzo, § 435 Rn. 8; Oetker/Maultzsch, S. 51; Erman/Grunewald, § 435 Rn. 2; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 435 Rn. 13; MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 435 Rn. 7.

⁴³ Oetker/Maultzsch, S. 126; Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 15, § 438 Rn. 14.

⁴⁴ Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 18.

⁴⁵ Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 435 Rn. 7.

⁴⁶ Statt vieler: Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 5; Palandt/Putzo, § 435 Rn. 7.

⁴⁷ Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 10, 18.

⁴⁸ Palandt/Putzo, § 435 Rn. 18; Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 8.

⁴⁹ KompaktKom-BGB/Tonner/Crellwitz, § 435 Rn. 1; Bamberger/Roth/Faust, § 435 Rn. 7; Oetker/Maultzsch, S. 51; a.A. wohl Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 435 Rn. 8.

2. CISG

Die Überschrift des zweiten Abschnitts des Kapitels über die Pflichten des Verkäufers lautet „Vertragsmäßigkeit der Ware sowie Rechte oder Ansprüche Dritter“. Darin wird deutlich, dass das UN-Kaufrecht zwischen mangelhafter Ware i.S.v. Art. 35 und Ware, die mit Rechten oder Ansprüchen Dritter i.S.v. Art. 41, 42 behaftet ist, unterscheidet.

Dem Wortlaut nach unterscheidet das CISG nur im Rahmen des Anspruchs auf Erfüllung (Art. 46 II, III) und bei der Minderung (Art. 50) zwischen sach- und rechtmangelhafter Ware. Ob diese Unterscheidung bei der Anwendung der Vorschriften wirklich getroffen werden muss oder ob die Regeln über die Lieferung mangelhafter Ware auch bei Rechtsmängeln anzuwenden sind, ist umstritten und hängt von dem jeweiligen Rechtsbehelf ab. Deshalb wird auf dieses Problem bei den jeweiligen Rechtsbehelfen eingegangen.

a) Mangelhafte Ware i.S.v. Art. 35 CISG

Gemäß Art. 35 I CISG muss die Ware hinsichtlich der Menge, der Qualität, ihrer Art, der Verpackung oder des Behältnisses dem Vertrag entsprechen. Maßgeblich ist primär, was die Parteien vereinbart haben, wobei sowohl ausdrückliche als auch stillschweigende Vereinbarungen berücksichtigt werden müssen.⁵⁰ Auch Werbeaussagen des Verkäufers, möglicherweise auch Dritter, können in diesem Rahmen beachtlich sein.⁵¹

aa) Maßstab bei fehlender Vereinbarung

Haben die Parteien bezüglich der Anforderungen an die Ware nichts vereinbart, regelt Art. 35 II, welche Maßstäbe gelten.

⁵⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 7; Honsell/Magnus, Art. 35 Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 13; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 35 Rn. 3.

⁵¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 7; Bianca/Bonell/Bianca, Art. 35 Anm. 2.3.; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 134.

Handelt es sich um einen Kauf nach Probe oder Muster, muss die Ware die Eigenschaften der Probe oder des Musters besitzen (lit. c).

Soll die Ware für einen bestimmten Zweck geeignet sein und hat der Käufer dem Verkäufer dies bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht,⁵² muss die Ware für den Zweck auch tatsächlich geeignet sein (lit. b, 1. HS). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte (lit. b, 2. HS).

War bei Vertragsschluss kein bestimmter Verwendungszweck erkennbar, muss sich die Ware für den gewöhnlichen Gebrauch eignen (lit. a). Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Gebrauchs, kommt es auf die Verkehrsauffassung über die üblicherweise zu erwartende Beschaffenheit an.⁵³ Im Rahmen dieser Beurteilung können auch Werbeaussagen des Verkäufers oder sogar von Dritten eine Rolle spielen, wenn und soweit sie Einfluss auf die Verkehrsauffassung haben.⁵⁴

Umstritten ist, ob es bei der Frage nach dem gewöhnlichen Gebrauch auf die Sicht des Verkäufers oder des Käufers ankommt. Gerade bei grenzüberschreitenden Fällen können die Erwartungen an den gewöhnlichen Gebrauch von Käufer und Verkäufer voneinander abweichen. Insbesondere öffentlich-rechtliche Regeln, die die Nutzung in einem der Staaten einschränken, spielen hier eine Rolle. Eine pauschale Antwort wird man kaum geben können. Maßgeblich sind die

⁵² Dies entspricht dem englischen und dem französischen Wortlaut „particular purpose ... made known to the seller“/„usage spéciale qui a été poerté ... à la connaissance“; *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 53; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 180; *Reinhart*, Art. 35 Rn. 6; a.A. Möglichkeit der Kenntnisaufnahme genügt: *Schlechtriem/Schwenger/Schwenger*, Art. 35 Rn. 21; *Staudinger/Magnus*, Art. 35 Rn. 28; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 35 Rn. 11; *Enderlein* in: *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 35 Anm. 11; a.A. Zweck muss Vertragsinhalt werden: *Welser* Vertragsverletzung in: *Doralt*, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 109.

⁵³ *Staudinger/Magnus*, Art. 35 Rn. 18; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 35 Rn. 16.

⁵⁴ *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 35 Rn. 10.

Umstände des Einzelfalls.⁵⁵ Bei der Beurteilung sollte aber m.E. zunächst gefragt werden, ob der Käufer die Ware in der üblichen Weise nutzen kann, d.h. maßgeblich sind die Vorschriften in dem Land, in dem er sie verwenden will.⁵⁶ Zum Schutz des Verkäufer ist dann zu prüfen, ob dieser mit einer entsprechenden Verwendung rechnen musste und er sich über die tatsächliche und rechtliche Lage in dem Land informieren konnte. Zu hohe Anforderungen sind dabei an den Verkäufer nicht zu stellen, da der Käufer sich wesentlich einfacher über rechtliche Einschränkungen in seinem Land informieren kann.⁵⁷ Stellt das Verwendungsland für die Nutzung besondere Regeln auf, obliegt es dem Käufer, den Verkäufer darüber aufzuklären, so dass dieser dafür sorgen kann, dass die Ware den Anforderungen entspricht.⁵⁸

Für die Verpackung gilt lit. d. Danach muss die Ware in der üblichen Weise verpackt sein. Gibt es eine solche übliche Weise nicht, muss die Ware so verpackt sein, dass sie angemessen erhalten und geschützt wird.

bb) Mengenabweichungen

Nach dem Wortlaut von Art. 35 I ist ein Mangel auch gegeben, wenn eine andere Menge als die vertraglich vereinbarte geliefert wird.

(1) Minderlieferung

Liefert der Verkäufer weniger als vereinbart, ist zwischen der Nichtlieferung selbständiger Teile (Teillieferung gem. Art. 51 I CISG) und einer Abweichung in der Menge bezüglich unselbständiger Teile

⁵⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 16; *Audit*, Vente internationale, Anm. 98; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 185.

⁵⁶ A.A. Bianca/Bonell/Bianca, Art. 35 Anm. 2.5.1.

⁵⁷ Siehe auch Staudinger/*Magnus*, Art. 35 Rn. 34; BGH NJW 1995, 2099, 2100 (Muscheln).

⁵⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 35 Rn. 34; *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 52; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 185; so auch MünchKommBGB/U. *Gruber*, Bd. 3, Art. 35 Rn. 24, der jedoch grundsätzlich davon ausgeht, dass es auf die Vorgaben im Land des Verkäufers ankommt.

der Lieferung zu unterscheiden.⁵⁹ Art. 35 I erklärt ganz allgemein, dass die Ware in der Menge den Anforderungen des Vertrags entsprechen muss. Demnach könnte auch die Nichtlieferung selbständiger Teile eine vertragswidrige Lieferung sein. Art. 51 I CISG stellt für diese Fälle jedoch eine Sonderregel auf, nach der für den fehlenden Teil die Art. 46-50 gelten. Es stellt sich die Frage, ob damit der fehlende Teil neu qualifiziert und er als Nichtlieferung betrachtet werden soll,⁶⁰ oder ob die Qualifizierung gem. Art. 35 I CISG weiter gilt und damit die Zuweniglieferung eine Lieferung sachmangelhafter Ware ist, für die Art. 46 II, III, 49 II, 50 gelten.⁶¹ Letzteres hätte den Vorteil, dass der Begriff der vertragswidrigen Ware durchgehend gleich verstanden wird und Mängel gem. Art. 35, d.h. bezüglich Menge, Qualität, Art, Verpackung oder Behältnis, gleich behandelt werden.⁶²

Eine solche Betrachtungsweise lässt Art. 51 jedoch vollkommen außer Acht, der die Geltendmachung von Rechtsbehelfen auf den vertragswidrigen Teil der Lieferung beschränken möchte. So soll eine Aufhebung des gesamten Vertrags nur möglich sein, wenn die teilweise Nicht- oder vertragswidrige Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung ist (Art. 51 II). Auch Sinn und Zweck der Sonderregeln bei Lieferung vertragswidriger Ware zwingen nicht zur Anwendung der Vorschriften über die vertragswidrige Lieferung.⁶³ Deren Grundgedanke ist die Vermeidung von besonderen Härten für den Verkäufer, die auftreten würden, wenn er die schon gelieferte Sache auf eigene Kosten zurücktransportieren oder an Ort und Stelle unter für ihn möglicherweise besonders schwierigen Bedingungen absetzen

⁵⁹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 36; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 21; Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 25.

⁶⁰ Staudinger/Magnus, Art. 51 Rn. 12; Karollus, S. 159; Reinhart Art. 46 Rn. 2; Piltz, Internationales Kaufrecht § 5 Rn. 145; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 4, 21; MünchKommHGB/Benicke, Art. 51 Rn. 5.

⁶¹ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 19.

⁶² Honsell/Schnyder/Straub, Art. 51 Rn. 34 ff., 40, Art. 46 Rn. 19.

⁶³ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 8; MünchKommHGB/Benicke, Art. 51 Rn. 5.

müsste.⁶⁴ Besondere Probleme und Kosten entstehen aber bei der Minderlieferung nicht, weil nichts zurücktransportiert werden muss.

(2) Zuviellieferung

Art. 35 CISG erfasst auch Zuviellieferungen, so dass der Käufer gemäß Art. 39 CISG rügen muss, bevor er Rechte geltend machen kann.⁶⁵ Rügt er nicht, ist darin eine Annahme der Ware gemäß Art. 52 II S. 2 zu sehen, so dass der Käufer auch für den zuviel gelieferten Teil bezahlen muss.⁶⁶ Der Käufer hat aber die Wahl, ob er die Ware annimmt oder ablehnt (Art. 52).

Rügt der Käufer hingegen die Zuviellieferung, ist darin eine Abnahmeverweigerung zu sehen. Gleichzeitig ist eine Lieferung vertragswidriger Ware gegeben und dem Käufer stehen die Rechtsbehelfe gemäß Art. 45 ff. zur Verfügung. Er muss jedoch geeignete Maßnahmen zur Erhaltung der Ware treffen (Art. 86 ff.).⁶⁷ Die Kosten dafür kann er vom Verkäufer gemäß Art. 87 ersetzt verlangen. Entsteht dem Käufer durch die Zuviellieferung ein weiterer Schaden, gilt Art. 45 I lit. b i.V.m. Art. 74 ff.⁶⁸ Die anderen Rechtsbehelfe im Fall der Lieferung vertragswidriger Ware, d.h. Ersatzlieferung (Art. 46 II), Nachlieferung (Art. 46 III) oder Aufhebung des Vertrags (Art. 49 I lit. a) stehen dem Käufer auch zur Verfügung. Eine Minderung (Art. 50) wird wohl kaum in Frage kommen, wäre grundsätzlich aber auch zulässig. Die Ersatzlieferung und die Vertragsaufhebung setzen eine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Diese ist in der Regel bei einer Zuviellieferung nicht gegeben, so dass

⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 4, 21; MünchKommHGB/Benicke, Art. 51 Rn. 5.

⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 52 Rn. 7; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 8.

⁶⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 39 Rn. 30.

⁶⁷ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 52 Rn. 22.

⁶⁸ MünchKommHGB/Benicke, Art. 52 Rn. 18; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 52 Rn. 22.

diese Rechtsbehelfe meist auch ausscheiden.⁶⁹ Damit bleibt neben dem Schadensersatz nur die Nachbesserung. Sie ist in Form der Abholung des überschüssigen Teils denkbar.

cc) Aliud

Da auch Artabweichungen erfasst werden, gilt die Lieferung eines Aliuds nach h.M. als Lieferung vertragswidriger Ware und nicht als Nichtlieferung.⁷⁰ Dies hat den Vorteil, dass die, unter Umständen schwierige, Abgrenzung zwischen Schlecht- und Falschlieferung nicht vorgenommen werden muss.⁷¹ Auch bei eindeutigen Fällen, d.h. bei krassen Abweichungen in der Art, dass z.B. ein Fahrrad statt eines Autos geliefert wird, ist von mangelhafter Ware auszugehen.⁷² Dafür spricht zum einen der Wortlaut des Art. 35 I,⁷³ zum anderen, dass der Verkäufer sich in diesen Fällen meist nicht auf eine fehlende Mängelrüge durch den Käufer berufen kann (Art. 40), da er die Vertragswidrigkeit in den allermeisten Fällen hätte kennen müssen.⁷⁴ Zudem kann auch der Käufer krasse Falschlieferungen unproblematisch

⁶⁹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 52 Rn. 22; Staudinger/Magnus, Art. 52 Rn. 22.

⁷⁰ Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 9; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 10; Schlechtriem/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 20; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 35 Rn. 4; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 35 Rn. 5; Karollus, S. 136; Binder Diskussionsbeitrag in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 146.

⁷¹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 48; MünchKommHGB/Benicke, Art. 35 Rn. 4.

⁷² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 9; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 35 Rn. 2; Karollus, S. 105 f.; Heilmann, S. 170 f., 339; U. Huber, östJBl 1989, 273, 278; Niggemann in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77, 86; a.A.: Sekretariatskommentar Art. 29 Anm. 3, Art. 33 Anm. 2; Bianca/Bonell/Bianca, Art. 35 Anm. 2.4.; Bydlinski Diskussionsbeitrag in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 133; Neumayer, RIW 1994, 99, 105.

⁷³ Aicher in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 111, 120; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 48.

⁷⁴ Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 35 Rn. 5 f.; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 74; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 35 Rn. 5.

erkennen und rügen, so dass kein Bedürfnis besteht, ihn vor den Rügevorschriften der Art. 38 ff. zu schützen.⁷⁵

Außerdem erfordert auch die Lieferung eines Aliud den Rücktransport der Sache, wenn der Käufer Nachlieferung verlangt oder den Vertrag aufhebt. Das CISG versucht aber, den im internationalen Handel unter Umständen teuren und schwierigen Rücktransport möglichst zu vermeiden und in diesen Fällen die Nachlieferung und den Rücktritt nur unter besonderen Umständen zuzulassen. Unter diesem Aspekt ist die Einordnung einer Aliud-Lieferung als Lieferung ebenfalls sinnvoll.⁷⁶

Zu beachten ist jedoch, dass bei der Lieferung für den Käufer erkennbar sein muss, auf welchen Vertrag hin der Verkäufer liefert.⁷⁷ Eine unzweifelhafte Zuordnung kann aber gerade im Fall einer Aliud-Lieferung u.U. nicht möglich sein, so dass dann nicht die Sonderregeln für den Fall der Lieferung mangelhafter Ware sondern die Regeln über die (allgemeine) Vertragsverletzung gelten.

b) Rechte und Ansprüche Dritter

Gemäß Art. 41 S. 1, 1. HS CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die frei von Rechten und Ansprüchen Dritter ist. Ausgenommen sind Rechte und Ansprüche, mit deren Übernahme der Käufer einverstanden ist (Art. 41 S. 1, 2. HS). Das UN-Kaufrecht spricht von Rechten und Ansprüchen. Dies wird so verstanden, dass der Verkäufer sowohl für tatsächlich bestehende Rechte als auch für nur behauptete Ansprüche

⁷⁵ U. Huber, *RabelsZ* 43 (1979) 413, 484; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 10; MünchKommHGB/Benicke, Art. 35 Rn. 4; Freiburg, *Vertragsaufhebung*, S. 74; Niggemann, in: Hoyer/Posch, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, S. 77, 86; Aicher in: Hoyer/Posch, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, S. 111, 122; Kircher, *Sachmängelhaftung*, S. 51.

⁷⁶ Aicher in: Hoyer/Posch, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, S. 111, 121 f.

⁷⁷ Aicher in: Hoyer/Posch, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, S. 111, 123; in diese Richtung MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 48; a.A. MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 35 Rn. 5.

haftet,⁷⁸ auch wenn der Wortlaut „Ware ..., die frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter *ist*“ anders verstanden werden könnte. Es reicht aus, dass ein Dritter nur behauptet, einen Anspruch in Bezug auf die Kaufsache zu haben, der geeignet ist, den Käufer in seiner Position zu stören.⁷⁹ Damit wird die Haftung des Verkäufers stark ausgeweitet. Teilweise wird deshalb vertreten, dass die Haftung des Verkäufers keine Ansprüche umfasst, die offensichtlich abwegig („frivolous“⁸⁰) sind.⁸¹ Ob das tatsächliche Bestehen des Anspruchs wirklich so abwegig ist, ist für den Käufer aber unter Umständen nur schwer feststellbar.⁸² Außerdem stellt sich die Frage, wo die Grenze zu ziehen ist.⁸³ Zudem soll nach der Wertung des CISG der Verkäufer haften, sobald der Käufer durch die Behauptung eines Dritten, er hätte einen Anspruch, die Sache nicht ungestört nutzen kann. Eine solche Störung kann auch gegeben sein, wenn der Dritte einen Anspruch geltend macht, der völlig aus der Luft gegriffen ist.

Die Rechte Dritter können dinglicher oder obligatorischer Natur sein.⁸⁴ Entscheidend ist, dass der Dritte den Käufer daran hindern kann, die Sache uneingeschränkt zu nutzen oder zu verwerten.⁸⁵ Darunter wird

⁷⁸ Sekretariatskommentar, Art. 39 Anm. 3; *Honnold*, Rn. 266; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 41 Rn. 6; *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 9; *Xi*, Rechtsmängelhaftung, S. 73 f.; von der in Deutschland gebräuchlichen Unterscheidung von Rechten und Ansprüchen geht *Achilles*, Art. 41 Rn. 3, aus.

⁷⁹ *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 6 f.; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art. 41 Rn. 10 f.; *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 15.

⁸⁰ Sekretariatskommentar, Art. 39 Anm. 4.

⁸¹ Sekretariatskommentar, Art. 39 Anm. 4; *Herber/Czerwenka*, Art. 41 Rn. 6; *Achilles*, Art. 41 Rn. 3; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 41 Rn. 7; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 660 „ernsthafte Inanspruchnahme“; *Niggemann* in: *Hoyer/Posch*, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77, 93 „ernsthafte und substantiierte Anspruchsstellung“.

⁸² *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 8.

⁸³ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art. 41 Rn. 10; *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 17; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 8.

⁸⁴ *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 11; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art. 41 Rn. 4; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 164; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 4; a.A. Sekretariatskommentar Art. 39 Bem. 5: nur dingliche Rechte.

⁸⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art. 41 Rn. 4; *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 10; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 41 Rn. 2.

auch der Fall gefasst, dass der Verkäufer dem Käufer kein Eigentum verschafft.⁸⁶

Ob öffentlich-rechtliche Beschränkungen unter Art. 41 oder Art. 35 CISG fallen, hängt davon ab, um welche Maßnahme es sich handelt und wie sie wirkt.⁸⁷ Staatliche Ansprüche grundsätzlich auszuschließen, da Art. 41 nur Ansprüche privater Dritter meint,⁸⁸ geht meines Erachtens zu weit. Dem Wortlaut ist das nicht zu entnehmen. Jedoch liegt Vertragswidrigkeit i.S.v. Art. 35 vor, wenn sich eine öffentlich-rechtliche Verfügungs- oder Nutzungsbeschränkung auf Eigenschaften der Ware bezieht.⁸⁹ Wird die Ware vor der Lieferung beschlagnahmt, fehlt es schon an der Lieferung, so dass kein Mangel vorliegt sondern eine Verletzung der Lieferpflicht aus Art. 30.⁹⁰ Eine Beschlagnahme nach Lieferung auf Grund von Rechten Dritter, führt jedoch, eben auf Grund des Rechts des Dritten, zu einem Rechtsmangel i.S.v. Art. 41.⁹¹ Sind Zölle oder Steuern auf die Ware zu zahlen, die der Verkäufer zu übernehmen hat, ist ein Rechtsmangel gegeben, wenn der Staat die Möglichkeit hat, seine Ansprüche so durchzusetzen, dass der Käufer in seiner Eigentümer- und Besitzerstellung beeinträchtigt wird.⁹²

Handelt es sich bei den Rechten oder Ansprüchen um solche, die auf gewerblichem oder anderem geistigem Eigentum beruhen, enthält Art. 42 besondere Regeln. Der Verkäufer haftet in diesen Fällen nur für Rechte und Ansprüche, die er kannte oder die er hätte kennen müssen (Art. 42 I). Zudem muss das Recht oder der Anspruch nach dem Recht

⁸⁶ MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 41 Rn. 4; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 41 Rn. 3.

⁸⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 41 Rn. 5; Xi, Rechtsmängelhaftung, S. 74.

⁸⁸ So Staudinger/Magnus, Art. 41 Rn. 13 mit Hinweis auf den englischen Wortlaut „right of a third party“; Herber/Czerwenka, Art. 41 Rn. 4; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art 41 Rn 5; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 41 Rn. 13.

⁸⁹ Sekretariatskommentar, Art. 39 Anm. 5; MünchKommHGB/Benicke, Art. 41 Rn. 4; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 136, 167; Staudinger/Magnus, Art. 41 Rn. 13; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 41 Rn. 6; Bamberger/Roth/Saenger, Art 41 Rn 4; Herber/Czerwenka, Art. 41 Rn. 4.

⁹⁰ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 167; MünchKommHGB/Benicke, Art. 41 Rn. 4.

⁹¹ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 41 Rn. 4; MünchKommHGB/Benicke, Art. 41 Rn. 4.

⁹² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 41 Rn. 7.

des Staates, in dem der Käufer seine Niederlassung hat, bestehen (Art. 42 I lit. b). Haben die Parteien beim Vertragsschluss in Betracht gezogen, dass die Ware in einem anderen Land weiterverkauft oder verwendet werden würde, ist das Recht dieses Staates maßgeblich (Art. 42 I lit. b).

II. Maßgeblicher Zeitpunkt

1. BGB

Der Sachmangel muss gemäß § 434 I S. 2 bei Gefahrübergang vorliegen. Wann die Gefahr übergeht, ist in §§ 446, 447 BGB geregelt.

Grundsätzlich geht die Gefahr mit der Übergabe der verkauften Sache über oder wenn sich der Käufer in Annahmeverzug befindet (§ 446 S. 1, 3 BGB). Eine Ausnahme dazu stellt der Versandkauf dar. Wenn der Verkäufer die Ware auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, geht die Gefahr mit Übergabe der Sache an die Transportperson über (§ 447 I BGB). Wird die Ware also erst auf dem Transport mangelhaft, haftet der Verkäufer in diesen Fällen nicht.

Die Ware ist übergeben, wenn der Käufer in den Besitz der Sache gelangt.⁹³ In Annahmeverzug gerät der Gläubiger, wenn er die ihm ordnungsgemäß angebotene Sache nicht annimmt (§§ 293 ff.). Der Verkäufer muss ihm die Ware so anbieten, dass der Gläubiger nur noch zugreifen und die Ware annehmen muss.⁹⁴ Bietet der Verkäufer mangelhafte Ware an, liegt kein ordnungsgemäßes Angebot, wie es für den Annahmeverzug erforderlich ist (§ 294 BGB), vor und der Käufer gerät nicht in Annahmeverzug.⁹⁵ Für das Vorliegen des Mangels gemäß § 434 BGB kommt es jedoch in diesen Fällen nicht auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Gefahrübergangs an, sondern es wird auf den

⁹³ Palandt/*Putzo*, § 446 Rn. 13, § 433 Rn. 13.

⁹⁴ Palandt/*Heinrichs*, § 294 Rn. 2; Hk-BGB/*Schulze*, § 294 Rn. 2.

⁹⁵ Palandt/*Heinrichs*, § 294 Rn. 4.

Zeitpunkt abgestellt, zu dem die Gefahr übergehen würde, wenn die Sache mangelfrei wäre.⁹⁶

Ein Rechtsmangel muss zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs vorliegen, weil sich dann entscheidet, ob der Käufer damit rechnen muss, von einem Dritten in Anspruch genommen zu werden.⁹⁷

2. CISG

Gemäß Art. 36 muss die Ware zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer vertragsgemäß sein, auch wenn sich die Vertragswidrigkeit erst später zeigt. Der Verkäufer haftet also auch für bei Gefahrübergang versteckte Mängel.⁹⁸ Außerdem haftet der Verkäufer auch für nach dem Gefahrübergang entstehende Mängel, wenn er eine seiner Pflichten verletzt und die Ware dadurch vertragswidrig wird (Art. 36 II CISG).

Der Gefahrübergang ist in Art. 67-69 CISG geregelt. Auch hier wird zwischen dem Versandkauf (Art. 67) und allen anderen Fällen (Art. 69) unterschieden. Hinzu kommt eine Sonderregelung in Art. 68 für den Verkauf rollender Ware. Gemäß Art. 69 I geht die Gefahr über, sobald der Käufer die Ware übernimmt bzw. wenn dem Käufer die Ware zur Verfügung gestellt wird und eine Nichtabnahme eine Vertragsverletzung darstellt. Diese Regel wird für die Fälle, in denen der Käufer die Ware nicht beim Verkäufer zu übernehmen hat in soweit modifiziert, als dass es darauf ankommt, dass die Lieferung fällig ist, die Ware an dem vereinbarten Ort zur Verfügung steht und der Käufer davon weiß (Abs. 2). Beim Verkauf rollender Ware, d.h. Ware, die sich auf dem Transport befindet, ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich (Art. 68 S. 1). Im Fall eines Versandkaufs geht die Gefahr über, sobald die Ware an den ersten Beförderer übergeben wird (Art. 67 I S. 1).

⁹⁶ Bamberger/Roth/Faust, § 434 Rn. 35.

⁹⁷ MünchKomm/BGB/Westermann, Bd. 3, § 435 Rn. 6; Jauernig/Berger, § 435 Rn. 4; Erman/Grünwald, § 435 Rn. 15; Palandt/Putzo, § 435 Rn. 7.

⁹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 36 Rn. 4.

Art. 36 bezieht sich nur auf die Vertragswidrigkeit gemäß Art. 35, also auf Sachmängel. Für Rechtsmängel gemäß Art. 41, 42 CISG ist nicht ausdrücklich geregelt, wann das Recht bestehen muss. Dem Wortlaut nach kommt es auf den Zeitpunkt der Lieferung an.⁹⁹ Um eine Haftung des Verkäufers zu begründen, muss das Recht bis dahin entstanden sein, bzw. muss der Dritte sich auf ein, angeblich, bis dann entstandenes Recht berufen.¹⁰⁰ Geltend gemacht werden kann das Recht oder der Anspruch auch nach Lieferung.

III. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Lieferung mangelhafter Ware

1. BGB

Fraglich ist, ab wann die §§ 437 ff. BGB anzuwenden sind. § 437 stellt nur auf die Mangelhaftigkeit der Sache ab. Aus dem System des Gesetzes wird jedoch deutlich, dass der Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Vorschriften sich auf die Zeit nach dem Erfüllungsversuch des Verkäufers beschränkt. Der *Nacherfüllungsanspruch* aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB setzt begrifflich voraus, dass schon ein Erfüllungsversuch stattgefunden hat.¹⁰¹ Liegt ein solcher nicht vor, sollen die Regeln des allgemeinen Schuldrechts gelten.

a) Gefahrübergang

Die wohl ganz überwiegende Meinung stellt auf den (fiktiven) Zeitpunkt des Gefahrübergangs gemäß §§ 446, 447 BGB ab, weil § 437

⁹⁹ *Herber/Czerwenka*, Art. 41, Rn. 8, Art. 42 Rn. 4; *Reinhart*, Art. 41 Rn. 4; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 667; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 41 Rn. 8; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 16.

¹⁰⁰ *Staudinger/Magnus*, Art. 41 Rn. 19, Art. 42 Rn. 25; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art. 41 Rn. 15, Art. 42 Rn. 8; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 41 Rn. 8; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 41 Rn. 16.

¹⁰¹ *Oetker/Maultzsch*, S. 74.

einen Mangel voraussetzt und es für die Mangelhaftigkeit gemäß § 434 auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ankommt.¹⁰²

Gegen eine Abstellen auf den Gefahrübergang wird vorgebracht, dass dann der Käufer bei Hol- und Bringschulden den Gefahrübergang – und damit auch die Anwendung des Kaufrechts – durch Nichtannahme abwenden kann, jedoch bei Schickschulden nicht.¹⁰³ Bei der Vereinbarung einer Hol-, Bring- oder Schickschuld gehe es den Parteien nur um die Verteilung des Transportrisikos, nicht um die Frage nach dem Anwendungsbereich des Kaufrechts. Aber selbst wenn der Annahmeverzug nur die Gefahrtragung bezüglich nachträglich entstandener Mängel regeln soll und nicht die Frage der Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Vorschriften, kann dieser Zeitpunkt zur Feststellung des Anwendungsbereichs der §§ 437 ff. BGB herangezogen werden. Denn zu diesem Zeitpunkt hat der Verkäufer seinerseits alles zur Erfüllung Erforderliche getan, was die Anwendung der strengeren Voraussetzungen des Kaufrechts rechtfertigt.

Außerdem ist fraglich, ob das Abstellen auf den Gefahrübergang richtlinienkonform ist.¹⁰⁴ Nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haftet der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung besteht (Art. 3 I Verbrauchsgüterkaufrichtlinie). Mit „Lieferung“ ist die Übergabe gemeint, nicht der Annahmeverzug, der für den Gefahrübergang gemäß § 446 S. 3 maßgeblich sein kann.¹⁰⁵

¹⁰² Das neue Schuldrecht/*Haas*, Kap. 5 Rn. 145 ff.; *P. Huber* in: *Huber/Faust* Kap. 13 Rn. 45; *ders.*, NJW 2002, 1004, 1005; *von Wilmsowsky*, JuS Beil. Heft 1/2002, S. 19; *Palandt/Heinrichs*, § 280 Rn. 17; *Palandt/Putzo*, § 437 Rn. 49, § 433 Rn. 21, § 434 Rn. 8; *Canaris* in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 72; *Jauernig/Chr. Berger*, § 437 Rn. 2; *Erman/Grunewald*, Vor § 437 Rn. 4; *Oechsler*, Rn. 75 f.

¹⁰³ *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 6.

¹⁰⁴ *P. Huber* in: *Huber/Faust*, Kap. 12 Rn. 15; *Canaris* in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 73.

¹⁰⁵ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 213.

b) Annahme als Erfüllung

Teilweise wird die Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften von der Annahme als Erfüllung abhängig gemacht.¹⁰⁶ Erst wenn der Käufer die gelieferte Sache als (teilweise) Erfüllung annimmt, soll § 437 BGB anzuwenden sein. Verwiesen wird auf die Regelung des § 363 BGB, der die Beweislastverteilung ab der Annahme als Erfüllung regelt. Nimmt der Käufer die Sache ohne Vorbehalt als Erfüllung an, und beruft er sich später darauf, dass die Leistung nicht als Erfüllung gelten soll, weil der Verkäufer seine Leistungspflichten nicht erfüllt hat, muss er letzteres beweisen. Die Beweislastumkehr gilt, entgegen dem Wortlaut der Vorschrift, für alle selbständigen Leistungspflichten, d.h. auch im Gewährleistungsrecht.¹⁰⁷ Daraus wird geschlossen, dass mit der Annahme als Erfüllung die Durchführung des Vertrags so weit fortgeschritten ist, dass die Position der Käufers, sowohl bezüglich der Beweislast als auch bezüglich der Gewährleistungsrechte, anders auszugestalten ist als im Fall der völligen Nichtleistung.¹⁰⁸ Geht man von dieser Auffassung aus, hängt die Anwendung des Kaufrechts vom Verhalten des Käufers ab.

c) Erfüllungsversuch

Als weiterer Zeitpunkt käme der der (versuchten) Erfüllung gemäß § 433 I S. 1 BGB in Betracht. Wenn der Verkäufer die Sache übergeben und übereignet hat und die Erfüllung des Anspruchs aus § 433 I nur an der Mangelhaftigkeit der Sache scheitert, liegt ein vollständiger Erfüllungsversuch vor. Zudem kann auf die Regelung der Frage, ob ein Rechtsmangel vorliegt, verwiesen werden. Der Zeitpunkt der (versuchten) Eigentumsübertragung ist auch dort der maßgebliche Zeitpunkt.¹⁰⁹ Tatsächlich wird der Zeitpunkt der Annahme als Erfüllung

¹⁰⁶ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 5; sehr ähnlich („Billigung“) Oetker/Maultzsch, S. 75; Maultzsch, ZGS 2003, 411, 416.

¹⁰⁷ Bamberger/Roth/Dennhardt, § 363 Rn. 3, 5.

¹⁰⁸ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 6.

¹⁰⁹ Palandt/Putzo, § 435 Rn. 7; KompaktKom-BGB/Tonner/Crellwitz, § 434 Rn. 2.

und der der Übereignung samt Übergabe zusammenfallen. Denn nur wenn der Käufer die Sache als Erfüllung annimmt, wird der Verkäufer sie ihm übereignen. Da die Übereignung von einer Willenserklärung des Käufers abhängt, kann er auch nach dieser Auffassung die Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften abwenden bzw. hinauszögern.

d) Ablieferung

Die Anwendung der §§ 437 ff. BGB hängt nicht vom Verhalten des Käufers ab, wenn es auf den Zeitpunkt der Ablieferung ankommt. Der Verkäufer hat die Sache abgeliefert, wenn der Käufer eine Möglichkeit zur Untersuchung der Ware hat. Der Verkäufer muss die Kaufsache in Erfüllung des Vertrags mit einer einseitigen Handlung aus seiner Verfügungsgewalt entlassen, den Gewahrsam an ihr aufgeben und dem Käufer gleichzeitig die Verfügungsmöglichkeit so einräumen, dass dieser sich jederzeit ohne weiteres den Besitz verschaffen kann.¹¹⁰ Dies ist weniger als die Übergabe i.S.v. § 446, weil eine tatsächliche Inbesitznahme durch den Käufer nicht notwendig ist. Es ist aber mehr als der Annahmeverzug gemäß § 446 i.V.m. § 293 ff. BGB, für den dem Gläubiger keine Verfügungsmöglichkeit eingeräumt werden muss. An den Zeitpunkt der Ablieferung knüpfen sowohl § 438 II BGB für den Beginn der Verjährungsfrist (außer bei Grundstücken) als auch § 377 HGB für die Untersuchungspflicht an. Auch wenn das BGB keine Untersuchungspflicht kennt, ist es angemessen, die kaufrechtlichen Regeln anzuwenden, wenn die Durchführung des Vertrags so weit fortgeschritten ist, dass es dem Käufer jederzeit möglich ist, auf die Sache zuzugreifen und mögliche Mängel festzustellen. Im Fall des Annahmeverzugs ist keine „Lieferung“ in diesem Sinn gegeben, Hol-, Bring- und Schickschuld werden gleich behandelt, da es dem Käufer in jedem Fall möglich sein muss, auf die Ware durch eine einseitige Handlung zuzugreifen. Nach dieser Ansicht gelten die kaufrechtlichen

¹¹⁰ BGHZ 93, 338, 345; BGH NJW 1988, 2608, 2609; Bamberger/Roth/Faust, § 438 Rn. 30.

Regeln, sobald der Käufer die Möglichkeit zur Untersuchung der Ware hat. Zudem beginnt ab diesem Zeitpunkt auch die Verjährungsfrist zu laufen. Ablieferung i.S.v. § 438 II BGB entspricht der Lieferung in Art. 5 I Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.¹¹¹

Fraglich ist, ob der Zeitpunkt der Ablieferung auch bei Grundstücken gilt. Für den Beginn der Verjährungsfrist ist in diesen Fällen die Übergabe maßgeblich (§ 438 II BGB). Zur Übergabe gehört die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Käufer. Eine Übergabe in Form eines Übergabesurrogats gemäß §§ 930, 931 genügt nicht.¹¹² Berücksichtigt man aber, dass die unterschiedliche Formulierung für bewegliche Sachen und Grundstücke auf dem Gedanken beruht, dass auch beim Versendungskauf die Verjährung erst ab der Ablieferung an den Käufer laufen soll und nicht schon mit der Übergabe an den Frachtführer,¹¹³ relativiert sich der Unterschied. Der Gesetzgeber – noch zum ADHGB – ging damals davon aus, dass die „Übergabe“ schon mit der Übergabe an den Frachtführer stattfand.¹¹⁴ Heute ist anerkannt, dass die Übergabe i.S.v. § 433 I in jedem Fall erst stattgefunden hat, wenn der Käufer den Besitz der Sache erhalten hat. Eine Unterscheidung zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken wäre nicht mehr notwendig. Ursprünglich ging es dem Gesetzgeber wohl sogar darum, dass der Käufer den unmittelbaren Besitz erlangt. Durch die Entwicklung bei der Auslegung des Begriffs „Ablieferung“ muss man aber auf den etwas früheren Zeitpunkt der Möglichkeit der Untersuchung der Sache abstellen. Da auch bei Grundstücken diese Möglichkeit die Anwendung der kaufrechtlichen Regeln rechtfertigt, kann man immer auf den Zeitpunkt der Ablieferung abstellen.

¹¹¹ Bamberger/Roth/*Faust*, § 438 Rn. 29; insoweit zustimmend *Canaris* in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 73.

¹¹² Palandt/*Putzo*, § 438 Rn. 14; Bamberger/Roth/*Faust*, § 438 Rn. 29; für § 477 a.F. BGH NJW 1996, 586; MünchKomm-*Westermann*, Bd. 3, § 477 Rn. 13; laut Staudinger/*Honsell* § 477 Rn. 43 strittig.

¹¹³ Nürnberger Protokolle II, S. 662, 665; Soergel/*U. Huber*, § 477 Rn. 31.

¹¹⁴ Nürnberger Protokolle II, S. 662, 665; Soergel/*U. Huber*, § 477 Rn. 31.

2. CISG

Das UN-Kaufrecht geht in Art. 46 II, III, 49 II und 50 davon aus, dass nicht vertragsgemäße Ware geliefert wurden. Der Begriff „Lieferung“ wird zwar nicht definiert, aber in Art. 31 konkretisiert.¹¹⁵ Gemäß Art. 31 lit. c besteht die Lieferpflicht des Verkäufers grundsätzlich darin, dass er die Ware am Ort seiner Niederlassung dem Käufer zur Verfügung stellt. Ist nach dem Vertrag die Beförderung der Ware vorgesehen, muss der Verkäufer die Ware an den ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer übergeben (lit. a), und in bestimmten Fällen muss der Verkäufer Ware, die sich bei Vertragsschluss an einem bestimmten Ort befand oder an einem bestimmten Ort herzustellen oder zu erzeugen war, an diesem Ort zur Verfügung stellen (lit. b). Die Parteien können natürlich auch vereinbaren, dass der Verkäufer die Ware an einen anderen Ort zu liefern hat. Mit Blick auf Art. 31 wird deutlich, dass es im CISG bei der Lieferung nicht darauf ankommt, dass der Käufer in den Besitz der Ware gelangt.¹¹⁶ Der Verkäufer muss sie ihm nur am richtigen Ort „zur Verfügung“ stellen. Zur Verfügung stellen bedeutet, dass der Verkäufer alles seinerseits erforderliche tun muss, damit der Käufer die Ware abholen kann.¹¹⁷ Eine Ausnahme besteht beim Versandungskauf. Dort muss der Verkäufer die Ware an die erste Transportperson übergeben haben (Art. 31 lit. a), d.h. der Beförderer muss die Ware tatsächlich annehmen.¹¹⁸ Außerdem gilt die Ware erst bei tatsächlicher Übergabe an den Käufer als geliefert, wenn die Parteien es so vereinbaren.¹¹⁹

¹¹⁵ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 59.

¹¹⁶ U. Huber, *RabelsZ* 43 (1979) 413, 452; Staudinger/Magnus, Art. 30 Rn. 5; Herber/Czerwenka, Art. 30 Rn. 2; Honnold, Rn. 210; Ziegler, *Leistungsstörungenrecht*, S. 48; Freiburg, *Vertragsaufhebung*, S. 58.

¹¹⁷ Sekretariatskommentar, Art. 29 Anm. 16; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 31 Rn. 8; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 31 Rn. 7; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 31 Rn. 13; Niggemann in: Hoyer/Posch, *Das einheitliche Wiener Kaufrecht*, S. 77, 79; Freiburg, *Vertragsaufhebung*, S. 66.

¹¹⁸ Freiburg, *Vertragsaufhebung*, S. 64; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 31 Rn. 6; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 31 Rn. 9; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 31 Rn. 19.

¹¹⁹ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 31 Rn. 19.

Fraglich ist, ob eine solche Vereinbarung schon gegeben ist, wenn die Parteien eine Bringschuld vereinbaren. Gerade bei einer Bringschuld wird es zum Teil als problematisch erachtet, wenn der Verkäufer die Ware auf dem Gelände des Käufers abstellt, ohne sie dem Käufer tatsächlich zu übergeben. Immerhin trifft den Verkäufer eine Erhaltungspflicht gem. Art. 85. Entfernt der Verkäufer die Ware wieder vom Ort des Käufers, um dieser Pflicht nachzukommen, stellt er sie nicht mehr zur Verfügung.¹²⁰ Deshalb solle bei einer Bringschuld die Lieferung praktisch in der Übergabe der Sache an den Käufer bestehen. Meines Erachtens trifft es zwar zu, dass zu einer Lieferung die Ware dauerhaft dem Käufer wie geschuldet zur Verfügung gestellt werden muss und dass dies nicht der Fall ist, wenn der Verkäufer die Ware wieder vom Lieferort entfernt. Die Schlussfolgerung, dass deshalb bei Bringschulden generell die Übergabe der Ware geschuldet wird, geht jedoch zu weit. Es kommt nur darauf an, ob der Käufer jederzeit unproblematisch auf die Ware zugreifen kann, eben ob sie ihm im oben genannten Sinne zur Verfügung gestellt wird.¹²¹

Daraus ergibt sich auch, dass eine Lieferung im Fall des Annahmeverzugs gegeben sein kann, wenn der Verkäufer die Ware an einem Ort belässt, an dem der Käufer jederzeit Zugriff auf sie hat.

Diese Auslegung des Begriffs „Lieferung“ hat zur Folge, dass die besonderen Regeln für Fälle der Lieferung von (vertragswidriger) Ware grundsätzlich immer schon dann anzuwenden sind, wenn der Verkäufer die Ware dem Käufer zur Verfügung gestellt hat, so dass dieser auf sie zugreifen kann. Dies hängt nicht davon ab, dass der Käufer unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Besitz erlangt. Im Fall des Versandkaufs kommt es abweichend davon auf die Übergabe an den Beförderer an, Art. 31 lit. a CISG.

¹²⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*U. Huber/Widmer*, Art. 31 Rn. 76; *Ziegler*, Leistungsstörungenrecht, S. 48.

¹²¹ *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 31 Rn. 12; *Honsell/Karollus*, Art. 31 Rn. 45.

IV. Allgemeine Ausschlussgründe

Sowohl im BGB als auch im CISG gibt es Vorschriften, die die Ansprüche des Käufers ausschließen und die bei allen Rechtsbehelfen zu beachten sind. Daneben gibt es Vorschriften, die nur bei einzelnen Rechten Anwendung finden. Letztere werden in den Kapiteln zum jeweiligen Recht dargestellt.

1. Kenntnis des Käufers

a) BGB

Wenn der Käufer bei Vertragsschluss wusste, dass die Sache mangelhaft ist, kann er sich später nicht auf diesen Mangel berufen, § 442 I S. 1 BGB. Bei Kenntnis des Käufers ist davon auszugehen, dass er den Mangel mit in seine Überlegungen zum Abschluss des Vertrages einbezogen hat, so dass er nicht schutzwürdig ist.¹²² Auch bei Unkenntnis in Folge grober Fahrlässigkeit verwehrt das Gesetz dem Käufer die Geltendmachung von Rechtsbehelfen wegen des Mangels. Nur wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat, kann der Käufer doch Rechte geltend machen (§ 442 I S. 2). Für die Übernahme einer Garantie reicht eine einfache Beschreibung des Kaufgegenstandes jedoch in der Regel nicht aus.¹²³

Vor der Schuldrechtsreform wurde in § 439 I und § 460 BGB a.F. zwischen Rechts- und Sachmängeln unterschieden und bei Rechtsmängeln führte nur die tatsächliche Kenntnis zu einem Haftungsausschluss. Der Gesetzgeber sah jedoch keinen Grund mehr, Rechts- und Sachmängel unterschiedlich zu behandeln und hat mit

¹²² Jauernig/*Chr. Berger*, § 442 Rn.1; Palandt/*Putzo*, § 442 Rn. 1; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 442 Rn. 1.

¹²³ Palandt/*Putzo*, § 442 Rn. 19; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 442 Rn. 13.

Blick auf mögliche Abgrenzungsschwierigkeiten auf eine Differenzierung verzichtet.¹²⁴

b) CISG

Gemäß Art. 35 III CISG kann sich der Käufer auf die Vertragswidrigkeit der Ware nicht berufen, wenn er sie bei Vertragsabschluss kannte oder hätte kennen müssen. Die Formulierung in Art. 35 III „darüber nicht in Unkenntnis sein konnte“ zielt auf besonders hohe Anforderungen i.S.v. grob fahrlässiger Unkenntnis ab.¹²⁵

Dies gilt allerdings nur, wenn sich die Vertragswidrigkeit aus Art. 35 II CISG ergibt. Haben sich die Parteien gemäß Art. 35 I auf bestimmte Anforderungen geeinigt, haftet der Verkäufer, wenn die Ware von den vertraglichen Bestimmungen abweicht. Dies gilt nach zutreffender Ansicht auch, wenn der Käufer bei Vertragsschluss wusste, dass die Ware dieser Vereinbarung nicht entspricht, insbesondere wenn die Möglichkeit bestand, die Ware in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.¹²⁶ Zum Teil wird zwar vertreten, dass sich der Käufer auf Grund von Treu und Glauben nicht auf die Vertragswidrigkeit berufen kann, wenn er wusste, dass es unmöglich ist, diese zu beseitigen.¹²⁷ In

¹²⁴ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 236.

¹²⁵ Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 47; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 35 Rn. 36; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art. 35 Rn. 21; Achilles Art. 35 Rn. 16; Karollus S. 119; Heilmann, Mängelgewährleistung S. 208; vgl. auch Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach Art. 35 Rn. 20.

¹²⁶ Kircher, Sachmängelhaftung, S. 55; Aue, Mängelgewährleistung, S. 80 f.; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer Art. 35 Rn. 38; P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 110; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 144; a.A. Abs. 3 analog: Reinhart, Art. 35 Rn. 10; Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 35 Anm. 19; Herber/Czerwenka, Art. 35 Rn. 11; Ziegler, Leistungsstörungenrecht, S. 103; wohl auch Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 110.

¹²⁷ Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 50, 51; Bamberger/Roth/Saenger Art. 35 Rn. 12; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 35 Rn. 35; Achilles Art. 35 Rn. 17; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 97 f.; in diese Richtung auch Niggemann in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77, 86.

diesen Fällen ist jedoch primär zu prüfen, inwieweit die betroffene Eigenschaft tatsächlich gemäß Art. 35 I CISG geschuldet war.¹²⁸

Eine ähnliche Regelung enthalten Art. 41 S. 1 und Art. 42 II lit. a für die Fälle der Belastung mit Rechten und Ansprüchen Dritter. Dabei reicht bei Rechten oder Ansprüchen Dritter, die nicht auf geistigem Eigentum beruhen, die Kenntnis des Käufers nicht aus. Der Käufer muss eingewilligt haben, die Ware mit dem Recht oder Anspruch zu übernehmen (Art. 41 S. 1). Eine solche Einwilligung kann jedoch auch konkludent gegeben werden.¹²⁹ Insbesondere wenn der Verkäufer ausdrücklich auf den Mangel hingewiesen hat, kommt dies in Betracht.¹³⁰

2. (Teilweise) Verursachung durch den Käufer

a) BGB

Hat der Käufer den Mangel ganz oder auch nur teilweise verursacht, wäre es unbillig, ihm trotzdem Rechtsbehelfe wegen des Mangels zuzusprechen. Für den Schadensersatz bietet § 254, nach dem das Mitverschulden zu berücksichtigen ist, eine gute und flexible Möglichkeit, über die die Verursachungsbeiträge von Verkäufer und Käufer angemessen einfließen können.

§ 323 VI bestimmt für den Rücktritt, dass dieser ganz ausgeschlossen ist, wenn der Käufer allein oder zumindest weit überwiegend für den Mangel verantwortlich ist. Der Verursachungsbeitrag des Käufers

¹²⁸ P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 110; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 38; Heilmann, S. 206.

¹²⁹ Staudinger/Magnus, Art. 41 Rn. 22; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine Art. 41 Rn. 10; Herber/Czerwenka Art. 41 Rn. 9; Sekretariatskommentar Art. 39 Anm. 2; Langenecker, Immaterialgüterrechte, S. 206.

¹³⁰ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 41 Rn. 10; Achilles Art. 41 Rn. 6; für den Fall der vom Verkäufer erkennbaren Kenntnis des Käufers Karollus S. 123; bei vorbehaltloser Annahme trotz Kenntnis des Käufers auch Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer Art. 41 Rn. 18; Ziegler, Leistungsstörungenrecht, S. 110; a.A.; Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach Art. 41 Rn. 3.

überwiegt weitgehend, wenn er über 80-90% liegt.¹³¹ Außerdem ist der Rücktritt gemäß § 323 VI ausgeschlossen, wenn der Mangel entstanden ist, während der Käufer im Annahmeverzug war, denn hier hat der Käufer den Gefahrübergang verhindert und auch daraus sollen dem Verkäufer keine Nachteile entstehen.

Für die Minderung wird über § 441 I BGB auf die Rücktrittsvorschriften verwiesen. Folglich ist die Minderung ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel allein oder weit überwiegend zu verantworten hat (§ 441 I i.V.m. § 323 VI). Für die Fälle der beiderseitigen Verursachung, bei der der Beitrag des Käufers unter den Anforderungen des § 323 VI bleibt, bietet m.E. § 254 BGB analog eine angemessene Lösung, da auch der Minderungsbetrag, wie der Schadensersatz entsprechend verringert werden kann.¹³² Die Rechtsprechung kommt über § 242 zum praktisch gleichen Ergebnis.¹³³

Verlangt der Käufer Nacherfüllung, obwohl er den Mangel ganz oder auch nur teilweise verursacht hat, gibt es keine ausdrückliche Regel. Eine Teilung des Rechtsbehelfs ist nicht möglich. Auch der Rücktritt ist ein unteilbarer Rechtsbehelf und für diesen hat der Gesetzgeber die Regelung des § 323 VI BGB vorgesehen. Für die Nacherfüllung fehlt eine entsprechende Vorschrift. Der Gesetzgeber hat die Problematik offenbar übersehen, so dass m.E. § 323 VI analog angewendet werden kann. Demnach ist der Anspruch auf Nacherfüllung ausgeschlossen, wenn der Käufer allein oder weit überwiegend für den Mangel verantwortlich ist oder der Mangel zur Zeit des Annahmeverzugs entstanden ist. Andere ziehen den Rechtsgedanken des § 254 i.V.m. § 242 BGB heran, mit der Folge, dass der Käufer zwar Nacherfüllung verlangen kann, jedoch einen Teil der dadurch entstehenden Kosten zu

¹³¹ Palandt/*Heinrichs*, § 323 Rn. 29; Bamberger/*Roth/Grothe*, § 323 Rn. 34; Erman/*Westermann*, § 323 Rn. 29; mit Hinweis auf die Wertung des § 254 BGB Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 187.

¹³² So auch *Oechsler*, Rn. 223.

¹³³ BGH NJW 1981, 1448; 1449; vgl. MünchKommBGB/*Oetker*, Bd. 2 a, § 254 Rn. 23.

tragen hat.¹³⁴ Daraus ergibt sich ebenfalls, dass im Fall der alleinigen oder weit überwiegender Verantwortung der Anspruch auf Nacherfüllung ausgeschlossen ist.

b) CISG

Gemäß Art. 80 CISG kann sich der Käufer auf die Mangelhaftigkeit der Ware nicht berufen, soweit er den Mangel selbst verursacht hat. Der Verkäufer übernimmt zwar eine Garantiehaftung, soll aber durch Handlungen oder Unterlassungen, die auf Seiten des Schuldners liegen, keine Nachteile haben.

Unproblematisch ist die Anwendung der Vorschrift, wenn allein der Käufer die Vertragswidrigkeit verursacht hat.

Umstritten ist jedoch, ob Art. 80 Anwendung findet, wenn auch der Verkäufer zur Vertragswidrigkeit beigetragen hat. Zum Teil wird dann die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 80 verneint¹³⁵ und auf Treu und Glauben (Art. 7 I)¹³⁶ oder die allgemeinen, dem CISG zu Grunde liegenden Grundsätze (Art. 7 II)¹³⁷ zurückgegriffen oder allein auf die Vorschrift über die Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) verwiesen.¹³⁸ In Hinblick auf den Wortlaut „soweit die Nichterfüllung durch ihre Handlung oder Unterlassung verursacht wurde“ ist jedoch m.E. eine Teilung der Rechtsfolgen nach Verursachungsbeiträgen auch

¹³⁴ Palandt/Heinrichs, § 254 Rn. 9; zum Werkvertragsrecht BGHZ 90, 344, 348; kritisch dazu MünchKommBGB/Oetker, § 254 Rn. 22 f.

¹³⁵ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 214.

¹³⁶ Schlechtriem/Stoll, Art. 80 Rn. 6.

¹³⁷ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 80 Rn. 6; wohl auch Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 80 Rn. 7.

¹³⁸ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 80 Rn. 3 f.; bis zur überwiegender Verursachung durch den Gläubiger auch Achilles, Art. 80 Rn. 4.

im Rahmen des Art. 80 möglich.¹³⁹ Im Ergebnis weichen die Auffassungen ohnehin nicht voneinander ab.

Fraglich ist, wie Verursachungsbeiträgen von Käufer und Verkäufer Rechnung getragen werden kann, wenn die Rechtsfolge, wie bei der Erfüllung und dem Rücktritt, nicht teilbar ist. In diesen Fällen werden die entsprechenden Ansprüche im allgemeinen nur ausgeschlossen, wenn der Beitrag des Käufers wesentlich überwiegt.¹⁴⁰ Dabei ist m.E. ähnlich wie zu § 323 VI BGB¹⁴¹ eine Verantwortungsquote von 80-90% zu fordern. Bei einem so deutlich überwiegenden Verursachungsbeitrag erscheint es gerechtfertigt, den Käufer auf die übrigen Rechtsbehelfe (Minderung und Schadensersatz) zu verweisen und ihm eine Erfüllung oder die Aufhebung des Vertrages zu verweigern. Überwiegt der Verursachungsbeitrag des Käufers nicht in diesem Maße, kann der Käufer Nacherfüllung verlangen oder den Vertrag aufheben. Dem Verkäufer steht dann ein Schadensersatzanspruch zu, der jedoch gemäß Art 77 in dem Maße gekürzt wird, wie der Verkäufer selbst den Schaden verursacht hat.¹⁴²

3. Untersuchungs- und Rügefristen

a) BGB

Nach BGB hat der Käufer keinerlei Untersuchungs- oder Rügefristen einzuhalten. Eine Untersuchungs- und Rügefrist kennt das deutsche

¹³⁹ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 80 Rn. 2; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 80 Anm. 2.5.; Maskow in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 80 Anm. 6; Herber/Czerwenka, Art. 80 Rn. 7 f.; Honsell/Magnus, Art. 80 Rn. 12; Neumayer/Ming, Art. 80 Anm. 3; Rathjen, RIW 1999, 561, 565; Staudinger/Magnus, Art. 80 Rn. 14 f.; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 254 f.; nur bei überwiegender Verursachung durch den Gläubiger Achilles, Art. 80 Rn. 4.

¹⁴⁰ Staudinger/Magnus, Art. 80 Rn. 14; Herber/Czerwenka Art. 80 Rn. 8; Rudolph, Kaufrecht, Art. 80 Rn. 10; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 80 Rn. 6; a.A. Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 255: schon bei etwa gleichen Verursachungsbeiträgen ist dem Käufer das Aufhebungsrecht abzusprechen.

¹⁴¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 187; Palandt/Heinrichs, § 323 Rn. 29; Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rn. 34; Erman/Westermann, § 323 Rn. 29.

¹⁴² Staudinger/Magnus, Art. 80 Rn. 14; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 80 Rn. 6; ähnlich Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 80 Rn. 6, Art. 77 Rn. 3; Achilles Art. 80 Rn. 4; Bianca/Bonell/Tallon Art. 80 Anm. 2.5.

Recht beim beiderseitigen Handelskauf (§ 377 I HGB). Dort muss der Käufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung untersuchen und Sachmängel rügen, ansonsten gilt die Ware als genehmigt (§ 377 II HGB). Unverzüglich handelt der Käufer, wenn er gemäß § 121 I BGB ohne schuldhaftes Zögern handelt. § 377 I HGB selbst stellt auf den ordnungsgemäßen Geschäftsgang bei einem ordentlichen Kaufmann (§ 347 I HGB) ab, so dass das Verschuldensmoment aus § 121 I BGB keine eigene Bedeutung mehr hat.¹⁴³ Da es im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten darauf ankommt, Geschäfte schnell abzuwickeln, sind sowohl die Untersuchungs- als auch die Mitteilungsfrist kurz zu bemessen.¹⁴⁴ Im Allgemeinen kann eine grobe Überprüfung innerhalb eines Tages verlangt werden, für eine genauere Untersuchung steht dem Käufer etwa eine Woche zur Verfügung.¹⁴⁵ Es kommt jedoch auf die Umstände des Einzelfalls an, z.B. auf die Beschaffenheit und die Menge, der Ware, die Verpackung, den Verwendungszweck, die fachlichen und technischen Möglichkeiten des Käufers oder die jeweiligen Gepflogenheiten der Branche.¹⁴⁶ Bei verderblicher Ware oder Ware mit großen Preisschwankungen verkürzt sich die Untersuchungsfrist, bei aufwendigen Untersuchungen steht dem Käufer hingegen mehr Zeit zur Verfügung.¹⁴⁷

Der Käufer muss, wenn sich ein Mangel zeigt, diesen dem Verkäufer unverzüglich mitteilen. § 377 HGB unterscheidet zwischen sogenannten offenen Mängeln, die von Abs. 1 erfasst werden und sogenannten verdeckten Mängeln, deren Rüge in Abs. 3 geregelt ist. Offene Mängel sind solche, die entweder schon vor oder zumindest nach einer ordnungsgemäßen Untersuchung erkennbar sind. Offensichtliche

¹⁴³ K. Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3. a); MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 29.

¹⁴⁴ Hopt, HGB, § 377 Rn. 23, 26.

¹⁴⁵ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 30; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 377 Rn. 17.

¹⁴⁶ Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 377 Rn. 8; MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 33 ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3. a); Hopt, HGB, § 377 Rn. 23 ff.

¹⁴⁷ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 30; StaubHGB/Brüggemann, § 377 Rn. 79.

Mängel muss der Käufer sofort, d.h. je nach Fall innerhalb von Stunden oder wenigen Tagen,¹⁴⁸ rügen, d.h. er darf nicht die ihm zur genaueren Untersuchung zur Verfügung stehende Zeit abwarten.¹⁴⁹ Zeigen sich während der Untersuchung Mängel, kann der Käufer den Ablauf der Untersuchungsfrist abwarten, muss dann aber unverzüglich, in der Regel am Tag nach Ablauf der Untersuchungsfrist, rügen.¹⁵⁰ Begründet wird dies damit, dass bei zunächst verdeckten Mängeln, der Verkäufer mit einer u.U. längeren Untersuchung rechnen müsse und ihn die kurze Untersuchungsfrist ausreichend schütze.

Ist der Mangel auch bei einer Untersuchung der Ware nicht zu erkennen, muss ihn der Käufer anzeigen, sobald sich der Mangel zeigt, ansonsten gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt (§ 377 III HGB). Dies gilt unabhängig davon, ob tatsächlich eine ordnungsgemäße Untersuchung durchgeführt wurde oder nicht. Es kommt nur darauf an, ob der Mangel bei einer Untersuchung hätte entdeckt werden können.¹⁵¹ Der Käufer muss den Mangel auch nicht tatsächlich wahrnehmen. Es reicht aus, dass sich der Mangel so zeigt, dass er vom Käufer oder einem Dritten, der in seinem Bereich tätig wird und von dem die Weiterleitung an den Käufer erwartet werden kann, bei einem ordnungsgemäßen Verhalten hätte wahrgenommen werden können.¹⁵² Da eine Untersuchung nicht mehr notwendig ist, ist die Rügefrist kurz zu bemessen. In der Regel müssen zwei Tage ausreichen.¹⁵³ Die Rügefrist verlängert sich, wenn noch festgestellt werden muss, ob der Mangel bei Gefahrübergang vorlag. Dem Käufer kann nicht zugemutet werden, eine Rüge auf Verdacht auszusprechen

¹⁴⁸ K. Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3. c).

¹⁴⁹ StaubHGB/Brüggemann, § 377 Rn. 67; MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 55; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 377 Rn. 16.

¹⁵⁰ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 56; StaubHGB/Brüggemann, § 377 Rn. 104.

¹⁵¹ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 68.

¹⁵² StaubHGB/Brüggemann, § 377 Rn. 123; MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 69; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 377 Rn. 9.

¹⁵³ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 72; Schlegelberger/Hefermehl, § 377 Rn. 66.

und damit sein Geschäftsverhältnis zu belasten, obwohl nicht feststeht, dass tatsächlich ein Anspruch besteht.¹⁵⁴

§ 377 V HGB schließt die Untersuchungs- und Rügepflicht aus, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. In diese Fällen ist er nicht schutzwürdig.¹⁵⁵

b) CISG

Beruft sich der Käufer auf die Mangelhaftigkeit der Ware gemäß Art. 35 oder Art. 41, 42 CISG, muss er die Fristen der Art. 39 bzw. Art. 43 I CISG beachten. Gemäß Art. 39 I verliert er sein Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit zu berufen, wenn er den Mangel dem Verkäufer nicht rechtzeitig anzeigt. Stellt er den Mangel fest oder hätte er ihn feststellen müssen, muss die Anzeige mit einer genauen Beschreibung innerhalb einer angemessenen Frist nach der Entdeckung des Mangels abgeschickt werden.

Der Zeitpunkt, bis zu dem der Käufer den Mangel hätte feststellen müssen, wird in der Regel durch Art. 38 bestimmt, der dem Käufer eine Untersuchungspflicht bzw. -obliegenheit auferlegt. Gemäß Abs. 1 muss der Käufer die Ware innerhalb so kurzer Zeit untersuchen, wie es die Umstände erlauben. Abs. 2 und 3 konkretisieren diese Pflicht für bestimmte Situationen. Bei Mängeln, die bei einer solchen Untersuchung nicht entdeckt werden können, läuft die Rügefrist ab dem Zeitpunkt, in dem der Mangel tatsächlich entdeckt wurde oder auch später hätte entdeckt werden können.

Sowohl die Untersuchungs- als auch die Rügefrist hängen in ihrer Länge von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁵⁶ Zu berücksichtigen sind insbesondere Art und Umfang der Ware und die Anforderungen an

¹⁵⁴ StaubHGB/Brüggemann, § 377 Rn. 126, 105; MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 72.

¹⁵⁵ MünchKommHGB/Grunewald, § 377 Rn. 83.

¹⁵⁶ Ausführlich mit Nachweisen aus der Rechtsprechung MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 38 Rn. 57 ff., Art. 39 Rn. 33 ff.

deren Untersuchung.¹⁵⁷ Gründe, die in der Person des Käufers beruhen, bleiben außer Acht, können aber zu einer Entschuldigung gemäß Art. 44 CISG führen.¹⁵⁸ Bei der Rügefrist kommt es weniger auf Art- und Umfang der Ware als vielmehr auf äußere Faktoren wie Zufälle oder Feiertage an.¹⁵⁹ Auch die Art des später geltend gemachten Rechtsbehelfs kann eine Rolle spielen: Will der Käufer die Ware behalten, sind die daraus resultierenden Folgen für den Verkäufer in der Regel weniger einschneidend, so dass dem Käufer zur Rüge mehr Zeit gegeben wird.¹⁶⁰ Die Untersuchungsfrist kann von wenigen Tagen bei verderblichen Produkten bis zu einigen Monaten bei sehr komplexen Maschinen dauern.¹⁶¹ Für die Rüge wird dem Käufer in der Regel ein Zeitraum zwischen 2-4 Wochen eingeräumt, wobei gerade im deutschen Rechtsraum tendenziell weniger Zeit eingeräumt wird.¹⁶² Zu beachten ist jedoch, dass die beiden Fristen zusammengerechnet werden, so dass eine Gesamtfrist zu beachten ist und ein Überschreiten der einen durch ein entsprechend schnelleres Handeln bei der anderen ausgeglichen werden kann.¹⁶³

Unabhängig von dem Zeitpunkt, in dem der Käufer den Mangel entdeckt hat oder hätte entdecken müssen, verliert der Käufer das Recht,

¹⁵⁷ Staudinger/Magnus, Art. 39 Rn. 43; MünchKommHGB/Benicke, Art. 38 Rn. 7; Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 136 ff.; Stadie/Nietzer, MDR 2002, 428, 430.

¹⁵⁸ Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 140, 168.

¹⁵⁹ MünchKommHGB/Benicke, Art. 39 Rn. 7.

¹⁶⁰ Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 169; Staudinger/Magnus, Art. 39 Rn. 48; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 39 Rn. 16; MünchKommHGB/Benicke, Art. 38 Rn. 7; Kruisinga, ERPL 2001, 177, 183; a.A. Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 39 Anm. 3.

¹⁶¹ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 38 Rn. 5; zu Einzelfällen siehe die Übersicht Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 171 ff.; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 207 f.; offenbar strenger („in der Regel ... drei bis vier Tage“) Schön, Allgemeines Vertragsrecht und Kaufvertragsrecht, S. 404 f.

¹⁶² Piltz, NJW 2003, 2056, 2062; MünchKommHGB/Benicke, Art. 39 Rn. 7; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 39 Rn. 8; Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 165 (3-4 Wochen), S. 171 (21-24 Werktag); etwa doppelt so lang (ein bis zwei Monate) Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 209; kürzer (für die Untersuchung 3-7 Tage, für die Rüge 1-4 Arbeitstage) Kircher, Sachmängelhaftung, S. 56 f.; wohl auch Tannò, Rügefrist, S. 282.

¹⁶³ Staudinger/Magnus, Art. 39 Rn. 30; Piltz, Internationales Kaufrecht § 5 Rn. 63; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 7; P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 112; Janssen, Untersuchungs- und Rügepflicht, S. 170.

sich auf den Mangel zu berufen, wenn er den Mangel nicht innerhalb von zwei Jahren ab der Übergabe der Sache anzeigt (Art. 39 II). Dies gilt jedoch gemäß Art. 39 II a.E. nicht, wenn die Vertragsparteien eine abweichende Garantiefrist vereinbart haben.

Für Fälle der Belastung mit Rechten oder Ansprüchen Dritter begründet Art. 43 I eine dem Art. 39 I ähnliche Rügeobliegenheit, ohne jedoch eine absolute Ausschlussfrist wie in Art. 39 II zu statuieren. Der Käufer muss das Recht oder den Anspruch des Dritten innerhalb einer angemessenen Frist anzeigen und das Recht oder den Anspruch genau bezeichnen. Eine Untersuchungspflicht ist hier nicht ausdrücklich vorgesehen;¹⁶⁴ allerdings besteht indirekt eine Pflicht zur Aufmerksamkeit, weil die Rügefrist schon mit Kennenmüssen des Rechtsmangels beginnt (Art. 43).

Eine Heilung der Fristversäumung sieht das CISG in Art. 44 nur für die Minderung oder den Schadensersatz vor, nicht hingegen für die Vertragsaufhebung.

Der Verkäufer kann sich auf die Rügevorschriften nicht berufen, wenn er die Tatsachen, auf denen der Sachmangel beruht, kannte oder hätte kennen müssen und den Käufer davon nicht in Kenntnis gesetzt hat (Art. 40). Es kommt also nicht darauf an, dass der Verkäufer den Mangel an sich kennt. Vielmehr reicht es aus, wenn er die mangelbegründenden Umstände kannte oder hätte kennen müssen.¹⁶⁵ Im Fall eines Rechtsmangels muss der Verkäufer das Recht oder den Anspruch des Dritten und seine Art kennen, damit ihm die Berufung auf die Nichtanzeige verwehrt ist (Art. 43 II). Vorausgesetzt wird beim Rechtsmangel die positive Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.¹⁶⁶ Außerdem muss der Verkäufer genaue Informationen über das Recht oder den Anspruch haben, sowohl über die Person des Dritten als

¹⁶⁴ *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 239.

¹⁶⁵ *Staudinger/Magnus*, Art. 40 Rn. 7; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 217.

¹⁶⁶ *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 43 Rn. 17; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 43 Rn. 9.

auch über den Inhalt.¹⁶⁷ Art. 43 II CISG stellt ausdrücklich auch auf die Kenntnis von der „Art“ des Rechtes ab.¹⁶⁸

¹⁶⁷ MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 43 Rn. 18.

¹⁶⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 43 Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 43 Rn. 31; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 241.

Teil III: Die Rechtsbehelfe

I. (Nach-)Erfüllung

1. BGB

Hat der Verkäufer dem Käufer Ware geliefert, die den Anforderungen der §§ 434, 435 BGB nicht entspricht, kann der Käufer Nacherfüllung gemäß § 439 BGB verlangen (§ 437 Nr. 1 BGB). Dabei kann er zwischen der Beseitigung des Mangels, insbesondere durch Reparatur, und der Lieferung einer neuen, mangelfreien Sache wählen.

a) Voraussetzungen

Außer der allgemeinen Voraussetzung, dass ein mangelhafte Sache geliefert worden sein muss, stellt das Gesetz für die Nacherfüllung keine weiteren Voraussetzungen auf. Daraus ergibt sich, dass der Anspruch auf Nacherfüllung grundsätzlich der vorrangige Rechtsbehelf ist, denn für die Rechte auf Rücktritt oder Minderung und den Anspruch auf Schadens- bzw. Aufwendungsersatz ist grundsätzlich eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung notwendig (siehe in den folgenden Kapiteln).

b) Rechtsfolgen

Gemäß § 439 I BGB kann der Käufer bei der Nacherfüllung zwischen zwei verschiedenen Arten wählen: Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache. Beseitigung des Mangels bedeutet, dass der Käufer die gelieferte Ware behält und diese in den geschuldeten Zustand versetzt wird, z.B. durch Reparatur oder Austausch einzelner Teile. Verlangt der Käufer Lieferung einer neuen Sache, muss er die gelieferte an den Verkäufer zurückgeben (§ 439 IV i.V.m. §§ 346 ff. BGB).

aa) Wahlrecht zwischen verschiedenen Arten der Mangelbeseitigung

Ist die Beseitigung des Mangels auf verschiedene Weisen möglich, steht nicht fest, wer die konkrete Art der Beseitigung bestimmen darf: der Käufer (analog zu § 439 I BGB) oder der Verkäufer. § 439 I regelt dem Wortlaut nach nur das Wahlrecht des Käufers zwischen „Beseitigung des Mangels“ oder „Lieferung einer mangelfreien Sache“. Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung des Wahlrechts des Käufers in Betracht kommt. Die für eine analoge Anwendung der Vorschrift notwendige planwidrige Regelungslücke ist gegeben. Außerdem muss eine vergleichbare Interessenlage gegeben sein. Einerseits hat der Käufer ein Interesse daran, selbst auszusuchen, wie der Mangel beseitigt wird. Andererseits ist es der Verkäufer, der die Beseitigung durchführen muss und daher ein besonderes Interesse daran hat, die Art der Beseitigung zu bestimmen. Sowohl die Fragen der praktischen Durchführung als auch die finanziellen Folgen treffen unmittelbar ihn, so dass er der Sachnähere ist.¹⁶⁹ Deshalb wird schon das in § 439 I vorgesehene Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung oder Neulieferung kritisiert.¹⁷⁰ Die Interessen des Verkäufers gingen vor, da der Käufer im Ergebnis eine mangelfreie Sache erhält und es auf die Art der Nachbesserung nicht ankommen könne. Der Gesetzgeber hat jedoch das Wahlrecht bezüglich Nachbesserung oder Neulieferung ganz bewusst nicht nur bei Verbrauchsgüterkäufen dem Käufer zugesprochen, wozu er auf Grund der EG-Richtlinie verpflichtet war (Art. 3 III S. 1 V Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), sondern allen Käufern. Begründet hat er dies damit, dass der Verkäufer als derjenige, der die Vertragsverletzung begangen hat, weniger schutzwürdig ist.¹⁷¹ Zwar käme es dem Käufer in erster Linie darauf an, eine vertragsgemäße Sache zu erhalten, unabhängig davon, wie der Verkäufer ihm diese beschafft. Ohne die Pflichtverletzung des Verkäufers hätte er die vertragsgemäße Ware aber

¹⁶⁹ P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 24; ders., NJW 2002, 1004, 1005; Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 8; MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 4.

¹⁷⁰ Zerres, RIW 2003, 746, 753.

¹⁷¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 231.

schon vorher erhalten. In diesem Fall sei es angemessen, den Käufer entscheiden zu lassen, auf welche Weise die Erfüllung des Vertrags doch noch erreicht werden kann. Er soll wählen können, inwieweit er sich auf Nachbesserungsversuche des Verkäufers einlässt. Vor einer missbräuchlichen Ausübung des Wahlrechts durch den Käufer wird der Verkäufer über § 439 III geschützt. Außerdem hat in vielen Fällen der Verkäufer die Sache selbst bei einem Dritten gekauft. Durch der Ausweitung des Käuferwahlrechts auf alle Arten des Kaufes kann der Verkäufer selbst gegenüber dem Dritten die Art der Nacherfüllung wählen und so den Wunsch seines Käufers an seinen eigenen Verkäufer weitergeben.

Bei der Wahl zwischen den verschiedenen Arten der Mangelbeseitigung liegt es m.E. nicht anders. Auch hier ist zu beachten, dass der Verkäufer den Vertrag verletzt hat und daher weniger schutzwürdig ist. Die Aussage in der Regierungsbegründung, dass der Käufer entscheiden soll „auf welche Weise das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreicht werden kann“, umfasst nicht nur die Frage, *ob* nachgebessert werden soll, sondern auch *wie*. Zudem ist ein Zwischenhändler nicht der Gefahr ausgesetzt, von seinem Verkäufer eine andere Art der Nachbesserung aufgezwungen zu bekommen. Die Lage ist also mit der gesetzlich geregelten Lage vergleichbar, so dass eine analoge Anwendung des § 439 I (Wahlrecht des Käufers) zu bejahen ist.

Selbstverständlich ist auch hier der Verkäufer vor besonderen Härten über § 439 III BGB geschützt. Gesteht man dem Käufer das Wahlrecht bezüglich der Nacherfüllung in jeder Hinsicht zu, ist die Vorschrift entsprechend verkäuferfreundlich auszulegen.¹⁷²

In der Praxis wird sich der Käufer zudem überlegen, ob er eine Art der Nachbesserung wählt, die dem Verkäufer ungünstig erscheint. Denn dies führt u.U. zu Verzögerungen in der Nachbesserung an denen auch

¹⁷² So auch *Huber*, NJW 2002, 1004, 1005 zum Wahlrecht des Käufers bzgl. Nachbesserung oder Nachlieferung.

der Käufer kein Interesse hat. In vielen Fällen wird der Käufer sogar ganz auf sein Wahlrecht verzichten und es dem Verkäufer überlassen, wie er zur einer vertragsgemäßen Erfüllung kommt.

bb) Erfüllungsort der Nacherfüllung

Weiterhin ist fraglich, wo der Erfüllungsort für die Nacherfüllung liegt. § 439 BGB regelt dies nicht. Abs. 2 betrifft nur die Kosten, nicht aber den Ort an dem die Nacherfüllung stattfinden soll. Es liegt zunächst nahe, von dem ursprünglichen Erfüllungsort auch als Ort für die Nacherfüllung auszugehen. Immerhin ist der Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch aus § 433 I BGB und die Folgen, insbesondere die Kosten für die Nacherfüllung am ursprünglichen Erfüllungsort, sind für beide Parteien voraussehbar.¹⁷³ Ein finanzieller Nachteil entsteht dem Käufer nicht, weil die durch die Nacherfüllung entstehenden Aufwendungen, d.h. auch solche Kosten, die infolge des Transports entstehen, gemäß § 439 II der Verkäufer trägt.¹⁷⁴ Allerdings soll der Käufer durch die Nacherfüllung in die Stellung gebracht werden, die er ohne die Vertragsverletzung hätte. Ohne die Vertragsverletzung müsste sich der Käufer nicht erneut an den ursprünglichen Erfüllungsort begeben. Deshalb ist zutreffender Ansicht nach nicht dieser Ort, sondern der Ort der tatsächlichen Belegenheit der gelieferten Sache maßgeblich.¹⁷⁵ Zu überlegen ist, ob der Ort beschränkt werden sollte auf den, der für den Verkäufer voraussehbar war. So würde der Verkäufer vor völlig unerwarteten Ergebnissen geschützt.¹⁷⁶ Jedoch bietet § 439 III schon Schutz vor unverhältnismäßigen

¹⁷³ P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 28; für die Nachlieferung *Oechsler*, Rn. 139.

¹⁷⁴ A.A. P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 28; Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB.

¹⁷⁵ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 231; Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 13; MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 7; Das neue Schuldrecht/Haas, Kap. 5 Rn. 154; für die Nachbesserung auch *Oechsler*, Rn. 139.

¹⁷⁶ Ähnlich zum UN-Kaufrecht siehe unten 2. b) aa) (2) und bb) (2).

Kosten,¹⁷⁷ so dass es angemessen ist, die Nacherfüllung an dem Ort, an dem sich die Sache befindet, durchzuführen.

cc) Rechtsnatur der Wahl des Käufers und Bindung an die Wahl

Die Wahl des Käufers geschieht durch Verlangen der entsprechenden Art der Nacherfüllung. Es handelt sich dabei um eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130 BGB) die keiner Form bedarf.¹⁷⁸ Inhaltlich ist zu beachten, dass der Verkäufer zweifelsfrei erkennen können muss, was der Käufer verlangt und auch auf welchen Mangel sich der Käufer bezieht. Zum Teil wird vertreten, dass es sich bei § 439 I BGB um eine Wahlschuld handelt und deshalb die Erklärung als Gestaltungserklärung unwiderruflich und bedingungsfeindlich ist.¹⁷⁹ Mit der Willenserklärung wird dann der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf die verlangte Art der Nacherfüllung beschränkt. Dem wird die Konzeption des § 439 BGB entgegengehalten.¹⁸⁰ Der Käufer solle die freie Wahl zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung haben; wenn der Käufer die gewählte Art verweigerte, müsse es dem Käufer möglich sein, auf die andere Art der Nacherfüllung umzuschwenken.¹⁸¹ Nach dieser Ansicht stehen die beiden Arten der Nacherfüllung in elektiver Konkurrenz.¹⁸² Ist der Verkäufer aber bereit, die vom Käufer gewählte Nacherfüllung auszuführen, ist er schützenswert. Deshalb ist der Käufer bis zur endgültigen Verweigerung des Verkäufers gemäß § 242 BGB an sein Erfüllungsverlangen gebunden.¹⁸³ Diese Lösung ist gegenüber der

¹⁷⁷ MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 7; Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 13.

¹⁷⁸ Palandt/Putzo, § 439 Rn.6.

¹⁷⁹ Erman/Grunewald, § 439 Rn. 6; AnwKomm-BGB-Büdenbender, § 439 Rn. 1; Jauernig/Chr. Berger, § 439 Rn. 9; Palandt/Putzo, § 439 Rn. 6.

¹⁸⁰ Jacobs in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 371, 376.

¹⁸¹ Derleder, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 411, 424; Jacobs in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 371, 376. Wenzel, DB 2003, 1887, 1891.

¹⁸² Oetker/Maultzsch, S. 91; Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 9; MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 4; Spickhoff, BB 2003, 589, 593.

¹⁸³ Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 10; Spickhoff, BB 2003, 589, 593; MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 5; Jacobs in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 371, 377; Oetker/Maultzsch, S. 91.

Annahme einer Gestaltungserklärung vorzugswürdig, weil anders die Vorschrift des § 439 III S. 3 BGB, der den Anspruch des Käufers auf die andere Art der Nacherfüllung beschränkt, nicht zu erklären ist.¹⁸⁴ Denn wenn mit einer Gestaltungserklärung die gewählte Nacherfüllung als von Anfang an geschuldet gilt, ist kein Raum mehr für einen Anspruch auf die andere Art der Nacherfüllung. Eine nachträgliche Unwirksamkeit der Gestaltungserklärung auf Grund der Verweigerung seitens des Käufers lässt sich kaum konstruieren, weil zum Zeitpunkt der Erklärung das Recht auf die gewählte Nacherfüllung tatsächlich bestand.

dd) Kosten der Nacherfüllung

Die Kosten für die Nacherfüllung trägt gemäß § 439 II BGB der Verkäufer. Diese an sich selbstverständliche Regelung ist nur eine Klarstellung. Der Verkäufer ist vertraglich verpflichtet, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen, deshalb muss er auch bei Vorliegen eines Mangels die Kosten tragen, die dadurch entstehen, dass der Käufer in die vertraglich geschuldete Position gebracht wird.

c) Grenzen

Dem Nacherfüllungsrecht des Käufers sind Grenzen gesetzt.

aa) Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 275 I BGB

Aus den allgemeinen Regelungen ergibt sich, dass der Verkäufer die verlangte Art der Nacherfüllung nicht erbringen muss, wenn diese gemäß § 275 I BGB unmöglich ist. Dann ist diese Art der Nacherfüllung gesetzlich ausgeschlossen. Sind beide Arten der Nacherfüllung unmöglich, entfällt der Anspruch auf Nacherfüllung.

Unmöglichkeit ist gegeben, wenn die Nacherfüllung entweder von niemandem durchgeführt werden kann (objektive Unmöglichkeit) oder

¹⁸⁴ MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 439 Rn. 4.

wenn zumindest der Verkäufer weder in der Lage ist, sie selbst vorzunehmen, noch die Möglichkeit hat, die Nacherfüllung durch Dritte zu ermöglichen (subjektive Unmöglichkeit).¹⁸⁵

bb) Verweigerungsrecht des Verkäufers gemäß §§ 275 II, III, 439 III

Die §§ 275 II, III und 439 III regeln die Fälle, in denen der Verkäufer die vom Käufer verlangte Art der Nacherfüllung verweigern darf. Dabei ist zunächst nur die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu betrachten. Der Käufer hat die Möglichkeit, eine andere Art der Nacherfüllung, bei der kein Verweigerungsrecht besteht, zu verlangen (§ 439 III S. 3 BGB).

§ 275 II bezieht sich auf den zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwand. Bei der Beurteilung, ob der Aufwand unzumutbar ist, sind das Leistungsinteresse des Gläubigers, der Inhalt des Schuldverhältnisses, d.h. des Kaufvertrags, die Grundsätze von Treu und Glauben und das Vertretenmüssen des Schuldners zu beachten. Es muss ein grobes Missverhältnis zwischen Aufwand und Leistungsinteresse des Gläubigers bestehen.

§ 275 III ist eine Regelung für den Fall, dass der Schuldner, d.h. der Verkäufer, die Leistung, d.h. die Nacherfüllung, persönlich zu erbringen hat. Dann kann er die Nacherfüllung verweigern, wenn sie ihm nach Abwägung des Leistungsinteresses des Käufers und den bestehenden Hindernissen, nicht zumutbar ist.

§ 439 III stellt auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten ab, die mit der gewünschten Nacherfüllung verbunden sind. Dabei sind insbesondere der Wert der mangelfreien Sache, die Bedeutung des Mangels und die Möglichkeit einer anderen Art der Nacherfüllung zu berücksichtigen (§ 439 III S. 2).¹⁸⁶

¹⁸⁵ Vgl. statt vieler Palandt/*Heinrichs*, § 275 Rn. 13 ff., 23 ff.

¹⁸⁶ Bamberger/Roth/*Faust*, § 439 Rn. 39 ff., 44.

Zum Teil wird für die Frage, ab wann die Kosten unverhältnismäßig sind, auf die Rechtsprechung zu § 251 II S. 1 BGB bei Unfallschäden an Autos zurückgegriffen, nach der der Geschädigte für die Reparatur nicht mehr als 130 % der geschätzten Beschaffungskosten für ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug verlangen kann.¹⁸⁷

Andere setzen für Fälle, in denen der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat, 150 % des Werts der Sache in mangelfreiem Zustand an.¹⁸⁸ Dies geschieht zum einen, weil § 439 III S. 2 auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand abstellt, zum anderen, weil der Käufer in diesen Fällen nur zurücktreten oder mindern, mangels Verschulden aber keinen Schadensersatz verlangen kann. Mit dem Rücktritt oder der Minderung wird das Interesse des Käufers am Vertrag nicht erfüllt. Dies sei bei der Festlegung der Grenze für die Unverhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Da das Nacherfüllungsrecht nicht zu einer Art Schadensersatzanspruch ohne Verschulden ausarten soll, wird ein 50 %iger Aufschlag auf den Wert in mangelfreiem Zustand als verhältnismäßig betrachtet.

Insbesondere der Aspekt, dass der Nacherfüllungsanspruch gerade kein Schadensersatzanspruch sein soll, wird herangezogen, um den Wert der Ware in mangelfreiem Zustand als Obergrenze für die vom Verkäufer für die Nacherfüllung aufzubringenden Kosten einzuführen.¹⁸⁹ Meines Erachtens darf der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand nicht das einzige Kriterium und auch nicht die absolute Obergrenze darstellen, weil so das Interesse des Käufers an der Durchführung des Vertrags nicht ausreichend berücksichtigt wird. Zudem ist die Bedeutung des Mangels in die Überlegung einzubeziehen, so dass bei bedeutenden Mängeln eine Belastung des Verkäufers mit 150 % des mangelfreien

¹⁸⁷ *Westermann*, Kaufrecht im Wandel in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 109, 125; *ders.* kritisch zum Rückgriff auf die Formel zu § 251 II S. 1 in MünchKommBGB, Bd. 3, § 439 Rn. 20; *Jauernig/Chr. Berger*, § 439 Rn. 15, jedoch beim Kauf vom Verbraucher nur 110 %.

¹⁸⁸ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121.

¹⁸⁹ *U. Huber* in: FS Schlechtriem, S. 521, 541; *P. Huber* in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 41.

Wertes verhältnismäßig erscheint, bei unbedeutenden Mängeln die Grenze aber weit unter dem Wert der mangelfreien Sache liegen kann.¹⁹⁰

d) Besondere Problembereiche

aa) Stückschulden

Trotz der Gleichstellung von Stück- und Gattungsschulden im neuen Kaufrecht sind bei Stückschulden gewisse Punkte umstritten.

(1) Lieferung eines Identitätsaliuds

Wird im Fall der Stückschuld eine andere Sache als die geschuldete geliefert, steht dem Käufer gemäß § 437 Nr. 1 i.V.m. §§ 434 III, 439 I BGB ein Nacherfüllungsanspruch zu, d.h. der Käufer kann die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Die mangelfreie Sache ist hier das geschuldete Stück. Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass in diesem Fall nicht der kaufrechtliche Gewährleistungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB entsteht, sondern es sich um den ursprünglichen Anspruch aus § 433 I BGB (unmodifiziert) handelt.¹⁹¹ Dies entspricht aber nicht der Regelung des § 434 III BGB, der die Lieferung eines Aliuds einem Sachmangel gleichstellt und zur Folge hat, dass die Modifikationen des Erfüllungsanspruchs in §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zu beachten sind.¹⁹² Ein Nachbesserungsanspruch scheidet dagegen in der Regel aus, da aus einer anderen Sache als dem geschuldeten Stück nicht das geschuldete gemacht werden kann (Fall der Unmöglichkeit der Nachbesserung gemäß § 275 I BGB).

¹⁹⁰ Ähnlich *P. Huber* in: *Huber/Faust*, Kap. 13 Rn. 41; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121; *MünchKommBGB/Westermann*, Bd. 3, § 439 Rn. 22, 24.

¹⁹¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 216: „Wird bei Stückkauf ein Identitätsaliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache ein davon verschiedener Nachlieferungsanspruch nicht in Betracht“; ebenso *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. XXIII; *Lettl*, JuS 2002, 866, 871.

¹⁹² *P. Huber* in: *Huber/Faust*, Kap. 13 Rn. 20 a.E.; *Dauner-Lieb/Arnold*, JuS 2002, 1175, 1176.

(2) Lieferung der geschuldeten, aber mangelhaften Sache

Wird die geschuldete, jedoch mangelhafte, Sache geliefert, stellt sich die Frage, ob der Käufer auch die Lieferung einer neuen Sache verlangen kann. Bei Unikaten, d.h. nicht vertretbaren Sachen, ist diese Frage eindeutig zu beantworten: Da es die geschuldete Sache nur ein einziges Mal gibt, kann dafür auch keine andere, mangelfreie, geliefert werden. Es liegt eine Unmöglichkeit der Nachlieferung i.S.v. § 275 I BGB vor.¹⁹³ Schwieriger wird es, wenn es sich um eine vertretbare Sache handelt, die als Stückschuld verkauft wurde bzw. es um eine Sache geht, von der es funktionell und wirtschaftlich gleichwertige Stücke gibt.

Teilweise wird in diesen Fällen ein Nachlieferungsanspruch zugelassen, der auf Lieferung einer Sache mit den selben Qualifikationen gerichtet ist.¹⁹⁴ Denn bei den Käuferrechten im neuen Schuldrecht, und auch in Art. 3 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie,¹⁹⁵ wird nicht zwischen Stück- und Gattungsschuld differenziert.¹⁹⁶ Der Wortlaut des Gesetzes legt dem Verkäufer die Pflicht auf, durch Lieferung *einer* - und gerade nicht: *der* - mangelfreien Sache, das Leistungsinteresse des Käufers zu erfüllen.¹⁹⁷ Außerdem ergibt sich im Umkehrschluss aus der Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Nachlieferung bei vertretbaren Stückschulden für möglich gehalten hat.¹⁹⁸ In der Gesetzesbegründung wird nur angeführt, dass bei *nicht*

¹⁹³ Biedenbender, DStR 2002, 312, 315.

¹⁹⁴ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 209, 216; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2119 f.; LG Ellwangen NJW 2003, 517; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; Pammler, NJW 2003, 1992, 1993; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XXIV; Palandt/Putzo, § 439 Rn. 1, 4; Jauernig/Chr. Berger, § 439 Rn. 13; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1829; für den Fall eines Qualifikationsaliuds auch Schulze, NJW 2003, 1022. Im Ergebnis ähnlich Spickhoff, BB 2003, 589, 590, der darauf abstellt, ob es den Parteien auf die Individualisierung der Sache ankam.

¹⁹⁵ Canaris, JZ 2003, 831, 833 f.; Jauernig/Chr. Berger, § 439 Rn. 13; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 464.

¹⁹⁶ LG Ellwangen NJW 2003, 517.

¹⁹⁷ OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054.

¹⁹⁸ Pammler, NJW 2003, 1992; ebenso für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit Hinweis auf Erwägungsgrund 16: Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XXIV; ders. in: Karlsruher Forum 2002, S. 5, 79 f.

vertretbaren Sachen ein Anspruch auf Ersatzlieferung beim Stückkauf ausscheidet.¹⁹⁹

Es ist aber zu beachten, dass der Vertrag sich nur auf die eine bestimmte Sache bezieht, d.h. nur diese Sache geschuldet wird und der Verkäufer nicht dazu verpflichtet werden kann, eine andere als die verkaufte Sache zu beschaffen.²⁰⁰ Eine Nachlieferung der geschuldeten Sache ist nicht möglich und der Anspruch entfällt gemäß § 275 I BGB.²⁰¹ Der Käufer kann nur Beseitigung des Mangels an der gelieferten Sache verlangen.²⁰²

bb) Teilleistungen

§ 434 III BGB stellt die Lieferung einer zu geringen Menge einem Sachmangel gleich. Damit sind grundsätzlich die Regeln des Kaufrechts anzuwenden und nicht die des allgemeinen Schuldrechts. Im Rahmen des Anspruchs auf Nacherfüllung ergeben sich daraus keine Besonderheiten. Da gemäß § 434 III durch die teilweise Nichtlieferung die gesamte Lieferung mangelhaft wird, kann der Käufer gemäß § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 I (unter Berücksichtigung von § 439 III) Nachlieferung in Form einer Neulieferung der gesamten Menge²⁰³ oder Nachbesserung in Form der Lieferung des fehlenden Teils verlangen.

2. CISG

Gemäß Art. 46 I CISG hat der Käufer einen Anspruch auf Erfüllung der Verkäuferpflichten. Bei nicht vertragsgemäßer Lieferung gelten Abs. 2

¹⁹⁹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 209.

²⁰⁰ P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 20; Lorenz, JZ 2001, 742, 743 Fn. 12, 744; Haas, BB 2001, 1313, 1315; AnwKomm-BGB-Pfeiffer, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Art. 3 Rn. 8; Ackermann, JZ 2002, 378, 379; U. Huber in: FS Schlechtriem, S. 521, 523 Fn. 9; Gutknecht, Nacherfüllungsrecht, S. 226 f.; Wenzel, DB 2003, 1887, 1891.

²⁰¹ P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 20; a.A. Ackermann, JZ 2002, 378, 379 Fn. 6, der die Pflicht einer Nacherfüllung verneint und deshalb nicht von Unmöglichkeit der Nacherfüllung sprechen will.

²⁰² P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 20; Lettl, JuS 2002, 866, 869; Zerres, RIW 2003, 746, 754.

²⁰³ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 216; Bamberger/Roth/Faust, § 434 Rn. 111.

und 3, die die Unterfälle der Ersatzlieferung (Art. 46 II) und der Nachbesserung (Art. 46 III) regeln. Damit wird der Vertrag in seiner ursprünglichen Form aufrechterhalten und durchgeführt.²⁰⁴

a) Unterscheidung zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln

Art. 46 II und III sind anwendbar, wenn der Verkäufer nicht vertragsgemäße Ware liefert. Fraglich ist, ob unter den Begriff der Lieferung „nicht vertragsgemäßer“ Ware auch die Lieferung von rechtsmangelbehafteter Ware i.S.d. Art. 41 ff. fällt. Dies ist umstritten.

Im allgemeinen Sprachgebrauch würde man sowohl sach- als auch rechtsmangelhafte Ware, ähnlich wie im BGB, als nicht vertragsgemäß bezeichnen. Auch zum UN-Kaufrecht wird teilweise vertreten, die Lieferung von Ware, die mit Rechten oder Ansprüchen Dritter belastet ist, unter die Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware zu fassen, weil sowohl Ersatzlieferung i.S.v. Art. 46 II als auch Nachbesserung i.S.v. Art. 46 III bei Rechtsmängeln möglich seien und zur Vertragsmäßigkeit im weiteren Sinn auch die Freiheit von Rechten und Ansprüchen Dritter gehöre.²⁰⁵ Sach- und Rechtsmängel würden dann gleich behandelt.

In der Überschrift zu Abschnitt II wird jedoch deutlich, dass das UN-Kaufrecht zwischen der Vertragsmäßigkeit der Ware und Rechten oder Ansprüchen Dritter an der Ware unterscheidet.²⁰⁶ Diese Unterscheidung wird auch in den Art. 35-40 und 41-43 fortgeführt. „Vertragswidrigkeit“ ist deshalb als terminus technicus zu verstehen, so dass nur die Mängel gemäß Art. 35 von Art. 46 II und III erfasst werden, Rechtsmängel

²⁰⁴ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 4; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 1 und 2; Schlechtriem/*Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 1.

²⁰⁵ Bianca/*Bonell/Will* Art. 46 Anm. 3.1; *Enderlein* in: Enderlein/*Maskow/Strohbach*, Art. 46 Anm. 3; *Herber/Czerwenka* Art. 46 Rn. 6; *Neumayer/Ming*, Art. 46 Anm. 8; *Reinhart* Art. 46 Rn. 4; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 672; *Vahle*, ZVglRWiss 98., 54, 64 f.; v. *Hoffmann*, in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 293, 294; *Wolff*, Rechtsmängelhaftung, S. 163 f, 166.

²⁰⁶ Schlechtriem/*Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 22; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 46 Rn. 5 Fn. 13.

dagegen nicht.²⁰⁷ Dafür spricht auch, dass in Art. 46 II, III jeweils nur die Anzeige nach Art. 39 erwähnt wird.²⁰⁸ Rechtsmängel müssen nach Art. 43 angezeigt werden. Diejenigen, die für die Anwendung der Abs. 2 und 3 bei Rechtsmängeln sind, übersehen dies (meist ohne weitere Begründung).

Die im CISG angelegte Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängeln ist im Rahmen des Art 46 auch unter Wertungsgesichtspunkten gerechtfertigt. Für den Käufer ist es in der Regel einfacher, Ware mit Sachmängeln abzusetzen als Ware mit Rechtsmängeln.²⁰⁹ Der Verkäufer wird Rechte Dritter meist durch Zahlungen an diesen abwenden können, ohne dass dafür die Ware transportiert werden muss, so dass der Zweck der höheren Anforderungen in Art. 46 II, III, nämlich zusätzliche Transportkosten und -probleme zu vermeiden, keine Rolle spielt.²¹⁰ Deshalb sollten Ersatzlieferung und Nachbesserung bei Rechtsmängeln generell unter den einfacheren Bedingungen des Abs. 1 zugelassen werden und nur bei Ware mit Sachmängeln die erhöhten Anforderungen der Abs. 2 und 3 Anwendung finden.²¹¹

b) Erfüllung bei Sachmängeln

Hat der Verkäufer Ware geliefert, die nicht den Anforderungen des Art. 35 entspricht, kann er Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung (Art. 46 II) oder der Nachbesserung (Art. 46 III) verlangen.

²⁰⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 22; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 9; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 55, Art. 45 Rn. 54; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 46 Rn. 13.

²⁰⁸ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 17; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 22; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 9.

²⁰⁹ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 17.

²¹⁰ Schulz, Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch, S. 236; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 27.

²¹¹ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 17.

aa) Ersatzlieferung

(1) Voraussetzungen

Ersatzlieferung, d.h. Lieferung einer neuen Sache, kann der Käufer nur verlangen, wenn die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt und die Ersatzlieferung rechtzeitig verlangt wird (Art 46 II). Außerdem darf der Käufer keinen Rechtsbehelf, der mit diesem Verlangen unvereinbar ist, ausgeübt haben (Art. 46 I CISG).

(a) Vertragswidrige Ware

Die gelieferte Ware muss vertragswidrig sein.²¹²

(b) Wesentliche Vertragsverletzung

Der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung setzt eine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Dieses Erfordernis dient dem Schutz des Verkäufers, dem die zusätzlichen Kosten für den Rücktransport der schon gelieferten Sache oder andere Schwierigkeiten nur zugemutet werden sollen, wenn die Vertragsverletzung ausreichend gewichtig ist.²¹³ Der einzige weitere Rechtsbehelf, der die Rückgabe der Sache zur Folge hat, ist die Aufhebung des Vertrags gem. Art. 49 I lit. a, die auch eine wesentliche Vertragsverletzung voraussetzt.²¹⁴ Der Begriff der „wesentlichen Vertragsverletzung“ ist in Art. 25 CISG umschrieben. Die Vertragsverletzung muss zur Folge haben, dass der anderen Partei „im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen“. Infolgedessen ist die weitere Durchführung des Vertrages für

²¹² Vgl. näher oben Teil II, I 2. b).

²¹³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 4; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 38, Art. 25 Rn. 2; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 24 f.; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 5; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 12.

²¹⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 1.

diese Partei (hier: den Käufer) nicht mehr von Interesse.²¹⁵ Dafür sind im allgemeinen die Bedeutung des Vertragsbruchs, die Höhe des Schadens, die Behebbarkeit des Mangels (str.)²¹⁶ und die Möglichkeit der Weiterverwendung der Ware maßgeblich.²¹⁷ Die Umstände jedes einzelnen Falls müssen einbezogen werden.²¹⁸

(aa) Schwere des Mangels

Auf Fälle des Art. 46 II CISG angewendet bedeutet dies, dass die Abweichung der Beschaffenheit der gelieferten Ware von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit objektiv ein gewisses Gewicht erreichen muss.²¹⁹ Dies ist der Fall, wenn dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die gelieferte Ware zu behalten und Minderung oder Schadensersatz geltend zu machen.²²⁰ Welcher Maßstab dabei anzulegen ist, wird unterschiedlich bewertet. Teilweise wird ein rein wirtschaftlicher Maßstab angelegt, bei dem es auf die Möglichkeit der Reparatur grundsätzlich nicht ankommt.²²¹ Die meisten Autoren

²¹⁵ *Posch/Kandut* in: *Hoyer/Posch*, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 59, 63; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 25 Rn. 12.

²¹⁶ Vgl. näher in den folgenden Unterabschnitten und beim Rücktritt Teil III, II. 2. a) bb) (3).

²¹⁷ *Kircher*, Sachmängelhaftung S. 58 f.; *Takahashi*, J.B.L. 2003, 102, 125; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 25 Rn. 12, 23 ff.

²¹⁸ *Staudinger/Magnus*, Art. 25 Rn. 3; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 7; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 160; *Posch/Kandut* in: *Hoyer/Posch*, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 59, 64; *Musger*, Die wesentliche Vertragsverletzung, S. 44; *Freiburg*, Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, S. 103.

²¹⁹ *Herber/Czerwenka*, Art. 25 Rn. 7; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 24; *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 46 Rn. 31; *Staudinger/Magnus*, Art. 46 Rn. 39; gegen das Abstellen auf das objektive Gewicht der Vertragsverletzung *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 111, es komme allein auf das subjektive Interesse des Gläubigers an.

²²⁰ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 46 Rn. 31; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 4, 24; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 22; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 25 Rn. 22; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115; so wohl auch *Reinhart*, Art. 46 Rn. 6, der davon spricht, ob das „festhalten am Vertrag“ dem Käufer objektiv zumutbar ist, hier geht es aber um das Behalten der gelieferten Ware oder einer Ersatzlieferung, am Vertrag soll auf jeden Fall festgehalten werden.

²²¹ *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 46 Rn. 5.

unterscheiden aber zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln.²²² Auch sie müssen nach dem Gesamtkonzept der Zumutbarkeit für den Käufer prüfen, ob dem Käufer die Reparatur nutzt und er die reparierte Ware verwenden kann. Im Ergebnis geht es also auch um die wirtschaftliche Nutzbarkeit und nicht allein um die Tatsache der technischen Behebbarkeit des Mangels. Diese Situation lässt sich am besten anhand von Fallgruppen erläutern:

(1) Unbehebbarer Mängel

Wenn die Sache nicht repariert werden kann, hängt es von der weiteren Verwendungsmöglichkeit der Ware ab, ob ein objektiv gewichtiger Mangel vorliegt und eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist oder nicht.²²³ Kann der Käufer die Sache ohne Probleme z.B. weiterverkaufen oder trotz des Mangels nutzen, ist der Fehler nicht so schwerwiegend, dass er die Lieferung einer anderen, vertragsgemäßen Ware verlangen kann. Dabei kann ein Großhändler Ware leichter absetzen als ein Privatmann und bei der Eigennutzung oder Weiterverarbeitung sind für die Zumutbarkeit strengere Maßstäbe anzusetzen als beim Weiterverkauf.²²⁴

(2) Durch Nachbesserung behebbare Mängel

Bei behebbaren Mängeln gibt es die Möglichkeit, die Vertragsmäßigkeit herzustellen, so dass der Käufer nach einer Reparatur hat, was er nach dem Vertrag erwarten durfte. Daher liegt, auch vor der Reparatur, eine

²²² Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 32; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 26 f., 28 f.; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 40; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 23 ff.; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 25 Rn. 28; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 162; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 59; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115.

²²³ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 24 f.; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 39; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 23; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 164, f; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 59; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115; a.A. *Koch*, RIW 1995, 98, 99, *Steinmetzler*, Recht und Ökonomie, S. 199.

²²⁴ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 25; insgesamt gegen die Berücksichtigung der Veräußerungsmöglichkeit *Steinmetzler*, Recht und Ökonomie, S. 199 (zu Art. 49).

wesentliche Vertragsverletzung nicht vor,²²⁵ und der Käufer kann nur Nachbesserung verlangen. Dafür ist allerdings Voraussetzung, dass die Reparatur unproblematisch und zeitlich angemessen durchführbar ist.²²⁶ Trifft das nicht zu, sind behebbare Mängel wie unbehebbar zu behandeln. Insbesondere bei Fixgeschäften ist eine Behebung des Fehlers zeitlich nicht möglich. Zur vollständigen Beseitigung gehört auch, dass die Ware durch die Nachbesserung keinen Wertverlust erleidet. Ein geringfügiger Wertverlust führt allerdings noch nicht zu einer wesentlichen Vertragsverletzung.

(3) Durch Nachbesserung behebbare Mängel, die der Verkäufer nicht behebt

Wird ein behebbarer Mangel vom Verkäufer auf Grund seiner Weigerung, Untätigkeit oder auch wegen Fehlschlagens nicht behoben, stellt dies eine erneute Verletzung des Vertrages, nämlich der Pflicht, den Mangel zu beseitigen, dar. Im Ergebnis steht fest, dass dann dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die Ware zu behalten und auf Schadensersatz oder Minderung zurückzugreifen, sondern dass eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt.²²⁷ Umstritten ist, worin die wesentliche Vertragsverletzung liegt. Zum einen wird auf die zweite Vertragsverletzung, d.h. die Nichtbehebung des Mangels, abgestellt,²²⁸ zum anderen auf die ursprüngliche Vertragsverletzung, der Lieferung der mangelhaften Sache oder auf beides zusammen.²²⁹

Allein auf die ursprüngliche Vertragsverletzung kann man m.E. nicht abstellen, weil diese für sich genommen gerade nicht wesentlich ist. Allein auf die Nichtbehebung des Fehlers lässt sich Art. 46 II nicht anwenden, weil in diesem Einzelschritt keine Ware geliefert wurde; es

²²⁵ MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 25 f.; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 40; Karollus, ZIP 1993, 490, 496; Aicher, Leistungsstörungen in: Hoyer/Posch, Wiener Kaufrecht, S. 111, 141; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 105; a.A. Holthausen, RIW 1990, S. 101, 103 f.; Vahle, ZVglRWiss 98., S. 54, 67.

²²⁶ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 59; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 115 a.E.; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 103; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 59.

²²⁷ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 41, 51, 67.

²²⁸ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 163.

²²⁹ Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 43.

handelt sich vielmehr um eine allgemeine Vertragsverletzung, auf die Art. 46 I anzuwenden wäre. Meines Erachtens sollte man auf beide Vertragsverletzungen gemeinsam abstellen. Anknüpfungspunkt ist dann der Mangel der Sache, der, obwohl er behebbbar ist, durch die Nichtbehebung zu einem wesentlichen Mangel i.S.v. Art. 25 CISG wird. Der Zeitpunkt der Nichtbehebung des Mangels ist dann maßgeblich für die Berechnung der angemessenen Frist aus Art. 46 II, in der die Ersatzlieferung verlangt werden muss. Die Frist für die Ersatzlieferung kann erst laufen, wenn für den Käufer feststeht, dass der Mangel nicht behoben wird. Sonst würde die Frist unberechtigt verkürzt und der Verkäufer könnte die, schließlich doch nicht erfolgende, Nachbesserung u.U. so lange hinauszögern, bis der Käufer auch keine Ersatzlieferung verlangen kann.

(4) Zerstörung der Vertrauensgrundlage

Dem Käufer ist die Durchführung einer Nachbesserung oder das Behalten der Ware mit Rückgriff auf Minderung oder Schadensersatz ebenfalls nicht zumutbar, wenn die Vertrauensgrundlage des Vertrags zerstört wurde, z.B. bei Täuschung oder einem Täuschungsversuch durch den Verkäufer.²³⁰ Dies muss sowohl für die Fälle der behebbaren Mängel (dann unabhängig von der Möglichkeit der Reparatur)²³¹ als auch für die unbehebaren Mängel (dann unabhängig von der Möglichkeit der Weiterverwertung) gelten. Zu beachten ist jedoch, dass u.U. nur die Vertrauensgrundlage für zukünftige Verträge wegfällt, der aktuelle Vertrag aber schon so weit durchgeführt ist, dass der Wegfall der Vertrauensgrundlage für ihn keine Auswirkungen mehr hat (z.B. wenn der Verkäufer keine weiteren Leistungen mehr zu erbringen hat und nur Schadensersatz zu zahlen ist).²³² Die Zerstörung der

²³⁰ Benicke, IPRax 1997, 326, 330; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 12, 26; MünchKommHGB/Benicke, Art. 25 Rn. 30; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 30; Karollus, ZIP 1993, 490, 497.

²³¹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 30; Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 34; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 26; MünchKommHGB/Benicke, Art. 25 Rn. 28.

²³² Benicke, IPRax 1997, 326, 330.

Vertrauensgrundlage spielt m.E. auch weniger bei dem Anspruch auf Nachlieferung gemäß Art. 46 II als vielmehr im Rahmen der Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 CISG eine Rolle.

(bb) Vorhersehbarkeit

Eine Vertragsverletzung ist gemäß Art. 25 2. HS CISG nicht wesentlich, wenn die Folgen des Vertragsbruchs nicht voraussehbar waren. Konnte also weder der Verkäufer noch ein vernünftiger Dritter wissen, dass der Mangel die eingetretenen Folgen nach sich ziehen würde, kann der Käufer keine Nachlieferung verlangen. Auf welchen Zeitpunkt dabei abzustellen ist, regelt Art. 25 CISG nicht.

Zum Teil wird auf den Zeitpunkt der Vertragsverletzung abgestellt,²³³ weil bei den Verhandlungen zur Schaffung des CISG die ausdrückliche Bezugnahme auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgelehnt wurde.²³⁴ Einschränkend wird aber darauf verwiesen, dass der Schuldner die Folgen so rechtzeitig voraussehen können musste, dass er sein Verhalten darauf einstellen konnte.²³⁵

Die überwiegende Meinung stellt dagegen, wie bei Art. 9 II, 31 lit. b, 42 II lit. a, 73 III und Art 79 I CISG, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab.²³⁶ In diesem Zeitpunkt wird die Risikoverteilung festgelegt, die sich insbesondere auch auf den Kaufpreis auswirkt.²³⁷ Eine nachträgliche Verschiebung des Risikos zu Lasten des Schuldners ist nicht angemessen, so dass auch nachträgliche Kenntniserlangung

²³³ *Musger*, Die wesentliche Vertragsverletzung, S. 21 f.

²³⁴ *Nicholas*, 105 L.Q.R. (1989), 201, 219.

²³⁵ *Honnold*, Art. 25 Rn. 183; ähnlich *Bianca/Bonell/Will*, Art. 25 Anm. 2.2.2.2.5.

²³⁶ *Holthausen*, RIW 1990, 101, 105; *MünchKommBGB/U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 43.

²³⁷ *Gabriel* in: *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, S. 337; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 25 Rn. 15.

bezüglich der Folgen einer Vertragsverletzung nicht zu berücksichtigen ist.²³⁸

Erlangt der Schuldner, d.h. hier der Verkäufer allerdings nachträglich Kenntnis von besonderen Folgen einer Vertragsverletzung und stellt er sein Verhalten darauf nicht ein, verletzt er möglicherweise die Rücksichtnahmepflicht und muss dafür haften.

(2) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge des Art. 46 II CISG besteht darin, dass die schon gelieferte, vertragswidrige Ware gegen vertragsgemäße Ware ausgetauscht wird. Fraglich ist, an welchem Ort die Ware ausgetauscht werden muss. Dies ist im CISG nicht ausdrücklich geregelt.

Zum einen wird grundsätzlich auf den Bestimmungsort der ursprünglichen Lieferung abgestellt.²³⁹ Dies ist nicht notwendigerweise der ursprüngliche Erfüllungsort, wenn die Ware schon im Vertrag für einen anderen Ort bestimmt war. Andere stellen stattdessen auf den Erfüllungsort für die ursprünglich geschuldete Leistung gemäß Art. 31 ab.²⁴⁰ Dieser Ort sei vorhersehbar und biete daher die größere Rechtssicherheit. Da sich aus Art. 48 I S. 1 ergibt, dass der Verkäufer die Kosten für die Ersatzlieferung zu tragen hat,²⁴¹ und dem Käufer durch die Ersatzlieferung auch keine weiteren Belastungen entstehen

²³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem*, Art. 25 Rn. 15; Staudinger/*Magnus*, Art. 25 Rn. 19; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 55 f.; *Jan*, Erfüllungsverweigerung, S. 26 ff.; Honsell/*Karollus*, Art. 25 Rn. 26; grundsätzlich zustimmend *Achilles*, Art. 25 Rn. 14; *Maskow* in: Enderlein/*Maskow/Strohbach*, Art. 25 Anm. 4.3.; *Magnus* in: The Draft UNCITRAL Digest, S. 324 mit Hinweis auf Ausnahmen, die über Treu und Glauben (Art. 7 I CISG) zu regeln sind; a.A. für spezifische Konstellationen *Posch/Kandut* in: Hoyer/*Posch*, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 59, 66 und MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 25 Rn. 16.

²³⁹ Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 71; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 66.

²⁴⁰ Witz/*Salger/Lorenz/Salger*, Art. 46 Rn. 11; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 41.

²⁴¹ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 54; Bamberger/*Roth/Saenger*, Art. 46 Rn. 4; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 50.

sollen, entspricht eine Ersatzlieferung am Bestimmungsort m.E. der gesetzlichen Grundkonzeption.²⁴²

Die Lieferung einer anderen, vertragsgemäßen Sache muss möglich sein. Ist die verkaufte Sache eine Gattungssache, stellt dies in der Regel kein Problem dar. Der Verkäufer muss dann erneut aus der Gattung leisten, solange nicht die gesamte Gattung zur Erfüllung ungeeignet ist.²⁴³ Fraglich ist nur, ob der Verkäufer auch eine andere Sache leisten muss, wenn es sich um einen Stückkauf handelt. Dem Wortlaut nach unterscheidet Art. 46 II nicht zwischen Stück- und Gattungskauf.²⁴⁴ Beim Stückkauf schuldet der Verkäufer jedoch nur diese Sache und keine andere. Ist diese Sache mangelhaft, kann und muss er auch nicht mit einer anderen Sache als Ersatz erfüllen.²⁴⁵ Eine Ersatzlieferung ist hier nur möglich, wenn der Verkäufer vorher ein Identitätsaliud geliefert hat.²⁴⁶ Dann gibt es noch die tatsächlich verkaufte Sache, die geliefert werden kann.

²⁴² Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 50; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 71.

²⁴³ MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 38; Schlechtriem/*Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 18; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 33; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 155.

²⁴⁴ v. *Hoffmann* in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 293, 295.

²⁴⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 33; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 23; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 38; *Karollus*, S. 137; *Reinhart*, Art 46 Rn 5; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 46 Rn. 6; *Witz/Salger/Lorenz/Salger*, Art. 46 Rn. 10; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 46 Rn. 1; *Slechtriem*, in: *Bucher*, Wiener Kaufrecht, S. 103, 128; *Jan*, Erfüllungsverweigerung, S. 141 Fn. 18; a.A. *Steinmetzler*, Recht und Ökonomie, S. 190: wegen der vergleichbaren wirtschaftlichen Lage erstreckte sich der Ersatzlieferungsanspruch sowohl auf Gattungs- als auch auf vertretbare Stückschulden; v. *Hoffmann* in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 293, 295; Schlechtriem/*Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 18. Allerdings kann die Ablehnung einer völlig gleichartigen Sache seitens des Käufers gegen Treu und Glauben verstoßen, *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 61.

²⁴⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 34; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 38; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 23; *Karollus*, S. 137; *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 59.

bb) Nachbesserung

Statt Ersatzlieferung kann der Käufer auch Nachbesserung der gelieferten Ware verlangen. Die Voraussetzungen dafür sind in Art. 46 III CISG festgelegt.

(1) Voraussetzungen

(a) Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware

Der Verkäufer muss nicht vertragsgemäße Ware geliefert haben. Die Vertragsverletzung muss jedoch, anders als beim Anspruch auf Ersatzlieferung, nicht wesentlich sein. Jede, auch jede unerhebliche, Vertragsverletzung löst den Anspruch auf Nachbesserung aus. Der Käufer soll das erhalten, was ihm nach dem Vertrag gebührt und die Belastung des Verkäufers ist bei der Nachbesserung in der Regel geringer als bei der Ersatzlieferung. Die schon gelieferte Ware muss nicht zurück transportiert oder unter erschwerten Bedingungen vom Verkäufer abgesetzt werden. Die Interessen des Verkäufers werden durch die Grenze der Zumutbarkeit, Art. 46 III S. 1, 2. HS CISG berücksichtigt.

(b) Keine Unzumutbarkeit für den Verkäufer

Ist die Nachbesserung aus Sicht des Verkäufers²⁴⁷ unzumutbar, hat der Käufer keinen Anspruch aus Art. 46 III CISG. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Sicht des Verkäufers an, sondern auf einen objektiven Maßstab.²⁴⁸ In der englischen und der französischen Originalfassung werden die Worte „unreasonable“ bzw. „déraisonnable“ verwendet, die auch mit unangemessen hätte übersetzt werden können.²⁴⁹ Der Text der

²⁴⁷ Schlechtriem/Schwender/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 40; Staudinger/Magnus, Art. 46, Rn. 60.

²⁴⁸ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 60; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 94; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 46 Rn. 12; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 55.

²⁴⁹ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 95; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 53.

Originalfassung legt also einen weniger strengen Maßstab als die deutsche Version nahe.

Ob die Nachbesserung unangemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Hier sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: diejenigen Fälle, bei denen es auf die technische Machbarkeit ankommt und diejenigen Fälle, bei denen die Kosten für die Nachbesserung maßgeblich sind.²⁵⁰

(aa) Technische Machbarkeit

Die Nachbesserung muss technisch möglich sein, sonst liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, der den Anspruch ausschließt.²⁵¹ Die Nachbesserung kann aber technisch, ohne Rücksicht auf die Kosten, sehr aufwendig und daher dem Verkäufer nicht zumutbar sein.²⁵² Insbesondere wenn eine Nachlieferung wesentlich einfacher durchzuführen wäre, ist eine Nachbesserung möglicherweise unangemessen. Dasselbe gilt, wenn der Käufer, im Gegensatz zu dem weit entfernten Verkäufer, die Nachbesserung ohne Probleme selbst durchführen könnte. Hat der Käufer aber ein besonderes Interesse daran, dass der Verkäufer die Reparatur selbst durchführt, z.B. weil dieser technisch versierter ist, ist dies zu berücksichtigen.²⁵³ Insgesamt ist die Nachbesserung für den Verkäufer unzumutbar, wenn der Aufwand der Reparatur in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem Vorteil, den der Käufer aus der Reparatur zieht, steht.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass eine Nachbesserung für den Verkäufer unzumutbar ist, wenn er selbst keine Möglichkeit zur Reparatur hat, z.B. weil er nicht selbst Hersteller ist und keine

²⁵⁰ Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 46 Rn. 8.

²⁵¹ Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 57.

²⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 40.

²⁵³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 40; Bianca/Bonell/Will, Art. 46 Anm. 2.2.2.2; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 55; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 22.

Vertragswerkstätten einschalten kann.²⁵⁴ Dem Verkäufer kann jedoch zugemutet werden, eine Reparatur durch Dritte zu veranlassen, auch wenn dies mehr Aufwand erfordert, als die Weitergabe des Auftrags an einen seiner eigenen Partner.²⁵⁵

(bb) Kosten

Bezüglich der Kosten kann der Verkäufer sich nicht einfach damit entschuldigen, dass die Reparatur zu teuer ist und er die Kosten nicht einkalkuliert hat oder ihm dadurch sein Gewinn verloren geht.²⁵⁶ Er hat sich vertraglich verpflichtet, mangelfreie Ware zu liefern und der Anspruch auf Nachbesserung dient der Erfüllung seiner Pflicht. Sind die Kosten für die Reparatur aber höher als die der Nachlieferung, kann die Reparatur für den Verkäufer unzumutbar sein,²⁵⁷ wenn der Käufer nicht ein besonderes, berechtigtes Interesse gerade an der Nachbesserung hat.²⁵⁸ Das Verhältnis von Kaufpreis und Nachbesserungskosten spielt bei der Bewertung der Zumutbarkeit keine Rolle, maßgeblich ist das Interesse des Käufers an der Reparatur.²⁵⁹

(2) Rechtsfolgen

Art. 46 III CISG sieht als Rechtsfolge die Nachbesserung vor. Das bedeutet, dass der Mangel an der schon gelieferten Ware beseitigt werden muss, wofür der Verkäufer die Kosten zu tragen hat.²⁶⁰ Die Beseitigung des Mangels kann durch Nachbesserungsarbeiten an der

²⁵⁴ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 62; Soergel/*Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 46 Rn. 9; *Enderlein* in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 46 Nr. 8; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 46 Rn. 8.

²⁵⁵ *Herber/Czerwenka*, Art. 46 Rn. 10.

²⁵⁶ Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 46 Rn. 9.

²⁵⁷ *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 59; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 46 Rn. 23.

²⁵⁸ *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 46 Rn. 12.

²⁵⁹ MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 55; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 40; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 97; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 152; a.A. *Enderlein* in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 46 Nr. 8; v. *Hoffmann* in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 293, 297.

²⁶⁰ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 65; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 45; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 59.

Sache, durch Auswechseln einzelner Teile oder auch nachträglichen Einbau fehlender Teile vorgenommen werden.²⁶¹ Anders ist es, wenn die Ware aus mehreren selbständigen Teilen besteht, von denen ein Teil zurückgegeben und neu geliefert oder ein fehlender Teil nachgeliefert wird; in diesem Fall handelt es sich um eine teilweise Ersatz- bzw. Nachlieferung gemäß Art. 46 II oder I i.V.m. Art. 51 I CISG.²⁶²

Wo die Nachbesserung zu erfolgen hat, legt das CISG nicht fest. Auch hier werden grundsätzlich zwei Positionen vertreten. Zum einen, dass, soweit die Parteien, auch nachträglich, nicht anderes vereinbart haben,²⁶³ die Nachbesserung am vertragsmäßigen Bestimmungsort durchzuführen ist,²⁶⁴ zum anderen, dass sie am ursprünglichen Erfüllungsort zu erbringen ist.²⁶⁵ Zum Schutz des Käufers ist auch hier m.E. auf den Bestimmungsort abzustellen.

Beseitigt der Verkäufer den Mangel nicht oder ist die Nachbesserung erfolglos, kann der Käufer selbst nachbessern und die Kosten als Schadensersatz gemäß Art. 45 lit. b, 74 ff. verlangen.²⁶⁶

c) Erfüllung bei Rechtsmängeln

Für Rechtsmängel i.S.d. Art. 41 ff. gelten Art. 46 II und II nach zutreffender Ansicht (vgl. dazu oben a)) nicht. Der (Nach-)Erfüllungsanspruch richtet sich also nach Art. 46 I.

²⁶¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 54; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 62; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 46 Rn. 20; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 58.

²⁶² Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 44; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 62.

²⁶³ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 45.

²⁶⁴ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 63; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 45; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 104; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 66; Bamberger/Roth/*Saenger*, Art. 46 Rn. 14; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 46 stellt auf den Belegenheitsort ab, auch wenn dies nicht der vertragsgemäße Bestimmungsort ist.

²⁶⁵ MünchKommBGB/*P. Huber*, Art. 46 Rn. 59; Witz/Salger/Lorenz/*Salger*, Art. 46 Rn. 11.

²⁶⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 67; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 46; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 44 Rn. 64; Honsell/*Schnyder/Straub* in Honsell, Art. 46 Rn. 109; Bamberger/Roth/*Saenger*, Art. 46 Rn. 14.

aa) Voraussetzungen

Die Lieferung von Ware, die den Anforderungen aus Art. 41 oder 42 nicht genügt, löst den Nacherfüllungsanspruch gemäß Art. 46 I aus.

bb) Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge sieht Art. 46 I die Erfüllung der verletzten Verkäuferpflicht in Natur vor. Dies ist die Durchführung des Vertrags ohne Veränderungen.²⁶⁷ Im Fall der Lieferung von Ware, die mit Rechten oder Ansprüchen Dritter belastet ist, bedeutet dies, dass der Verkäufer entweder Ware liefern muss, die frei von Rechtsmängeln ist oder dass er die Ware von den Rechten oder Ansprüchen befreien muss.

d) Grenzen

Der Anspruch des Käufers auf (Nach-)Erfüllung unterliegt bestimmten allgemeinen Grenzen, unabhängig von der Art der Nacherfüllung oder davon, ob es sich um Sach- oder Rechtsmängel handelt.

aa) Erklärungsfrist

Die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs aus Art. 46 I ist an keine Frist gebunden. Der Käufer kann den Anspruch jederzeit geltend machen, soweit nicht eine Verwirkung in Betracht kommt.²⁶⁸ Verwirkung ist eingetreten, wenn der Verkäufer auf Grund besonderer Umstände darauf vertrauen darf, dass der Käufer die Erfüllung nicht mehr verlangt.²⁶⁹

Bei Sachmängeln muss der Käufer den Anspruch auf Nachlieferung oder Nachbesserung entweder zusammen mit der Mängelanzeige nach Art. 39 geltend machen oder innerhalb einer angemessenen Frist danach

²⁶⁷ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 29; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 38.

²⁶⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 28a; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 20.

²⁶⁹ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 28a; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 20.

(Art 46 II, III S. 2 CISG). Die Mängelanzeige muss er wiederum innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem er den Mangel entdeckt hat oder hätte entdecken können, abgeben. Was angemessen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.²⁷⁰ Da die Frist in Art. 46 II, III verhindern soll, dass der Käufer die Entscheidung zwischen den Rechtsbehelfen übermäßig hinauszögert, der Verkäufer aber andererseits schon über das Erfordernis der fristgemäßen Anzeige des Mangels nach Art. 39 CISG gewarnt und geschützt ist, kann dem Käufer Zeit zur Entscheidung eingeräumt werden.²⁷¹ Er muss nicht unverzüglich handeln.²⁷² Er kann aber auch nicht monatelang abwarten und den Verkäufer im Ungewissen lassen. Im Allgemeinen sind wohl Fristen von 2-4 Wochen ab Mängelanzeige angemessen, also insgesamt ab Entdeckung des Mangels bis zu zwei Monaten.²⁷³ Bei verderblichen oder stark im Preis schwankenden Waren muss er sich jedoch zügig entscheiden.²⁷⁴ Ein fehlgeschlagener Nachbesserungsversuch ist bei der Bemessung der Frist zu berücksichtigen.²⁷⁵

Die Frist beginnt mit Abgabe der Mängelanzeige an zu laufen.²⁷⁶ Ist die Mängelanzeige nicht nötig (Art. 40 Kenntnis des Verkäufers oder Verkäufer hat darauf verzichtet), beginnt der Fristablauf nach einer

²⁷⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 34, 57; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 46 Rn. 7; abweichend: Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 43, Art. 39 Rn. 42, der zu Gunsten der Rechtssicherheit auf bestimmte typische Umstände abstellt.

²⁷¹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 34; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 11; ähnlich: Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 66; strenger: Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 46 Rn. 6.

²⁷² Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33, 43.

²⁷³ Zu Einzelfällen siehe Staudinger/Magnus, Art. 39 Rn. 41 ff.: 2 Wochen für die Frist gemäß Art. 39, für Art. 46 der gleiche Maßstab (Art. 46 Rn. 43); ähnlich MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 11; wesentlich strenger Bamberger/Roth/Saenger, Art. 46 Rn. 7 mit Verweis auf Art. 49 Rn. 13: unverzüglich.

²⁷⁴ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 43.

²⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 34; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 10.

²⁷⁶ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 46 Rn. 7; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 44; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 34; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33.

Auffassung mit der Entdeckung des Mangels,²⁷⁷ nach anderer Auffassung in dem Zeitpunkt, in dem die Mängelrüge hätte abgegeben werden müssen.²⁷⁸ Stellt man auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels ab, verkürzt man die Frist um die Zeitspanne, die der Käufer an sich bis zur Abgabe der Mängelrüge hätte. In den Fällen, in denen die Anzeige des Mangels überflüssig ist, soll jedoch gerade der Käufer geschützt werden. Daher ist eine Verkürzung der Frist nicht wünschenswert.

Die Absendung der Erklärung mit geeigneten Mittel genügt zur Wahrung der Frist (Art. 27 CISG).²⁷⁹

bb) Ausübung eines unvereinbaren Rechtsbehelfs

Eine weitere Einschränkung enthält Art. 46 I 2. HS. Diese Einschränkung gilt für alle Erfüllungsansprüche, auch für Abs. 2 und 3.²⁸⁰ Der Käufer kann den Anspruch nicht geltend machen, wenn er einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der mit dem Erfüllungsverlangen unvereinbar ist. Ein Rechtsbehelf ist mit der gleichzeitigen Erfüllung unvereinbar, wenn die Ansprüche sich auf ein und dasselbe Interesse des Käufers richten.²⁸¹ Sonst könnte der Käufer mehrfachen Ausgleich verlangen.

Hebt der Käufer den Vertrag gem. Art. 49 I CISG auf, ergibt sich schon aus Art. 81 I 1 CISG, dass er nicht weiter die Erfüllung des Vertrags verlangen kann.²⁸² Auch wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung einer Pflicht verlangt, erhält er damit einen Aus-

²⁷⁷ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 34; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 45.

²⁷⁸ Herber/Czerwenka, Art. 46 Rn. 8; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 11.

²⁷⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 33; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 44.

²⁸⁰ MünchKommBGB/P. Huber, Art. 46 Rn. 12; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 7.

²⁸¹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 13; Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 10; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 23.

²⁸² Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 10; Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 46 Nr. 2.

gleich für sein Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung des Vertrags, so dass er die Erfüllung nicht mehr verlangen kann.²⁸³ Das Gleiche gilt für die Minderung gemäß Art. 50 S. 1 CISG.²⁸⁴

Dem Wortlaut nach muss der Käufer den Rechtsbehelf „ausgeübt“ haben. Fraglich ist, ob dazu die einseitige Erklärung des Käufers, den Vertrag aufzuheben, zu mindern oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, ausreicht oder ob sich der Verkäufer damit einverstanden erklären muss. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass die „Ausübung“ des Rechtsbehelfs den Anspruch auf Erfüllung endgültig ausschließt und der Käufer an sein Verlangen gebunden wird. Er kann dann nicht mehr von der Aufhebung bzw. der Minderung oder Schadensersatz zur Erfüllung wechseln.

Zum Teil wird schon in der (berechtigten) einseitigen Erklärung des Käufers die Ausübung des Rechtsbehelfs gesehen, unabhängig davon, ob der betreffende Rechtsbehelf als Gestaltungsrecht zu qualifizieren ist oder nicht.²⁸⁵ *Magnus* lässt ebenfalls die Käufererklärung genügen, stellt aber auf deren Gestaltungswirkung ab.²⁸⁶ Andere binden den Käufer grundsätzlich an seine Erklärung nach den Grundsätzen von Art. 26, 27 CISG,²⁸⁷ lassen den Wechsel auf einen anderen Rechtsbehelf jedoch zu, wenn der Verkäufer kein schutzwürdiges Interesse an der Bindung des Käufers hat, z.B. weil die Erklärung dem Verkäufer nicht zugegangen ist oder der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Ware bestreitet.²⁸⁸ Das Kriterium, auf das *U. Huber* abstellt, sind die allgemeinen

²⁸³ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 10; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 7; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 24; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 24.

²⁸⁴ Sekretariatskommentar Art. 42 Anm. 7; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 24; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 19; *Enderlein* in: *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 46 Nr. 2; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 183.

²⁸⁵ Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 26; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 46 Rn. 14.

²⁸⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 19.

²⁸⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46, Rn. 7, Art. 49 Rn. 43; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 46 Rn. 4.

²⁸⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 45 Rn. 16; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 46 Rn. 4.

Rechtsgrundsätze und Treu und Glauben.²⁸⁹ Damit kommt er zu dem Ergebnis, dass bei Schadensersatzforderungen und Minderung das Einverständnis des Verkäufers notwendig ist, um den Käufer an sein Verlangen zu binden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass er die Minderung, entgegen der herrschenden Meinung, nicht als Gestaltungsrecht qualifiziert, weil weder der Wortlaut des CISG noch die Interessenlage Argumente dafür böten. Die Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 I CISG ist jedoch auch seiner Meinung nach ein Gestaltungsrecht und der Käufer an seine Erklärung gebunden.²⁹⁰

Meines Erachtens sind sowohl die Vertragsaufhebung als auch die Minderung Gestaltungsrechte, und darauf kommt es im Rahmen des Art. 46 I 2. HS an. Der Käufer ist bei ihnen mit seiner Gestaltungserklärung an sein Verlangen gebunden.

Beim Schadensersatz, der kein Gestaltungsrecht ist, zwingt der Wortlaut des CISG dagegen nicht dazu, den Käufer schon unmittelbar an seine Erklärung zu binden. „Ausübung des Rechtsbehelfs“ kann auch bedeuten, dass er erfolgreich ausgeübt worden sein muss. Es kommt darauf an, ob der Verkäufer schon mit der Erklärung des Käufers ein schützenswertes Interesse an der Bindung des Käufers hat.

Wenn der Käufer Schadensersatz verlangt, rechnet der Verkäufer nicht mehr damit, noch erfüllen zu müssen. Darauf stellt er sich ein und disponiert u.U. anderweitig über die Ware. Wenn nun der Käufer doch wieder Erfüllung verlangt, ist dies dem Verkäufer vielleicht nicht ohne weiteres möglich. Andererseits hat der Verkäufer die Möglichkeit, sich mit dem Verlangen des Käufers einverstanden zu erklären und so den Käufer an seine Erklärung zu binden. Außerdem hat er die Möglichkeit, gemäß Art. 48 I CISG zu erfüllen und dem Käufer so die Möglichkeit zu nehmen, einen anderen Rechtsbehelf auszuüben. Nimmt der Verkäufer diese Möglichkeiten nicht wahr, weiß auch der Käufer nicht, ob seine Forderungen erfüllt werden. Der Verkäufer ist jedoch

²⁸⁹ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 10.

derjenige, der die Pflichtverletzung begangen hat und ist deshalb gegenüber dem Käufer weniger schutzwürdig. Aus diesem Grund sollte der Käufer auch noch bis zur Einverständniserklärung des Verkäufers sein Verlangen ändern und trotz seiner früheren Erklärung weiter Erfüllung, gemäß Art. 46 CISG, verlangen können. Die einseitige Erklärung des Käufers reicht also zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nicht aus, wenn es sich bei dem Rechtsbehelf nicht um ein Gestaltungsrecht handelt.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Käufer auch an unberechtigt erhobene Rechtsbehelfe gebunden ist. Bei den Gestaltungsrechten kann die Gestaltungswirkung nur eintreten, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind und der Rechtsbehelf zu Recht ausgeübt wird.²⁹¹ Übt der Käufer das Gestaltungsrecht zu unrecht aus und stimmt der Verkäufer trotzdem zu, wird der Vertrag einverständlich umgestaltet und die Parteien sind daran gebunden.²⁹² Beim Schadensersatz muss der Verkäufer nach der hier vertretenen Auffassung in jedem Fall zustimmen. Stimmt er zu, obwohl der Anspruch dem Käufer tatsächlich nicht zusteht, handelt es sich auch hier um eine einverständliche Umgestaltung des Vertrages, mit der auch die Erfüllungspflichten des Verkäufers verändert werden.²⁹³ Der Käufer kann dann nicht mehr die Erfüllung in der ursprünglich vereinbarten Form verlangen. Widerspricht der Verkäufer jedoch, ändert sich am Inhalt des Vertrages nichts, die Erklärung des Käufers hat keine Wirkung und der Anspruch auf Erfüllung gemäß Art. 46 I bleibt bestehen.²⁹⁴

cc) Keine Durchsetzbarkeit nach nationalem Recht

Gemäß Art. 28 CISG sind die Gerichte nicht gezwungen, den Anspruch auf Erfüllung in Natur nach dem CISG zuzusprechen, wenn sie dies

²⁹⁰ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 45 Rn. 28.

²⁹¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 20.

²⁹² Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 7; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 46 Rn. 10; Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 21.

²⁹³ Staudinger/*Magnus*, Art. 46 Rn. 21.

nach ihrem eigenen nationalen Recht auch nicht tun würden. Es kommt also darauf an, ob das Sachrecht des Forums bei Kaufverträgen grundsätzlich einen Anspruch auf Erfüllung kennt.²⁹⁵ Ob die Voraussetzungen für diesen Anspruch nach nationalem Recht tatsächlich vorliegen, dagegen Einwendungen gegeben wären oder ob das nationale Recht gerade diese Art der Erfüllung (z.B. Nacherfüllung durch Reparatur) vorsieht, ist jedoch unbeachtlich.²⁹⁶ Diese Vorschrift berücksichtigt die Tradition der Common-law-Staaten, die den Erfüllungsanspruch in natura nur eingeschränkt kennen.²⁹⁷

dd) Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers (Art. 79)

Art. 79 I CISG schließt Ansprüche wegen Pflichtverletzung aus, wenn der Grund, auf dem die Pflichtverletzung beruht, außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners, d.h. hier des Verkäufers liegt und der Schuldner den Grund bei Vertragsschluss auch nicht in Betracht ziehen musste und ihn oder seine Folgen nicht hätte vermeiden oder überwinden können.

²⁹⁴ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 22, 23.

²⁹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 28 Rn. 9; MünchKommHGB/Benicke, Art. 28 Rn. 10; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 28 Rn. 2; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht Rn. 118 f.; Soergel/Lüderitz/Budzikiewicz, Art. 28 Rn. 1; Kastley, 63 Wash. L. Rev. (1988), 607, 637 f.; Walt, 26 Tex. Int'l L.J. (1991), 211, 219; Neumayer/Ming, Art. 28 Anm. 1; Honnold, Rn. 195.

²⁹⁶ Honsell/Karollus, Art. 28 Rn. 15; Schlechtriem/U. Huber, Art. 28 Rn. 19; MünchKommHGB/Benicke, Art. 28 Rn. 10; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 28 Rn. 10; für § 275 BGB abweichend Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht Rn. 118; Keil, Die Haftungsbefreiung des Verkäufers im UN-Kaufrecht, S. 42 f.

²⁹⁷ Honsell/Karollus, Art. 28 Rn. 5, 14; Staudinger/Magnus, Art. 28 Rn. 10; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 28 Rn. 2; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 28 Rn. 8; MünchKommHGB/Benicke, Art. 46 Rn. 1 ff.; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 28 Rn. 1 f.

(1) Anwendbarkeit

(a) *Lieferung vertragswidriger Ware*

Art. 79 CISG ist in seiner Anwendbarkeit nicht ausdrücklich auf bestimmte Arten der Vertragsverletzung beschränkt. Der Wortlaut spricht nur von „Nichterfüllung einer ihrer Pflichten“. Demnach muss Art. 79 auf jede Art der Nichterfüllung anwendbar sein, auch bei der Lieferung mangelhafter Ware.²⁹⁸ Teilweise wird jedoch argumentiert, dass Art. 79 nicht anzuwenden ist, wenn der Verkäufer vertragswidrige Ware geliefert hat.²⁹⁹ Begründet wird dies damit, dass bei der Schaffung des CISG das Wort „Hinderungsgrund“ („impediment“) gewählt wurde und nicht das, nach dieser Auffassung, allgemeinere Wort „Umstände“ („circumstances“).³⁰⁰ Ein *Hinderungsgrund* beziehe sich immer auf die Lieferung als solche, d.h. der Grund verhindere die Lieferung, wohingegen *Umstände* auch zu einer vertragswidrigen Leistung führen könnten. Zudem müsse die Partei, die nicht erfüllt, gemäß Art. 79 IV den Hinderungsgrund der anderen Partei mitteilen, was im Fall eines versteckten Mangels der gelieferten Ware nicht möglich sei. Deshalb sei Art. 79 im Fall der Lieferung mangelhafter Ware nicht anzuwenden.

Diese Auslegung zwingt zu einer Unterscheidung verschiedener Arten der Nichterfüllung, die im Text der Konvention an dieser Stelle nicht zum Ausdruck kommt und die der Tendenz des UN-Kaufrechts, alle Vertragsverletzungen gleich zu behandeln, entgegenläuft. Nichterfüllung erfasst gerade alle Arten der Vertragsverletzung. Dafür spricht auch der Standort der Norm unter „Kapitel V. Gemeinsame

²⁹⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 79 Rn. 12; MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 79 Rn. 3; Honsell/*Magnus*, Art. 79 Rn. 4; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 79 Rn. 6; Soergel/*Lüderitz/Dettmeier*, Art. 79 Rn. 15; *Herber/Czerwenka*, Art. 79 Rn. 8; Witz/Salger/Lorenz/*Salger*, Art. 79 Rn. 2; *Achilles*, Art. 79 Rn. 1; Bianca/Bonell/*Tallon*, Art. 79 Bem. 2.4.1.; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 620 f.; *Kranz*, Schadenersatzpflicht, S. 194, *Weber* in: Bucher, Wiener Kaufrecht, S. 165, 173; *Rathjen*, RIW 1999, S. 561, 562; *Keil*, Haftungsbefreiung, S. 33 f.; *Ryffel*, Schadenersatzhaftung, S. 106 f.; *Rummel* in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 177, 186.

²⁹⁹ Bianca/Bonell/*Tallon*, Art. 79 Anm. 2.6.2; *Lautenbach*, Haftungsbefreiung, S. 33.

³⁰⁰ *Honnold*, Rn. 427.

Bestimmungen über die Pflichten des Verkäufers und des Käufers“.³⁰¹ Die von der Gegenansicht vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen: Die Wahl des Wortes „Hinderungsgrund“ zielte lediglich darauf ab, den Maßstab zu objektivieren und zu verdeutlichen, dass nur schwerwiegende Gründe die Entlastung begründen sollen, und nicht darauf, die Entlastung nur auf das Ausbleiben der Lieferung zu beschränken.³⁰² Das Problem der Mitteilungspflicht bei versteckten Mängeln schließlich zwingt m.E. nicht dazu, die Entlastung auf Fälle der Nichtlieferung zu beschränken.³⁰³

(b) Erfüllungsansprüche

Ob Art. 79 auch die Erfüllungsansprüche aus Art. 46 CISG ausschließt, ist umstritten, denn Abs. 5 beschränkt den Ausschluss seinem Wortlaut nach nur auf Schadensersatzansprüche.

Deshalb wendet eine Auffassung Art. 79 nur auf Schadensersatzansprüche an.³⁰⁴ Dafür spricht nicht nur der Wortlaut sondern auch das historische Argument, dass es während der Wiener Konferenz³⁰⁵ ausdrücklich abgelehnt wurde klarzustellen, dass bei einem dauerhaften Hindernis keine Erfüllung verlangt werden kann.³⁰⁶

Die Gegenauffassung lässt auch den Erfüllungsanspruch entfallen, wenn die Voraussetzungen des Art. 79 I, II gegeben sind.³⁰⁷ Denn gemäß Art. 79 habe der Verkäufer für seine Pflichtverletzung nicht einzu-

³⁰¹ *Schlechtriem*, JZ 1999, 791, 794.

³⁰² *Keil*, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, S. 36 f.; *Schlechtriem*, JZ 1999, 791, 795; *MünchKommHGB/Mankowski*, Art. 79 Rn. 19.

³⁰³ *Keil*, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, S. 34.

³⁰⁴ *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 46 Rn. 28; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber*, Art. 79 Rn. 45 f.; *Vahle*, ZVglRWiss 98., 54, 60 f.; *Keil*, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, S. 41.

³⁰⁵ Official Reports, S. 384 f.

³⁰⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber*, Art. 79 Rn. 45; *MünchKommHGB/Benicke*, Art. 79 Rn. 7; *Keil*, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, S. 41; *Vahle*, ZVglRWiss 98., 54, 60 f.

³⁰⁷ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 46 Rn. 11; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 46 Rn. 9; *Staudinger/Magnus*, Art. 46 Rn. 25; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 46 Rn. 15; *Jan*, Erfüllungsverweigerung, S. 331, 333; *Welser* Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 130.

stehen, wenn er den Hinderungsgrund nicht vorhersehen, vermeiden und überwinden könne. Würde der Erfüllungsanspruch weiter bestehen, müsste der Verkäufer den Hinderungsgrund aber gerade überwinden. Dies könne von ihm, wenn die Voraussetzungen des Art. 79 I-III gegeben sind, gerade nicht erwartet werden. In Anbetracht des Wortlautes ist eine direkte Anwendbarkeit des Art. 79 m.E. abzulehnen. Es kann jedoch von einer Lücke im CISG ausgegangen werden, so dass Art. 79 auf die Erfüllungsansprüche analog angewendet werden kann.³⁰⁸

(2) Voraussetzungen

Für die Fälle der Lieferung vertragswidriger Ware bedeutet Art. 79 I, dass der Mangel auf einem Grund beruhen muss, der außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegt und dass vom Verkäufer vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Grund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen bzw. ihn oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Um dem Vorrang der Erfüllung, den das CISG enthält, Rechnung zu tragen, müssen diese Voraussetzungen streng interpretiert werden.³⁰⁹ Dies ist insbesondere bei der Frage, ob der Käufer den Mangel und seine Folgen hätte überwinden können, zu berücksichtigen.

(a) Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners

Art. 79 I CISG setzt voraus, dass die Pflichtverletzung auf einem Hinderungsgrund beruht, der außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegt. Innerhalb seines Einflussbereichs liegen alle Hindernisse, die den Schuldner persönlich betreffen (z.B. Zahlungsunfähigkeit oder Krankheit) oder Gründe, die in Zusammenhang mit seinem Betrieb stehen, z.B. Krankheit, Urlaub oder das Verhalten seiner Mitarbeiter, unabhängig davon, ob diese schuldhaft gehandelt haben

³⁰⁸ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 17.

³⁰⁹ Sekretariatskommentar Art. 65 Anm. 7; Staudinger/Stoll, Art. 79 Rn. 25; Karollus, S. 209 (zumutbar sind „erhebliche Mehraufwendungen“ und eine Abwicklung des Geschäfts mit Verlust); Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 235.

oder ob der Schuldner sie ordnungsgemäß ausgesucht hat.³¹⁰ Nicht in den Einflussbereich des Schuldners fallen hingegen Umwelteinflüsse wie Wirbelstürme, Flutkatastrophen oder Erdbeben.³¹¹ Das gleiche gilt für politische Ereignisse wie Krieg, Embargo oder Boykott.³¹² Auch das Verhalten unabhängiger Dritter kann der Schuldner nicht beeinflussen, so dass ein überbetrieblicher Streik³¹³ oder Sabotageakte von Dritten³¹⁴ außerhalb seines Einflussbereichs liegen. Ob ein innerbetrieblicher Streik innerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegt, ist umstritten. Angesichts der Tatsache, dass es in der Hand des Schuldners liegt, ob er einen Arbeitskampf aufnimmt und es im UN-Kaufrecht nicht um Verschulden, sondern um die Verteilung des Risikos geht, gehört die Möglichkeit eines Streiks m.E. zum Betriebs- und Personalrisiko, das der Schuldner zu tragen hat.³¹⁵ In den Risikobereich des Verkäufers gehören auch die Vor- und Zulieferung, so dass der Verkäufer für vom Hersteller verursachte Mängel der Ware haftet.³¹⁶

³¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 15 ff; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 18 ff; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 5; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 25.

³¹¹ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 27; Achilles, Art. 79 Rn. 6; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 10.

³¹² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 14; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 28; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 8; Achilles, Art. 79 Rn. 6; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 11.

³¹³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 33, 35; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 9; Maskow in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 79 Anm. 4.2; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 15.

³¹⁴ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 5; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 30; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 10, 15; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 28.

³¹⁵ Ebenso: Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 34; Lautenbach, Haftungsbefreiung, S. 63; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 5; Maskow in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 79 Anm. 4.2.; a.A.: Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 21; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 29; einschränkend Herber/Czerwenka, Art. 79 Rn. 13; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 230.

³¹⁶ Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 26; Keil, Haftungsbefreiung, S. 154; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 29; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 13, 19; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 47, 50; Achilles Art. 79 Rn. 9; Soergel/Lüderitz/Dettmeier Art. 79 Rn. 22; Sekretariatskommentar Art. 65 Anm. 12; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 231; Karollus, S. 212; Rummel in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 177, 187; U. Huber in: FS Ulmer, 1165, 1195; BGHZ 141, 129, 133 f. (Rebwachs); einschränkend für Zulieferer mit Monopolstellung Lautenbach, Haftungsbefreiung, S. 63 f.; ebenso Jan, Erfüllungsverweigerung S. 325; a.A. Reinhart Art. 79 Rn. 8.

Der Hinderungsgrund kann schon vor Vertragsschluss bestehen oder nachträglich auftreten.³¹⁷ Die Anwendbarkeit von Art. 79 CISG hängt davon nicht ab. Eine andere Interpretation der Vorschrift ist weder dem Wortlaut nach noch aus der Interessenlage heraus notwendig.³¹⁸ Unter Umständen kann vom Schuldner in Fällen eines anfänglichen Hindernisses aber eher verlangt werden, dieses Hindernis in Betracht zu ziehen.³¹⁹

Eine Haftungsbefreiung für Hindernisse, die außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegen, scheidet aus, wenn sich der Schuldner vertraglich verpflichtet hat, uneingeschränkt zu haften.³²⁰ Dann hat er die für ihn nicht beeinflussbaren Risiken in seinen Risikobereich aufgenommen.

(b) Kausalität

Die Nichterfüllung muss auf dem Hinderungsgrund beruhen, d.h. der Hinderungsgrund muss kausal i.S.d. Äquivalenztheorie für die Vertragsverletzung sein, auf die sich der Käufer beruft.³²¹

(c) Mangelnde Vorhersehbarkeit des Hinderungsgrundes

Liegt der Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners, kann er sich nur auf Art. 79 I CISG berufen, wenn er bei Vertragsschluss den Hinderungsgrund vernünftigerweise nicht in Betracht ziehen konnte. Kannte er den bestehenden oder zukünftigen Hinderungsgrund oder hätte er ihn kennen können oder zumindest mit ihm rechnen müssen, haftet er für die Nichterfüllung des Vertrages.³²² Der Schuldner soll nur für völlig unerwartete Leistungshindernisse von

³¹⁷ Sekretariatskommentar, Art. 65 Anm. 4.

³¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 12; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 17.

³¹⁹ Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 17; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 20.

³²⁰ Achilles, Art. 79 Rn. 5.

³²¹ Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 31; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 24; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 74 Rn. 8.

³²² Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 32.

seiner Haftung befreit werden. Ist voraussehbar, dass der Vertrag möglicherweise nicht erfüllt werden kann, soll die Partei sich entweder nicht verpflichten oder für die Vertragsverletzung einstehen.³²³

Wann vom Schuldner vernünftigerweise erwartet werden kann, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen, richtet sich nach einem objektiven Maßstab: Es kommt darauf an, wie eine vernünftige Person in der Stellung des Schuldners bei Vertragsschluss die Lage beurteilt hätte.³²⁴ Dabei muss nicht jede theoretische Möglichkeit berücksichtigt werden, vielmehr muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Hinderungsgrundes bestehen.³²⁵

(d) Mangelnde Vermeidbarkeit oder Überwindbarkeit des Hinderungsgrundes oder seiner Folgen

Auch wenn der Wortlaut des Art. 79 I CISG eine Alternativität zwischen den Gründen für die Haftungsbefreiung nahe legt – entweder Unvorhersehbarkeit des Hinderungsgrundes *oder* Unvermeidbarkeit bzw. Unüberwindbarkeit –, muss der Schuldner in jedem Fall versuchen, den Hinderungsgrund und seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Dies gilt auch, wenn er den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss nicht vorhersehen konnte. Der Schuldner muss alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um das Hindernis oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden, damit er seinen vertraglichen Pflichten doch nachkommen kann.³²⁶ Dadurch wird der Schuldner gezwungen, alternative Erfüllungsmöglichkeiten zu suchen, wenn er

³²³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 22; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 39.

³²⁴ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 8; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 18; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 22; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 32; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 79 Rn. 5; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 3; Achilles, Art. 79 Rn. 7; Maskow in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 79 Anm. 5.3.

³²⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 22; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 Anm. 2.6.3.

³²⁶ Sekretariatskommentar, Art. 65 Anm. 7; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 34; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 23.

nicht für den Schaden haften möchte.³²⁷ In vielen Fällen wird eine Haftungsbefreiung an diesem Erfordernis scheitern, da die Anforderungen, die an den Schuldner gestellt werden, hoch sind. Auch wenn die Mehraufwendungen, die zur Vermeidung oder Überwindung benötigt werden, erheblich sind, ist dies dem Schuldner regelmäßig zuzumuten.³²⁸ Eine Grenze setzt aber die wirtschaftliche Machbarkeit für den Schuldner, der nicht gezwungen werden soll, dadurch seine Existenz zu gefährden.³²⁹

(3) Mitteilungspflicht

Art. 79 IV statuiert für die Partei, die ihre Pflichten wegen eines Hinderungsgrundes i.S.v. Art. 79 I CISG nicht erfüllt, eine Mitteilungspflicht gegenüber der anderen Partei bezüglich des Grundes und der Folgen, auch bei veränderter Leistung.³³⁰ Die Mitteilung muss bei der anderen Partei gemäß Art. 79 IV S. 2 auch tatsächlich fristgerecht ankommen (abweichend von Art. 27 CISG, der auf die Absendung abstellt).³³¹ Geschieht dies nicht, ist der daraus entstehende Schaden zu ersetzen. Demnach kann der Schuldner sich zwar auf die Enthftung gemäß Art. 79 I CISG für die ursprüngliche Pflichtverletzung berufen; den Schaden, der dadurch entsteht, dass der Gläubiger von dem Hinderungsgrund nichts erfährt und keine geeigneten Abwehrmaßnahmen ergreifen kann, muss er aber ersetzen.³³²

³²⁷ MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 40.

³²⁸ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 9, 17, 21; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 23

³²⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 32; Achilles, Art. 79 Rn. 8; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 38.

³³⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 49; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 46, 47; Achilles, Art. 79 Rn. 12.

³³¹ Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 48; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 50; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 30; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 79 Rn. 28.

³³² Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 50; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 50; Achilles, Art. 79 Rn. 13; Herber/Czerwenka, Art. 79 Rn. 21; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 30 f.; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 57, 62.

Von der Haftung für die Verletzung dieser Mitteilungspflicht kann der Schuldner wiederum gemäß Art. 79 I CISG befreit sein.³³³

(4) Zeitraum der Befreiung

Der Schuldner ist von seiner Haftung nur für den Zeitraum befreit, in dem der Hinderungsgrund tatsächlich besteht, Art. 79 III CISG. Setzt er die Erfüllung seiner Vertragspflichten nach Wegfall des Hinderungsgrundes nicht fort, kann der Gläubiger den Ersatz des dadurch entstehenden Schadens fordern.³³⁴

(5) Haftung für Dritte

Art. 79 II CISG regelt die Voraussetzungen für eine Haftungsbefreiung, wenn der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Vertragspflichten eines Dritten bedient. Der Schuldner muss die Enthaltungsvoraussetzungen des Abs. 1 sowohl für sich als auch den Dritten beweisen. Dies führt zu einer Haftungsverschärfung.³³⁵

In Hinblick auf die Entstehung der Vorschrift und den englischen³³⁶ und den französischen³³⁷ Wortlaut werden nur solche Erfüllungsübernehmer erfasst, die eigenverantwortlich handeln und nicht zum Einflussbereich des Schuldners gehören.³³⁸

³³³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 50; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 50; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 31.

³³⁴ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 25; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 55.

³³⁵ Rummel in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 177, 190; Staudinger/Magnus, Art. 79 Rn. 39; Keil, Haftungsbefreiung, S. 144; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 45; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 24.

³³⁶ „...a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract“.

³³⁷ „... un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat“.

³³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 25 m.w.N.; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 79 Rn. 23; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 46 ff.; Rummel in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 177, 190.

ee) Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Eine besondere Stellung nehmen in diesem Zusammenhang die Fälle der Unmöglichkeit ein, für die das UN-Kaufrecht keine ausdrückliche Regelung bereit hält. Zum Teil wird über Art. 28 auf das nationale Recht zurückgegriffen.³³⁹ Dies birgt jedoch die Gefahr der unterschiedlichen Behandlung nach den nationalen Rechtsordnungen in sich.³⁴⁰ Andere sehen zumindest in der objektiven Möglichkeit der Erfüllung eine ungeschriebene Voraussetzung des Erfüllungsanspruchs, so dass der Anspruch im Fall der objektiven Unmöglichkeit entfällt.³⁴¹ Die Vertreter dieser Auffassung sehen in der subjektiven Unmöglichkeit einen Fall des Art. 79 I, weil dem Verkäufer nicht zugemutet werden kann, die Unmöglichkeit und ihre Folgen zu überwinden.³⁴² Nach einer dritten Ansicht ist auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 7 I) zurückzugreifen und der Erfüllungsanspruch zu verneinen, wenn dieser nicht oder nur unter unzumutbaren Bedingungen erfüllt werden kann, was im Fall einer objektiven Unmöglichkeit immer zu bejahen ist.³⁴³ Eine vierte Ansicht entnimmt die Regeln dafür, welche Leistungshindernisse der Schuldner überwinden muss, gemäß Art. 7 II den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommen, die insbesondere in Art. 79, 80 zum Ausdruck kommen.³⁴⁴

Gegen einen Rückgriff auf Art. 79 spricht, dass dann der Erfüllungsanspruch bestehen bliebe, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit der Erfüllung bei Vertragsschluss hätte in Betracht ziehen können. M.E. muss aber auch in diesen Fällen der Anspruch entfallen, und zwar auch bei subjektiver Unmöglichkeit, wenn dem Verkäufer ein Überwinden seines Unvermögens nicht zugemutet

³³⁹ Herber/Czerwenka, Art. 46 Rn. 4; Vahle, ZVglRWiss 98., 54, 61; Keil, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, S. 42 f.

³⁴⁰ Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 28; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 9.

³⁴¹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 12; Staudinger/Magnus, Art. 26 Rn. 26.

³⁴² Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 13; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 27.

³⁴³ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 Rn. 30 f.

³⁴⁴ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 18.

werden. Für die Frage, was dem Käufer zugemutet kann, bieten Art. 79 und 80 Anhaltspunkte; dass ein nicht erfüllbarer Anspruch nicht bestehen kann, findet sich außerdem in den Gefahrtragungsregeln des CISG (Art. 66-70), wo Art. 66 davon ausgeht, dass bei zufälligem Untergang der Sache vor Gefahrübergang der Käufer von seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung befreit wird und der Verkäufer auch nicht liefern muss.³⁴⁵ Da das Übereinkommen genug allgemeine Regeln zur Überwindung von Leistungshindernissen enthält, ist der vierten Ansicht zuzustimmen, die Fälle der Unmöglichkeit über Art. 7 II CISG löst.

Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Erfüllung nur ausgeschlossen sein kann, wenn die Unmöglichkeit (objektive oder subjektive) unbestritten feststeht. Wird die Unmöglichkeit vom Käufer bestritten, muss er die Möglichkeit haben, dies im Vollstreckungsverfahren herauszufinden. In einem solchen Fall hat die Verurteilung zur Erfüllung einen Sinn und der Käufer daran ein schutzwürdiges Interesse.³⁴⁶

ff) Unmöglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware

Gemäß Art. 82 I ist der Anspruch auf Ersatzlieferung ausgeschlossen, wenn der Käufer die Ware nicht oder nicht in dem Zustand zurückgeben kann, in dem er sie erhalten hat. Unwesentliche Veränderungen an der Ware bleiben jedoch unberücksichtigt. Die Veränderungen an der Ware bleiben auch unberücksichtigt, wenn diese dem Käufer nicht vorgeworfen werden können, d.h. wenn der Käufer die Unmöglichkeit der Rückgabe nicht verursacht hat (Abs. 2 lit. a), wenn die Ware gemäß Art. 38 ordnungsgemäß untersucht worden ist und die Ware dabei beschädigt oder vernichtet wurde (Abs. 2 lit. b) oder wenn der Käufer die Ware im normalen Geschäftsverkehr verwendet hat, bevor er den Mangel entdeckt hat (Abs. 2 lit. c).

³⁴⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 48; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 79 Rn. 9.

³⁴⁶ Schlechtriem/U. Huber, Art. 46 Rn. 15.

Der Käufer muss dann den Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware gezogen hat, an den Verkäufer herausgeben (Art. 84 II lit. b CISG).

3. Vergleich

Sowohl das UN-Kaufrecht als auch das BGB kennen einen Anspruch auf Erfüllung bei Lieferung mangelhafter Ware.

a) Voraussetzungen

Im Fall der Lieferung mangelhafter Ware behandelt das BGB Sach- und Rechtsmängel gleich (§ 437 BGB). Das CISG unterscheidet zwischen der Lieferung von Ware mit Sachmängeln gemäß Art. 35 und solcher mit Rechtsmängeln gemäß Art. 41, 42. Folglich richten sich die Erfüllungsansprüche bei Sach- und bei Rechtsmängeln nach unterschiedlichen Vorschriften.

Nach deutschem Recht kann der Käufer sowohl bei Sach- als auch bei Rechtsmängeln ohne weitere Voraussetzungen Nacherfüllung in Form der Nachlieferung oder Nachbesserung verlangen (§ 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 I BGB). Dem Verkäufer steht allerdings ein Verweigerungsrecht zu, wenn die vom Käufer gewählte Form der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 439 III BGB). Bei Rechtsmängeln ist der Anspruch auf Erfüllung im UN-Kaufrecht ebenfalls an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft (Art. 46 I CISG). Bei Sachmängeln hingegen kann der Käufer Nachlieferung nur verlangen, wenn der Sachmangel wesentlich ist (Art. 46 II) und der Anspruch auf Nachbesserung ist ausgeschlossen, wenn die Nachbesserung unzumutbar ist. Hinzu kommt, dass sowohl der Nachlieferungs- als auch der Nachbesserungsanspruch innerhalb einer angemessenen Frist geltend gemacht werden müssen (Art. 46 II, III CISG).

Die Anforderungen für einen Anspruch auf *Nachlieferung* bei sachmangelhafter Ware sind also sehr verschieden. Im CISG muss der

Mangel wesentlich sein, nach BGB müssen keine besonderen Voraussetzungen vorliegen. Der Verkäufer wird allerdings über das Verweigerungsrecht in § 439 III BGB geschützt. Die wesentlich höheren Anforderungen im UN-Kaufrecht ergeben sich aus dem Grundsatz, dass schon gelieferte Ware möglichst nicht zurückgeschickt werden soll, damit die entsprechenden Folgeprobleme vermieden werden. Zwar kann auch beim Verkauf innerhalb Deutschlands, für den die BGB-Vorschriften aufgestellt wurden, der Rücktransport der Ware besonders aufwendig sein, sowohl technisch als auch finanziell, insgesamt treten diese Probleme aber seltener auf. Gerade die Kosten der Nachlieferung werden im Rahmen von § 439 III berücksichtigt.

Beim Anspruch auf *Nachbesserung* decken sich die Anforderungen insoweit, als der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn die Nachbesserung unverhältnismäßig (§ 439 III S. 1 BGB) bzw. unzumutbar (Art. 46 III S. 1 CISG) ist. Im UN-Kaufrecht ist dafür ein objektiver Maßstab anzulegen, der alle Umstände erfasst, nicht nur die Kosten. Im deutschen Recht kommt es auf das objektive Verhältnis der Kosten für die Nachbesserung zum Wert mangelfreier Ware, der Bedeutung des Mangels und die Möglichkeit einer Nachlieferung an (§ 439 III S. 2). Schon nach dem Gesetz liegt im BGB der Schwerpunkt auf den Kosten. Im CISG sind die Kosten für die Nachbesserung nur ein Aspekt, d.h. falls die Kosten für Nachbesserung und Nachlieferung gleich sind, die Nachbesserung jedoch technisch wesentlich aufwendiger ist, ist die Nachbesserung regelmäßig unzumutbar. Der Verkäufer kann in diesen Fällen auch gemäß Art. 48 CISG nachliefern und so dem Käufer sein Recht auf Nachbesserung nehmen.

Eine Frist für die Geltendmachung der Nacherfüllung wie in Art. 46 II, III S. 1 CISG besteht nach deutschem Recht nicht. Der Käufer steht nicht unter dem Zeitdruck, sich in angemessener Frist für die Nachlieferung oder -besserung zu entscheiden.

b) Rechtsfolgen

aa) Arten der Nacherfüllung

Der Käufer kann Nacherfüllung in Form der Nachlieferung oder der Nachbesserung verlangen (§ 439 I BGB bzw. Art. 46 II, III CISG). Bei Rechtsmängeln ist die Art der Nacherfüllung im UN-Kaufrecht nicht geregelt, weil dort Art. 46 I gilt und dieser nur allgemein von der „Erfüllung“ der Pflichten spricht. Aber auch dort kommt zum einen die Lieferung einer neuen, mangelfreien Sache in Betracht, zum anderen die Befreiung der gelieferten Sache vom Recht oder Anspruch des Dritten, d.h. eine Nachbesserung.

bb) Kosten

Die Kosten für die Nacherfüllung hat jeweils der Verkäufer zu tragen.

cc) Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung

Im deutschen Recht wird das Wahlrecht zwischen Nachlieferung oder Nachbesserung ausdrücklich dem Käufer zugesprochen (§ 439 I BGB). Im UN-Kaufrecht sind die Ansprüche unabhängig voneinander geregelt, so dass der Käufer grundsätzlich auch wählen kann, wie er vorgeht. Allerdings hat der Verkäufer die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des Art. 48 den Mangel auf eigene Kosten zu beheben, wenn dies dem Käufer zumutbar ist. Möglich sind sowohl Neulieferung als auch Nachbesserung.³⁴⁷ Dadurch kann der Verkäufer bestimmen, wie er den vertragsgemäßen Zustand herstellt, auch wenn der Käufer eine bestimmte Art der Nacherfüllung wählt.³⁴⁸ Allein das Zumutbarkeitskriterium schränkt dies ein. Diese Regelung ist

³⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 5.

³⁴⁸ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 46 Rn. 44, 46; ders. Irrtumsanfechtung, S. 100; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 6; Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 9; a.A. Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 32.

verkäuferfreundlicher und entspricht der teilweise zum BGB vertretenen Auffassung³⁴⁹, dass der Verkäufer sachnäher sei.

dd) Ort der Nacherfüllung

Sowohl im CISG als auch im BGB ist nicht eindeutig geregelt, wo der Ort der Nacherfüllung liegt. Für das CISG ist wird zum Teil auf den Bestimmungsort, zum Teil auf den Erfüllungsort abgestellt. Dabei ist m.E. zu berücksichtigen, dass der Käufer als der vertragstreue Teil schützenswerter ist als der vertragsbrüchige Verkäufer, so dass auf den Bestimmungsort abzustellen ist. Die gleichen Überlegungen gelten für das BGB, so dass m.E. dort auf den Belegenheitsort abzustellen ist.

c) Grenzen

aa) Unmöglichkeit

Bei Unmöglichkeit einer Art der Nacherfüllung ist der Anspruch auf diese Art der Nacherfüllung nach dem BGB ausgeschlossen (§ 275 I BGB). Der Käufer kann aber weiterhin die andere Art der Nacherfüllung verlangen. Ist z.B. die Nachbesserung unmöglich, besteht der Anspruch auf Nachlieferung weiter. Von § 275 I BGB werden sowohl die objektive als auch die subjektive Unmöglichkeit erfasst. Der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit ist eng zu verstehen. Nur wenn weder der Schuldner selbst erfüllen, noch ein anderer vom Schuldner dazu veranlasst werden kann, ist die Erfüllung subjektiv unmöglich. Auch im UN-Kaufrecht ist, nach der hier vertretenen Auffassung über Art. 7 II, ein Anspruch auf Nachlieferung oder Nachbesserung auf keinen Fall gegeben, wenn die jeweilige Art der Nacherfüllung objektiv unmöglich ist. Ist die Nacherfüllung nur dem Verkäufer selbst unmöglich, muss er größtmögliche Anstrengungen unternehmen, damit der Anspruch doch noch erfüllt wird. Größtmöglich bedeutet jedoch, dass der Verkäufer gerade nicht nacherfüllen muss, wenn es ihm nicht

³⁴⁹ Siehe oben Teil III, I. (Nach-)Erfüllung 1. b) aa).

möglich ist, die Erfüllung seiner Pflichten durch Dritte zu veranlassen. Im Ergebnis werden Fälle der subjektiven und objektiven Unmöglichkeit in beiden Rechtsordnungen gleich behandelt.

Hier ist auch die Frage nach einem Nachlieferungsrecht bei Stückschulden einzuordnen. Sie wird nach UN-Kaufrecht verneint und ist m.E., auch mit Blick auf das CISG, im BGB ebenso zu beantworten.³⁵⁰

bb) Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit

Der Anspruch auf Nachbesserung gemäß Art. 46 III CISG besteht nur, wenn er zumutbar ist (Art. 46 III S. 1 a.E.). Für einen Anspruch auf Ersatzlieferung muss die Vertragsverletzung wesentlich sein. Im BGB müssen gemäß § 439 III die Kosten für die jeweilige Art der Nacherfüllung verhältnismäßig sein, und die Nacherfüllung darf auch keinen Aufwand erfordern, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht, sonst kann der Verkäufer diese Art der Nacherfüllung verweigern (§ 275 II BGB). Wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ausnahmsweise persönlich erbringen muss, muss dies für ihn zumutbar sein (§ 275 III BGB). Die erforderlichen Kosten und der Aufwand spielen auch im UN-Kaufrecht bei der Beurteilung, ob die Nachbesserung zumutbar bzw. ob die Vertragsverletzung wesentlich ist, eine Rolle, wobei die Anforderungen an die Zumutbarkeit weniger hoch sind als an die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung. Der Käufer hat eher einen Anspruch auf Nachbesserung als einen auf Nachlieferung. Das BGB bevorzugt die Nachbesserung nicht generell. § 439 III und § 275 II, III stellen für bei Arten der Nacherfüllung die selben Anforderungen. Es kommt auf den jeweiligen Einzelfall an. Die Anforderungen im BGB ähneln insgesamt eher denen des Art. 46 III als denen der wesentlichen Vertragsverletzung, weil die Anforderungen für eine wesentliche Vertragsverletzung sehr hoch sind.

³⁵⁰ Anders *Canaris*, der die Diskussion zum BGB zum Anlass nehmen will, die Position im UN-Kaufrecht zu überdenken, JZ 2003, 831, 834.

Nach der hier vertretenen Auffassung schließt auch Art. 79 I CISG die Nacherfüllungsansprüche aus, wenn der Hinderungsgrund, auf dem der Mangel beruht, nicht im Einflussbereich des Verkäufers liegt, so z.B. bei Naturkatastrophen, terroristischen Anschlägen etc., und der Verkäufer den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss nicht vorhersehen musste und auch vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, dass er den Hinderungsgrund oder dessen Folgen vermeidet oder überwindet. Die Frage, inwieweit der Hinderungsgrund im Einflussbereich des Verkäufers lag, hat im deutschen Recht etwas mit der Frage des Vertretenmüssens zu tun, auch wenn Art. 79 CISG gerade keine Verschuldensregel ist. Das Vertretenmüssen spielt bei § 275 II S. 2 BGB eine Rolle. Sie ist jedoch nur ein Aspekt von mehreren im Rahmen der Gesamtbewertung (§ 275 II S. 2 BGB). Gemäß Art. 79 I CISG kommt eine Haftungsbefreiung schon nicht in Betracht, wenn der Grund, auf dem die mangelhafte Lieferung beruht, im Einflussbereich des Verkäufers bzw. des Dritten, dessen er sich bedient, liegt. Hat der Verkäufer den Grund i.S.v. § 276 zu vertreten, liegt er auch in seinem Einflussbereich und eine Entlastung nach Art. 79 CISG kommt nicht in Betracht. Ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 II BGB kann dem Verkäufer aber trotzdem, nach Berücksichtigung aller Umstände gegeben sein.

Im Rahmen dessen, was vom Verkäufer zur Vermeidung oder Überwindung des Hinderungsgrundes und seiner Folgen erwartet werden kann, sind die Anforderungen sehr hoch: erhebliche Mehraufwendungen können vernünftigerweise erwartet werden.³⁵¹ Die Vermeidung und Überwindung des Hinderungsgrundes und seiner Folgen ist im BGB im Anspruch auf Erfüllung selbst enthalten, so dass die Ausschlussregeln der §§ 439 III, 275 II, III auch die Regeln enthalten, nach denen eine Vermeidung oder Überwindung nicht erwartet werden kann. Dabei sind die Anforderungen an die

³⁵¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 79 Rn. 23; Karollus, S. 209.

Verhältnismäßigkeit der Kosten und des Aufwandes geringer als an das, was gemäß Art. 79 vernünftigerweise erwartet werden kann.

cc) Unmöglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware

Kann der Käufer die Ware nicht, oder nicht im Wesentlichen in dem Zustand, in dem er sie erhalten hat, zurückgeben, ist nach UN-Kaufrecht der Anspruch auf Ersatzlieferung ausgeschlossen (Art. 82 I CISG), wenn nicht die Ausnahmen des Abs. 2 greifen. Einen solchen Ausschlussgrund kennt das BGB nicht, stattdessen hat der Käufer Wertersatz zu leisten, § 346 II i.V.m. § 439 IV BGB.

dd) Ausübung eines anderen Rechtsbehelfs

Art. 46 I 2. HS CISG normiert ausdrücklich den Ausschluss der Erfüllungsansprüche, wenn der Käufer einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der damit nicht zu vereinbaren ist. Auch nach deutschem Recht kann der Käufer nicht wegen desselben Mangels zwei Rechtsbehelfe ausüben, die die selbe Schutzrichtung haben.

Für das Verhältnis von Erfüllungsansprüchen zu Schadensersatz ergibt sich dies aus § 281 IV BGB, nach dem der Anspruch auf die Leistung, d.h. der Anspruch auf Erfüllung, ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Da § 281 IV BGB auf das Verlangen durch den Käufer abstellt, ist der Käufer mit Zugang der eindeutigen Willenserklärung an sein Verlangen gebunden.³⁵² Damit kommt man im deutschen Recht zu einem anderen Ergebnis als die oben³⁵³ zum UN-Kaufrecht vertretene Auffassung, nach der der Käufer an sein Verlangen von Schadensersatz bis zur Zahlung bzw. der Einverständniserklärung durch den Verkäufer nicht gebunden ist.

³⁵² Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 140 f.; Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 50.

³⁵³ 2. d) bb).

Für den Rücktritt ergibt sich aus § 436 I BGB, dass der Erfüllungsanspruch mit der Rücktrittserklärung erlischt.³⁵⁴ Auch wenn der Käufer mindert, erlischt der Anspruch auf (Nach-)Erfüllung, da der Vertrag den neuen Bedingungen angepasst wird (§ 346 I i.V.m. § 441 IV BGB).³⁵⁵

Im deutschen Recht sind Rücktritt und Minderung unstreitig Gestaltungsrechte und mit der (berechtigten) Erklärung wird das Rechtsverhältnis umgestaltet, so dass der Käufer an seine Erklärung gebunden ist. Auch im UN-Kaufrecht ist die Ausübung von Gestaltungsrechten (Aufhebung des Vertrags, Minderung (str.)) bindend.

ee) Fristen

Im deutschen Recht gibt es keine besonderen kaufrechtlichen Ausschlussfristen. Das UN-Kaufrecht enthält besondere kaufrechtliche Fristen, die neben die im Übereinkommen selbst nicht geregelte und dem UN-Verjährungsübereinkommen bzw. dem nationalen Recht unterliegende Verjährung treten. Gemäß Art. 46 II, III muss der Käufer Nachlieferung oder Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Frist nach Entdeckung des Mangels bzw. nachdem er den Mangel hätte entdecken müssen, verlangen. Diese Frist beträgt wohl höchstens zwei Monate. Bei versteckten Mängeln, die nicht durch eine Untersuchung gemäß Art. 38 zu entdecken sind, muss der Käufer den Mangel erst in angemessener Frist nach der tatsächlichen Entdeckung anzeigen und auch entsprechend später erst Nachlieferung oder Nachbesserung verlangen, so dass im Einzelfall die Zeit zwischen Lieferung und Fristablauf für die Geltendmachung der Rechte aus Art. 46 II, III wesentlich länger als zwei Monate sein kann. Die gesetzliche Ausschlussfrist des Art. 39 II von zwei Jahren ab tatsächlicher

³⁵⁴ MünchKommBGB/Gaier, Bd. 2 a, § 346 Rn. 16; Staudinger/D. Kaiser, Vorbem zu §§ 346 ff. Rn. 53; Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 140; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 160.

³⁵⁵ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 160.

Übergabe begrenzt jedoch die Möglichkeit des Käufers, Nacherfüllung zu verlangen. Der Käufer muss den Mangel innerhalb von zwei Jahren ab Übergabe der Ware anzeigen. Tut er dies nicht, verliert er alle seine Ansprüche aus der Sachmängelhaftung. Folglich beträgt die maximal mögliche Zeitspanne zwischen Übergabe und Verlangen der Nachlieferung oder Nachbesserung zwei Jahre und ein Monat. Die Zweijahresfrist ähnelt der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 I BGB. Im Regelfall muss der Käufer nach UN-Kaufrecht aber wesentlich schneller reagieren als nach BGB.

II. Rücktritt bzw. Vertragsaufhebung

1. BGB

Im Fall der Lieferung mangelhafter Ware richtet sich das Rücktrittsrecht des Käufers nach § 437 Nr. 2 1. Fall i.V.m. §§ 440, 323 und § 326 V BGB.

a) Voraussetzungen

aa) Lieferung einer mangelhaften Sache

Wie alle hier relevanten Rechtsbehelfe setzt auch der Rücktritt die Lieferung einer mangelhaften Sache gemäß §§ 434, 435 BGB voraus.

bb) Fristsetzung

Für die weiteren Voraussetzungen verweist § 437 Nr. 2 auf die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts (§§ 323, 326 V BGB) mit der Modifikation durch § 440 BGB. Grundsätzlich muss der Käufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er zurücktreten kann (§ 323 I BGB).

Ausnahmen zu diesem Grundsatz sind in § 440 S. 1 und § 323 II BGB normiert.

Verweigert der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB, darf der Käufer ohne Nachfristsetzung zurücktreten (§ 440 S. 1 1. Fall), da die Nacherfüllung offensichtlich nicht erbracht werden wird und eine Fristsetzung sinnlos wäre. Die Nachfristsetzung ist auch entbehrlich, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 440 S. 1 2. Fall). § 440 S. 2 legt fest, dass die Nachbesserung grundsätzlich, d.h. soweit sich aus den Umständen nichts anderes ergibt (§ 440 S. 2 a.E.) nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen gilt. Dem Käufer wird zugemutet, zwei Nachbesserungsversuche des Verkäufers abzuwarten. Danach kann er ohne weitere Nachfrist zurücktreten. Diese Regel gilt nur für die Nachbesserung, so dass bei einer Nachlieferung u.U. auch schon nach dem ersten Nacherfüllungsversuch von einem Fehlschlagen ausgegangen werden kann.³⁵⁶ § 440 S. 1 3. Fall ist der Auffangtatbestand,³⁵⁷ nach dem keine Frist gesetzt werden muss, wenn die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist. Damit sollen alle nicht bereits von § 323 II abgedeckten Fälle erfasst werden.³⁵⁸ Eine Interessenabwägung soll nicht stattfinden, abzustellen sind auf die objektiven Interessen des Käufers.³⁵⁹ Insbesondere die Art der Sache und der Zweck, für den sie der Käufer benötigt, spielen hier eine Rolle.³⁶⁰ In Betracht kommen auch Begleitumstände der Nachbesserung wie Lärm oder Staub,³⁶¹ die Art des Mangels, insbesondere wenn deshalb weitere Mängel zu befürchten sind³⁶² oder auch eine arglistige Täuschung des Verkäufers.³⁶³

Gemäß § 440 S. 1 kommt es beim Fehlschlagen und der Unzumutbarkeit nur auf die vom Käufer gewählte Art der

³⁵⁶ Erman/*Grunewald*, § 440 Rn. 3.

³⁵⁷ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 20.

³⁵⁸ AnwKomm/*Büdenbender*, § 440 Rn. 8.

³⁵⁹ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 21.

³⁶⁰ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 20; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 440 Rn. 7; Erman/*Grunewald*, § 440 Rn. 3.

³⁶¹ MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 440 Rn. 8; Erman/*Grunewald*, § 440 Rn. 3.

³⁶² Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 23; Erman/*Grunewald*, § 440 Rn. 3.

³⁶³ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 22; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 440 Rn. 8; *Oechsler*, Rn. 172.

Nacherfüllung an. Der Verkäufer kann den Käufer in diesen Fällen nicht auf die andere Art der Nacherfüllung verweisen und so doch ein Fristsetzungserfordernis begründen. Ist die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder unzumutbar, kann der Käufer sofort zurücktreten.

Ebenfalls entbehrlich ist eine Nachfristsetzung in den Fällen des § 323 II BGB. Für die Fälle des Kaufrechts bedeutet dies, dass der Käufer unmittelbar zurücktreten kann, wenn sich der Verkäufer ernsthaft und endgültig weigert, nachzuerfüllen (Nr. 1). Dasselbe gilt, wenn die Parteien für die Erfüllung einen Termin oder eine Frist vereinbart haben und der Käufer sein Leistungsinteresse an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat (Nr. 2) oder wenn besondere Umstände den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (Nr. 3).

Ist der Verkäufer gemäß § 275 I-III von der Pflicht zur Nacherfüllung befreit, muss der Käufer auch keine Nachfrist setzen (§ 326 V BGB).

cc) Erheblichkeit des Mangels

Aufgrund der Verweisung in § 437 Nr. 2 auf § 323 BGB ist § 323 V S. 2 BGB zu beachten, der bei nicht vertragsgemäßer Leistung das Rücktrittsrecht ausschließt, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. In den Fällen des § 437 ist immer eine vertragswidrige Leistung, die Lieferung mangelhafter Ware, gegeben. Folglich kann der Käufer immer nur dann zurücktreten, wenn der Mangel nicht unerheblich ist. Eine ähnliche „Geringfügigkeits-/Bagatellklausel“ gab es im BGB auch schon vor der Schuldrechtsmodernisierung (§ 459 I S. 2 BGB a.F.). Auf die dort aufgestellten Kriterien kann nach h.M. weiter zurückgegriffen werden.³⁶⁴ Die Entscheidung, ob eine Pflichtverletzung erheblich ist, richtet sich nach der Verkehrsauffassung und ist nach einer

³⁶⁴ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 222 f.; KompaktKom-BGB/*Willingmann/Hirse*, § 323 Rn. 22; *AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb*, § 323 Rn. 24; *Haas*, BB 2001, 1313, 1316; *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 26; a.A. (höhere Schwelle) *Henssler/Graf v. Westphalen/Dedek*, § 281 Rn. 52.

umfassenden Interessenabwägung zu treffen.³⁶⁵ Besonders zu beachten sind der Wert der Sache und die vereinbarte Beschaffenheit bzw. die Eignung zur vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendung.³⁶⁶ Aber auch ästhetische Beeinträchtigungen spielen eine Rolle.³⁶⁷ Da nur die „Bagatellfälle“ ausgeschlossen werden sollen, bei denen ein Rücktritt vom Vertrag unverhältnismäßig wäre, sind die Anforderungen nicht sehr hoch.³⁶⁸ Im Rahmen von § 459 I S. 2 BGB a.F. wurde ein Mangel, der nach kurzer Zeit von selbst verschwindet oder vom Käufer ohne erheblichem Aufwand beseitigt werden kann, i.d.R. nicht als erheblich angesehen.³⁶⁹ Im neuen Recht ist jedoch zu beachten, dass der Käufer grundsätzlich eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen muss. Lässt der Verkäufer diese Frist ungenutzt ablaufen, kann die Möglichkeit der Beseitigung des Mangels bei der Frage, ob eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegt, keine Rolle mehr spielen.³⁷⁰ Ist eine Fristsetzung entbehrlich, liegen besondere Fälle vor, in denen eine Nacherfüllung, d.h. eine Beseitigung des Mangels, nicht in Betracht kommt und die grundsätzliche Möglichkeit der Nacherfüllung ebenfalls außer Acht bleiben muss.

An dieser Stelle stellt sich das oben³⁷¹ schon dargestellte Problem, ob bei der Lieferung einer zu geringen Menge § 323 V S. 2 mit der Unerheblichkeitsklausel oder S. 1 mit dem Erfordernis des Interessenfortfalls anzuwenden ist. Nach der hier vertretenen Ansicht, ist die Sonderregel für die Teilleistung zu beachten. Im Fall der

³⁶⁵ Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rn. 39.

³⁶⁶ Palandt/Putzo, § 437 Rn. 23.

³⁶⁷ Oetker/Maultzsch, S. 109; zu § 281 Abs. 1 S. 3 Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn 67.

³⁶⁸ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 26; Faust in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 163; AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 323 Rn. 24; Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 222 f.; Haas, BB 2001, 1313, 1316; strenger: Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rn. 39; MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 323 Rn. 243; für Fälle des Handelskaufs, unter Hinweis auf das UN-Kaufrecht, strenger: L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 50 f., 131

³⁶⁹ Erman/Grunewald (10. Auf.), § 459 Rn. 28; Palandt/Putzo (61.), § 459 Rn. 13.

³⁷⁰ Jud, Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 205, 221; a.A. Palandt/Putzo, § 437 Rn. 23, Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 26; Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rn. 39; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn. 67

³⁷¹ Teil II, I. 2. a) aa) (1).

Teilleistung kann der Käufer also vom *ganzen* Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung, d.h. der gelieferten Menge, kein Interesse hat.

dd) Keine Verantwortlichkeit des Käufers

Ein Rücktritt vom Vertrag ist für den Käufer nicht möglich, wenn er für die Mangelhaftigkeit „allein oder weit überwiegend verantwortlich ist“ oder wenn der Mangel während des Annahmeverzugs des Käufers entsteht (§ 323 VI BGB). Der Maßstab für die Verantwortlichkeit entspricht den zum Mitverschulden entwickelten Grundsätzen bei § 254 BGB, so dass es zu einem Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung kommt.³⁷² Der Anspruch auf Schadensersatz ist demnach ausgeschlossen, wenn der Käufer mindestens 80-90 % der Verantwortung zu tragen hat. Die selbe Quote gilt für die weit überwiegende Verantwortlichkeit i.S.v. § 323 VI BGB.³⁷³

ee) Rücktrittserklärung

Zur wirksamen Ausübung des Rücktrittsrechts muss der Käufer den Rücktritt gemäß § 349 BGB gegenüber dem Verkäufer erklären. Die Erklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die formfrei abgegeben werden kann.³⁷⁴ Als Gestaltungserklärung kann sie grundsätzlich nicht bedingt erklärt werden.³⁷⁵ Der Käufer kann aber erklären, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Käufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nacherfüllt, denn in diesem Fall hängt die Bedingung allein vom Verhalten des Verkäufers ab und dieser bleibt über die Rechtslage nicht im Ungewissen.³⁷⁶

³⁷² Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 187.

³⁷³ Palandt/Heinrichs, § 323 Rn. 29; Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rn. 34; Erman/Westermann, § 323 Rn. 29.

³⁷⁴ Erman/Bezenberg, § 349 Rn. 1, 2; Bamberger/Roth/Grothe, § 349 Rn. 1.

³⁷⁵ Palandt/Heinrichs, § 349 Rn. 1; Bamberger/Roth/Grothe, Vor § 346 Rn. 6.

³⁷⁶ Erman/Bezenberger, § 351 Rn. 2.

b) Rechtsfolgen

Die Rücktrittserklärung ist eine Gestaltungserklärung, die den Vertrag nach heute ganz überwiegender Meinung in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.³⁷⁷ Der Vertrag wird weder für die Vergangenheit aufgehoben noch für die Zukunft vernichtet, sondern in seinem Inhalt verändert.³⁷⁸ Die Rückabwicklung richtet sich nach §§ 346 ff. BGB. Haben die Parteien ihre Leistungen schon erbracht, sind gemäß § 346 I die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Ist dies nicht mehr möglich, ist unter den Voraussetzungen von § 346 II Wertersatz zu leisten. Die Wertersatzpflicht kann nach § 346 III entfallen. Wurde noch nicht geleistet, erlöschen die Pflichten mit der Umwandlung des Vertrags in ein Rückabwicklungsverhältnis.³⁷⁹

Außerdem sind die gezogenen Nutzungen herauszugeben (§ 346 I a.E. BGB). Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen muss der zurücktretende Käufer nur insoweit leisten, als er sie hätte ziehen müssen, wenn er die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, angewandt hätte (§ 347 I S. 1 und 2 BGB). Der Verkäufer hingegen hat gemäß § 346 I BGB tatsächlich gezogene Zinsen als Nutzungen herauszugeben, bzw. nicht gezogene Zinsen gemäß § 347 I S. 1 zu zahlen.

2. CISG

Das UN-Kaufrecht versucht in der Regel, den Vertrag aufrecht zu erhalten und versteht die Vertragsaufhebung als schwerwiegendsten

³⁷⁷ BGHZ 88, 48; BGH NJW 1998, 3268 f.; Staudinger/D. Kaiser, Vorbem zu §§ 346 ff, Rn. 1, 55 f. m.w.N.; MünchKommBGB/Gaier, Bd. 2 a, Vor § 346 Rn. 40; Palandt/Heinrichs, Einf v § 346 Rn. 6; Bamberger/Roth/Grothe, Vor § 346 Rn. 9.

³⁷⁸ Palandt/Heinrichs, Einf v § 346, Rn. 6; Bamberger/Roth/Grothe, Vor § 346 Rn. 9.

³⁷⁹ MünchKommBGB/Gaier, Bd. 2 a, § 346 Rn. 16; Staudinger/D. Kaiser, Vorbem zu §§ 346 ff. Rn. 53; Bamberger/Roth/Grothe, Vor § 346 Rn. 9.

Rechtsbehelf, der nur als letztes Mittel eingesetzt werden soll.³⁸⁰ Eine Rückabwicklung des Vertrags kann sich, gerade bei schon gelieferter Ware, im internationalen Warenverkehr besonders kompliziert gestalten. Es entstehen Transportkosten, Zollbestimmungen sind zu beachten, eine anderweitige Verwertung unter fremden Bedingungen bringt Schwierigkeiten für den Verkäufer und bei der Rückzahlung des Kaufpreises können devisenrechtliche Schwierigkeiten entstehen.³⁸¹ Deshalb ist die Vertragsaufhebung grundsätzlich nur möglich, wenn die Vertragsverletzung wesentlich ist (Art. 49 I lit. a CISG). Dies gilt sowohl für Sach- als auch für Rechtsmängel. Da auch beim Anspruch auf Nachlieferung gemäß Art. 46 II die schon gelieferte Ware zurücktransportiert werden muss und daher ein ähnliches wirtschaftliches Risiko darstellt, wie die Vertragsaufhebung, erfordert das Übereinkommen an dieser Stelle ebenfalls eine wesentliche Vertragsverletzung.³⁸²

Hat der Verkäufer noch nichts geliefert, ist die Rückabwicklung des Vertrags in der Regel einfacher. Deshalb eröffnet Art. 49 I lit. b CISG die Möglichkeit, bei Nichtlieferung den Vertrag aufzuheben, auch wenn diese keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Da es jedoch zu den Grundprinzipien des UN-Kaufrechts gehört, den Vertrag möglichst aufrecht zu erhalten, wird hier vorausgesetzt, dass der Käufer dem Verkäufer eine Nachfrist gemäß Art. 47 I CISG zur Lieferung gesetzt hat und der Verkäufer innerhalb dieser Frist nicht liefert oder erklärt, innerhalb dieser Frist nicht zu liefern.

In der vorliegenden Arbeit geht es nur um die Fälle, in denen mangelhafte Ware geliefert wurde. Deshalb wird im Folgenden nur Art. 49 I lit. a behandelt.

³⁸⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rn. 2; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rn. 4; Reinhart, Art. 49 Rn. 2; Trommler, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 58; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 48 f.; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 3; BGHZ 132, 290, 297 f. = CISG-Online Nr. 135 (Kobaltsulfat).

³⁸¹ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 194; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 48 f. m.w.N.; L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 168; MünchKommHGB/Benicke, Art. 49 Rn. 1.

a) Voraussetzungen

aa) Nichterfüllung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 49 I lit. a CISG ist, dass der Verkäufer seine Pflichten aus dem Vertrag nicht erfüllt. Darunter fällt auch die Lieferung sach- oder rechtsmangelhafter Ware.

bb) Wesentliche Vertragsverletzung

Art. 49 I lit. a. setzt voraus, dass die Vertragsverletzung wesentlich ist. Was unter einer wesentlichen Vertragsverletzung zu verstehen ist, ist in Art. 25 CISG festgelegt. Danach ist die Vertragsverletzung wesentlich, wenn dem Käufer durch die Nichterfüllung im Wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag erwarten durfte. Es muss sich also um eine besonders schwerwiegende Verletzung der vertraglichen Pflichten handeln.³⁸³ Außerdem muss die Folge voraussehbar gewesen sein (Art. 25 a.E.). Siehe dazu auch oben im Rahmen der Nachlieferung Teil III, I. 2. b) aa) (1) (b).

(1) Kriterien

Ob eine Vertragsverletzung wesentlich ist, richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien.³⁸⁴ Im Ergebnis kommt es darauf an, ob die vertragstreue Partei trotz der Vertragsverletzung noch ein Interesse an der Fortsetzung des Vertrags hat oder ob die Erwartungen, die an den Vertrag geknüpft waren, weggefallen sind.³⁸⁵ Bei mangelhafter Ware kommt es insbesondere auf die Bedeutung des

³⁸² Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem*, Art. 25 Rn. 4.

³⁸³ Honsell/*Schnyder*/*Straub*, Art. 49 Rn. 17; *Trommler*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 56, 72 ff.; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 25 Rn. 12.

³⁸⁴ *Trommler*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 76 f.; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 18; Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem*, Art. 25 Rn. 5, 21a.

³⁸⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 25 Rn. 13; Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem*, Art. 25 Rn. 9; *Holthausen*, RIW 1990, 101, 102; *Trommler*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 77; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 52 f.

Mangels, d.h. den Nachteil der Käufer durch ihn erleidet, an.³⁸⁶ Kriterien dafür sind der Grad der Mangelhaftigkeit und die Kosten und der Aufwand, die für eine Reparatur anfallen würden.³⁸⁷ Auch die Möglichkeit der weiteren Verwertung der Ware ist nach der, zumindest in Deutschland, herrschenden Meinung zu berücksichtigen.³⁸⁸ Zum Teil wird dem Käufer sogar zugemutet, die Ware zu Schleuderpreisen zu veräußern und den verbleibenden Nachteil über Schadensersatz oder eine Minderung auszugleichen.³⁸⁹ Nur wenn der Käufer unzumutbare Vertriebswege suchen müsste oder hohe Aufwendungen tätigen, bei denen nicht sicher sei, ob er sie ersetzt bekomme, sei eine Vertragsaufhebung möglich. Andere stellen auf den gewöhnlichen Geschäftsverkehr ab.³⁹⁰ Bei Käufern, die die Ware zum eigenen Verbrauch oder zur Verarbeitung kaufen, wird dem Käufer zu Recht meist nicht zugemutet, die Ware weiterzuverkaufen oder die minderwertige Ware zu verwenden.³⁹¹

(3) Möglichkeit der Nacherfüllung

Umstritten ist, inwieweit bei der Frage nach der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung, berücksichtigt werden muss, ob eine Nacherfüllung möglich ist. Dieses Problem ergibt sich aus Art. 46 II CISG, nach dem einen Anspruch auf Nachlieferung nur besteht, wenn die Vertragsverletzung wesentlich ist. Berücksichtigt man die Möglichkeit einer Nachlieferung im Rahmen der Wesentlichkeitsfrage, kommt man

³⁸⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 14; *Magnus*, JuS 1995, 870, 871; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 49 Rn. 8; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 37; *Piltz*, NJW 2003, 2056, 2063; *Trommler*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 115 ff. m.w.N.

³⁸⁷ MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 37; siehe auch oben Teil III. I. 2. b) aa) (1) (b).

³⁸⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 14; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 39; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 7, 21; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 25 Rn. 12, 23 ff.; *Witz/Salger/Lorenz/Salger*, Art. 25 Rn. 8; *Gabriel* in: *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, S. 338; alle m.w.N.; BGHZ 132, 290, 297 f = CISG-Online Nr. 135 (Kobaltsulfat).

³⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 21.

³⁹⁰ *Kappus*, NJW 1994, 984; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 22.

dazu, dass keine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, weil eine Nachlieferungsmöglichkeit besteht. Folglich besteht auch kein Anspruch auf Nachlieferung gemäß Art. 46 II CISG, der ja eine wesentliche Vertragsverletzung voraussetzt. Dies ist ein Zirkelschluss der aufgelöst werden muss.³⁹² Andererseits erscheint es im Rahmen von Art. 49 fragwürdig, die Möglichkeit einer Nachlieferung oder auch einer Nachbesserung völlig außer Acht zu lassen, weil dies wiederum zur Folge hätte, dass der Käufer den Vertrag aufheben könnte, obwohl der Verkäufer die Möglichkeit hätte, den Mangel schnell und einfach zu beseitigen. Dies widerspräche dem Grundsatz, den Vertrag möglichst aufrecht zu erhalten.

(a) Unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit in Art. 46 II und Art. 49 I lit. a

Zum Teil wird deshalb vertreten, den Begriff „wesentliche Vertragsverletzung“ in Art. 46 II und Art. 49 I lit. a unterschiedlich auszulegen. Im Rahmen des Art. 46 II sei nur die Möglichkeit einer Nachbesserung zu berücksichtigen, in Art. 49 I lit. a käme es sowohl auf die Möglichkeit einer Nachbesserung als auch die einer Nachlieferung an.

(b) Keine Berücksichtigung der Nacherfüllungsmöglichkeit

Andere wollen dagegen die Nacherfüllungsmöglichkeit nicht berücksichtigen.³⁹³ Für die Beurteilung käme es auf den Zustand an, in dem sich die Ware im Zeitpunkt der Beurteilung befindet. Nur so könne

³⁹¹ Schechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rn. 25; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 40; Kappus, NJW 1994, 984; Magnus in: The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, S. 603.

³⁹² Bitter/Bitter, BB 1993, 2315, 2322; P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 102 f.; Lessiak Diskussionsbeitrag in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 145.

³⁹³ Vgl. Bitter/Bitter, BB 1993, 2315, 2322; Holthausen, RIW 1990, 101, 103 f.; Neumayer, RIW 1994, 99, 105 f.; Neumayer/Ming, Art. 48 Anm. 3 ff; Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 125; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 48 Rn. 4; v. Hoffmann, in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 293, 299; wohl auch L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 97.

der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung im CISG einheitlich ausgelegt werden. Außerdem erhalte so der Vorbehalt des Art. 49 in Art. 48 I S. 1 einen Sinn. Gemäß Art. 48 steht dem Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht zu. Dies besteht jedoch vorbehaltlich des Art. 49. Legt man Art. 49 dahingehend aus, dass ein Aufhebungsrecht des Käufers schon gar nicht besteht, wenn die Nacherfüllung möglich ist, ist der Vorbehalt des Art. 49 überflüssig.

(c) Berücksichtigung der Nacherfüllungsmöglichkeit

Die wohl h.M. berücksichtigt die Nacherfüllungsmöglichkeit und verneint eine wesentliche Vertragsverletzung grundsätzlich, wenn der Verkäufer den Mangel durch Lieferung neuer, vertragsgemäßer Ware oder durch Reparatur beseitigen kann, weil es dann, auch wirtschaftlich,³⁹⁴ sinnvoll ist, den Vertrag aufrecht zu erhalten.³⁹⁵ Zudem könnte der Käufer auch erst nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist zurücktreten (Art. 49 I lit. b CISG), wenn der Verkäufer nichts geliefert hätte.³⁹⁶

Der Widerspruch zu Art. 46 II lässt sich lösen, in dem man Art. 46 II gedanklich um den Zusatz „ohne die Ersatzlieferung“ erweitert. Dann würde er lauten: „Ist die Ware nicht vertragsgemäß, kann der Käufer Ersatzlieferung nur verlangen, wenn die Vertragswidrigkeit *ohne die Ersatzlieferung* eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen würde ...“.³⁹⁷ Diese Erweiterung ist möglich, weil der Anspruch auf

³⁹⁴ Trommler, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 92; Gutknecht, Nacherfüllungsrecht, S. 187 f.

³⁹⁵ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 48 Rn. 32; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 25; Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 23; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 15; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 162; Honnold, Rn. 296; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 30; Herber/Czerwenka, Art. 48 Rn. 9, Art. 46 Rn. 6; Karollus, ZIP 1993, 490, 496; Magnus in: The Draft UNCITRAL Digest, S. 322; Magnus in: Festschrift Schlechtriem, S. 599, 508 ff.; L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 97, 129; Ziegler, Leistungsstörungenrecht, S. 81 f.

³⁹⁶ Aicher in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 111, 140.

³⁹⁷ P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 108.

Ersatzlieferung eingreifen soll, wenn der Verkäufer nicht von sich aus bereit ist, die Vertragsverletzung zu beseitigen.³⁹⁸

(d) Stellungnahme

Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung ist in Art. 25 im Kapitel über die Allgemeinen Bestimmungen zum Warenkauf geregelt und gewissermaßen „vor die Klammer“ gezogen, so dass m.E. von einer einheitlichen Auslegung auszugehen ist.³⁹⁹

Da die Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht das letzte Mittel sein soll, muss die Möglichkeit einer Nacherfüllung jedoch im Rahmen der Vertragsaufhebung – und konsequenterweise auch bei der Frage der Nachlieferung – grundsätzlich berücksichtigt werden.⁴⁰⁰ Durch die Nacherfüllung wird auch das Interesse des Käufers an der Durchführung des Vertrags erfüllt, so dass für eine Vertragsaufhebung kein Anlass besteht. Im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs gemäß Art. 46 II ist dann die Möglichkeit der Nachbesserung gemäß Art. 46 III zu berücksichtigen. In Bezug auf die Nachlieferung ist zu prüfen, ob der Mangel ohne die Nachlieferung wesentlich wäre.

Die Möglichkeit der Nacherfüllung muss m.E. jedoch sowohl zeitlich als auch in ihrer praktischen Durchführung so gegeben sein, dass sie dem Käufer zumutbar ist. Kann die Nacherfüllung dem Käufer nicht zugemutet werden, entgeht dem Käufer im Wesentlichen, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, so dass Art. 25 – zumindest in dieser Hinsicht – erfüllt ist. Die Nacherfüllung ist dem Käufer nicht zumutbar, wenn ein berechtigtes Interesse an der sofortigen Vertragsaufhebung besteht, z.B. weil der Zeitpunkt der Vertragserfüllung wesentlich ist

³⁹⁸ MünchKommHGB/Benicke, Art. 48 Rn. 12.

³⁹⁹ Bitter/Bitter, BB 1993, 2315, 2322; Holthausen, RIW 1990, 101, 103.

⁴⁰⁰ MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 25 Rn. 25.

oder sich der Verkäufer als absolut unzuverlässig erwiesen hat.⁴⁰¹ Es muss sich um generell gravierende und nicht bloß geringfügige Gründe handeln, so dass die Anforderungen hoch, aber nicht zu hoch sind.⁴⁰²

Erfüllt der Verkäufer nicht nach, obwohl es ihm möglich ist, kann auch ein zunächst unwesentlicher, weil zu beseitigender Mangel zu einem wesentlich werden, wenn dem Käufer ein weiteres Abwarten der Nacherfüllung nicht mehr zugemutet werden kann und der Mangel als solcher schwer genug wiegt.

Der Gedanke, dass eine Nacherfüllung zwar möglich, sie aber trotzdem ausgeschlossen ist, findet sich auch in Art. 48: Gemäß Abs. 1 S. 1 2. HS ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung unzumutbare Verzögerungen nach sich zieht oder dem Käufer unzumutbare Unannehmlichkeiten oder Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht. Dass es Konstellationen geben muss, in denen die Nacherfüllung möglich ist und trotzdem eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, zeigt der Vorbehalt des Art. 49 in Art. 48 I. Er ist nur notwendig, wenn es möglich ist, dass sowohl die Voraussetzungen des Art. 48 I CISG als auch die des Art. 49 CISG erfüllt sind.⁴⁰³

Problematisch an dieser Vorgehensweise ist, dass es für beide Parteien schwierig sein kann festzustellen, ob der Käufer ein berechtigtes Interesse an der sofortigen Aufhebung hat und ein wesentlicher Vertragsbruch gegeben ist. Insbesondere der Käufer läuft Gefahr, seinerseits einen wesentlichen Vertragsbruch zu begehen, wenn er den

⁴⁰¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 48 Rn. 30; *Magnus* in: FS Schlechtriem, S. 599, 511; *Magnus* in: The Draft UNCITRAL Digest, S. 322 f.; Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 48 Rn. 20, 23, Art. 49 Rn. 12; *Karollus*, ZIP 1993, 490, 497; *Aicher* in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 111, 140, 142; *P. Huber*, Irrtumsanfechtung, S. 105; *ders.* MünchKommBGB, Bd. 3, Art. 49 Rn. 38; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 25 Rn. 26; *Trommler*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 93 f, 101 ff.; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 49 Rn. 5; *L. Schmidt*, Vertragsaufhebung, S. 97; *Musger*, Die wesentliche Vertragsverletzung, S. 50; *Botzenhardt*, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 220 f.

⁴⁰² MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 48 Rn. 5.

⁴⁰³ *Holthausen*, RIW 1990, 101, 103; *P. Huber*, Irrtumsanfechtung, S. 102.

Vertrag sofort, d.h. zusammen mit der Mängelanzeige gemäß Art. 39 I CISG, aufhebt, weil er meint, er hätte daran ein berechtigtes Interesse, obwohl dies objektiv betrachtet nicht der Fall ist. Da es der Verkäufer ist, der mit der mangelhaften Lieferung einen Vertragsbruch begangen hat, sollte dieses Risiko nicht zu Lasten des Käufers gehen. Der Gefahr einer unberechtigten Vertragsaufhebung seitens des Käufers tritt man entgegen, wenn man in die Mängelanzeige eine Nachfristsetzung gemäß Art. 47 I CISG hineinliest und die Aufhebungserklärung als unter der Bedingung erklärt ansieht, dass der Verkäufer den Mangel nicht zeitnah behebt.⁴⁰⁴ Diese Bedingung entspricht dann der Rechtsfolge des Art. 47 II CISG, nach der der Käufer keinen Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung ausüben kann, bevor nicht die Frist abgelaufen ist. Eine solche Bedingung ist auch zulässig, weil der Bedingungseintritt allein vom Verkäufer abhängt.

(e) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers gemäß Art. 48

Davon, ob man die Möglichkeit einer Nacherfüllung im Rahmen des Art. 49 berücksichtigt, hängt auch das Verhältnis von Art. 49 zu Art. 48 ab. Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine wesentliche Vertragsverletzung und damit ein Aufhebungsrecht des Käufers auch im Fall eines behebbaren Mangels bestehen. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers wird dann wegen des Vorbehalts in Art. 48 I S. 1 vom Aufhebungsrecht des Käufers verdrängt. Zum Teil wird vertreten, dass das Nacherfüllungsrecht erst verdrängt wird, wenn das Aufhebungsrecht vom Käufer auch tatsächlich ausgeübt, d.h. die Aufhebung erklärt wird.⁴⁰⁵ Dies hat jedoch zur Folge, dass es darauf ankommt, welche Partei schneller reagiert: Erklärt der Käufer zuerst die Aufhebung, kann der Verkäufer nicht mehr nacherfüllen; erfüllt der Verkäufer nach,

⁴⁰⁴ Magnus in: FS Schlechtriem, S. 599, 610.

⁴⁰⁵ Sekretariatskommentar, Art. 44 Nr. 3; Honnold Art. 48 Anm. 296; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 48 Rn. 35; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 48 Rn. 2; Achilles, Art. 48 Rn. 5; Reinhart, Art. 48 Rn. 4; Trommler, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 98 f.; Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 125, der aber die Möglichkeit der Nacherfüllung bei der Beurteilung des Wesentlichkeit nicht berücksichtigt.

bevor der Käufer seine Erklärung abgibt, verliert der Käufer sein Aufhebungsrecht.⁴⁰⁶ Dieser Wettlauf entspricht nicht dem Wortlaut des Art. 48 I S. 1, der das Nacherfüllungsrecht vorbehaltlich des Art. 49 zuspricht.⁴⁰⁷ Art. 49 enthält das *Aufhebungsrecht* und nicht allein die *Aufhebungserklärung*. Deshalb ist auf den Zeitpunkt der Aufhebungslage abzustellen.⁴⁰⁸ Kommt man also zu dem Schluss, dass eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, geht das Aufhebungsrecht des Käufers vor. Der Verkäufer kann dem Käufer die Nacherfüllung nicht aufzwingen.

(4) Vorhersehbarkeit

Gemäß Art. 25 CISG ist die Vertragsverletzung nicht wesentlich, wenn der Verkäufer die Folgen der mangelhaften Lieferung nicht vorhergesehen hat und dies einem vernünftigen Dritten ebenfalls nicht möglich gewesen wäre. Konnte also der Verkäufer nicht voraussehen, dass der Käufer im Fall einer mangelhaften Lieferung das Interesse an der weiteren Durchführung des Vertrages verlieren würde, kann der Käufer nicht zurücktreten. Maßgeblich für die Vorhersehbarkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weil zu diesem Zeitpunkt die vertraglichen Verpflichtungen festgelegt werden.⁴⁰⁹

cc) Fristen

Wenn sich der Käufer auf die Vertragswidrigkeit der Ware gemäß Art. 35 I bzw. Rechtsmängel gemäß Art. 41, 42 CISG beruft, muss er sowohl die Frist des Art. 39/Art 43 I als auch die des Art. 49 II einhalten.

⁴⁰⁶ L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 97.

⁴⁰⁷ Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 24; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 22; P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 108.

⁴⁰⁸ Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4 Rn. 65; Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 24; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 17; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 22; P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 109; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 48 Rn. 5.

⁴⁰⁹ Siehe oben Teil III. I. Erfüllung 2. b) aa) (1) (b) (bb).

(1) Die Frist des Art. 39 bzw. Art. 43 I

Der Käufer muss den Mangel innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis vom Mangel bzw. fahrlässiger Unkenntnis anzeigen (Art. 39 bzw. Art. 43 I). Zu den Einzelheiten s.o. Teil II, IV. Allgemeine Ausschlussgründe 3. b). Da Art. 44 nur für die Minderung oder den Schadensersatz gilt, gibt es auch keine Möglichkeit, die Fristversäumung zu heilen und danach den Vertrag aufzuheben.

(2) Die Fristen des Art. 49

Unabhängig von der Anzeigefrist nach Art. 39 läuft im Fall der Lieferung vertragswidriger Ware eine Frist für die Aufhebung des Vertrags gemäß Art. 49 II lit. b CISG. Es soll nach einer angemessenen Frist feststehen, ob der Vertrag bestehen bleibt oder nicht.⁴¹⁰ Zudem soll der Käufer nicht die Möglichkeit haben, auf fallende oder steigende Preise zu spekulieren.⁴¹¹ Art. 49 II CISG unterscheidet zwischen den Fällen, in denen die Lieferung verspätet erfolgt ist (lit. a) und anderen Vertragsverletzungen (lit. b). Für die hier behandelten Fälle der (pünktlichen) Lieferung vertragswidriger Ware ist lit. b einschlägig. In lit. b werden drei Zeitpunkte für den Fristbeginn aufgeführt (lit. b (i)-(iii)).

(a) Frist ab Kenntnis des Käufers vom Mangel

Grundsätzlich beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in dem der Käufer die Vertragsverletzung kannte oder kennen musste (i). Gemäß Art. 38 I CISG ist der Käufer verpflichtet, die Ware zu untersuchen, sobald es die Umstände erlauben. Folglich ist bei Mängeln, die bei einer solchen Untersuchung entdeckt werden können, der Zeitpunkt der Untersuchung, bzw. der Zeitpunkt in dem die Ware hätte untersucht

⁴¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rn. 3; MünchKommHGB/Benicke, Art. 49 Rn. 14; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 7.

⁴¹¹ Rabel, RabelsZ 9 (1935), 1, 66 ff.; U. Huber, RabelsZ 43 (1979), 413, 417 f; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 7; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rn. 3.

werden müssen, maßgeblich.⁴¹² Bei Mängeln, die bei einer Untersuchung gemäß Art. 38 nicht entdeckt werden können, oder auch in Fällen, bei denen auf Grund von Art. 40 die Untersuchungspflicht entfällt,⁴¹³ kommt es auf den (späteren) Zeitpunkt, ab dem der Käufer den Mangel kannte oder fahrlässigerweise nicht kannte, an.

(b) Frist nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist gemäß Art. 47 CISG

Hat der Käufer dem Verkäufer gemäß Art. 47 I CISG eine Nachfrist zur Nacherfüllung gesetzt, was er auch im Fall der Lieferung mangelhafter Ware tun kann,⁴¹⁴ muss er den Vertrag innerhalb einer angemessenen Zeitspanne nach Ablauf der Nachfrist oder der Erklärung des Verkäufers, seine Pflichten nicht zu erfüllen, aufheben (lit. b (ii)).

(c) Frist nach Annahme oder Ablehnung der Nacherfüllung gemäß Art. 48 II

Die Frist für die Vertragsaufhebung kann auch mit Ablauf der vom Verkäufer gesetzten Frist bezüglich der Annahme der Nacherfüllung gemäß Art. 48 II bzw. der Erklärung der Käufers, die Nacherfüllung nicht anzunehmen, beginnen (lit. b (iii)).

(d) Angemessenheit der Frist

Die Frist muss jeweils angemessen sein. Wie lang eine angemessene Frist tatsächlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁴¹⁵ Die Interessen des Verkäufers und des Käufer müssen gegeneinander

⁴¹² Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 37; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 34.

⁴¹³ Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 39; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 34 Fn. 119.

⁴¹⁴ Sekretariatskommentar, Art. 43 Anm. 6; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 47 Rn. 1; Staudinger/*Magnus*, Art. 47 Rn. 8; a.A. *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 436, *Honnold*, Rn. 288.

⁴¹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 29; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 46.

abgewogen werden.⁴¹⁶ Dem Verkäufer liegt an einer schnellen Entscheidung des Käufers, damit er unter Umständen den Rücktransport oder die anderweitige Verwertung der Ware in die Wege leiten kann. Der Käufer muss hingegen die Möglichkeit haben, sich über die Folgen seiner Entscheidung zu informieren und zu entscheiden, wie wichtig ihm die Aufrechterhaltung des Vertrags ist, wie schwer die Vertragsverletzung für ihn wiegt und welche Reparaturmöglichkeiten oder Möglichkeiten der Verwertung bestehen.⁴¹⁷ Eine Pflicht zur unverzüglichen Erklärung der Aufhebung ist deshalb nicht angemessen. Die Frist sollte eher großzügig bemessen werden.⁴¹⁸ Als groben Anhaltspunkt kann man in etwa einen Monat nehmen.⁴¹⁹ Bei leicht verderblicher Ware oder Ware mit stark schwankenden Preisen, ist die Frist jedoch generell kürzer.⁴²⁰

Die Frist für die Mängelanzeige nach Art. 39 I und die Frist für die Aufhebungserklärung aus Art. 49 II lit. b (i) fangen gleichzeitig an zu laufen (Zeitpunkt der Kenntnis oder des Kennenmüssens). Teilweise wird vertreten, dass diese Fristen gleich lang sind.⁴²¹ Da die Folgen der Vertragsaufhebung jedoch schwerwiegender sind als die der bloßen Mängelanzeige, ist die Frist für die Aufhebung grundsätzlich länger als die für die Anzeige nach Art 39 I.⁴²²

⁴¹⁶ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn. 47; MünchKommHGB/Benicke, Art. 49 Rn. 21.

⁴¹⁷ P. Huber, Irrtumsanfechtung, S. 116.

⁴¹⁸ Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 313; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 65.

⁴¹⁹ Kappus, RIW 1992, 538, 532; vgl. auch MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 49 Rn. 65; ca. 2 Wochen: MünchKommBGB/Benicke, Art. 49 Rn. 24.

⁴²⁰ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn. 51; MünchKommHGB/Benicke, Art. 49 Rn. 21.

⁴²¹ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 477.

⁴²² Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn. 77; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 282; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rn. 38; Schlechtriem/U. Huber, Art. 49 Rn. 47; MünchKommBGB/P. Huber, Art. 49 Rn. 64; MünchKommHGB/Benicke, Art. 49 Rn. 24.

(e) Verhältnis der Fristen zueinander

Umstritten ist, in welchem Verhältnis die Fristen des Art. 49 II lit. b (i)-(iii) zueinander stehen.

Ziffer (i) setzt als Fristbeginn das Kennen oder Kennenmüssen der Vertragsverletzung fest. Für Ziffer (ii) ist der Ablauf der Nachfrist gem. Art. 47 I CISG oder die Erklärung der Erfüllungsverweigerung des Verkäufers maßgeblich. Es ist möglich, dass der Käufer die Nachfrist erst kurz vor oder sogar erst nach Ablauf der Frist des Art. 49 II lit. b (i) CISG setzt. Dann stellt sich die Frage, ob für die Vertragsaufhebung eine (neue) Frist nach Art. 49 II lit. b (ii) CISG läuft. Die Beantwortung dieser Frage hängt damit zusammen, welche Rechtsfolgen man aus dem Ablauf der Fristen ableitet: ob das Aufhebungsrecht endgültig erlischt oder ob es nur suspendiert wird.

Nach einer Auffassung muss die Nachfrist vor Ablauf der Frist aus Art. 49 II lit. b (i) gesetzt werden, damit die Frist des Art. 49 II lit. b (ii) in Gang gesetzt werden kann.⁴²³ Denn sobald die Frist des Art. 49 II lit. b (i) abgelaufen ist, ohne dass der Käufer eine Nachfrist gesetzt oder den Vertrag aufgehoben hat, verliert er sein Recht, den Vertrag aufzuheben. Verlieren bedeutet, dass es endgültig erlischt und es auch nicht wieder aufleben kann.⁴²⁴ Wären die Fristen des Art. 49 II lit. b unabhängig voneinander, könnte der Käufer auch noch einige Zeit nachdem er Kenntnis von dem Mangel erlangt hat oder erlangt haben müsste, eine Nachfrist setzen und das Recht zur Vertragsaufhebung wieder erlangen. Die Fristen sollen jedoch sichern, dass relativ schnell klargestellt wird, ob der Käufer den Vertrag aufhebt oder nicht. Kann der Käufer aber durch Setzen einer Nachfrist gemäß Art. 47 I CISG das

⁴²³ MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 49 Rn. 27; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 85.

⁴²⁴ *Staudinger/Magnus*, Art. 49 Rn. 42.

Vertragsaufhebungsrecht jederzeit wieder aufleben lassen, wird der Zweck der Fristen umgangen.⁴²⁵

Nach einer anderen Auffassung sind die Fristen unabhängig voneinander. Wenn der Käufer die Frist aus Art. 49 II lit. b (i) CISG verstreichen lässt und dann eine Nachfrist gemäß Art. 47 I CISG setzt, hat er nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist gemäß Art. 49 lit. b (ii) angemessen Zeit, den Vertrag aufzuheben.⁴²⁶ Begründet wird dies damit, dass der Verkäufer bis zur Aufhebung des Vertrags verpflichtet bleibt, zu erfüllen. Erfüllt der Verkäufer trotz gesetzter Nachfrist nicht, begeht er erneut eine (wesentliche) Vertragsverletzung, so dass der Käufer auf Grund dieser neuen Vertragsverletzung den Vertrag aufheben kann.⁴²⁷ Voraussetzung für das Setzen einer wirksamen Nachfrist ist, dass die Behebung der Vertragsverletzung möglich ist und ein Anspruch auf Erfüllung gemäß Art. 46 CISG besteht.⁴²⁸

Der erstgenannten Auffassung ist zuzugeben, dass die Fristen dazu dienen, eine schnelle Entscheidung bezüglich der Vertragsaufhebung herbeizuführen. Dies kann aber wiederum dazu führen, dass sich der Käufer unter Druck gesetzt fühlt und den Vertrag aufhebt, nur um die Fristen zu wahren, was dem Grundsatz der Vertragsaufhebung als ultima ratio entgegenläuft.⁴²⁹ Nach der zweiten Auffassung lebt auch mit der Nachfristsetzung nicht das alte Vertragsaufhebungsrecht auf. Es wird vielmehr auf die Nichterfüllung trotz Nachfristsetzung abgestellt, und diese neue Vertragsverletzung begründet eine neues

⁴²⁵ MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 49 Rn. 27; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 85.

⁴²⁶ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 49 Rn. 52; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 49 Rn. 36; *MünchKommBGB/P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 76; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 280; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 49 Rn. 19; *Karollus*, S. 148.

⁴²⁷ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 49 Rn. 52; *MünchKommBGB/P. Huber*, Bd. 3, Art. 49 Rn. 76; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 280; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 49 Rn. 19; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 317.

⁴²⁸ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 49 Rn. 53, 54.

⁴²⁹ *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 316.

Aufhebungsrecht.⁴³⁰ Das alte ist mit Ablauf der Frist aus Art. 49 II lit. b (i) erloschen.

Die Nachfrist muss auch nicht vor Ablauf der Frist aus Art. 49 II lit. b (i) erklärt werden. Eine solche Beschränkung ist in Art. 47 CISG nicht vorgesehen. Ein Käufer, der abwartet, ob der Verkäufer nicht doch noch, ohne besondere Aufforderung, seiner vertraglichen Verpflichtung nachkommt, soll die Möglichkeit, den Vertrag aufzuheben, nicht verlieren. Immerhin ist es der Verkäufer, der den Vertrag verletzt.

Für das Verhältnis der Frist aus Art. 49 II lit. b (iii) zur der aus Art. 49 II lit. b (i) CISG gilt entsprechendes.⁴³¹

dd) Möglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware

Da die Aufhebung des Vertrages die Rückgabe der empfangenen Ware zur Folge hat (Art. 81 II S. 1 CISG), muss der Käufer, wie beim Anspruch auf Ersatzlieferung (Art. 46 II CISG, s.o. Teil III, I. 2. d ff)), grundsätzlich in der Lage sein, die Ware in dem Zustand, in dem er sie erhalten hat, zurückzugeben. Ist ihm dies nicht möglich, steht ihm das Aufhebungsrecht nicht zu (Art 82 I). Kann ihm der Untergang oder die Verschlechterung jedoch gemäß Art. 82 II CISG nicht vorgeworfen werden, kann er den Vertrag trotzdem aufheben. Der Untergang oder die Verschlechterung kann dem Käufer nicht vorgeworfen werden, wenn sie nicht auf einem Verhalten (Handlung oder Unterlassung) des Käufers beruht (lit. a)). Folglich trägt der Verkäufer das Risiko des zufälligen Verschlechterung.⁴³² Auf ein Verschulden auf seiten des Käufers kommt es nicht an.⁴³³ Da Art. 38 eine Untersuchung der Ware vorsieht, kann es dem Käufer auch nicht vorgeworfen werden, wenn die Ware in Folge dieser Untersuchung nicht so zurückgegeben werden

⁴³⁰ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 49 Rn. 49, siehe dort auch Fn. 226; *P. Huber*, Irrtumsanfechtung, S. 118.

⁴³¹ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 49 Rn. 62 für die hier vertretene Auffassung; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 85 für die zuerst dargestellte Auffassung.

⁴³² Staudinger/*Magnus*, Art. 82 Rn. 21; MünchKommBGB/*P. Huber*, Bd. 3, Art. 82 Rn. 14; Witz/*Salger/Lorenz/Salger*, Art. 82 Rn. 5.

kann, wie der Käufer sie erhalten hat (lit. b)). Voraussetzung dafür ist, dass die Untersuchung ordnungsgemäß und mit angemessenen Mitteln erfolgte.⁴³⁴ Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung auf dem Verkauf im normalen Geschäftsverkehr oder einer normalen Verwendung beruht und der Käufer die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Handlung weder kannte noch kennen musste (lit. c)). Der Verkäufer trägt damit das Risiko einer normalen wirtschaftlichen Verhaltensweise des Käufers, unwirtschaftliches Verhalten des Käufers geht nicht zu seinen Lasten.⁴³⁵ Es ist unstrittig, dass auch der normale Gebrauch der Ware durch den Käufer unter diese Vorschrift fällt.⁴³⁶

ee) Wirksame Aufhebungserklärung

Für eine wirksame Aufhebung des Vertrags muss die Aufhebung gegenüber dem Verkäufer gemäß Art. 26 CISG erklärt werden.⁴³⁷ Wenn der Käufer dafür ein geeignetes Mittel wählt, trägt gemäß Art. 27 CISG der Verkäufer das Empfangsrisiko. In der Äußerung des Käufers muss unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass er den ursprünglichen Vertrag nicht aufrecht erhalten will.⁴³⁸ Unter dieser Voraussetzung sind auch konkludente Aufhebungserklärungen möglich.⁴³⁹ Die Aufhebung ist eine Gestaltungserklärung und kann grundsätzlich nicht unter

⁴³³ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 4.

⁴³⁴ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 82 Rn. 17; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 7; MünchKommHGB/Benicke, Art. 82 Rn. 11 f.

⁴³⁵ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 82 Rn. 18; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 82 Rn. 28; MünchKommHGB/Benicke, Art. 82 Rn. 13.

⁴³⁶ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 27; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 82 Rn. 26; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 82 Rn. 18; MünchKommHGB/Benicke, Art. 82 Rn. 14.

⁴³⁷ Staudinger/Magnus, Art. 49 Rn. 23; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rn. 23; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn. 33.

⁴³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rn. 24; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rn. 25; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn. 34.

⁴³⁹ Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 309; MünchKommBGB/U. Gruber, Bd. 3, Art. 26 Rn. 2; zum Teil wird die Möglichkeit einer konkludenten Vertragsaufhebung mit Hinweis auf den Wortlaut, Art. 27 und die Rechtssicherheit ausgeschlossen: Maskow in: Enderlein/Maskow Strohbach, Art. 26 Anm. 1.2; Karollus, UN-Kaufrechts, S. 151; Reinhart, Art. 26 Rn. 2; Staudinger/Magnus, Art. 26 Rn. 6; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 272.

Bedingungen erklärt werden.⁴⁴⁰ Allerdings kann der Käufer zusammen mit der Nachfristsetzung gemäß Art. 47 erklären, den Vertrag aufzuheben, wenn der Verkäufer seinem Verlangen nicht nachkommt.⁴⁴¹ Diese Bedingung ist zulässig, weil sie allein vom Verhalten des Erklärungsempfängers abhängt und dieser nicht im Ungewissen über das Schicksal des Vertrags bleibt.⁴⁴² Ein Widerruf der gestaltenden Rücktrittserklärung ist hingegen aus Gründen der Rechtssicherheit nicht möglich.⁴⁴³

ff) Keine Verursachung durch den Käufer

Wie oben Teil II, IV. 2. b) geschildert, sind die Rechtsbehelfe des Käufers gemäß Art. 80 ausgeschlossen, soweit der Käufer selbst die Nichterfüllung verursacht hat. Nach der hier vertretenen Auffassung, kann Art. 80 auch bei einer beidseitigen Verursachung durch Verkäufer und Käufer angewendet werden, wobei grundsätzlich durch Teilung auf der Rechtsfolgenseite den Verursachungsbeiträgen Rechnung zu tragen ist.⁴⁴⁴ Im Rahmen der Vertragsaufhebung kann die Rechtsfolge nicht geteilt werden, so dass sich die Frage stellt, wie auf eine teilweise Verursachung durch den Käufer zu reagieren ist. M.E. kann die Vertragsaufhebung nur ausgeschlossen sein, wenn im Wesentlichen der Käufer den Mangel verursacht hat. Ist dies nicht der Fall, muss der Käufer auf die anderen Rechtsbehelfe ausweichen.⁴⁴⁵ Eine 100%ige Verantwortung des Käufers ist jedoch nicht zu fordern, weil schon eine weit überwiegende Verantwortung des Käufers, i.S. einer 80-90%igen Verantwortung, die Einschränkung seiner Rechte rechtfertigt.

⁴⁴⁰ Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 26; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 37; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 26 Rn. 1, 10.

⁴⁴¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 26; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 26 Rn. 10; *Magnus* in: FS Schlechtriem, S. 599, 610, der für eine regelmäßige Auslegung der Aufhebungserklärung in diese Richtung plädiert.

⁴⁴² Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 49 Rn. 31; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 305 f.; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 26 Rn. 6.

⁴⁴³ *Leser* in: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, S. 225, 233; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 50; MünchKommBGB/*U. Gruber*, Bd. 3, Art. 27 Rn. 10.

⁴⁴⁴ Siehe oben Teil II, IV. Allgemeine Ausschlussgründe 2. b)

⁴⁴⁵ Siehe dazu oben Teil II, IV. Allgemeine Ausschlussgründe 2. b).

b) Rechtsfolgen

Die Wirkungen der Aufhebung sind in Teil III Kapitel V Abschnitt V (Art. 81-84) CISG geregelt. Die ursprünglichen Vertragspflichten erlöschen ex nunc (Art. 81 I S. 1) und die schon erhaltenen Leistungen müssen zurückgewährt werden (Art. 81 II S. 1 CISG). Schon entstandene Schadensersatzansprüche bestehen jedoch weiter (Art. 81 I S. 1), ebenso Vereinbarungen über die Streitbeilegung oder über Rechte und Pflichten der Parteien nach Vertragsaufhebung (Art. 81 I S. 2). Der Vertrag wird also nicht vollständig aufgehoben. Zwischen den Parteien besteht weiterhin ein Schuldverhältnis, das zum einen auf die Rückabwicklung des ursprünglich geschlossenen Vertrags gerichtet ist,⁴⁴⁶ zum anderen weitere Pflichten begründet, wie z.B. die Aufbewahrungs- und Fürsorgepflicht aus Art. 86 I.⁴⁴⁷

Der Verkäufer muss den schon erhaltenen Kaufpreis zurückzahlen, zuzüglich der Zinsen ab dem Tag der Zahlung (Art. 84 I CISG). Der Käufer hat Wertersatz für alle gezogenen Vorteile zu leisten (Art. 84 II CISG), den Ersatz nicht gezogener Nutzungen sieht der Wortlaut des Art. 84 II CISG hingegen nicht vor. Teilweise wird der Gedanke der Schadensminderungspflicht aus Art. 77 herangezogen und auf die Pflichten nach einer Aufhebung des Vertrags übertragen, um eine solche Ersatzpflicht zu begründen.⁴⁴⁸ Dagegen spricht jedoch, dass der Käufer nicht zur Nutzung der Ware verpflichtet ist und daher der Ersatz fiktiver Vorteile nicht geboten ist.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Im deutschen Schrifttum wird auch zum UN-Kaufrecht meist von der Umwandlung in ein „Rückgewährschuldverhältnis“ gesprochen, u.a. Staudinger/*Magnus*, Art. 49 Rn. 26, Art. 81 Rn. 2; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 49 Rn. 113; ausführlich dazu Schlechtriem/Schwenzer/*Hornung*, Vor Artt. 81-84 Rn. 8, Art. 81 Rn. 9 ff; *Niggemann* in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77, 104; *Freiburg*, Vertragsaufhebung, S. 49.

⁴⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Hornung*, Art. 81 Rn. 3, 10.

⁴⁴⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Hornung*, Art. 84 Rn. 22; ohne Bezugnahme auf Art. 77 *Jan*, Erfüllungsverweigerung, S. 223 f.

⁴⁴⁹ Soergel/*Lüderitz/Dettmeier*, Art. 84 Rn. 4; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 525; Staudinger/*Magnus*, Art. 84 Rn. 19 m.w.N.

Wie diese Folgen der Aufhebung dogmatisch zu begründen sind, ist umstritten. Im deutschen Rechtsraum herrscht die Auffassung vor, dass der Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wird.⁴⁵⁰ Andere, insbesondere im romanisch-rechtlichen Raum, sehen in der Vertragsaufhebung eine rückwirkende „Vernichtung“, und in der Rückabwicklung einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich,⁴⁵¹ bei dem Lücken im CISG durch nationales Bereicherungsrecht zu schließen sind.⁴⁵²

3. Vergleich

a) Nachfrist und Wesentlichkeit

Beide Rechtsordnungen sehen in der Vertragsaufhebung bzw. dem Rücktritt ein einschneidendes Rechtsmittel und verlangen deshalb die Erfüllung besonderer Voraussetzungen. Das BGB stellt primär auf eine erfolglose Nachfristsetzung ab, im UN-Kaufrecht ist die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung maßgebend. Es handelt sich um grundsätzlich verschiedene Instrumente zur Erschwerung des Rücktritts.

Diese Instrumente werden jedoch sowohl im BGB als auch im CISG nicht isoliert angewendet. Neben das Fristerfordernis tritt gemäß § 323 V S. 2 BGB die Bagatellklausel. Es kommt also nicht allein auf den erfolglosen Zeitablauf an. Nach CISG kann aus einer schweren Vertragsverletzung eine wesentliche Vertragsverletzung werden, wenn eine gewisse Zeit abgelaufen ist und der Verkäufer seiner Nacherfüllungspflicht nicht nachkommt. In beiden Rechtsordnungen spielen also die Bedeutung des Mangels und die Zeitspanne, in der nicht nacherfüllt wird, eine Rolle. Die Schwerpunkte sind jedoch

⁴⁵⁰ Honsell/Weber, Vor Art. 81-84 Rn. 10, Art. 81 Rn. 4; Staudinger/Magnus, Art. 81 Rn. 2; Maskow in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 81 Anm. 1; Jan, Erfüllungsverweigerung S. 217; Freiburg, Vertragsaufhebung, S. 49; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 60; Botzenhardt, Wesentliche Vertragsverletzung, S. 61; „Abwicklungsverhältnis“ MünchKommHGB/Benicke, Art. 81 Rn. 10.

⁴⁵¹ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 81 Anm. 2.5., Audit, Vente internationale, Anm. 191; Neumayer/Ming, Art. 81 Anm. 3.

⁴⁵² Bianca/Bonell/Tallon, Art. 84 Anm. 2.2.

unterschiedlich gesetzt: im internen deutschen Recht liegt er auf dem Zeitablauf, im vereinheitlichten Kaufrecht auf der Bedeutung des Mangels.

Da der Verkäufer nach UN-Kaufrecht zunächst die Möglichkeit zur Nacherfüllung haben soll, ist m.E. ein an sich schwerwiegender Mangel keine wesentliche Vertragsverletzung, solange die Möglichkeit besteht, den Mangel zu beheben. Dieser Gedanke hat im BGB im Fristerfordernis seinen Niederschlag gefunden. Ein behebbarer Mangel gilt jedoch im CISG nicht als wesentlich, wenn der Käufer ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an einer sofortigen Vertragsaufhebung hat. Die Fälle, in denen dem Käufer ein Abwarten der Nacherfüllung nicht (weiter) zugemutet werden kann, sind insbesondere Fixgeschäfte, Fälle, in denen kein Vertrauen mehr in die Nacherfüllungsfähigkeit des Verkäufers besteht oder wenn der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert. Diese Kriterien decken sich weitgehend mit denen der §§ 323 II, 440 S. 1 BGB, die auch im BGB eine sofortige Vertragsaufhebung zulassen.⁴⁵³

Die Anforderungen an die Bedeutung des Mangels, unabhängig von der Nacherfüllung, sind jedoch nach UN-Kaufrecht höher. Dies wird schon in der Verwendung des Wortes „wesentlich“ (Art. 49 I lit. b CISG) im Vergleich zu „nicht unerheblich“ (§ 323 V S. 2 BGB) deutlich. Die Anforderungen des Art. 25 CISG sind auch tatsächlich höher, denn dem Käufer muss durch den Mangel im Wesentlichen entgehen, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Es muss sich um einen den Kern des Vertrags treffenden Mangel handeln. § 323 V S. 2 BGB wurde hingegen als bloße „Bagatellgrenze“ eingeführt, die nur die Fälle ausschließen soll, in denen eine Vertragsaufhebung offensichtlich unangemessen wäre.

Im Rahmen dieser Bagatellgrenze stellt sich die Frage, inwieweit die Möglichkeit der Nacherfüllung noch zu berücksichtigen ist. Die meisten

⁴⁵³ Siehe dazu auch unten Teil III. III. Minderung 3. a) cc).

Autoren wollen auch im neuen Recht die Möglichkeit der Nacherfüllung grundsätzlich berücksichtigen. Dies entspricht der h.M. zum CISG. Meines Erachtens kann die Möglichkeit der Nacherfüllung aber nur eine Rolle spielen, wenn man die Frage der Erheblichkeit schon stellt, bevor die Frist für die Nacherfüllung abgelaufen ist. Wenn der Verkäufer die Frist ungenutzt verstreichen lässt, hat er gezeigt, dass er gerade nicht nacherfüllen kann oder will. Auf die rein theoretische Möglichkeit der Nacherfüllung kann es dann nicht mehr ankommen. Auch im CISG wird die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ohne Rücksicht auf die Nacherfüllungsmöglichkeit beurteilt, wenn die Nacherfüllung tatsächlich nicht vorgenommen wurde.

b) Anzeige- und Erklärungsfrist

Das CISG setzt voraus, dass der Käufer den Mangel gemäß Art. 39 bzw. 43 I innerhalb einer angemessenen Frist anzeigt. Eine solche Anzeigefrist kennt das BGB nicht. Jedoch kennt das HGB für Fälle des Handelskaufs eine Rügepflicht (§ 377 I, III HGB), die sehr streng ausgelegt wird, was dazu führt, dass die deutsche Rechtsprechung auf im UN-Kaufrecht dazu neigt, sehr kurze Fristen anzunehmen, was nicht im Einklang mit der Rechtsprechung anderer Länder steht und daher bedenklich ist.⁴⁵⁴

Außerdem muss der Käufer nach UN-Kaufrecht die Aufhebung des Vertrags wegen der Lieferung mangelhafter Ware innerhalb einer angemessenen Frist erklären (Art 49 II lit. b). Diese Frist beträgt etwa 4 Wochen und ersetzt nicht die Verjährung oder deren Äquivalent für Gestaltungsrechte. Es handelt sich vielmehr um ein zusätzliches Fristerfordernis, in dem sich die Natur des UN-Kaufrechts widerspiegelt. Das UN-Kaufrecht ist auf den internationalen Handel zwischen Kaufleuten zugeschnitten. In diesen Geschäftsbeziehungen kommt es auf eine zügigen Abwicklung des Geschäfts an. Auch der

⁴⁵⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 38 Rn. 16; MünchKommHGB/Benicke, Art. 39 Rn. 6; de Lukowicz, Rechtsprechung, S. 135 f.; ausführlich Janssen, Untersuchungs- und Rügepflichten, S. 129 f.

Gewißheit über die Rechtslage kommt größere Bedeutung zu, als beim Kauf zwischen Privaten, der auch nach der Schuldrechtsreform das Leitbild für den Kauf im BGB ist. Aber selbst das deutsche HGB kennt nur eine – sehr kurze – Rügefrist, hingegen keine besondere Rücktrittsfrist für Kaufverträge zwischen Kaufleuten. Wird bei einem Handelskauf ein Mangel gerügt, hat der Käufer für seinen Rücktritt vom Vertrag gemäß § 438 BGB beim Kauf beweglicher Waren zwei Jahre Zeit.⁴⁵⁵

c) Verantwortlichkeit des Käufers für den Mangel

Beide Rechtsordnungen schließen die Rechte des Käufers aus, wenn dieser für den Mangel verantwortlich ist. Der deutsche Gesetzgeber hat das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, wenn der Käufer die Mangelhaftigkeit ganz oder weit überwiegend zu verantworten hat (oder der Mangel während des Annahmeverzugs des Käufers entsteht), § 323 VI BGB. Nach der hier vertretenen Auffassung schließt Art. 80 CISG das Vertragsaufhebungsrecht aus, wenn der Käufer den Mangel weit überwiegend verursacht hat. Sowohl im BGB als auch im CISG ist m.E. eine entsprechend gewichtige Verantwortlichkeit bei einer Quote von 80-90% seitens des Käufers gegeben.

d) Ausübung des Rechtsbehelfs

Keine der Rechtsordnungen kennt eine ex lege Aufhebung des Vertrags, vielmehr muss der Rücktritt bzw. die Aufhebung erklärt werden. Aus der Erklärung muss hervorgehen, dass der Käufer auf die Erfüllung der Leistungspflichten verzichtet, eine Verwendung des Wortes „Rücktritt“ bzw. „Aufhebung“ ist nicht notwendig.

Ein Unterschied besteht in der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung. Art. 27 CISG legt das Übermittlungsrisiko unter bestimmten Voraussetzungen dem Aufhebungsgegner auf, nach BGB ist die

⁴⁵⁵ Vor der Schuldrechtsreform musste der Käufer innerhalb von 6 Monaten reagieren (§ 477 I S. 1 BGB a.F.).

Rücktrittserklärung empfangsbedürftig und der Erklärende trägt das Übermittlungsrisiko (§ 130 I BGB).

e) Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware

Ist dem Käufer die Rückgabe der erhaltenen Sache nicht oder nicht im wesentlichen in dem Zustand, in dem er sie erhalten hat möglich, schließt das UN-Kaufrecht das Aufhebungsrecht ganz aus (Art. 82 I CISG). Im Gegensatz dazu sieht das BGB an Stelle der Rückgabe der erlangten Leistung die Leistung von Wertersatz vor (§ 346 II BGB). Hier unterscheiden sich die Rechtsordnungen in einem wesentlichen Punkt.⁴⁵⁶

Die wichtigen Ausnahmen des Art. 82 II, nach denen das Aufhebungsrecht weiter besteht, wenn dem Käufer der Untergang oder die Veränderung nicht vorgeworfen werden kann, relativieren den Unterschied jedoch. Diese Ausnahmen ähneln den Fällen in § 323 II Nr. 3 2. HS, III BGB, bei denen die Pflicht zum Wertersatz entfällt, weil auch hier dem Käufer die Unmöglichkeit der unveränderten Herausgabe nicht angelastet werden kann. Im Ergebnis kann der Käufer in diesen Fällen den Vertrag aufheben, ohne dass er die erlangte Ware zurückgeben oder dafür Wertersatz leisten muss.

f) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Rücktritts und der Vertragsaufhebung sind im Wesentlichen dieselben. Mit der Erklärung erlöschen die Hauptleistungspflichten ex nunc,⁴⁵⁷ die schon erhaltenden Leistungen sind Zug um Zug zurückzugewähren.⁴⁵⁸ Gezogene Nutzungen sind ebenfalls herauszugeben.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ *Schwenzler*, in: *Wandlungen des Schuldrechts*, S. 37, 46 f.

⁴⁵⁷ So ausdrücklich nur Art. 81 I S.1 CISG.

⁴⁵⁸ Art. 81 II CISG, §§ 346 I, 348 BGB.

⁴⁵⁹ Art. 84 II, § 346 I BGB.

Zusätzlich dazu kennt das deutsche Recht ausdrücklich auch den Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen (§ 347 I BGB). Im Fall des Rücktritts durch den Käufer muss der Verkäufer Zinsen zahlen, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte erzielen können. Der Käufer muss jedoch nur Wertersatz für die Nutzungen leisten, die er nicht gezogen hat und dabei nicht die Sorgfalt angewendet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Darin spiegelt sich der Grundsatz wider, dass dem Rücktrittsberechtigten die Nutzung der Sache nicht vorgeschrieben werden kann. Das UN-Kaufrecht setzt diesen Grundsatz vollständig durch, indem es keinen Wertersatz für nicht gezogene Vorteile vorsieht.⁴⁶⁰ Der Verkäufer muss jedoch, wie im deutschen Recht, Zinsen zahlen (Art. 84 I CISG).

g) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers

Ein wesentliches Problem im UN-Kaufrecht ist das Verhältnis zwischen Aufhebungsrecht des Käufer und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers. Das BGB kennt kein ausdrückliches Nacherfüllungsrecht des Verkäufers. Allerdings muss der Käufer grundsätzlich eine Nachfrist zur Erfüllung setzen, so dass der Verkäufer darüber indirekt das Recht zur Nacherfüllung erhält.⁴⁶¹ Der Käufer muss aber nicht immer eine Nachfrist setzen. In diesen Fällen besteht auch kein Nacherfüllungs“recht“ des Verkäufers, wenn man überhaupt in diesem Zusammenhang von einem Recht sprechen möchte. Da sich die Möglichkeit zur Nacherfüllung für den Verkäufer nur indirekt ergibt, stellt sich nach BGB auch nicht die Frage, wessen Recht vorgeht. Muss der Käufer eine Frist setzen, kann der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist nacherfüllen, der Käufer kann in dieser Zeit den Vertrag nicht aufheben. Ist die Frist aber erfolglos abgelaufen oder sieht das Gesetz eine Ausnahme von der Fristsetzung vor, kann der Verkäufer dem Käufer die Nacherfüllung nicht aufdrängen und der Käufer kann sofort zurücktreten. Nach der hier vertretenen Auffassung geht im UN-

⁴⁶⁰ Str., siehe oben 2. b).

⁴⁶¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 94 f.; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2116.

Kaufrecht das Aufhebungsrecht des Käufer vor, dafür muss aber ein wesentlicher Mangel gegeben sein und bei der Wesentlichkeit ist die Möglichkeit der Nacherfüllung grundsätzlich zu beachten. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Käufer eben auch nicht sofort aufheben darf, sondern dem Verkäufer erst die Möglichkeit zur Nacherfüllung geben muss. In besonderen Fällen ist dies dem Käufer jedoch nicht zuzumuten, so dass trotz der Möglichkeit einer Nacherfüllung eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist und der Käufer den Vertrag sofort aufheben darf, ohne dass der Verkäufer ihm die Nacherfüllung aufdrängen kann. Diese besonderen Fälle sind im Prinzip die gleichen, wie die, in denen nach BGB auf die Nachfristsetzung verzichtet werden kann (siehe dazu oben 1. a) bb)).

III. Minderung

1. BGB

a) Voraussetzungen

Für die Minderung gelten gemäß § 441 I S. 1 BGB die selben Voraussetzungen, wie für den Rücktritt, mit Ausnahme der Erheblichkeitsregel aus § 323 V S. 2 (§ 441 I S. 1).

aa) Lieferung mangelhafter Sache, erfolglose Nachfrist

Es muss eine sach- oder rechtsmangelhafte Sache geliefert worden sein und der Käufer muss grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben, die erfolglos abgelaufen ist.⁴⁶² In den Fällen der §§ 440 S. 1 und 323 II bedarf es keiner Fristsetzung.⁴⁶³ Vereinzelt wird jedoch bestritten, dass im Fall eines relativen Fixgeschäfts (§ 323 II Nr. 2) auch ohne Fristsetzung gemindert werden kann. Ein schützenswertes

⁴⁶² Bamberger/Roth/*Faust*, § 441 Rn. 3.

⁴⁶³ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 235; *Boerner*, ZIP 2001, 2264, 2271; Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 7; mehr zu den Ausnahmen siehe oben Teil III, II. Rücktritt 1. a) bb).

Interesse des Käufers an der sofortigen Minderung in diesen Fällen wird verneint.⁴⁶⁴ Anders als beim Rücktritt, auf den der Käufer angewiesen ist, wenn die Leistungszeit von entscheidender Bedeutung ist und er sich deshalb anderweitig eindecken will, solle der Käufer nicht berechtigt sein, die mangelhafte Sache zu behalten und den Kaufpreis zu reduzieren. Diese Differenzierung ist m.E. in Anbetracht des Wortlautes von § 441 I BGB, der in S. 1 vollständig auf die Regel zur Minderung verweist und in S. 2 ausdrücklich nur § 323 V S. 2 BGB ausschließt, nicht geboten. Sonst könnte der Käufer das schärfere Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung ausüben, die mildere Minderung hingegen nur mit Fristsetzung. Dieses Ergebnis ist vom System des neuen Schuldrechts nicht vorgesehen. Außerdem hat der Käufer in diesen Fällen im Vertrag sein Leistungsinteresse an die pünktliche Leistung geknüpft und der Verkäufer weiß, dass der Käufer ohne Fristsetzung seine Rechte geltend machen kann.

bb) Schwere des Mangels unbeachtlich

Ein Rücktritt vom Vertrag ist bei Lieferung mangelhafter Ware gemäß § 323 V S.2 BGB ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Diese Regelung findet bei der Minderung gemäß § 441 S. 2 BGB keine Anwendung. Da die Rechtsfolgen der Minderung nicht so einschneidend sind wie die des Rücktritts - der Vertrag muss nicht rückabgewickelt werden, er wird nur angepasst - und auch bei geringfügigen Mängeln das Äquivalenzverhältnis von Kaufpreis und Gegenleistung gestört ist, kann der Käufer auch bei einem unerheblichen Mangel mindern.⁴⁶⁵

cc) Keine Verantwortlichkeit des Käufers

Eine Minderung ist dagegen nicht gerechtfertigt und deshalb ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel, der zur Minderung

⁴⁶⁴ Bamberger/Roth/*Faust*, § 440 Rn. 23; § 441 Rn. 5.

⁴⁶⁵ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 235; *Zimmer* in: Ernst/Zimmermann, S. 191, 200; *Zimmer/Eckhold*, Jura 2002, 145, 151.

berechtigt, allein oder weit überwiegend zu verantworten hat oder wenn der vom Verkäufer nicht zu vertretende Mangel entstanden ist, während der Käufer im Verzug der Annahme war (§ 323 VI BGB).⁴⁶⁶

Ist der Käufer für den Mangel nur teilweise verantwortlich, kann der Minderungsbetrag, so wie ein Schadensersatzanspruch, reduziert werden (§ 254 BGB analog).⁴⁶⁷

dd) Minderungserklärung

Zur Ausübung des Minderungsrechts ist eine Minderungserklärung notwendig. Diese Erklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner Form bedarf.⁴⁶⁸ Als Gestaltungserklärung ist sie bedingungsfeindlich.⁴⁶⁹ Sind auf einer Seite (Käufer oder Verkäufer) mehrere beteiligt, muss die Erklärung zur Wahrung der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts von allen oder gegenüber allen erklärt werden (§ 441 II BGB).⁴⁷⁰ Dies entspricht der Regelung beim Rücktrittsrecht, das auch nur einheitlich ausgeübt werden kann (§ 351 S. 1 BGB).⁴⁷¹

Da sich der korrekte Minderungsbetrag aus § 441 III BGB ergibt und auch bei der Angabe eines falschen Betrages eine Minderungserklärung

⁴⁶⁶ Erman/*Grunewald*, § 441 Rn. 9; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 441 Rn. 16. Zu den Einzelheiten siehe Rücktritt Teil III, II. 1. a) dd).

⁴⁶⁷ Erman/*Grunewald*, § 441 Rn. 9; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 441 Rn. 16; *Oechsler*, Rn. 223; Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 17; Bamberger/*Roth/Faust*, § 441 Rn. 29; s.o. Teil II, IV. Allgemeine Ausschlussgründe 2. a).

⁴⁶⁸ Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 9, 10; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 441 Rn. 4.

⁴⁶⁹ Bamberger/*Roth/Faust*, § 441 Rn. 6; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 441 Rn. 4.

⁴⁷⁰ *Oechsler*, Rn. 221; Erman/*Grunewald*, § 441 Rn. 3; vgl. zum entsprechenden § 356 BGB a.F. MünchKommBGB/*Janßen*, Bd. 2, § 356 Rn. 1.

⁴⁷¹ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 235.

gegeben ist,⁴⁷² kann auf die Angabe, um wieviel gemindert werden soll, in der Erklärung verzichtet werden.⁴⁷³

b) Rechtsfolgen

Die Minderungserklärung verändert nur den Kaufpreis, der Kaufvertrag bleibt mit allen seinen Pflichten bestehen. Der neue Kaufpreis ist der, der sich aus § 441 III ergibt. Wenn der Käufer in seiner Erklärung einen höheren oder niedrigeren Minderungsbetrag angegeben hat, ist die Minderung wirksam, aber mit dem gemäß § 441 BGB korrekten Betrag.⁴⁷⁴

aa) Herabsetzung des Kaufpreises

(1) Formel und maßgeblicher Zeitpunkt

Der geminderte Preis errechnet sich gemäß § 441 III S. 1 BGB folgendermaßen:

$$\frac{\text{geminderter Preis}}{\text{Vertragspreis}} = \frac{\text{Wert der gelieferten Ware}}{\text{Wert vertragsmäßiger Ware}}$$

$$\text{geminderter Preis} = \frac{\text{Vertragspreis} \times \text{Wert der gelieferten Ware}}{\text{Wert vertragsmäßiger Ware}}$$

Für die Bewertung ist für alle Posten der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Zusammen mit der verhältnismäßigen Berechnung werden damit das ursprünglich im Vertrag vereinbarte

⁴⁷² So auch Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 19; MünchKommBGB/*Westermann*, Bd. 3, § 441 Rn. 5.

⁴⁷³ *Schellhammer*, MDR 2002, 301, 303; Bamberger/*Roth/Faust*, § 441 Rn. 7; Erman/*Grunewald*, § 441 Rn. 2; a.A. Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 10, der jedoch auch einen Verweis auf einen späteren Zeitpunkt zur Feststellung des Betrags ausreichen lässt.

⁴⁷⁴ Palandt/*Putzo*, § 441 Rn. 19.

Wertverhältnis und die Risikoverteilung für Preisschwankungen beibehalten.⁴⁷⁵

(2) Sonderfall: völlig wertlose Sache

Ist die gelieferte Sache völlig wertlos, entspricht der Minderungsbetrag dem gesamten Vertragspreis, so dass der Käufer nichts zahlen muss. Dies führt aus Sicht des Käufers zum gleichen Ergebnis wie ein Rücktritt. Beim Rücktritt muss der Käufer jedoch die Ware an den Verkäufer zurückgeben. Um einen Wertungswiderspruch zu vermeiden, wendet die h.M. § 346 I BGB analog an und gibt dem Verkäufer einen Anspruch auf Rückgewähr.⁴⁷⁶

bb) Rückzahlungsanspruch des Käufers

Hat der Käufer schon mehr als den durch die Minderung geschuldeten Betrag gezahlt, muss der Verkäufer den Mehrbetrag entsprechend §§ 346 I, 347 I BGB zurückerstatten (§ 441 IV).

⁴⁷⁵ Bamberger/Roth/Faust, § 441 Rn. 8 f.; KompaktKom-BGB/Tonner/Echtermeyer, § 441 Rn. 6; AnwKomm-BGB-Büdenbender, § 441 Rn. 6; Oetker/Maultzsch, S. 112; Oechsler, Rn. 223; Boerner, ZIP 2001, 2264, 2271; zu § 472 BGB a.F. Staudinger/Honsell, § 472 Rn. 4; Soergel/U. Huber, § 472 Rn. 2.

⁴⁷⁶ Palandt/Putzo, § 441 Rn. 16; Erman/Grunewald, § 441 Rn. 6; Bamberger/Roth/Faust, § 441 Rn. 27; a.A. zum BGB a.F. Soergel/U. Huber, § 472 Rn. 14; Hirner, Minderung, S. 167 ff.

2. CISG

a) Voraussetzungen

aa) *Lieferung vertragswidriger Ware*

(1) Sachmangel

Der Käufer kann den Kaufpreis gemäß Art. 50 CISG herabsetzen, wenn die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß ist, also nicht Art. 35 entspricht.⁴⁷⁷

(2) Rechtsmangel

Da das CISG zwischen der Vertragsmäßigkeit der Ware sowie Rechten oder Ansprüchen Dritter unterscheidet (siehe Überschrift zu Teil III, Kapitel II, Abschnitt II CISG) stellt sich die Frage, ob Art. 50 CISG auch für Rechtsmängel gilt.

Ob eine Minderung auch bei Rechtsmängeln möglich sein soll, wurde bei der Diplomatischen Konferenz angesprochen.⁴⁷⁸ Norwegen stellte einen Antrag, nach dem Rechtsmängel ausdrücklich auch von Art. 50 CISG erfasst werden sollten. Dieser Vorschlag stieß teilweise auf Zustimmung,⁴⁷⁹ aber auch auf Ablehnung.⁴⁸⁰ Die Ablehnung wurde insbesondere mit den Schwierigkeiten bei der Berechnung der Minderung in diesen Fällen begründet. Daraufhin zog Norwegen seinen Antrag zurück, um die Entscheidung den Gerichten zu überlassen.⁴⁸¹

In der Literatur ist die Frage umstritten.

⁴⁷⁷ Zu den Anforderungen an die Ware gemäß Art. 35 CISG siehe oben Teil II, I. Mangelbegriff 2. a).

⁴⁷⁸ Official Reports, S. 360.

⁴⁷⁹ *Date-Bah* (Ghana); *Bonell* (Italien); *Sami* (Irak); *Schlechtriem* (Bundesrepublik Deutschland).

⁴⁸⁰ *Hjerner* (Schweden); *Maskow* (DDR).

⁴⁸¹ Official Reports, S. 361.

Nach einer Auffassung ist eine Minderung bei Rechtsmängeln nicht möglich.⁴⁸² Die Konvention trenne ausdrücklich zwischen vertragswidriger Ware i.S.v. Art. 35 ff. und Ware, die gemäß Art. 41 ff. rechtsmangelhaft ist. Art. 50 erfasse daher nur (sach-)mangelhafte Ware i.S.d. Art. 35 ff.⁴⁸³ Außerdem sei in den nationalen Rechtsordnungen, die die Minderung kennen, traditionell keine Minderung bei Rechtsmängeln möglich und es bestehe auch kein praktisches Bedürfnis dafür, weil der Käufer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz habe.⁴⁸⁴ Zudem habe die Zurückziehung des norwegischen Antrags gezeigt, dass für eine Minderung bei Rechtsmängeln keine Mehrheit bei der Diplomatischen Konferenz bestanden habe.

Nach anderer Ansicht kann Art. 50 auch bei Rechtsmängeln angewendet werden,⁴⁸⁵ teilweise wird jedoch nur die analoge Anwendung zugelassen.⁴⁸⁶ Gegen die Behauptung der Gegenansicht, es bestehe kein praktisches Bedürfnis nach einem Minderungsrecht, weil der Käufer einen Ausgleich über Schadensersatz verlangen könne, wird angeführt, dass ein Ausweichen auf den Anspruch auf Schadensersatz, z.B. wegen Art. 79 CISG,⁴⁸⁷ nicht immer möglich sei und dass der Minderungsbetrag höher sein könne als ein Schadensersatzanspruch.⁴⁸⁸ Für eine Schlechterstellung des Käufers bei Rechtsmängeln gebe es hingegen keinen Grund.⁴⁸⁹

⁴⁸² Sekretariatskommentar, Art. 39 Bem. 8; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 2; Schlechtriem/U. Huber, Art. 50 Rn. 8; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 11; Karollus, S. 158; Piltz, Internationales Kaufrecht § 5 Rn. 304; Honnold, Anm. 313.1; im Ergebnis auch ablehnend Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 202; ausführlich Hirner, Minderung, S. 191 ff., 214 f.

⁴⁸³ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 50 Rn. 8.

⁴⁸⁴ MünchKommHGB/Benicke, Art. 50 Rn. 2; Schlechtriem/U. Huber, Art. 50 Rn. 8; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 2.

⁴⁸⁵ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 10; Herber/Czerwenka, Art. 50 Rn. 3; Achilles, Art. 50 Rn. 2; Reinhart, Art. 50 Rn. 2.

⁴⁸⁶ Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 672; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 50 Rn. 2.

⁴⁸⁷ Dazu mehr unten IV. 2. a) cc).

⁴⁸⁸ Langenecker, Immaterialgüterrechte, S. 271 f.

⁴⁸⁹ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 10.

M.E. spricht für eine Minderung auch bei Rechtsmängeln, dass das CISG i.d.R. nicht zwischen verschiedenen Arten der Pflichtverletzung differenziert und Sach- und Rechtsmängel weitgehend gleichstellt.⁴⁹⁰ Zudem entfällt dann die nicht immer einfache Abgrenzung.⁴⁹¹ Zwar differenziert das CISG noch in Art. 46 II, III. Dort ist die Abgrenzung aber auch sachlich gerechtfertigt (s.o. Teil III, I. 2. a), insbesondere weil eine Nacherfüllung bei Rechtsmängeln in der Regel nicht den Rücktransport der Ware erfordert und daher die erhöhten Anforderungen (Wesentlichkeit der Vertragswidrigkeit bzw. Unzumutbarkeit der Nachbesserung) nur bei Sachmängeln erforderlich sind. Außerdem wird dem Käufer der Anspruch auf Nacherfüllung bei Rechtsmängeln durch die Differenzierung nicht entzogen. Er kann die Nacherfüllung vielmehr unter den erleichterten Umständen des Art. 46 I verlangen. Differenziert man im Rahmen der Minderung, steht dem Käufer kein gleichwertiger Rechtsbehelf zur Verfügung. Zudem lässt Art. 44 CISG sowohl Minderung als auch Schadensersatz ungeachtet des Art. 39 I und des Art. 43 I zu, wenn der Käufer das Unterlassen der Mängelanzeige vernünftig entschuldigen kann. An dieser Stelle geht das CISG offenbar davon aus, dass auch in Fällen von Rechtsmängeln gemindert werden kann.⁴⁹² Dass der Verweis auf Art. 43 I sich nur auf den Schadensersatz bezieht, wird durch die Formulierung nicht deutlich. Wendet man Art. 50 nicht direkt an, besteht zumindest eine Lücke im UN-Kaufrecht, die bei gleicher Interessenlage gemäß Art. 7 II CISG aus dem Abkommen heraus durch analoge Anwendung des Art. 50 geschlossen werden kann.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Niggemann in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 77, 106; Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 10.

⁴⁹¹ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 10.

⁴⁹² Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 672; Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 122; Achilles, Art. 50 Rn. 2; Neumayer/Ming, Art. 50 Nr. 2

⁴⁹³ Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 672; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 50 Rn. 2.

bb) Minderungserklärung, Fristen

Auch wenn der Wortlaut des Art. 50 eine Minderungserklärung nicht explizit verlangt,⁴⁹⁴ enthält er doch die Formulierung „so kann der Käufer ... den Preis ... herabsetzen“. Zur wirksamen Ausübung des Minderungsrechts muss die Minderung daher (einseitig) erklärt werden.⁴⁹⁵ Eine besondere Form ist nicht zu beachten.⁴⁹⁶ Auch eine Einigung mit dem Käufer wird nicht vorausgesetzt. Wenn der Käufer den Preis herabgesetzt hat, besteht das Rechtsverhältnis mit dem veränderten Kaufpreis weiter.

Ob der Käufer an seine Erklärung gebunden ist oder ihm ein *ius variandi* zusteht, ist umstritten. Vereinzelt wird in der Minderung schon kein Gestaltungsrecht gesehen, so dass der Käufer bis zur Einigung mit dem Verkäufer über die Minderung nicht an sein Verlangen gebunden ist.⁴⁹⁷ Ansonsten würde der Verkäufer die Berechtigung der Minderung bezweifeln und gleichzeitig den Käufer aber an seiner Erklärung festhalten können. Zudem sei der Käufer an sein Schadensersatzverlangen gemäß Art. 45 I lit. b CISG nicht gebunden, deshalb solle das Minderungsverlangen nicht anders behandelt werden. Demnach hätte der Käufer die Möglichkeit, nachdem er die Minderung verlangt hat, auf einen anderen Rechtsbehelf umzuschwenken. Als anderer Rechtsbehelf kommen wegen des Vorbehalts in Art. 46 I CISG für die Erfüllungsansprüche nur Schadensersatz (Art. 45 I lit. b) oder Vertragsaufhebung (Art. 49) in Betracht.

Für die herrschende Meinung ergibt sich die Bindung schon daraus, dass die Minderung ein Gestaltungsrecht ist und mit der Erklärung das

⁴⁹⁴ Darauf verweist Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 50 Rn. 17.

⁴⁹⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 15; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 25 m.w.N.; OLG München RIW 1994, 595, 596; a.A. Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 50 Rn. 17.

⁴⁹⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 15; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 27; *Achilles*, Art. 50 Rn. 5.

⁴⁹⁷ Schlechtriem/*U. Huber*, Art. 50 Rn. 50; MünchKommHGB/*Benicke*, Art. 50 Rn. 14.

Rechtsverhältnis angepasst wird.⁴⁹⁸ Die Anpassung kann nicht ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden, indem der Käufer ein anderes Recht geltend macht.⁴⁹⁹ Zum Teil wird die Bindung jedoch nur angekommen, wenn der Verkäufer auf die Erklärung vertrauen konnte und sich auf die Unwiderruflichkeit eingestellt hat.⁵⁰⁰

Eine Frist für die Minderungserklärung selbst sieht das CISG nicht vor. Der Käufer muss die Vertragswidrigkeit nur gemäß Art. 39 bzw. Art. 43 CISG rügen.

cc) Keine Nacherfüllung durch den Verkäufer

Gemäß Art. 50 S. 2 CISG kann der Käufer den Kaufpreis nicht herabsetzen, wenn der Verkäufer den Mangel behebt oder der Käufer die Annahme der Nacherfüllung verweigert. Damit wird dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers (gemäß Art. 48 CISG) grundsätzlich der Vorrang eingeräumt.⁵⁰¹ Selbst wenn der Käufer die Minderung schon erklärt hat, kann der Verkäufer den Mangel beseitigen, solange die Voraussetzungen aus Art. 37 oder 48 CISG bestehen.⁵⁰² Umstritten ist, ob dann die schon erklärte Minderung unwirksam, d.h. ohne Rechtsfolge ist, so dass sie bei Wegfall des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers erneut erklärt werden muss⁵⁰³ oder ob sie unter einer auflösenden Bedingung steht⁵⁰⁴. Für eine auflösende Bedingung spricht, dass das Minderungsrecht erst mit Beseitigung des Mangels oder der Annahmeverweigerung des Käufers entfällt. Bis dahin

⁴⁹⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 15; *Karollus*, S. 158; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 307.

⁴⁹⁹ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 15; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn 25; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht Rn. 204; *Karollus*, S. 158.

⁵⁰⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 50 Rn. 5; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Art. 27 Rn. 14.

⁵⁰¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 27; Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 22; *Achilles*, Art. 50 Rn. 1.

⁵⁰² Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 22; Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 27; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 50 Rn. 7.

⁵⁰³ *Schlechtriem/U. Huber*, Art. 50 Rn. 6

⁵⁰⁴ Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 22; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 50 Rn. 9; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art. 50 Rn. 7.

besteht das Minderungsrecht prinzipiell. Dem wird die Anerkennung des Minderungsverlangens unter einer auflösenden Bedingung am ehesten gerecht.⁵⁰⁵

b) Rechtsfolgen

aa) Herabsetzung des Kaufpreises

Die Minderung hat zur Folge, dass der Käufer den ursprünglichen Kaufpreis in dem Verhältnis herabsetzten kann „in dem der Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware im Zeitpunkt der Lieferung hatte, zu dem Wert steht, den vertragsgemäße Ware zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte“ (Art. 50 S. 1 CISG).

(1) Formel, maßgeblicher Zeitpunkt, maßgeblicher Ort

Die Formel zur Berechnung des geminderten Preises lautet

$$\text{geminderter Preis} = \frac{\text{Vertragspreis} \times \text{Wert der gelieferten Ware}}{\text{Wert vertragsmäßiger Ware}} .$$

Der Wert der gelieferten Ware und der Wert der vertragsmäßigen Ware müssen gemäß Art. 50 S. 1 zum Zeitpunkt der Lieferung festgestellt werden.

Da gerade im internationalen Handel der Wert der Ware ortsabhängig sein kann, spielt es eine Rolle, wo er festgestellt wird. In Frage kommen der Lieferort gemäß Art. 31 CISG, der tatsächliche Transportendpunkt oder der Niederlassungsort des Käufers bzw. beim Versendungskauf der Bestimmungsort.

Für den Transportendpunkt spricht, dass dies der Ort ist, an dem sich die Vertragsverletzung tatsächlich auswirkt, da der Käufer die Ware an diesem Ort nutzen möchte und die Ware für ihn dort ihren Wert

⁵⁰⁵ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 22.

entfaltet.⁵⁰⁶ Der Ort, an den die Ware letztendlich gebracht wird, ist jedoch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unbedingt voraussehbar und sollte daher als Ort für die Berechnung der Minderung nicht verwendet werden. Die Vorhersehbarkeitsproblematik stellt sich nicht, wenn man auf den Ort der Niederlassung des Käufers abstellt.⁵⁰⁷ Der Niederlassungsort des Käufers spielt bei der Festlegung der Verpflichtungen des Verkäufers jedoch nur indirekt bei Bringschulden eine Rolle. Bei Hol- und Schickschulden ist die Verpflichtung des Verkäufers gänzlich unabhängig vom Ort der Niederlassung des Käufers, vielmehr beschränkt sie sich auf den Niederlassungsort des Verkäufers.

Deshalb stellt die herrschende Meinung zu Recht grundsätzlich auf den Lieferort gemäß Art. 31 CISG ab.⁵⁰⁸ Dieser Ort ist bei Vertragsschluss eindeutig zu erkennen und zu diesem Ort hat die Ware aus der Sicht beider Parteien ihren engsten Bezug. Bei Holschulden ist dies der Ort der Niederlassung des Verkäufers, bei Bringschulden der Ort der Niederlassung des Käufers.

Anders ist es beim Versendungskauf und beim Verkauf reisender Ware. Hier erkennt der Verkäufer eindeutig, wohin die Ware gehen soll, denn er schickt sie an diesen Ort. Deshalb ist, nach zutreffender h.M., in diesem Fall der Bestimmungsort für die Berechnung des Wertes maßgeblich.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 41; MünchKommHGB/Benicke, Art. 50 Rn. 12.

⁵⁰⁷ Reinhart, Art. 50 Rn. 4.

⁵⁰⁸ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 22; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 12; Enderlein in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 50 Anm. 4; Herber/Czerwenka, Art. 50 Rn. 7; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 309; Achilles, Art. 50 Rn. 7; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 50 Rn. 3; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 50 Rn. 23, aber mit der Vermutung, dass der Wert am Bestimmungsort dem am Leistungsort entspricht.

⁵⁰⁹ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 22; Schlechtriem/U. Huber, Art. 50 Rn. 12; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 12; Herber/Czerwenka, Art. 50 Rn. 7.

(2) Sonderfall: völlig wertlose Ware

Ist die gelieferte Ware völlig wertlos, führt die Minderung zur Reduzierung des Kaufpreises auf Null.⁵¹⁰ Weil dies einer Vertragsaufhebung gleich kommt und diese im UN-Kaufrecht nur als ultima ratio vorgesehen ist und besonderen Voraussetzungen unterliegt, wollen *Schnyder/Straub*, zumindest in den Fällen der offensichtlichen Wertlosigkeit der Ware, die Minderung ausnahmsweise nicht zulassen und den Käufer auf die Vertragsaufhebung verweisen.⁵¹¹ Dies führt jedoch zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen völlig wertloser Ware und Ware mit einem gewissen Restwert und zu einer Ungleichbehandlung dieser Fälle, die nicht gerechtfertigt ist.⁵¹² Der Wortlaut von Art. 50 CISG erfasst auch diese Fälle⁵¹³ und der Verkäufer hat kein besonderes, berechtigtes Interesse an der Rückgabe der wertlosen Sache. Der Verkäufer muss auch nicht über die Fristen des Art. 49 II lit. b vor den Folgen einer späten Rückabwicklung mit Rücknahmeverpflichtung geschützt werden, weil es bei der Minderung gerade nicht um die Aufhebung des Vertrags und die Rücknahme der Ware geht.⁵¹⁴ In der Praxis wird dieses Problem selten auftauchen, weil bei offensichtlich wertloser Ware der Käufer innerhalb einer angemessenen Frist gemäß Art. 49 II lit. b mindern wird und auch die Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung erfüllt wären.

bb) Rückzahlungsanspruch bei schon erfolgter Kaufpreiszahlung

Hat der Käufer den ursprünglichen Kaufpreis schon gezahlt, kann er den zuviel gezahlten Teil zurückverlangen. Hierüber besteht im Ergebnis Einigkeit. Fraglich ist jedoch, welche Anspruchsgrundlage für die Rückzahlung einschlägig ist. Ein Rücktritt nach nationalem Recht wird

⁵¹⁰ Staudinger/*Magnus*, Art. 50 Rn. 23; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Art. 50 Rn. 13; *Piltz*, Internationales Kaufrecht § 5 Rn. 311.

⁵¹¹ Honsell/*Schnyder/Straub*, Art. 50 Rn. 46.

⁵¹² Ausführlich dazu *Hirner*, Minderung, S. 174 ff.

⁵¹³ MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 50 Rn. 24.

⁵¹⁴ *Hirner*, Minderung, S. 175 f.

einheitlich ausgeschlossen.⁵¹⁵ Aus dem CISG werden Art. 50 selbst⁵¹⁶ oder Art. 81 II analog⁵¹⁷ herangezogen. Für die entsprechende Anwendung von Art. 81 II wird der Charakter der Minderung als teilweise Vertragsaufhebung angeführt.⁵¹⁸ Die unmittelbare Anwendung von Art. 50 wird mit dessen Wortlaut begründet, der in S. 1 den Hinweis enthält, dass eine Minderung auch nach bereits erfolgter Zahlung des Kaufpreises möglich ist.⁵¹⁹ Diese Begründung ist zwar m.E. nicht zwingend, die Gleichsetzung der Minderung mit einer Teilaufhebung jedoch auf jeden Fall verfehlt. Es handelt sich vielmehr um eine Vertragsanpassung, so dass die unmittelbare Anwendung des Art. 50 die bessere Alternative ist.⁵²⁰

3. Vergleich

a) Voraussetzungen

aa) Sachmängel, Rechtsmängel

Beide Rechtsordnungen sehen ein Minderungsrecht des Käufer vor, wenn der Verkäufer sachmangelhafte Ware geliefert hat.

Nach BGB ist eine Minderung auch bei Rechtsmängeln möglich. Im UN-Kaufrecht ist dies umstritten. Da dem Käufer ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch zusteht, ist ein Minderungsrecht dort nicht von so hoher praktischer Bedeutung.

⁵¹⁵ Herber/Czerwenka, Art. 50 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 25; Hirner, Minderung, S. 409; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 204; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 50.

⁵¹⁶ Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 25; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 16; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 50; Hirner, Minderung S. 411 f.

⁵¹⁷ Herber/Czerwenka, Art. 50 Rn. 8; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 449; Karollus, S. 157; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrechts, Rn. 204.

⁵¹⁸ Karollus, S. 157; Gleichsetzung von Minderung und Teilaufhebung auch in Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 50 Rn. 6.

⁵¹⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 50 Rn. 16; Staudinger/Magnus, Art. 50 Rn. 25; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 50 Rn. 50.

⁵²⁰ Siehe dazu auch Hirner, Minderung S. 412.

Trotzdem sollte m.E. dem Käufer nach UN-Kaufrecht ebenfalls ein Minderungsrecht bei Rechtsmängeln zustehen (Art. 50 CISG analog).

bb) Keine Relevanz der Schwere des Mangels

Weder im deutschen noch im UN-Kaufrecht kommt es für eine Reduzierung des Kaufpreises auf die Schwere des Mangels an. Der Vertrag kann auch bei unerheblichen Mängeln angepasst werden.

cc) Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers

In beiden Regelwerken ist die Minderung kein Rechtsbehelf, der sofort eingesetzt werden kann, vielmehr muss der Käufer grundsätzlich abwarten, bis der Verkäufer die Möglichkeit zur Nacherfüllung ungenutzt hat verstreichen lassen. Im BGB kommt dies im Erfordernis der Nachfristsetzung zum Ausdruck, im CISG in Art. 50 S. 2, der den Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers anordnet. Darin kommt wieder der Grundsatz, den Vertrag möglichst in seiner ursprünglichen Form zu erhalten und durchzuführen, zum Ausdruck.

Allerdings kennen beide Rechtsordnungen Ausnahmen zu dieser Regel, wenn Gründe bestehen, die eine sofortige Herabsetzung des Kaufpreises und damit einen Ausschluss des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers rechtfertigen. Im BGB sind dies die Ausnahmen zum Erfordernis der Fristsetzung gemäß §§ 323 II und § 440 BGB, im CISG ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung gemäß Art. 48 I S. 1 für den Käufer unzumutbar ist.

Gemäß §§ 323 II Nr. 1, 440 S. 1 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Verkäufer eine oder beide Arten der Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. In diesem Fall steht auch für das UN-Kaufrecht fest, dass dem Käufer ein Abwarten der Nacherfüllung nicht zugemutet werden kann.

Ein Fehlschlagen der Nacherfüllung führt nach BGB (§ 440 S. 1) zum Ausschluss des Fristerfordernisses. § 440 S. 2 billigt dem Verkäufer grundsätzlich zwei Nachbesserungsversuche zu. Auch im Rahmen der

Zumutbarkeit gemäß Art. 48 I S. 1 CISG sind erfolglose Erfüllungsversuche des Verkäufers zu berücksichtigen. Grundsätzlich stehen dem Verkäufer zwar mehrere Nacherfüllungsversuche zu, aber wenn sie zu viel Zeit in Anspruch nehmen oder eine weitere Erfüllung aus anderen Gründen nicht mehr zugemutet werden kann, z.B. weil der Käufer nicht mehr auf die Leistungsfähigkeit des Verkäufers vertrauen muss, erlischt das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers.

Hat der Käufer sein Erfüllungsinteresse an einen bestimmten Erfüllungszeitpunkt geknüpft, entfällt gemäß § 323 II Nr. 2 BGB das Fristerfordernis. Das Gleiche gilt im Rahmen von Art. 48 I S. 1 CISG.

Gemäß § 323 II Nr. 3 BGB können besondere Umstände nach Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Minderung rechtfertigen. Eine Abwägung der beiderseitigen Interessen sieht Art. 48 I S. 1 CISG nicht vor. Dort kommt es primär auf die Interessen des Käufers an.

§ 440 S. 1 enthält einen Auffangtatbestand⁵²¹ nach dem eine Fristsetzung nicht notwendig ist, wenn die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist. Damit sollen alle nicht bereits von § 323 II erfassten Fälle erfasst werden.⁵²² Eine Interessenabwägung soll, wie im UN-Kaufrecht, nicht stattfinden. Maßgeblich sind die objektiven Interessen des Käufers.⁵²³ Insbesondere die Art der Sache und der Zweck, für den sie der Käufer benötigt, spielen hier eine Rolle. Auch die Begleitumstände einer Nachbesserung wie Lärm oder Staub, die Art des Mangels, insbesondere wenn deshalb weitere Mängel zu befürchten sind oder eine arglistige Täuschung des Verkäufers sind relevant.⁵²⁴ Unzumutbare Begleitumstände fallen in Art. 48 I S. 1 CISG unter das Tatbestandsmerkmal der unzumutbaren Unannehmlichkeiten. Die anderen Kriterien wie die Art des Mangels, eine Zerstörung des

⁵²¹ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 20.

⁵²² AnwKomm/*Büdenbender*, § 440 Rn. 8.

⁵²³ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 440 Rn. 21.

⁵²⁴ S.o. Teil III, II. Rücktritt 1.a) bb).

Vertrauensverhältnisses oder der Verwendungszweck der Ware spielen bei der Frage nach der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung eine Rolle. Ist die Vertragsverletzung wesentlich, kann der Käufer den Vertrag aufheben, der Verkäufer hat kein Nacherfüllungsrecht und folglich kann der Käufer auch sofort mindern. Im Ergebnis sind die Fälle, in denen der Käufer sofort mindern kann, vergleichbar. Die Anforderungen sind nach beiden Rechtsordnungen hoch, jedoch nicht unüberwindbar. Es müssen gravierende Gründe sein, aber keine völlig unerträglichen Belastungen.

dd) Minderungserklärung

Seit der Schuldrechtsreform ist die Minderung im BGB ein Gestaltungsrecht, das mit einer Minderungserklärung ausgeübt wird. Die ganz herrschende Meinung sieht dies für das UN-Kaufrecht ebenso. Aus der Erklärung muss deutlich werden, dass der Käufer den Kaufpreis herabsetzen möchte, eine Bezifferung des Betrags ist jedoch nicht notwendig, da sich dieser aus dem Gesetz ergibt.

Im deutschen Recht ist die Minderung unstreitig ein Gestaltungsrecht, zum UN-Kaufrecht ist dies umstritten. Für die zutreffende h.M. gilt dies jedoch auch im UN-Kaufrecht, so der Käufer nach beiden Rechtsordnungen an seine Erklärung gebunden ist und er nach der Ausübung des Rechtsbehelfs nicht auf ein anderes Vorgehen umschwenken kann.

b) Rechtsfolgen

aa) Anpassung des Vertrags

Durch die Erklärung des Käufers wird der Vertrag bezüglich des Kaufpreises an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst. Alle anderen Rechte und Pflichten bleiben unverändert bestehen. Dies gilt sowohl für das BGB als auch für das CISG.

bb) Formel, maßgeblicher Zeitpunkt, Ort

Der Minderungsbetrag wird sowohl nach BGB als auch nach CISG relativ berechnet, d.h. es wird der Wert der gelieferten Ware in Verhältnis zum Wert mangelfreier Ware gesetzt.

$$\frac{\text{geminderter Kaufpreis}}{\text{ursprünglicher Kaufpreis}} = \frac{\text{Wert der gelieferten Ware}}{\text{Wert mangelfreier Ware}}$$

$$\text{geminderter Kaufpreis} = \frac{\text{ursprünglicher Kaufpreis} \times \text{Wert der gelieferten Ware}}{\text{Wert mangelfreier Ware}}$$

Die Berechnungen des Betrags, um den der Kaufpreis herabgesetzt wird, unterscheiden sich jedoch in einem Punkt. Im UN-Kaufrecht kommt es für den tatsächlichen Wert der gelieferten Ware und den Wert, den mangelfreie Ware hätte, auf den Zeitpunkt der Lieferung an, im BGB auf den des Vertragsschlusses.

Stellt man auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab, wird die ursprüngliche vertragliche Risikoverteilung voll aufrechterhalten. Die Berücksichtigung von Wertveränderungen zwischen Vertragsschluss und Lieferung hingegen führt zu einer Neubewertung des Vertrags, bei der der tatsächliche Verlust des Käufers berücksichtigt wird. Diese Betrachtungsweise im CISG entspricht eher einer schadensersatzrechtlichen Sicht, die des BGB ähnelt eher einer teilweisen Vertragsaufhebung.

Im UN-Kaufrecht ist umstritten, an welchem Ort die Ware zu bewerten ist. Diese Frage taucht in der Diskussion zum BGB nicht als Problem auf, da die Preisunterschiede innerhalb Deutschlands i.d.R. minimal sind. Relevant kann die Frage aber bei Anwendung des BGB auf grenzüberschreitende Fälle werden. Gewöhnlich wird auf den Erfüllungsort abgestellt.⁵²⁵ Dies entspricht der h.M. zum CISG, die grundsätzlich auf den Ort der Lieferung gemäß Art. 31 CISG abstellt und nur im Fall des Versandkaufs den Wert am Bestimmungsort

⁵²⁵ Bamberger/Roth/Faust, § 441 Rn. 10; zu § 472 BGB a.F. Staudinger/Honsell, § 472 Rn. 13; Soergel/U. Huber, § 472 Rn. 9.

feststellt. Da auch der Käufer nach BGB im Fall des Versandkaufs den Bestimmungsort erkennen kann und die Ware dort ihren Wert entfaltet, sollte m.E. wie im UN-Kaufrecht in diesen Fällen ausnahmsweise auf den Bestimmungsort abgestellt werden.

cc) Sonderfall: völlige Wertlosigkeit

Im Fall völliger Wertlosigkeit der Ware ist im BGB unzweifelhaft anerkannt, dass dem Käufer trotzdem ein Minderungsrecht zusteht. Die h.M. wendet dann jedoch § 346 I BGB analog an und verpflichtet den Käufer zur Rückgabe der gelieferten Ware. Im UN-Kaufrecht ist in diesen Fällen schon die Möglichkeit der Minderung an sich umstritten, wird von der h.M. jedoch ohne weitere Anforderungen, d.h. ohne Rückgabe der gelieferten Sache, zugelassen.

dd) Rückzahlungsanspruch

Der Käufer hat sowohl nach BGB als auch nach CISG einen Anspruch auf Rückzahlung des zuviel gezahlten Kaufpreises. Dabei handelt es sich nicht um einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich sondern einen Anspruch aus dem (Rück-)Abwicklungsverhältnis. Im BGB ist er explizit geregelt (§ 441 IV S. 1), im UN-Kaufrecht ist umstritten, ob sich der Anspruch unmittelbar aus Art. 50 CISG ergibt oder ob Art. 81 II analog anzuwenden ist.

IV. Schadensersatz

1. Nach BGB

a) Überblick

Für den Schadensersatz verweist § 437 Nr. 3 auf die Vorschriften des allgemeinen Teils: §§ 280, 281, 283 und § 311 a BGB. Auch der Ersatz vergeblicher Aufwendungen ist über § 437 Nr. 3 i.V.m. § 284 BGB möglich.

Da § 437 BGB nur in Fällen der Lieferung mangelhafter Ware anzuwenden ist, sind über diese Verweisung nur Schäden zu ersetzen, die auf einem Mangel i.S.d. §§ 434 ff. beruhen. Beruht der Schaden nicht auf der Mangelhaftigkeit der Sache, sondern z.B. auf der Verletzung einer Nebenpflicht, die nicht mangelbezogen ist, oder einfach auf der Verspätung der Lieferung, gelten die allgemeinen Vorschriften unmittelbar.

Der Verweis in § 437 Nr. 3 BGB ist ein Rechtsgrundverweis („... kann der Käufer ... nach den §§ 440, 280 ... verlangen“), d.h. es müssen grundsätzlich alle Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften vorliegen.⁵²⁶ Folglich müssen die Unterscheidungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nachvollzogen werden.

Daher ist § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311 a II anzuwenden, wenn der Verkäufer schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung gemäß § 275 I-III befreit ist.

§ 437 Nr. 3 findet i.V.m. § 280 Anwendung, wenn der Mangel erst nach Vertragsschluss auftritt oder der Verkäufer zumindest bei Vertragsschluss zu seiner Leistung verpflichtet ist. In § 280 ist Abs. 1 die Grundnorm, Abs. 2 verweist für den Schadensersatz wegen Verzögerung auf § 286 und gemäß Abs. 3 sind die §§ 281, 282 und § 283 für den Schadensersatz statt der Leistung zu beachten. In diesem Rahmen ist also die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Schadensarten von Bedeutung. Beim Schadensersatz statt der Leistung ist grundsätzlich zunächst eine Nachfristsetzung erforderlich (§ 280 III, i.V.m. § 281 I S.1), für den Ersatz des Verzögerungsschadens verlangt § 286 grundsätzlich eine Mahnung.

Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung ist außerdem nach der Art der verletzten Pflicht zu unterscheiden. § 281 gilt für Fälle, in denen der Verkäufer die Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt. § 282 ist anzuwenden, wenn es um die Verletzung einer nicht

⁵²⁶ P. Huber in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 5.

leistungsbezogenen Nebenpflicht gemäß § 241 II geht. § 283 erfasst die Fälle, in denen der Verkäufer gemäß § 275 I-III – nach Vertragsschluss – von seiner Leistungspflicht befreit wird. Eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Pflichtverletzungen ist insbesondere notwendig, wenn der Verkäufer nicht jede Pflichtverletzung zu vertreten hat. Macht er z.B. den Käufer auf einen Mangel, den er nicht zu vertreten hat, nicht aufmerksam und führt dies zu einem weiteren Schaden, kann der Käufer nicht nur den einfachen Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, sondern auch Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 282 BGB verlangen, wenn der Verkäufer den fehlenden Hinweis zu vertreten hat und dem Käufer die Nacherfüllung durch den Verkäufer nicht mehr zugemutet werden kann.⁵²⁷

b) Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB

aa) Befreiung von der Leistungspflicht bei Vertragsschluss

Gemäß §§ 437 Nr. 3, 311 a II kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Mangel gemäß §§ 434 ff. schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag und der Verkäufer von seiner Leistungspflicht, d.h. auch von seiner Nacherfüllungspflicht nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB,⁵²⁸ gemäß § 275 I-III von Anfang an befreit ist. Eine solche Leistungsbefreiung liegt vor, wenn die Nacherfüllung subjektiv oder objektiv unmöglich ist (§ 275 I) oder wenn der für sie notwendige Aufwand nach den Kriterien des § 275 II in einem groben Mißverhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers steht. Außerdem ist der Verkäufer zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn er die Nacherfüllung persönlich zu erbringen hat und ihm dies, nach Abwägung mit dem Leistungsinteresse des Käufers, nicht zugemutet werden kann (§ 275 III).

⁵²⁷ MünchKommBGB/*Ernst*, Bd. 2 a, § 280 Rn. 54.

⁵²⁸ Bamberger/Roth/*Faust*, § 437 Rn. 102.

bb) Kenntnis oder Kennenmüssen des Leistungshindernisses

Da der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit ist, muss der Käufer keine Nachfrist setzen. Gemäß § 311 a II S. 2 muss der Verkäufer jedoch das Leistungshindernis, d.h. den Mangel und dessen Unbehebbarkeit,⁵²⁹ bei Vertragsschluss gekannt haben, bzw. im Fall der Unkenntnis muss er die Unkenntnis zu vertreten haben. Der Verkäufer soll nur haften, wenn er vertragliche Verpflichtungen eingeht, von denen er weiß, oder von denen er zumindest wissen müsste, dass es sie nicht erfüllen kann.

cc) Besondere Voraussetzungen für Schadensersatz statt der ganzen Leistung

§ 311 a II S. 3 verweist auf § 281 I S. 2 und 3. Dies bedeutet, dass der Käufer Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur unter bestimmten Voraussetzungen fordern kann. Nach der hier vertretenen Auffassung⁵³⁰ ist auch im Kaufrecht bei Verweisungen auf den allgemeinen Teil des Schuldrechts dessen Differenzierung zwischen Teilleistung und nicht wie geschuldeter Leistung zu beachten, so dass der Käufer Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei nur teilweise gelieferter Ware nur verlangen kann, wenn er an der gelieferten Teilmenge kein Interesse hat (§ 281 I S. 2). Hat der Verkäufer sonst mangelhafte Ware i.S.v. § 434 I-IV 1. Fall geliefert, besteht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung, wenn die Pflichtverletzung erheblich ist (§ 281 I S. 3).

c) Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 ff.

Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache und ist dieser Mangel, zumindest im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, behebbar, richtet sich der Ersatz des Schadens nach §§ 437 Nr. 3, 280 ff. Im Rahmen der

⁵²⁹ MünchKommBGB/Westermann, Bd. 3, § 437 Rn. 23; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 105.

⁵³⁰ S.o. Teil II, I Mangelbegriff 1. a) bb) (1).

§§ 280 ff. ist zwischen den verschiedenen Schadensersatzarten zu unterscheiden.

aa) Unterscheidung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz

Besondere Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz, weil Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 I S. 1 grundsätzlich den Ablauf einer angemessenen Nachfrist voraussetzt, dem Verkäufer also eine zweite Chance zur Erfüllung eingeräumt wird, einfacher Schadensersatz gemäß § 280 I hingegen sofort verlangt werden kann. Die Abgrenzung ist umstritten.

(1) Nur mangelbedingten Minderwert über Schadensersatz statt der Leistung

Einer Ansicht nach fällt allein der mangelbedingte Minderwert in den Bereich des Schadensersatzes statt der Leistung.⁵³¹ Alle anderen Schadensposten wären demnach einfacher Schadensersatz.

(2) Ausgleich des Leistungsinteresses über Schadensersatz statt der Leistung

Eine anderen Ansicht versteht unter dem Schadensersatz statt der Leistung das Gleiche wie unter dem Nichterfüllungsschaden des früheren Rechts und stellt wie die früher h.M. darauf ab, ob mit dem Schadensersatz das Leistungsinteresse des Käufers an einer mangelfreien Sache ausgeglichen werden soll (positives Interesse, Äquivalenzinteresse oder auch Mangelschaden genannt).⁵³² Darunter fallen der mangelbedingte Minderwert der Sache, der entgangene

⁵³¹ U. Gruber, S. 107 f.; zunächst wohl auch *Canaris* in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 40.

⁵³² P. Huber in: *Huber/Faust*, Kap. 13 Rn. 105; in diese Richtung auch Begründung *RegE BT-Drs. 14/6040* S. 136 f. und S. 225; zunächst auch *Faust* in: *Huber/Faust*, Kap. 3 Rn. 3, 103; so auf den ersten Blick auch *Reischl*, *JuS* 2003, 250, 252 f., der aber auch auf die Behebbarkeit des Schadens abstellt, *JuS* 2003, 250, 251 ff.

Gewinn, Mehrkosten aus einem Deckungskauf, Reparaturkosten oder der Nutzungsausfall.⁵³³ Unter den einfachen Schadensersatz fallen diejenigen Schäden, die dem Käufer an seinen anderen Rechtsgütern als der Kaufsache entstehen, weil er die Sache im Vertrauen auf ihre Mangelfreiheit in Gebrauch genommen hat, sog. Integritätsinteresse oder Mangelfolgeschaden.⁵³⁴ Dies können sowohl Personen- und Sachschäden sein als auch Vermögensschäden wie z.B. Aufwendungen, die wegen des Mangels vergeblich sind.⁵³⁵

(3) Möglichkeit der Schadensvermeidung durch Nacherfüllung maßgeblich

Eine dritte Ansicht wendet die Vorschriften zum Schadensersatz statt der Leistung an, wenn der dadurch zu ersetzende Schaden durch eine Nacherfüllung theoretisch vermieden werden könnte.⁵³⁶ Dieser Ansatz resultiert aus Sinn und Zweck der für den Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich notwendigen Fristsetzung. Die Frist soll dem Verkäufer die Gelegenheit geben, den Schaden zu beheben; und nur wenn der Schaden durch eine Nacherfüllung beseitigt werden kann, macht eine solche Fristsetzung Sinn.⁵³⁷ Für die Frage der Vermeidbarkeit ist auf den Zeitpunkt abzustellen, bis zu dem die Nacherfüllung noch möglich ist (spätestmöglicher Zeitpunkt).⁵³⁸ Vermieden werden können die Schäden durch eine Nacherfüllung, solange der Käufer einen Nacherfüllungsanspruch hat.⁵³⁹ Dieser entfällt zum einen, sobald die Nacherfüllung unmöglich wird (§ 275 I) oder der

⁵³³ Soergel/*U. Huber*, Anh. § 463 Rn. 23; *P. Huber* in: Huber/Faust, Kap. 13 Rn. 101 m.w.N.

⁵³⁴ Soergel/*U. Huber*, Anh. § 463 Rn. 24.

⁵³⁵ Soergel/*U. Huber*, Anh. § 463 Rn. 24.

⁵³⁶ Das neue Schuldrecht/*Haas*, Kap. 5 Rn. 235 f.; *Lorenz*, NJW 2002, 2497; 2500; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, § 281 Rn. 4; *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 47, 51 ff; *AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb* § 280 Rn. 51; *U. Huber* in: FS Schlechtriem, S. 521, 525; *ders.* in: FS Ulmer, S. 1165, 1181; *Jauernig/Vollkommer*, § 280 Rn. 3; *Palandt/Heinrichs*, § 280 Rn. 18, Vorb v § 281 Rn. 3; *Heinrichs* in: FS Schlechtriem 2004, S. 503, 512 f.; *Palandt/Putzo*, § 437 Rn. 34; nunmehr auch eindeutig *Canaris*, ZIP 2003, 321, 322.

⁵³⁷ *AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb*, § 280 Rn. 49; *Lorenz*, NJW 2002, 2497; 2500

⁵³⁸ *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 51.

Verkäufer die Nacherfüllung gemäß §§ 275 II, III, 439 III verweigern kann. Außerdem entfällt der Nacherfüllungsanspruch in dem Moment, in dem der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV).⁵⁴⁰ Der Zeitpunkt des Wegfalls des Nacherfüllungsanspruchs spielt bei der Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz eine große Rolle. Schäden, die erst entstehen, nachdem der Nacherfüllungsanspruch entfallen ist, hätten durch eine Nacherfüllung immer vermieden werden können und fallen daher unter den Schadensersatz statt der Leistung. Entstehen die Schäden vor Wegfall des Nacherfüllungsanspruchs ist zu prüfen, inwieweit die Nacherfüllung den Schaden abwenden kann. Insbesondere Nutzungsausfallschäden, entgangener Gewinn und Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers können deshalb nicht pauschal mit der einen oder der anderen Art des Schadensersatzes verlangt werden.⁵⁴¹ Der mangelbedingte und der merkantile Minderwert, Reparaturkosten und die Kosten eines Deckungskaufs fallen unter den Schadensersatz statt der Leistung.⁵⁴² Nutzungsausfallschäden und Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers, die vor Wegfall des Nacherfüllungsanspruchs entstehen, können auch durch eine spätere Nacherfüllung nicht beseitigt werden und sind durch einfachen Schadensersatz auszugleichen.⁵⁴³

(4) Stellungnahme

Das zusätzliche Erfordernis einer Fristsetzung bei Schadensersatz statt der Leistung soll dem Verkäufer die Möglichkeit eröffnen, den Vertrag zu erfüllen und Schäden abzuwenden. Dies ist nicht nur beim mangelbedingten Minderwert möglich. Daher ist eine Beschränkung des

⁵³⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 51.

⁵⁴⁰ Nur auf diesen Zeitpunkt stellt MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 280 Rn. 66 ff. ab.

⁵⁴¹ Das neue Schuldrecht/Haas, Kap. 5 Rn. 236; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 53 f.; AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 52.

⁵⁴² AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 51; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 52.

⁵⁴³ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 54, 60.

Schadensersatzes statt der Leistung auf diese Art des Schadens nicht sinnvoll.

Auf die Kategorien zum alten Recht sollte jedoch auch nicht zurückgegriffen werden.⁵⁴⁴ Dort ging es um die Frage, welche Schäden auch ohne Zusicherung oder Arglist vom Verkäufer zu ersetzen sind. Für Mangelschäden haftet der Verkäufer gemäß § 463 BGB a.F. nur bei Zusicherung oder Arglist, für Mangelfolgeschäden aus positiver Vertragsverletzung, wenn ein Verschulden vorliegt. Bei der Abgrenzung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden wurde dann geprüft, welches Interesse des Käufers verletzt ist, sein Äquivalenz- oder sein Integritätsinteresse.⁵⁴⁵ Im neuen Recht haftet der Verkäufer jedoch grundsätzlich für alle Schäden, wenn er den Mangel zu vertreten hat. Es geht nur um die Frage, ob bei bestimmten Schäden weitere Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit deren Ersatz gerechtfertigt ist.⁵⁴⁶ Die neue Rechtslage entspricht der Rechtslage, die schon früher im Werkvertragsrecht bestand.⁵⁴⁷ Dort musste der Werkbesteller zunächst eine Nachfrist setzen, bevor er Ersatz für den Nichterfüllungsschaden verlangen konnte (§§ 635, 634 I BGB a.F.). Hinzu kam jedoch bei der Abgrenzung die Frage, welche Schäden, die auf der mangelhaften Leistung beruhten, unter § 635 BGB a.F. mit der kurzen werkvertragsrechtlichen Verjährungsfrist (§ 638 BGB a.F.) und welche nach den Grundsätzen zur positiven Vertragsverletzung mit der langen allgemeinen Verjährungsfrist (§ 195 BGB a.F.) zu ersetzen waren. Dieses Fristenproblem stellt sich im neuen Kaufrecht nicht, weil alle Ansprüche bezüglich mangelbezogener Schäden unter die Verjährungsfrist des § 438 BGB fallen.

Daher ist der Ansicht zu folgen, die auf die (theoretische) Möglichkeit der Vermeidung des entstandenen Schadens abstellt. Danach ist zwar

⁵⁴⁴ AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 39 ff.; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 46; MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 280 Rn. 65.

⁵⁴⁵ Ausführlich Soergel/U. Huber, Vor § 459 Rn. 38 ff., Anh § 463 Rn. 21 ff.

⁵⁴⁶ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 46; AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 45; Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500.

⁵⁴⁷ Palandt/Heinrichs, § 280 Rn. 18.

nicht mehr pauschal nach Schadensposten zu unterscheiden, die Abgrenzung ist jedoch im Einzelfall unproblematisch und entspricht dem Sinn und Zweck der Nachfristsetzung.

bb) Schadensersatz statt der Leistung

Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung ist nach der Art der verletzten Pflicht zu unterscheiden. In Bezug auf die Lieferung mangelhafter Ware kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung gemäß §§ 280, II, III, 281 BGB verlangen. Verletzt der Verkäufer außerdem eine Nebenpflicht aus § 241 II, kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 282 verlangen. Ist die Leistungspflicht des Verkäufers gemäß § 275 I-III ausgeschlossen, richtet sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283.

(1) Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung, §§ 280 I, III, 281

(a) Pflichtverletzung

Liefert der Verkäufer mangelhafte Ware, verletzt er seine Pflicht zur Lieferung mangelfreier Ware und der Käufer kann Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 BGB verlangen.

(b) Vertretenmüssen

Gemäß § 280 I, S. 2 haftet der Verkäufer nicht, wenn er seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Damit ist der Schadensersatz im BGB ein verschuldensabhängiger Rechtsbehelf, bei dem das Verschulden vermutet wird und der Schuldner beweisen muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Palandt/Heinrichs, § 280 Rn. 34, 40; AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb § 280 Rn. 60.

Was der Verkäufer zu vertreten hat, richtet sich nach §§ 276-278 BGB. Grundsätzlich sind Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, eine strengere oder mildere Haftung kann jedoch vereinbart werden oder sich aus dem Schuldverhältnis ergeben (§ 276 I S. 1). Im Kaufrecht wird insbesondere die Zusicherung von bestimmten Eigenschaften meist so zu verstehen sein, dass der Verkäufer unabhängig von einem Vertretenmüssen seinerseits haften will.⁵⁴⁹ Jede Vereinbarung ist jedoch nach den Umständen des Einzelfalls auszulegen.⁵⁵⁰

Die Übernahme des Beschaffungsrisikos betrifft grundsätzlich nur die rechtzeitige Beschaffung der Ware und nicht den hier relevanten Fall der Mangelfreiheit der Ware.⁵⁵¹

Ist der Verkäufer nicht Hersteller der Ware sondern Weiterverkäufer, hat er den Mangel nur zu vertreten, wenn er ihn kannte oder wenn er die Ware hätte untersuchen müssen. Grundsätzlich besteht eine solche Untersuchungspflicht jedoch nicht.⁵⁵² Nur bei Waren, die auf Grund ihrer besonderen Gefährlichkeit eine Untersuchung gebieten oder wenn die Umstände auf einen Mangel hinweisen, muss auch ein Weiterverkäufer die Ware untersuchen.⁵⁵³ Tut er dies nicht, hat er den Mangel gemäß § 276 BGB zu vertreten. Eine Haftung gemäß § 278 BGB für Handlungen des Herstellers kommt in diesen Fällen meist

⁵⁴⁹ Palandt/*Heinrichs*, § 276 Rn. 29; MünchKommBGB/*Grundmann*, Bd. 2 a, § 276 Rn. 175; Bamberger/Roth/*Grüneberg* § 276 Rn. 40; AnwKomm-BGB-*Dauner-Lieb*, § 276 Rn. 18.

⁵⁵⁰ Palandt/*Heinrichs*, § 276 Rn. 29; *Oetker/Maultzsch*, S. 121 f.

⁵⁵¹ Palandt/*Heinrichs* § 276 Rn. 32; *U. Huber* in: FS Schlechtriem, S. 521, 532; Bamberger/Roth/*Grüneberg* § 276 Rn. 26; MünchKommBGB/*Ernst*, Bd. 2 a, § 280 Rn. 63; *U. Huber*, in: FS Peter Ulmer, S. 1165, 1191; a.A. v. *Westphalen*, ZIP 2002, 545, 548 f.

⁵⁵² *Heinrichs* in: FS Schlechtriem, S. 503, 517; *U. Huber* in: FS Schlechtriem, S. 521, 528 Fn. 13.

⁵⁵³ *Oetker/Maultzsch*, S. 121.

nicht in Betracht, da der Hersteller in der Regel nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers tätig wird und nicht dessen Erfüllungsgehilfe ist.⁵⁵⁴

(c) Angemessene Nachfrist

Im Fall der nicht wie geschuldet erbrachten Leistung soll der Verkäufer nach neuem BGB grundsätzlich die Möglichkeit zur Nacherfüllung erhalten. Deshalb setzt § 281 I S. 1 für den Schadensersatz statt der Leistung voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Verkäufer diese erfolglos verstreichen lässt.

Die Frist muss objektiv angemessen sein, d.h. der Verkäufer muss die Möglichkeit haben, die Nacherfüllung zu erbringen. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Besonders zu berücksichtigen sind die Natur des Geschäftes und die Interessen der beiden Vertragsparteien, also sowohl das Interesse des Verkäufers an der Durchführung des Vertrages als auch das Interesse des Käufers an einer pünktlichen Erfüllung.⁵⁵⁵ Bemisst der Käufer die Nachfrist zu kurz, wird dadurch eine angemessene Frist in Gang gesetzt.⁵⁵⁶

Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigert, die Nacherfüllung fehlschlägt oder sie für den Käufer unzumutbar ist (§ 440 S. 1). Auch wenn ein Fall des § 281 II BGB vorliegt, d.h. der Verkäufer die Nacherfüllung unabhängig von § 439 III BGB ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des

⁵⁵⁴ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 210; *P. Huber* in: *Huber/Faust*, Kap. 13 Rn. 123; *Oetker/Maultzsch*, S. 121; *Palandt/Heinrichs*, § 278 Rn. 13; *MünchKommBGB/Ernst*, Bd. 2 a, § 280 Rn. 61; *U. Huber* in: *FS Schlechtriem*, S. 521, 522; *ders.* in: *FS Ulmer*, S. 1165, 1187 ff.; a.A. *E. Schmidt*, *FS Heinrichs*, S. 511, 527 f.

⁵⁵⁵ *Bamberger/Roth/Grüneberg*, § 281 Rn. 15; *MünchKommBGB/Ernst*, Bd. 2 a, § 281 Rn. 40, § 323 Rn. 70.

⁵⁵⁶ *MünchKommBGB/Ernst*, Bd. 2 a, § 323 Rn. 77.

Schadensersatzanspruchs rechtfertigen (§ 281 II BGB), muss keine Nachfrist gesetzt werden.

(d) Besondere Voraussetzungen für Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Verlangt der Käufer nicht nur Schadensersatz statt der Leistung für den mangelhaften Teil der Ware sondern Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung, muss gemäß § 281 I S. 3 eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegen. Dieses Erfordernis steht im Einklang mit dem Rücktrittsrecht, wo für den Rücktritt vom *ganzen* Vertrag im Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung ebenfalls eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung vorliegen muss (§ 323 V S. 2 BGB). Möchte also der Käufer die mangelhafte Sache zurückgeben und dafür Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend machen (so genannter großer Schadensersatz), muss der Mangel erheblich sein. Die Bedeutung des Mangels ist nach einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen. Wie beim Rücktrittsrecht⁵⁵⁷ kann es m.E. auf die Möglichkeit der Nachbesserung bzw. der Beseitigung des Mangels nicht ankommen, da dem Verkäufer schon eine Frist zur Nachbesserung gegeben wurde und er diese nicht genutzt hat. Im Übrigen kommt es auf die Folgen des Mangels in Hinblick auf Funktionalität und Ästhetik, im Zweifel auch auf das Verschulden des Verkäufers an.⁵⁵⁸

Für den Fall der Teilleistung stellt § 281 I S. 2, wie auch § 323 V S. 1,⁵⁵⁹ besondere Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung auf. Nach der hier vertretenen Auffassung⁵⁶⁰ ist die Unterscheidung im Kaufrecht zu beachten, so dass der Käufer bei Lieferung einer zu geringen Menge Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn er an der gelieferten Teilmenge kein Interesse hat.

⁵⁵⁷ S.o. Teil III, II. Rücktritt 1. a) bb).

⁵⁵⁸ Palandt/*Heinrichs*, § 281 Rn. 48; Erman/*Westermann*, § 281 Rn. 9.

⁵⁵⁹ S.o. Teil III, II. Rücktritt 1. a) cc).

⁵⁶⁰ S.o. Teil II, I. Mangelbegriff 1. a) bb) (1).

(2) Schadensersatz statt der Leistung bei Verletzung einer Nebenpflicht

(a) Anwendbarkeit des § 282 BGB im Rahmen des Kaufrechts

Im allgemeinen Schuldrecht sieht § 282 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bei Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 II BGB nur vor, wenn die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zumutbar ist. Auf diese Vorschrift verweist § 437 Nr. 3 nicht. Dies erscheint logisch, wenn man bedenkt, dass § 437 BGB nur bei der Verletzung der Hauptpflicht gemäß § 433 I S. 2 BGB (Lieferung mangelfreier Ware) Anwendung findet. Allerdings gibt es auch mangelbezogene Nebenpflichten wie z.B. die Pflicht, den Käufer über Mängel aufzuklären, damit dieser die Ware entsprechend behandelt. Da alle mangelbezogenen Rechtsbehelfe unter § 437 und § 438 BGB fallen sollen, ist es konsequent, auch die Verletzung mangelbezogener Nebenpflichten unter § 437 zu fassen, obwohl dort nicht auf § 282 BGB verwiesen wird.⁵⁶¹

(b) Pflichtverletzung und deren Vertretenmüssen

Die im Rahmen von §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 282 relevante Pflichtverletzung ist die Nichtbeachtung einer mangelbezogenen Nebenpflicht gemäß § 241 II BGB. Diese muss der Verkäufer gemäß §§ 276, 278 zu vertreten haben.

(c) Unzumutbarkeit der Leistung

Desweiteren setzt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in diesem Fall voraus, dass dem Käufer das Festhalten an der Leistungserbringung, dies ist hier die Nacherfüllung, nicht weiter zugemutet werden kann. Maßgeblich sind dabei wieder die Umstände des Einzelfalls.⁵⁶² Als Kriterien sind u.a. die Schwere des Mangels, auf den sich die Nebenpflicht bezieht, und der Grad des Verschuldens des

⁵⁶¹ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 42, 118; Erman/Grunewald, Vor § 437 Rn. 12.

⁵⁶² Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 122; Erman/Westermann, § 282 Rn. 4.

Verkäufer heranzuziehen.⁵⁶³ Die Pflichtverletzung muss so gravierend sein, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer grundlegend gestört ist und es auch durch einen Ersatz des Schadens bei gleichzeitiger Vertragsdurchführung nicht wieder hergestellt werden kann.⁵⁶⁴

cc) Einfacher Schadensersatz

Einfacher Schadensersatz gemäß § 280 I setzt nur voraus, dass der Verkäufer eine seiner Pflichten verletzt hat (§ 280 I S. 1) und er diese Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 I S. 2). In den Fällen des § 437 Nr. 3 liegt die Pflichtverletzung in der Lieferung mangelhafter Ware. Für das Vertretenmüssen gilt das oben unter (1) (b) Gesagte.

dd) Schadensersatz für Verzögerung

(1) Anwendbarkeit der §§ 280 I, II, 286 im Kaufrecht

Verzögerungsschäden sind Schäden die dadurch entstehen, dass der Verkäufer nicht rechtzeitig (mangelfrei) leistet. Zu ersetzen sind sie nach § 280 I, II, 286 BGB. § 437 Nr. 3 verweist nur auf §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a, nicht hingegen auf § 286. Daher wird zum Teil vertreten, Verzögerungsschäden nie über § 437 BGB zu ersetzen.⁵⁶⁵ Da § 437 Nr. 3 jedoch pauschal auf § 280 verweist und dieser in Abs. 2 die Verzögerungsschäden enthält, können auch diese im Rahmen des Kaufrechts ersetzt werden.⁵⁶⁶

Fraglich ist jedoch, welche Verzugsschäden insofern mangelbezogen sind, dass sie überhaupt unter § 437 Nr. 3 BGB fallen.

⁵⁶³ Staudinger/Otto, § 282 Rn. 54; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 123.

⁵⁶⁴ MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 282 Rn. 5; Erman/Westermann, § 282 Rn. 4.

⁵⁶⁵ Lorenz/Riehm, Rn. 546; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 437 Rn. 12.

⁵⁶⁶ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 225; Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 42.

(a) *Nur die Kosten zur Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs*

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass im Rahmen des Kaufrechts nur die Kosten für die Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß §§ 437, 439 BGB als Verzögerungsschäden zu ersetzen sind.⁵⁶⁷ Liefert der Verkäufer zunächst überhaupt nichts, später dann mangelfreie Ware, seien die durch die Verzögerung entstehenden Schäden nach Maßgabe der §§ 280 I, II, 286 zu ersetzen. § 437 finde keine Anwendung. Liefert der Verkäufer hingegen pünktlich mangelhafte Ware, richte sich der Schadensersatz nach § 437 Nr. 3, 280 ff. Allerdings seien insbesondere Nutzungsausfallschäden ohne Mahnung oder Fristsetzung über den einfachen Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, 280 I zu ersetzen.⁵⁶⁸ Diese Schäden seien durch Nacherfüllung nicht zu beheben, daher nicht über Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzen.⁵⁶⁹ Der Käufer müsse den Verkäufer aber auch nicht gemäß § 286 mahnen, sondern könne sofort Ersatz für den durch die mangelhafte Leistung entstandenen Schaden verlangen. Für Verzögerungsschäden stellt der Gesetzgeber in diesem Bereich auf den *Nacherfüllungsanspruch* ab. Erst nachdem der Verkäufer mit der Nacherfüllung gemäß § 286 I oder II in Verzug geraten ist, kann der Käufer die mit der Durchsetzung dieses Anspruchs verbundenen Kosten als Verzögerungsschäden gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 verlangen. Die weiter entstehenden Nutzungsausfallschäden seien nicht mit dem Nacherfüllungsanspruch verbunden sondern mit der ursprünglichen mangelhaften Lieferung, so dass sie weiterhin über §§ 437 Nr. 3, 280 I zu ersetzen seien.

⁵⁶⁷ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 225.

⁵⁶⁸ Ebenso *U. Huber* in: FS Schlechtriem, S. 521, 525; *Lorenz/Riehm*, Rn. 546 f.; *Ebert*, NJW 2004, 1761, 1762.

⁵⁶⁹ Anders *P. Huber* in: *Huber/Faust*, Kap. 13 Rn. 108, der den Nutzungsausfallschaden als Schadensersatz statt der Leistung einordnet, bei dem die Fristsetzung entbehrlich ist.

(b) Alle Schäden, die während des Verzugs mit dem Nacherfüllungsanspruch entstehen

Für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann man im Rahmen des Kaufrechts auch auf die Nacherfüllung abstellen, so dass gemäß § 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 grundsätzlich erst nach einer Mahnung all diejenigen Schäden zu ersetzen sind, die entstehen, weil sich der Verkäufer mit der Nacherfüllung in Verzug befindet.⁵⁷⁰ Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, an der ursprünglichen mangelhaften Lieferung anzuknüpfen und die Schäden, die wegen des Ausbleibens der *ursprünglich* geschuldeten Leistung entstehen, über den einfachen Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I zu ersetzen.⁵⁷¹ Hat der Verkäufer aber die ursprüngliche, mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten, die Verzögerung der Nacherfüllung hingegen schon, kann der Käufer Ersatz für die durch die Verzögerung der Nacherfüllung entstehenden Schäden gemäß § 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 verlangen.⁵⁷²

Eine Einordnung der Schäden wegen Verzögerung der Nacherfüllung unter § 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 ist auch möglich, wenn man in der Lieferung mangelhafter Ware eine Verzögerung der Lieferung mangelfreier Ware sieht und die durch die Verzögerung der mangelfreien Lieferung entstandenen Schäden nicht über § 437 sondern unmittelbar über § 280 I, II, 286 BGB ersetzen will.⁵⁷³ Letzteres hat zur Folge, dass der Nutzungsausfallschaden nicht zu ersetzen ist, solange sich der Verkäufer nicht im Verzug mit der ursprünglichen Leistung befindet, was regelmäßig bis zum Ablauf der Nachfrist nicht der Fall ist.⁵⁷⁴ Darin käme die zentrale Entscheidung des Gesetzes zum Ausdruck, dass der Verkäufer eine Nacherfüllungsmöglichkeit erhält

⁵⁷⁰ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 63, 143.

⁵⁷¹ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 64.

⁵⁷² Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 64.

⁵⁷³ So AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 43, 48; Oetker/Maultzsch, S. 115; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 18; Büdenbender, DStR 2002, 312, 318; ders. AnwKomm-BGB, § 437 Rn. 25; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828.

⁵⁷⁴ Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828.

und der Käufer erst nach Ablauf der Nachfrist einen Anspruch auf die mangelfreie Sache habe.

(c) Stellungnahme

Ziel des § 437 BGB ist es, alle Rechtsbehelfe, die mit der Lieferung mangelhafter Ware zusammenhängen, zusammenzufassen. Daher ist m.E. die Lieferung mangelhafter Ware nicht als Nichtlieferung mangelfreier Ware zu qualifizieren. Vielmehr ist der Anwendungsbereich der §§ 434 ff. eröffnet, so dass der Schadensersatz immer über § 437 Nr. 3 mit der kurzen Verjährung aus § 438 läuft.

Entstehen durch die Verzögerung der mangelfreien Leistung Schäden, sind diese gemäß § 437 Nr. 3, 280 I über den einfachen Schadensersatz zu ersetzen, soweit sie durch eine Nacherfüllung nicht beseitigt werden können. Der Käufer muss den Verkäufer auch nicht gemäß § 286 I oder II in Verzug setzen. Dies benachteiligt zwar den mangelhaft „leistenden“ Verkäufer gegenüber dem, der überhaupt keinen Erfüllungsversuch erbringt.⁵⁷⁵ Für einen Käufer, dem Ware geliefert wird, stellt sich die Situation jedoch anders dar als für einen Käufer, der nichts erhält.⁵⁷⁶ Mit der mangelhaften Leistung ist der Verkäufer gefährdend in die Sphäre des Käufers eingedrungen und bedarf daher einer Warnung in Form einer Mahnung nicht mehr.⁵⁷⁷ Dass dem Verkäufer grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt wird, den Mangel durch Nacherfüllung zu beseitigen, bedeutet m.E. auch nicht, dass der Käufer Verzögerungsschäden wie z.B. den Nutzungsausfallschaden nicht vor Ablauf der Nachfrist geltend machen kann. Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs bezieht sich auf die Erfüllung als solche und soll nur verhindern, dass der Käufer andere Rechtsbehelfe geltend macht und der Vertrag nicht durchgeführt wird. Der Anspruch des Käufers auf die mangelfreie Leistung soll damit zeitlich nicht verschoben werden.

⁵⁷⁵ So AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rn. 43.

⁵⁷⁶ Medicus, JuS 2003, 521, 528.

⁵⁷⁷ Canaris, ZIP 2003, 321, 323.

Damit ist im Rahmen des Kaufrechts für Verzögerungsschäden nur Raum in Bezug auf die Nacherfüllungspflicht. Dabei ist m.E. die Ansicht vorzugswürdig, die alle Schäden, die während des Verzugs mit der Nacherfüllung entstehen, unter § 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 fasst und sich nicht nur auf die Kosten für die Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs beschränkt. Für die während des Verzugs mit der Nacherfüllung anfallenden Verzögerungsschäden, z.B. Nutzungsausfallschäden, kann nämlich auch die Nacherfüllungspflicht der Anknüpfungspunkt sein. Es ist nicht allein die ursprüngliche Pflichtverletzung die diese Schäden verursacht. Hat der Verkäufer die ursprünglich mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten, die Verzögerung der Nacherfüllung hingegen schon, ist es angemessen, dass er für die Verzögerung haftet.

(2) Voraussetzungen

(a) Pflichtverletzung, Vertretenmüssen

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 besteht also, wenn der Verkäufer seine Pflicht zur Nacherfüllung aus § 437 Nr. 1, 439 nicht erfüllt. Diese Pflichtverletzung muss er auch gemäß §§ 280 I S.2, 276, 278 zu vertreten haben.

(b) Schuldnerverzug

In Bezug auf die Nacherfüllungspflicht muss der Käufer den Verkäufer gemäß § 286 in Verzug setzen. Die Voraussetzungen für den Schuldnerverzug sind in § 286 BGB geregelt. Grundsätzlich muss der Käufer den Verkäufer mahnen (§ 286 I S. 1). Eine solche Mahnung liegt in der Regel schon im ersten Nacherfüllungsverlangen.⁵⁷⁸ Allerdings wird der Nacherfüllungsanspruch erst mit seiner Geltendmachung fällig,⁵⁷⁹ so dass dem Verkäufer eine angemessen Zeit für die

⁵⁷⁸ MünchKommBGB/*Ernst*, Bd. 2 a, § 280 Rn. 59; Bamberger/*Roth/Faust*, § 437 Rn. 141.

⁵⁷⁹ Bamberger/*Roth/Faust*, § 439 Rn. 11 f.

Nacherfüllung zur Verfügung steht und der Verzug erst danach eintritt.⁵⁸⁰

d) Kausalität und Zurechnung

In allen Fällen muss die Pflichtverletzung den Schaden verursacht haben, d.h. die Pflichtverletzung darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiel (Äquivalenztheorie).⁵⁸¹ Um die Haftung bei ganz außergewöhnlichen Schäden zu begrenzen, wird die Ersatzpflicht auf solche Schäden begrenzt, die nach der Pflichtverletzung im Allgemeinen nicht nur unter ganz besonderen eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zu erwarten waren (Adäquanztheorie).⁵⁸² Es wird nachträglich eine objektive Prognose erstellt, die auf einen optimalen Betrachter abstellt. Auf die Voraussehbarkeit für den Schuldner kommt es nicht an.⁵⁸³ Weiterhin muss nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der Norm fallen.⁵⁸⁴ Die Einzelheiten zu diesen Einschränkungen sind umstritten, in den klassischen Kaufrechtsfällen spielen sie aber keine Rolle.

e) Rechtsfolgen

aa) Naturalrestitution und Geldersatz

Gemäß § 249 I BGB gilt der Grundsatz der Naturalrestitution. Der Schädiger, hier der Verkäufer, soll den Geschädigten nicht nur in Geld entschädigen sondern tatsächlich so stellen, wie er ohne den zum Ersatz

⁵⁸⁰ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 141.

⁵⁸¹ MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 249 Rn. 96; Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 54, 57; Jauernig/Teichmann, Vor §§ 249-253 Rn. 26.

⁵⁸² MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 249 Rn. 98 ff.; BGH NJW 2002, 2232, 2233.

⁵⁸³ Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 60; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 65; MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 249 Rn. 106.

⁵⁸⁴ Erman/Kuckuk, Vor §§ 249-253 Rn. 35 ff; Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 62 ff.; Jauernig/Teichmann, Vor §§ 249-253 Rn. 31.

verpflichtenden Umstand stehen würde. Geldersatz wird in der Regel nur nach Fristsetzung gewährt (§ 250 BGB), wenn die Herstellung nicht möglich ist oder sie zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügt (§ 251 I BGB).

Im Fall des Schadensersatzes statt der Leistung ist jedoch zu beachten, dass gemäß § 281 IV der Anspruch auf die Primärleistung ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Schadensersatz in natura entspricht aber genau der Leistung. Folglich kann Schadensersatz statt der Leistung nur auf Geld gerichtet sein.⁵⁸⁵ Andernfalls müsste der Käufer auch § 250 beachten, der eine Frist zur Herstellung des geschuldeten Zustandes vorschreibt, bevor Schadensersatz in Geld verlangt werden kann. Würde man ihm dies zumuten, bekäme der Verkäufer eine weitere Nacherfüllungsfrist und der Käufer müsste ein zweites Mal abwarten. Dies widerspricht den detaillierten Regelungen des Kaufrechts.

Im Rahmen des einfachen Schadensersatzes gibt es keine Regeln, die eine Ausnahme zu den allgemeinen Regeln begründen, so dass dort §§ 249 ff. BGB gelten,⁵⁸⁶ im Grundsatz also Naturalrestitution geschuldet wird.

bb) Grundsatz der konkreten Berechnung, Ausnahmen

Grundsätzlich ist der Schadensersatz konkret zu berechnen, d.h. nach dem tatsächlich entstandenen Schaden. Eine Ausnahme ergibt sich jedoch aus § 249 II S. 1 für Sachschäden, bei denen auch der zur Reparatur notwendige Geldbetrag verlangt werden kann, ohne dass nachgewiesen werden muss, dass diese Kosten tatsächlich angefallen sind.⁵⁸⁷ Auch beim entgangenen Gewinn sieht § 252 S. 2 BGB die

⁵⁸⁵ Faust in: Huber/Faust Kap. 3 Rn. 182; ders. Bamberger/Roth, § 437 Rn. 128; Bamberger/Roth/Grüneberg will Ausnahmen dazu zulassen, § 281 Rn. 34; ebenso Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 81, § 281 Rn. B 142.

⁵⁸⁶ Jauernig/Stadler, § 280 Rn. 22.

⁵⁸⁷ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 249 Rn. 10; Erman/Kuckuk, § 249 Rn. 80; auch für Heilbehandlungskosten bei Personenschäden: Palandt/Heinrichs, § 249 Rn. 14.

Möglichkeit einer abstrakten Berechnung vor. Danach ist der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Gewinn zu ersetzen, wenn der Käufer keinen tatsächlich entgangenen Gewinn beweisen kann.⁵⁸⁸ Diese Vorschrift führt bei Kaufleuten, bei denen von einem branchenüblichen Gewinn ausgegangen werden kann, dazu, dass sie zwischen der konkreten und einer abstrakten Schadensberechnung wählen können.⁵⁸⁹ Bei Privatleuten kann nicht von einem branchenüblichen Gewinn ausgegangen werden, so dass bei ihnen diese – widerlegbare⁵⁹⁰ – Vermutung nach ganz h.A. nicht gilt.⁵⁹¹ Ein Kaufmann, der als Käufer Schadensersatz verlangt, kann bei der abstrakten Schadensberechnung von einem Deckungseinkauf ausgehen und die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Einkaufspreis, den er auf dem Markt bezahlen müsste, geltend machen (hypothetisches Deckungsgeschäft).⁵⁹² Nach h.M. kann er auch von einem hypothetischen Weiterverkauf ausgehen und die Differenz zwischen dem Vertragspreis und einem marktüblichen Verkaufspreis geltend machen (hypothetischer Gewinn).⁵⁹³ Bei marktgängigen Gattungswaren wird zum Teil nur auf den Deckungseinkauf abgestellt, weil es dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspreche, dass der Käufer sich bei marktgängiger Ware anderweitig eindecke um damit seine Kunden zu beliefern.⁵⁹⁴ Eine Abweisung von Kunden oder die Zahlung von Schadensersatz an diese liege nicht im Interesse des Kaufmanns. Ist der Käufer ein

⁵⁸⁸ Palandt/Heinrichs, § 252 Rn. 5, 7; Erman/Kuckuk, § 252 Rn. 10.

⁵⁸⁹ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn. 40; Erman/Westermann, § 281 Rn. 30; Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 31; BGH NJW 1998, 2901, 2902.

⁵⁹⁰ Erman/Westermann, Art. 281 Rn. 30; Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 84, E 89 ff.; MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 252 Rn. 46, 49; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 40.

⁵⁹¹ Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 30; BGH NJW 1980, 1742, 1743; Erman/Westermann, § 281 Rn. 30; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 41; a.A. MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 252 Rn. 48.

⁵⁹² Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn. 40; BGH NJW 1998, 2901, 2902; Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 89; Faust in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 213; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 40.

⁵⁹³ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn. 40; BGH NJW 1995, 587, 588; BGH NJW 1998, 2901, 2902; Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 32; Faust in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 215.

⁵⁹⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1382, 1383 f.; Erman/Westermann, § 281 Rn. 30; Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 32; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 51.

Endverbraucher könne ein Weiterverkauf ebenfalls nicht vermutet werden.⁵⁹⁵ Zudem könne sich eine Verpflichtung zur Vornahme eines Deckungskaufs aus der Schadensminderungspflicht des § 254 II S. 1 BGB ergeben.⁵⁹⁶

Fraglich ist, welcher Zeitpunkt für die Festlegung des Marktpreises maßgeblich ist. Zum Teil wird dem Käufer die Wahl zwischen dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung und der Entstehung des Anspruchs, dies ist in der Regel der Zeitpunkt des Fristablaufs, gelassen,⁵⁹⁷ andere stellen auf den Zeitpunkt ab, in dem der Schadensersatzanspruch endgültig geregelt wird, also im Fall eines Urteils zum Schluss der mündlichen Verhandlung.⁵⁹⁸ Wiederum andere wollen in den Fällen des §§ 280 I, III, 281 entweder auf den Fälligkeitszeitpunkt oder den Zeitpunkt des Fristablaufs abstellen,⁵⁹⁹ für die Fälle des §§ 280 I, III, 283 auf den Zeitpunkt, in dem die Leistung unmöglich wird bzw. in dem das Leistungshindernis eintritt.⁶⁰⁰ Zu beachten sei auf jeden Fall, dass der Käufer durch ein Abwarten mit dem Verlangen des Schadensersatzes nicht auf die Preisentwicklung spekulieren kann.⁶⁰¹ Trotz dieser Gefahr ist es m.E. es konsequent, auf den Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens abzustellen.⁶⁰² Dies ist der Zeitpunkt, in dem der Erfüllungsanspruch erlischt und zu dem das hypothetische Geschäft vorzunehmen wäre.⁶⁰³

Tritt auf (wenigstens) einer Seite des Vertrages ein Kaufmann auf und tätigt dieser das Geschäft zum Betrieb seines Handelsgewerbes, liegt ein (einseitiger) Handelskauf vor, für den § 376 I S. 1, 2. Fall, II HGB eine

⁵⁹⁵ Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 91.

⁵⁹⁶ Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 93; a.A. Erman/Westermann, § 281 Rn. 31.

⁵⁹⁷ Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 34.

⁵⁹⁸ MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2 a, § 252 Rn. 51, 41.

⁵⁹⁹ Jauernig/Stadler, § 281 Rn. 19; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 55.

⁶⁰⁰ Staudinger/Otto, § 280 Rn. E 120, E 122; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 55.

⁶⁰¹ MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 55.

⁶⁰² Erman/Westermann, § 281 Rn. 31.

⁶⁰³ Faust in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 214., 216.

Möglichkeit zur abstrakten Schadensberechnung festlegt.⁶⁰⁴ Voraussetzung ist, dass es sich um ein relatives Fixgeschäft i.S.v. § 376 I HGB handelt, der Schuldner nicht termingerech leistet und er dies auch zu vertreten hat (§ 286 IV BGB).⁶⁰⁵ Dem Wortlaut nach gilt § 376 HGB für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Damit ist seit der Schuldrechtsmodernisierung der Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB gemeint.⁶⁰⁶ Wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, berechnet sich der abstrakte Schaden aus der Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis (§ 376 II HGB). Für den Marktpreis wird auf den Preis zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung abgestellt. Damit soll eine Spekulation des Käufers auf die Preisentwicklung zu Lasten des Verkäufers verhindert werden.⁶⁰⁷

cc) Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung

(1) Kleiner und großer Schadensersatz

Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung stehen dem Käufer grundsätzlich zwei Vorgehensweisen zur Verfügung. Zum einen kann er die gelieferte Sache behalten und den verbleibenden Schaden verlangen. Dies ist der sogenannte „kleine Schadensersatz“.⁶⁰⁸ Der Käufer kann die gelieferte Ware aber auch zurückgeben und den gesamten Schaden als Schadensersatz statt der ganzen Leistung („großer Schadensersatz“) geltend machen.⁶⁰⁹ Dies geht jedoch nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 281 I S. 2 und 3.⁶¹⁰

⁶⁰⁴ Hopt, HGB, § 376 Rn. 1, 6.

⁶⁰⁵ MünchKommHGB/Grunewald, § 376 Rn. 1; StaubHGB/Koller, § 376 Rn. 22; Hopt, HGB, § 376 Rn. 1, 6.

⁶⁰⁶ MünchKommHGB/Grunewald, § 376 Rn. 19; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 376 Rn. 9.

⁶⁰⁷ MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 38.

⁶⁰⁸ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 125.

⁶⁰⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 125.

⁶¹⁰ S.o. Teil II, I. Mangelbegriff 1. a) bb) (1) und (2).

(2) Differenz- und Surrogationsmethode

Fraglich ist, wie der Schadensersatz statt der Leistung zu berechnen ist.

Nach der Surrogationsmethode erbringt der Käufer seine Leistung, d.h. er zahlt den Kaufpreis und an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt der Schadensersatz statt der Leistung. Bei der Differenzmethode werden alle Ansprüche zusammengefasst und saldiert. Übrig bleibt nur ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz.⁶¹¹

Zum Teil wird die Anwendung der Surrogationsmethode als zwingend angesehen und für die Anwendung der Differenzmethode gefordert, dass der Käufer zuvor vom Vertrag zurückgetreten ist.⁶¹² Denn nach der neuen Systematik des Gesetzes solle sich der Gläubiger nur von seiner Gegenleistungspflicht befreien können, indem er zurücktritt. Dies ist dem Wortlaut des Gesetzes jedoch nicht zu entnehmen. Ein Rücktritt ist auch nicht notwendig, weil die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung und den Rücktritt aneinander angepasst wurden und die Berechnung des Schadensersatzes nach der Differenzmethode zu keiner Umgehung von Rücktrittsvoraussetzungen führt.

Andererseits ist auch die Anwendung der Differenzmethode nicht zwingend vorgeschrieben, so dass es dem Gläubiger überlassen werden kann, wie er vorgeht. Dafür spricht auch § 325 BGB, der davon ausgeht, dass der Käufer wählen kann, ob er nur zurücktritt, nur Schadensersatz verlangt oder die beiden Rechtsbehelfe kombiniert.⁶¹³ Wäre nur die Berechnung nach der Differenzmethode zulässig, nach der der Käufer seine eigene Leistung nicht mehr erbringen kann, würde dies dazu führen, dass auch der Schadensersatz statt der Leistung im Wesentlichen

⁶¹¹ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rn. 32.

⁶¹² L. Schmidt, Vertragsaufhebung, S. 53 f.; MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 325 Rn. 8 f.; nur für den Fall der vollständigen Nichtleistung Faust in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 189; dagegen: Arnold, ZGS 2003, 427, 430.

⁶¹³ Jauernig/Stadler, § 281 Rn. 18; MünchKommBGB/Emmerich, Bd. 2 a, Vor § 281 Rn. 28 f.; Mattheus, JuS 2002, 209, 213; auch Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 21 (entgegen Rn. 51).

dieselben Folgen wie ein Rücktritt hätte: Beide Parteien, Verkäufer und Käufer, müssen (und dürfen) nicht mehr leisten.⁶¹⁴

Macht der Käufer Schadensersatz geltend, kommen die beiden Methoden allerdings zum gleichen Ergebnis, da bei der Surrogation sowohl der Schadensersatzanspruch des Käufers als auch der Kaufpreisanspruch des Verkäufers auf Geld gerichtet sind und gegeneinander aufgerechnet werden können, was zum selben Ergebnis wie die Differenzmethode führt.

dd) Einschränkung bei Mitverschulden des Käufers

§ 254 I BGB schränkt den zu ersetzenden Betrag ein, wenn der Gläubiger, also hier der Käufer, die Entstehung des Schadens mitverschuldet hat. Dann hängt die Höhe des Schadensersatzes von den Umständen ab, insbesondere inwieweit Gläubiger und Schuldner Anteil an der Verursachung des Schadens haben. Auch wenn der Käufer es unterlässt, den Verkäufer auf die Möglichkeit eines besonders hohen Schadens hinzuweisen, die dieser nicht kannte und auch nicht kennen musste, kann gemäß § 254 II S. 1 BGB ein solches Mitverschulden vorliegen. Mitverschulden ist hier nicht im Sinn von § 276 BGB zu verstehen, da es keine Pflicht gibt, sich selbst nicht zu schädigen.⁶¹⁵ Aber es wäre rechtsmissbräuchlich, einen Schaden ersetzt zu verlangen, an dessen Entstehung und Entwicklung der Käufer selbst beteiligt war.⁶¹⁶ § 254 ist Ausdruck des Prinzips von Treu und Glauben.⁶¹⁷ Deshalb kommt es bei § 254 BGB darauf an, ob ein „Verschulden gegen sich selbst“, d.h. ein Verstoß gegen Obliegenheiten (Geboten des eigenen Interesses) vorliegt.⁶¹⁸ Ein solcher ist gegeben, wenn der Käufer diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die jedem ordentlichen und

⁶¹⁴ Lorenz/Riehm, Rn. 211.

⁶¹⁵ Jauernig/Teichmann, § 254 Rn. 3; Palandt/Heinrichs, § 254 Rn. 1.

⁶¹⁶ Palandt/Heinrichs, § 254 Rn. 2; Hk-BGB/Schulze, § 254 Rn. 1.

⁶¹⁷ Erman/Kuckuk, § 254 Rn. 4; Palandt/Heinrichs, § 254 Rn. 2.

⁶¹⁸ Palandt/Heinrichs, § 254 Rn. 1; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 254 Rn. 10.

verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren.⁶¹⁹ Im Fall der unterlassenen Abwendung des Schadens heißt dies, dass der Käufer nicht die Maßnahmen ergriffen hat, die ein ordentlicher und verständiger Mensch ergreifen würde, um den Schaden abzuwenden oder zu mindern.⁶²⁰

ee) Wegfall der Erfüllungsansprüche

(1) Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung

Verlangt der Käufer Schadensersatz statt der Leistung, entfällt mit dem Verlangen der Anspruch des Käufers aus § 433 I auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 281 IV BGB). Andernfalls könnte der Käufer zwei Rechtsbehelfe geltend machen, die auf das selbe Interesse gerichtet sind.

Verlangt der Käufer hingegen einfachen Schadensersatz oder Schadensersatz wegen Verzögerungsschäden, behält er seinen Anspruch auf (Nach-)Erfüllung. Bei diesen Schadensersatzarten handelt es sich um Schadensersatz „neben“ der Leistung.

(2) Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung

Gemäß § 281 IV ist der Anspruch auf „die Leistung“ ausgeschlossen. Fraglich ist, ob davon auch der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises erfasst wird.

Zum Teil wird vertreten, dass, auf Grund der synallagmatischen Verknüpfung der Hauptleistungspflichten, bei Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Käufers auch der Zahlungsanspruch des Verkäufers untergeht.⁶²¹ Dies setzt m.E. jedoch voraus, dass der Schadensersatzanspruch nicht an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt

⁶¹⁹ Erman/*Kuckuk*, § 254 Rn. 20 f., 24; Palandt/*Heinrichs*, § 254 Rn. 12.

⁶²⁰ Palandt/*Heinrichs*, § 254 Rn. 32.

⁶²¹ Palandt/*Putzo*, § 437 Rn. 42; Palandt/*Heinrichs*, § 281 Rn. 51; *Arnold*, ZGS 2003, 427, 430; Bamberger/*Roth/Grüneberg*, § 281 Rn. 50.

(Surrogationsmethode) sondern die Höhe des Schadensersatzes durch eine Gesamtsaldierung des Schuldverhältnisses festgestellt wird (Differenzmethode).⁶²² Nach der hier vertretenen Auffassung⁶²³ kann der Käufer zwischen den verschiedenen Methoden auswählen. Solange bleibt aber auch der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung bestehen. Zwar geht es bei der Frage, nach welcher Methode der Schadensersatz zu berechnen ist, zunächst um die Frage, ob der Käufer seine eigene Leistung noch erbringen darf, nicht ob er sie erbringen muss. Würde der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis aber schon mit dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung seitens des Käufers erlöschen, hätte der Verkäufer bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich der Käufer für eine der Berechnungsmethoden entscheidet, weder einen eigenen Anspruch, noch wüsste er, wie sich der Käufer entscheidet. Selbst in Hinblick darauf, dass der Verkäufer mit seiner zu vertretenden Pflichtverletzung Anlass für das Schadensersatzverlangen geboten hat, ist eine solche Schwebelage in Bezug auf die ihm zustehende Gegenleistung nicht gerechtfertigt. Macht der Verkäufer seinen Zahlungsanspruch gegenüber dem Käufer geltend, kann dieser ihn abwehren, indem er sein Wahlrecht bezüglich der Berechnungsmethoden ausübt. Diese Ergebnis steht auch in Einklang mit § 281 IV BGB, der in Abschnitt 1 Titel 1. „Verpflichtung zur Leistung“ steht und nicht unter Abschnitt 3 Titel 2. „Gegenseitiger Vertrag“ und dessen Wortlaut sich nur auf die Leistung bezieht, an deren Stelle Schadensersatz verlangt wird („Der Anspruch auf *die Leistung* ist ausgeschlossen, sobald der *Gläubiger statt der Leistung* Schadensersatz verlangt.“).

ff) Rückforderungsrecht des Verkäufers bei Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Wenn der Käufer Schadensersatz statt der ganzen Leistung fordert, bedeutet dies, dass er die gelieferte Ware nicht behalten möchte.

⁶²² Zu den Arten der Schadensberechnung siehe Palandt/*Heinrichs*, § 281 Rn. 19 f.

⁶²³ S.o. cc) (2).

Folglich hat der Verkäufer das Recht, sie zurückzufordern. Dafür verweist § 281 V BGB auf die Rücktrittsvorschriften (§§ 346-348 BGB).

d) Aufwendungsersatz

Der Käufer hat auch die Möglichkeit, anstelle von Schadensersatz statt der Leistung den Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen, § 437 Nr. 3 i.V.m. § 284 BGB. Dafür müssen alle Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung vorliegen. Der Käufer muss diese Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht haben und dazu billigerweise berechtigt gewesen sein. Im Rahmen der Billigkeitsprüfung können u.a. die Grundsätze aus § 254 zum Mitverschulden herangezogen werden.⁶²⁴ Außerdem muss die Pflichtverletzung für die Zweckverfehlung kausal geworden sein (§ 284 a.E. „..., es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.“).⁶²⁵

2. CISG

Art. 45 I lit. b CISG bestimmt, dass der Käufer Schadensersatz nach Art. 74-77 CISG verlangen kann, wenn der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder dem CISG nicht erfüllt. Art. 45 I lit. b CISG ist die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz des Käufers, Art. 74-77 regeln Art und Umfang des Schadensersatzes.⁶²⁶

In Art. 45 II wird das Verhältnis des Anspruchs auf Schadensersatz zu den anderen Rechtsbehelfen geklärt: Der Käufer kann Schadensersatz verlangen, auch wenn er einen anderen Rechtsbehelf (Erfüllung, Aufhebung des Vertrags oder Herabsetzung des Preises) ausgeübt hat.

⁶²⁴ Palandt/Heinrichs, § 284 Rn. 7; Erman/Westermann, § 284 Rn. 7; wohl auch MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 284 Rn. 9, 20; kritisch dazu Staudinger/Otto, § 284 Rn. 31.

⁶²⁵ MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2 a, § 284 Rn. 23.

⁶²⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 45 Rn. 1; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 45 Rn. 1, Art. 74 Rn. 1.

Allerdings darf durch die Ausübung des anderen Rechtsbehelfs der Schaden nicht kompensiert werden und damit im Ergebnis entfallen.⁶²⁷

a) Voraussetzungen und Ausschlussgründe

aa) Vertragsverletzung

Erste Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Käufers ist, dass der Verkäufer eine Pflichtverletzung begangen hat. Folglich kann der Käufer sowohl bei Sachmängeln i.S.v. Art. 35 CISG als auch bei Rechtsmängeln i.S.v. Art. 41, 42 CISG den Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verlangen.

bb) Garantiehaftung

Es kommt nicht darauf an, ob der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Wenn der Verkäufer den Vertrag verletzt, trifft ihn also eine Garantiehaftung.⁶²⁸

cc) Hindernis innerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers (Art. 79)

Der Anspruch auf Schadensersatz ist gemäß Art. 79 CISG ausgeschlossen, wenn die Vertragsverletzung auf einem Hinderungsgrund beruht, der außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegt und den der Schuldner bei Vertragsschluss nicht voraussehen und später nicht vermeiden oder überwinden konnte. Zum Anwendungsbereich und den Voraussetzungen des Art. 79 siehe oben Teil III. I. (Nach-)Erfüllung 2. d) dd).

⁶²⁷ MünchKommHGB/*Mankowski*, Art. 74 Rn. 4; *Welser*, Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 116; *Magnus* in: The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, Art. 45 Anm. 10 S. 699; *Staudinger/Magnus*, Art. 50 Rn. 30; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 50 Rn. 13.

⁶²⁸ *Staudinger/Magnus*, Art. 45 Rn. 18; MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 74 Rn. 3.

dd) Verhältnis zum Nacherfüllungsrecht des Verkäufers

Aus dem System der Rechtsbehelfe im UN-Kaufrecht, insbesondere Art. 48, ergibt sich, dass der Käufer keinen Schadensersatz verlangen kann, soweit dem ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers entgegensteht.⁶²⁹ Es kommt also darauf an, ob eine Nacherfüllung die Schäden, für die der Käufer Ersatz verlangt, beseitigen kann und ob dem Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht zusteht.

Schon endgültig entstandene Schäden wie z.B. Verzögerungs- und Begleitschäden können auch durch eine Nacherfüllung nicht mehr beseitigt werden, so dass sie unabhängig vom Nacherfüllungsrecht des Verkäufers zu ersetzen sind.⁶³⁰

Hat der Verkäufer kein Nacherfüllungsrecht (mehr), weil die Nacherfüllung unmöglich ist,⁶³¹ kann der Käufer ebenfalls Schadensersatz verlangen.

Ist eine Nacherfüllung zwar möglich, diese dem Käufer jedoch gemäß Art. 48 I S. 1 CISG unzumutbar, ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ebenfalls ausgeschlossen und der Käufer kann den Ersatz seines Schadens verlangen. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist auch zu prüfen, ob die Nacherfüllung Verzögerungen nach sich zieht. Unzumutbare Verzögerungen muss der Käufer nicht hinnehmen. Über das Setzen einer angemessenen Frist gemäß Art. 47 I kann der Käufer Einfluss auf den zu wartenden Zeitraum nehmen. Da er sich selbst mit der Nachfrist gebunden hat, kann ihm danach ein weiteres Abwarten nicht mehr zugemutet werden.⁶³² Aus einem Umkehrschluss aus Art. 48 II S. 2 ergibt sich, dass der Käufer eine Nacherfüllung des Verkäufers

⁶²⁹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 14; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 21; Schlechtriem/Stoll, Art. 74 Rn. 5; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 31.

⁶³⁰ Karollus, S. 144; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 33.

⁶³¹ Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 8.

⁶³² Schlechtriem/U. Huber, Art. 48 Rn. 13.

nicht weiter abwarten muss, wenn der Verkäufer nicht innerhalb der von ihm selbst gemäß Art. 48 II S. 1 gesetzten Frist nacherfüllt.⁶³³

Wann die Nacherfüllung unzumutbar ist oder wie lang eine angemessene Frist sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁶³⁴ Der Maßstab entspricht dem der Nachfrist aus Art. 47 CISG.⁶³⁵

b) Rechtsfolgen

Art. 45 I lit. b CISG ist die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz. Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht richten sich nach Art. 74-77 CISG. Art. 74 ist die Grundnorm, Art. 75 und 76 enthalten vereinfachte Regeln für Fälle der Vertragsaufhebung.

aa) Schadensersatz in Geld

Nach UN-Kaufrecht besteht immer nur ein Anspruch auf Geld, Naturalrestitution ist nicht vorgesehen.⁶³⁶ Dies ergibt sich eindeutig aus der englischen Fassung der Vorschrift: „a sum equal to the loss“.⁶³⁷

bb) Grundsatz der Totalreparation

Der gesamte durch die Vertragsverletzung entstandene Verlust soll ersetzt werden, Art. 74 S. 1 CISG. Es gilt insoweit der Grundsatz der Totalreparation.⁶³⁸ Zu ersetzen ist die Differenz zwischen dem tatsächlich bestehenden Ist-Zustand im Vermögen des Käufers und dem

⁶³³ Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 48 Rn. 14; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 27.

⁶³⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 9; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 48 Rn. 3.

⁶³⁵ Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art. 48 Rn. 7.

⁶³⁶ Honsell/Schnyder/Straub, Art. 45 Rn. 75; Staudinger/Magnus, Art. 45 Rn. 20, Art. 74 Rn. 24; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 24; Reinhart, Art. 74 Rn. 3; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 19.

⁶³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 24; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 24; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 13.

⁶³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 2; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 19 ff.

Zustand, der bestehen würde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.⁶³⁹

Gemäß Art. 5 CISG sind Personenschäden aus dem Anwendungsbereich des CISG ausgenommen.

Grundsätzlich kann der Käufer auch Ersatz für den entgangenen Gewinn verlangen (Art. 74 S.1). Für Fälle, in denen der Käufer auf Grund der Regelung in Art. 44 Schadensersatz verlangen kann, obwohl er den Mangel entgegen Art. 39 I bzw. 43 I nicht ordnungsgemäß angezeigt hat, ist jedoch zu beachten, dass Art. 44 den Ersatz des entgangenen Gewinns ausnimmt.

cc) Grundsatz der konkreten Schadensberechnung

Der Schaden ist grundsätzlich konkret zu berechnen, d.h. der Käufer muss den durch die Lieferung der mangelhaften Sache entstandenen Schaden darlegen und beweisen.⁶⁴⁰ Eine Ausnahme dazu sieht nur Art. 76 CISG im Fall der Vertragsaufhebung vor (vgl. dazu unten ee)).

dd) Vorhersehbarkeit des Schadens

Für die Haftung nach UN-Kaufrecht genügt zunächst, dass die Pflichtverletzung für den Schaden kausal im Sinne der *condicio-sine-qua-non* Formel ist.⁶⁴¹ Art. 74 S. 2 CISG beschränkt jedoch die Höhe des Schadensersatzes auf das, was für den Schuldner bei Vertragsabschluss als Folge einer Vertragsverletzung voraussehbar war. Dadurch soll das Risiko, das der Schuldner mit Abschluss des Vertrags

⁶³⁹ Sekretariatskommentar, Art. 70 Anm. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 2; Honsell/Schönle, Art. 74 Rn. 14; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 16, 26; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 18; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 2.

⁶⁴⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 29; Herber/Czerwenka, Art. 74 Rn. 9; Neumayer/Ming, Art. 74 Anm. 2; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 25; a.A. Honsell/Schönle, Art. 74 Rn. 35.

⁶⁴¹ Kircher, Sachmängelhaftung, S. 64; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 25.

verschuldensunabhängig eingeht, kalkulierbar werden.⁶⁴² Außerdem erhöht diese Regelung den Anreiz zum Austausch von Informationen, so dass die Parteien den Vertrag, insbesondere in ökonomischer Hinsicht, optimal gestalten können.⁶⁴³

Der Schuldner muss die Möglichkeit des Schadenseintritts und die Art und den Umfang des Schadens in seinen wesentlichen Zügen voraussehen können, nicht jedoch die Vertragsverletzung selbst.⁶⁴⁴ Auf den genauen Kausalverlauf oder die genaue Schadenssumme kommt es ebenfalls nicht an.⁶⁴⁵

Maßstab für die Voraussehbarkeit ist nach Art. 74 S. 2 die Sicht des Schuldners. Zum einen kommt es darauf an, ob er den Schaden tatsächlich vorausgesehen hat (subjektiver Maßstab).⁶⁴⁶ Zum anderen ist aber auch zu berücksichtigen, ob er den Schaden unter Berücksichtigung der Umstände, die er kannte oder hätte kennen müssen, hätte voraussehen können.⁶⁴⁷ Dies ist ein objektiver Maßstab, nach dem auf einen vernünftigen Dritten in der Position des Schuldners abzustellen ist.⁶⁴⁸ Zunächst sind dafür Tatsachen relevant, die darauf schließen lassen, wie wahrscheinlich die Verhersehbarkeit des Schadens ist.⁶⁴⁹ Diese Tatsachen können z.B. bei Handelsorganisationen erfragt

⁶⁴² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 3; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 3; Faust, Vorhersehbarkeit, S. 329; Kranz, Schadensersatzpflicht, S. 212; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 64; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 2; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 21.

⁶⁴³ Faust, Vorhersehbarkeit, S. 225 ff.; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 21.

⁶⁴⁴ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 27;
MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 23;
Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 39.

⁶⁴⁵ Bianca/Bonell/Knapp Art. 74 Anm. 2.9.; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 34;
Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 39; Enderlein in:
Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 74 Rn. 8; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 65;
allein auf die Höhe des Schadens abstellend: Faust, Vorhersehbarkeit, S. 71, 330.

⁶⁴⁶ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 30;
Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 38.

⁶⁴⁷ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 31;
MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 24;
Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 38.

⁶⁴⁸ Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 38; Achilles Art. 74 Rn. 10; Faust, Vorhersehbarkeit, S. 12 f., 329.

⁶⁴⁹ MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 32.

werden.⁶⁵⁰ Für die üblichen Folgen einer üblichen Nutzung der verkauften Ware muss der Verkäufer in der Regel haften.⁶⁵¹ Nutzt der Käufer die Ware in ungewöhnlicher Weise oder entsteht ein ungewöhnlich hoher Schaden, haftet der Verkäufer hingegen meist nicht.⁶⁵² Zusätzlich stellt die h.M. auch darauf ab, inwieweit das verwirklichte Risiko vom Schuldner übernommen werden sollte.⁶⁵³ Dafür kommt es auf die vertragliche Risikoverteilung, den Vertragszweck und den Schutzzweck der verletzten Vertragspflichten an.⁶⁵⁴ Da die Vorhersehbarkeitsregel einer angemessenen Haftungsbeschränkung dient und dazu eine empirische Wahrscheinlichkeitsfeststellung allein nicht immer ausreicht, ist die Berücksichtigung dieser normativen Kriterien m.E. sinnvoll.

ee) Vereinfachte Berechnung des Schadensersatzes bei Vertragsaufhebung

Im Fall der Vertragsaufhebung kann der Nichterfüllungsschaden im engeren Sinn über Art. 75 oder Art. 76 vereinfacht geltend gemacht werden.

Nach Art. 75 hat der Käufer die Möglichkeit, die Kosten für einen Deckungskauf zu verlangen, ohne dass die weiteren Voraussetzungen des Art. 74 zu prüfen sind. Dies erleichtert sowohl den Nachweis des Schadens als auch dessen Berechnung.⁶⁵⁵ Wie im Wortlaut deutlich wird, muss der Gläubiger bei Art. 75 das Deckungsgeschäft tatsächlich getätigt haben. Es geht also um eine konkrete Schadensberechnung.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ BGH DB 1980, 343 (zum EKG).

⁶⁵¹ Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35.

⁶⁵² MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 31.

⁶⁵³ Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 74 Rn. 16; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 38; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 24; Karollus, S. 217; zurückhaltend MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 74 Rn. 32; a.A. Faust, Vorhersehbarkeit, S. 34 ff., 273 ff.

⁶⁵⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 38

⁶⁵⁵ Staudinger/Magnus, Art. 75 Rn. 1.

⁶⁵⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 1; Staudinger/Magnus, Art. 75 Rn. 3; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 75 Rn. 5.

Desweiteren fordert Art. 75, dass es sich um ein angemessenes Deckungsgeschäft handelt. Umstritten ist, wie der Fall eines unangemessenen Deckungsgeschäfts zu behandeln ist. Zum Teil wird in diesen Fällen Art. 75 mit der Maßgabe angewendet, dass nur die Kosten für ein angemessenes Deckungsgeschäft zu ersetzen sind.⁶⁵⁷ Andere wenden Art. 76 an, der seinem Wortlaut nach anwendbar ist, wenn keine Deckungsgeschäft nach Art. 75 vorgenommen wurde.⁶⁵⁸ Da ein Deckungsgeschäft nach Art. 75 nur ein angemessenes Deckungsgeschäft ist, müssen alle anderen Fälle, also auch die eines unangemessenen Deckungsgeschäfts, von Art. 76 erfasst werden. Im Ergebnis unterscheiden sich die Anwendung von Art. 75 und Art. 76 in diesen Fällen jedoch nicht, weil dann auch bei der Anwendung von Art. 75 auf ein hypothetisches Geschäft zu angemessenen Konditionen abgestellt werden muss. Ein solches Geschäft wird in der Regel zum Marktpreis getätigt. Dieser ist wiederum Grundlage für die Berechnung nach Art. 76.

Hat der Käufer keinen Deckungskauf vorgenommen, hat er unter den Voraussetzungen des Art. 76 die Möglichkeit, die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und dem Marktpreis als Schaden geltend zu machen. Die Konvention geht davon aus, dass der Schadensersatzgläubiger zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, ein Ersatzgeschäft zu tätigen. Tut er dies nicht, soll ihm daraus kein Nachteil entstehen.⁶⁵⁹ Art. 76 stellt eine Ausnahme vom Prinzip der konkreten Schadensberechnung dar, weil hier auf einen hypothetischen Schaden abgestellt wird. Deshalb ist diese Norm auch nur anwendbar, wenn der Ersatzberechtigte kein Deckungsgeschäft vorgenommen hat. Hat der Käufer dies getan, geht Art. 75 vor, auch wenn die abstrakte

⁶⁵⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 9; *Audit, Vente internationale*, Nr. 177.

⁶⁵⁸ Staudinger/Magnus, Art. 76 Rn. 12; Sekretariatskommentar, Art. 72 Anm. 3; Bianca/Bonell/Knapp Art. 76 Anm. 2.3.; *Achilles*, Art. 75 Rn. 4; *Ryffel*, Schadensersatzhaftung, S. 73.

⁶⁵⁹ Staudinger/Magnus, Art. 76 Rn. 6; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 76 Rn. 1.

Berechnung des Schadens günstiger für ihn wäre.⁶⁶⁰ Der relevante Marktpreis ist der für ein Deckungsgeschäft nach Art. 75, d.h. der Käufer kann den Einkaufspreis für einen Deckungskauf verlangen, nicht jedoch den durch einen hypothetischen Weiterverkauf erzielbaren entgangenen Gewinn.⁶⁶¹ Maßgeblicher Zeitpunkt ist gemäß Art. 76 I S. 1 der Zeitpunkt der Vertragsaufhebung. Im Fall der Lieferung mangelhafter Ware hat der Käufer die Ware aber in der Regel in Besitz und sie damit i.S.v. Art. 76 I S. 2 übernommen,⁶⁶² so dass es nicht auf den Zeitpunkt der Vertragsaufhebung, sondern auf den Zeitpunkt der Übernahme ankommt. So kann der Käufer nicht auf die Preisentwicklung zwischen der Übernahme und der Vertragsaufhebung spekulieren.⁶⁶³

Eine Vorhersehbarkeitsklausel enthalten Art. 75 und Art. 76 nicht. Zum Teil wird vertreten, Art. 74 S. 2 auch im Rahmen dieser Vorschriften anzuwenden.⁶⁶⁴ Allerdings seien die Voraussehbarkeitskriterien schon im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen, so dass der Frage der Vorhersehbarkeit allenfalls Bedeutung zukäme, wenn sich der Markt extrem verändert habe und der Schuldner dies nicht voraussehen konnte. Unter normalen Umständen muss der Vertragspartner mit einem Deckungsgeschäft rechnen.⁶⁶⁵ Gegen eine Berücksichtigung der Vorhersehbarkeit im Rahmen der Schadensberechnung nach Art. 75 und 76 spricht jedoch zum einen der Wortlaut von Art. 74 S. 2, der sich ausdrücklich auf die gemäß Art. 74 S. 1 zu ersetzenden Schäden bezieht. Zum anderen spricht die Systematik des Gesetzes, das die für alle Arten der Schadensberechnung zu berücksichtigende Schadensminderungspflicht am Ende des Abschnitts in Art. 77 normiert, die Vorhersehbarkeitsregel hingegen als

⁶⁶⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 2, Art. 76 Rn. 2.

⁶⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 4.

⁶⁶² MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 76 Rn. 6.

⁶⁶³ Honsell/Schönle, Art. 76 Rn. 11; Honnold, Art. 76 Rn. 412; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 76 Rn. 12.

⁶⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 6; wohl auch Staudinger/Magnus, Art. 75 Rn. 3, Art. 76 Rn. 6.

⁶⁶⁵ Staudinger/Magnus, Art. 75 Rn. 3.

Satz 2 bei der allgemeinen Berechnungsregel in Art. 74, gegen ein Vorhersehbarkeitserfordernis bei Art. 75 und 76.⁶⁶⁶ Zudem stellt *Faust*, fest, dass die Rechtsordnungen, denen die Vorhersehbarkeitsregel entnommen ist, sie im Rahmen der Schadensberechnung über die Preisdifferenz auch nicht anwenden.⁶⁶⁷

Wie in Art. 75 a.E. und Art. 76 I S. 1 a.E. klargestellt wird, kann der Berechtigte neben dem Nichterfüllungsschaden im engeren Sinn, der durch Zahlung der Differenz nach Art. 75 bzw. 76 ausgeglichen wird, auch jeden anderen Schaden ersetzt verlangen. Dessen Berechnung richtet sich nach Art. 74. Hier stellt sich die Frage, welche Schäden unter die besonderen Vorschriften der Art. 75, 76 fallen und welche noch gemäß Art. 74 auszugleichen sind. Im Fall der Lieferung mangelhafter Ware kann der Käufer, wenn er den Vertrag gemäß Art. 49 aufhebt und sich dafür die Ware an anderer Stelle besorgt, die Mehrkosten für den Deckungskauf über Art. 75 geltend machen. Wenn er den Deckungskauf nicht tätigt, kann er die Differenz zum Marktpreis gemäß Art. 76 verlangen. Der Schaden, der z.B. dadurch entsteht, dass der Käufer die vertragsgemäße Ware erst zu einem späteren Zeitpunkt erhält, kann durch die Zahlung bezüglich des Deckungskaufs nicht ausgeglichen werden und fällt unter Art. 74.

Fraglich ist, worunter der entgangene Gewinn aus einem möglichen Weiterverkauf, der auf Grund der Vertragsverletzung nicht stattgefunden hat, fällt. Zum Teil wird er als zusätzlicher Schaden behandelt.⁶⁶⁸ Dies berücksichtigt jedoch nicht, dass der Käufer durch den *Deckungskauf* in der Lage ist, den Weiterverkauf durchzuführen

⁶⁶⁶ MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 75 Rn. 16, Art. 76 Rn. 11; *Witz/Salger/Lorenz/Witz*, Art. 75 Rn. 1, 12, Art. 76 Rn. 1.

⁶⁶⁷ *Faust*, Vorhersehbarkeit, S. 134 f., 167, 170.

⁶⁶⁸ *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 75 Rn. 7; *Herber/Czerwenka*, Art. 75 Rn. 5; *Enderlein* in: *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 75 Anm. 6; nur unter der Voraussetzung, dass trotz Deckungsgeschäft ein Schaden entstanden ist und der über Art. 75 erhaltene Schadensersatz berücksichtigt wird: MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 75 Rn. 20

und den Gewinn zu realisieren.⁶⁶⁹ Im Fall des Art. 76 findet der Kauf zwar nicht statt, der Käufer wird aber in die Lage versetzt, in der er sich nach einem Deckungskauf befände. Deshalb kann auch ein Käufer, der den Nichterfüllungsschaden im engeren Sinn über Art. 76 geltend macht, keinen Ersatz für den entgangenen Gewinn aus einem gescheiterten Weiterverkauf verlangen.⁶⁷⁰

Allerdings hat der Käufer die Möglichkeit, seinen gesamten Schaden über Art. 74 CISG zu berechnen und die vereinfachte Berechnung nach Art. 75, 76 nicht in Anspruch zu nehmen.⁶⁷¹ Hätte der Käufer den Gesamtschaden durch einen Deckungskauf vermindern können, ist dann Art. 77 CISG zu beachten, nach dem der Schadensersatzberechtigte eine Schadensminderungspflicht hat.⁶⁷²

ff) Schadensminderungspflicht des Käufers

Gemäß Art. 77 CISG muss der Schadensersatzberechtigte dafür sorgen, dass der Schaden möglichst klein gehalten wird. Die Vorschrift ist Ausdruck der Prinzips von Treu und Glauben (Art. 7 I CISG).⁶⁷³

Der Gläubiger muss alle angemessenen Maßnahmen ergreifen, um den Schaden zu verringern. Tut er dies nicht, kann die andere Partei eine entsprechende Herabsetzung des Schadensersatzes verlangen. Diese Obliegenheit bezieht sich sowohl auf einen schon entstandenen Schaden, der nach Möglichkeit zu verringern ist, als auch auf Schäden, die noch entstehen könnten und die zu vermeiden sind.⁶⁷⁴ Was

⁶⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 11; Achilles, Art. 75 Rn. 5; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 75 Rn. 9.

⁶⁷⁰ Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 76 Rn. 6.

⁶⁷¹ Schlechtriem, Lausanner Kolloquium, S. 149, 165; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 75 Rn. 1, 11; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 580.

⁶⁷² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 77 Rn. 10; Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 580.

⁶⁷³ Staudinger/Magnus, Art. 77 Rn. 2, 7; Witz/Salger/Lorenz/Witz, Art. 77 Rn. 1; Herber/Czerwenka, Art. 77 Rn. 4; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 77 Rn. 1.

⁶⁷⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 77 Rn. 1; Staudinger/Magnus, Art. 77 Rn. 8.

angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁶⁷⁵ Abzustellen ist auf einen vernünftigen Dritten in der Position des Geschädigten.⁶⁷⁶ Insbesondere die Möglichkeit eines Deckungsgeschäfts ist hier zu bedenken.⁶⁷⁷

Verstößt der Käufer gegen die „Pflicht“ den Schaden zu verringern, kann der Verkäufer verlangen, dass der Schadensersatz um die Summe herabgesetzt wird, um die der Schaden hätte verringert werden können (Art. 77 S. 2). Trotz des Wortlauts „kann ... verlangen“ geht die h.M. davon aus, dass die Schadensminderungspflicht eine Einwendung ist, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist.⁶⁷⁸

3. Vergleich

a) Unterscheidung nach Art des Schadensersatzes

Das UN-Kaufrecht unterscheidet weder in Art. 45 I lit. b noch in Art. 74-77 ausdrücklich zwischen verschiedenen Arten des Schadensersatzes. Erwähnt wird nur der, auch zu ersetzende, entgangene Gewinn (Art. 74 S. 1). Art. 75 und 76 betreffen die (teilweise) abstrakte Berechnung des Schadensersatzes in Fällen der Vertragsaufhebung. Schon hier wird deutlich, dass auch das CISG verschiedene Schadensarten kennt und teilweise besondere Regelungen für sie trifft. Allerdings ist die Unterscheidung wesentlich weniger ausgeprägt als im nationalen deutschen Recht. Ein weiterer Ansatz für die Unterscheidung zwischen verschiedenen Schadensarten ergibt sich im UN-Kaufrecht aus dem in Art. 48 normierten Nacherfüllungsrecht des Verkäufers. Zwar bestimmt Art. 48 I S. 2 ausdrücklich, dass der

⁶⁷⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 Rn. 11; MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 77 Rn. 4.

⁶⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 77 Rn. 7; Staudinger/*Magnus*, Art. 77 Rn. 10; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht Rn. 315.

⁶⁷⁷ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 Rn. 11 f.; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 77 Rn. 9; MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 77 Rn. 7 ff.; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht Rn. 313, 315.

Käufer das Recht, Schadensersatz nach dem Übereinkommen zu verlangen, behält. Dies betrifft aber nur solche Schäden, die durch die Nacherfüllung nicht beseitigt werden können. Soweit hingegen der Verkäufer den Schaden durch Nacherfüllung beseitigen kann, geht das Nacherfüllungsrecht vor und der Käufer kann (zunächst) für diesen Schaden keinen Ersatz verlangen. Im Ergebnis deckt sich diese Unterscheidung weitgehend mit der zum deutschen Recht vertretenen Ansicht, die für die Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz darauf abstellt, ob der Schaden durch die Nacherfüllung vermieden worden wäre oder nicht: Wenn ja, schalten sowohl CISG als auch BGB ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers vor; wenn nicht, kann der Käufer sofort Schadensersatz verlangen. Die Vorgehensweise im UN-Kaufrecht sollte m.E. bei der Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz im deutschen Recht berücksichtigt werden. Auch wenn der deutsche Gesetzgeber nicht den Weg über das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers, sondern über das Erfordernis der Nachfristsetzung gewählt hat, bleibt der Rechtsgedanke derselbe. Der Vertrag soll, wenn möglich, aufrecht erhalten und in seiner ursprünglichen Form durchgeführt werden. Nur Schäden, die endgültig entstanden sind, können ohne weiteres Abwarten verlangt werden.

b) Vorrang der Nacherfüllung

Verlangt der Käufer Schadensersatz statt der Leistung, muss er dem Verkäufer grundsätzlich eine Möglichkeit zur Nacherfüllung einräumen und dafür eine Frist setzen (§ 281 I S. 1 BGB). Im CISG ergibt sich diese Voraussetzung aus dem Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers (Art 48). Auch hier soll der Verkäufer zunächst die Möglichkeit haben, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Art. 48 I S. 2 stellt aber klar, dass der Käufer trotz Nacherfüllung Schadensersatz verlangen kann. Dieser Anspruch muss

⁶⁷⁸ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 Rn. 21; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/*G. Gruber*, Art. 77 Rn. 12 beide m.w.N.; a.A. *Karollus*, S. 225; *Slechtriem*, Internationales UN-

sich auf die Schäden beschränken, die durch die Nacherfüllung nicht beseitigt werden können, da der Käufer nur den dann noch bestehenden Schaden geltend machen kann.⁶⁷⁹ Dies ist nach der hier zum BGB vertretenen Auffassung der einfache Schadensersatz gemäß § 280 I BGB, für den der Käufer auch keine Nachfrist setzen muss.

Eine Fristsetzung ist im deutschen Recht entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigert oder die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder für den Käufer unzumutbar ist (§ 440 S. 1). Hinzu kommen die allgemeinen Ausschlussgründe aus § 281 II (besondere Umstände) und § 283 bzw. § 311 a (Nacherfüllung gemäß § 275 ausgeschlossen). Das CISG schließt das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus, wenn eine Nacherfüllung unzumutbar ist, weil entsprechende Verzögerungen, Unannehmlichkeiten oder Ungewissheiten entstehen (Art 48 I S. 1). Unter diesen Tatbestand sind auch alle Fälle zu fassen, in denen zwischen Pflichtverletzung und Nacherfüllung unangemessen viel Zeit verstreicht, unabhängig davon, ob der Käufer eine Frist gesetzt hat oder nicht. Eine Nachfristsetzung ist jedoch anzuraten, um die Situation zu klären. Da das Nacherfüllungsrecht aber auch die Möglichkeit der Nacherfüllung voraussetzt, muss der Käufer nicht abwarten, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist.

Bei Fixgeschäften ist der Zeitpunkt der Lieferung ein wesentlicher Aspekt des Vertrages und der Käufer hat an einer Nacherfüllung kein Interesse. Der Verkäufer hat weder nach CISG ein Nacherfüllungsrecht noch muss der Käufer nach BGB eine Nachfrist setzen. Spielt der Zeitpunkt der Lieferung hingegen keine Rolle und ist eine Nacherfüllung möglich, muss der Käufer grundsätzlich abwarten. Ist die Nacherfüllung jedoch mit faktischen Unannehmlichkeiten verbunden, z.B. Unterbrechungen des Betriebsablaufs, Lärm, Schmutz, die gravierend, d.h. unzumutbar sind, hat der Verkäufer gemäß Art. 48 I

Kaufrecht, Rn. 316.

S. 1 CISG kein Nacherfüllungsrecht⁶⁸⁰ und auch nach § 440 S. 1 ist eine Nachfristsetzung entbehrlich⁶⁸¹. Auch wenn der Verkäufer die Nacherfüllung erfolglos versucht hat, kann das Nacherfüllungsrecht ausgeschlossen sein. Gemäß § 440 S. 2 hat der Verkäufer grundsätzlich zwei Nachbesserungsversuche. Das UN-Kaufrecht enthält keine ausdrückliche Regelung dazu. Unter Art. 48 I S. 2 fallen diese Fälle nicht automatisch, weil allein eine erfolglose Nacherfüllung nicht unbedingt zu einer unzumutbaren Verzögerung oder unzumutbaren Unannehmlichkeiten führt. Die erfolglose Nacherfüllung kann aber das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Verkäufers erschüttern und eine wesentliche Vertragsverletzung begründen, so dass ein Rücktrittsrecht besteht und das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers gemäß Art. 48 I S. 1 CISG ausgeschlossen ist.⁶⁸²

Im Ergebnis kommt es sowohl nach CISG als auch nach BGB auf die Umstände des Einzelfalls an. Wenn ein Abwarten der Nacherfüllung nicht angemessen ist oder ohnehin keinen Sinn macht, kann der Käufer sofort den Schaden ersetzt verlangen, der durch eine Nacherfüllung zu beseitigen wäre, siehe auch oben beim Rücktritt II. 3. a) und der Minderung III. 3. a) cc).

c) Großer Schadensersatz und Vertragsaufhebung

Im deutschen Recht gibt es zwei Möglichkeiten, beim Schadensersatz statt der Leistung vorzugehen. Entweder behält der Käufer die gelieferte Ware und macht den verbleibenden Schaden geltend (Schadensersatz statt der Leistung oder kleiner Schadensersatz) oder er gibt die gelieferte Ware zurück und verlangt Ersatz für den ganzen Schaden (Schadensersatz statt der ganzen Leistung oder großer Schadensersatz). Letzteres ist nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 281 I S. 3

⁶⁷⁹ Sekretariatskommentar, Art. 44, Nr. 9 Fn. 1; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 21.

⁶⁸⁰ Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 15; MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 48 Rn. 7.

⁶⁸¹ Staudinger/Matusche-Beckmann, § 440 Rn. 25.

⁶⁸² MünchKommBGB/P. Huber, Bd. 3, Art. 48 Rn. 7.

BGB möglich. Da das UN-Kaufrecht zur genauen Abwicklung des Schadensersatzes nichts sagt, stellt sich die Frage, ob die Möglichkeit der Rückgabe der Sache mit gleichzeitiger Geltendmachung des gesamten Schadens auch dort gegeben ist. Art. 75, 76 kennen die Kombination von Vertragsaufhebung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Damit der Käufer nicht die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung umgeht und stattdessen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, muss er aber nach h.M. den Vertrag zunächst aufheben, wenn er die Sache zurückgeben und den gesamten Schaden liquidieren will.⁶⁸³ Da im neuen Schuldrecht die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung und die des Rücktritts harmonisiert wurden, ist eine vorherige Vertragsaufhebung nach deutschem Recht nicht notwendig.⁶⁸⁴ Im UN-Kaufrecht stimmen die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung und den Rücktritt nicht vollständig überein. Deshalb ist ein Verzicht auf den Rücktritt nicht möglich. Allerdings ist m.E. in einem Schadensersatzverlangen des Käufers, mit dem er seinen gesamten Schaden geltend macht, eine Vertragsaufhebungserklärung gemäß Art. 49 CISG zu sehen. Dies setzt jedoch voraus, dass alle Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 CISG erfüllt sind.⁶⁸⁵ Ist dies nicht der Fall, weil z.B. die Rücktrittsfrist aus Art. 49 II CISG abgelaufen ist, muss der Käufer die mangelhafte Ware behalten und den verbleibenden Schaden geltend machen.

⁶⁸³ *Kircher*, Sachmängelhaftung, S. 63; *Staudinger/Magnus*, Art. 45 Rn. 22.

⁶⁸⁴ *Arnold*, ZGS 2003, 427, 428. Für die Berechnung des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung nach Differenzmethode einschränkend: *L. Schmidt*, Vertragsaufhebung, S. 53 f.; *MünchKommBGB/Ernst*, Bd. 2 a, § 325 Rn. 8 f., 11; nur für den Fall der vollständigen Nichtleistung *Faust* in: *Huber/Faust*, Kap 3 Rn. 189.

⁶⁸⁵ Für diese Fälle verzichtet *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 309, auf die Erklärung des Rücktritts.

d) Voraussetzungen

aa) Verschuldensprinzip und Garantiehaftung

(1) Eigenhaftung

Nach § 280 I S. 2 BGB haftet der Verkäufer nicht auf Schadensersatz, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Eine solche Einschränkung kennt das CISG nicht. Der Verkäufer unterliegt einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung. Allerdings schränkt das UN-Kaufrecht die Haftung des Verkäufers ein, wenn der Hinderungsgrund außerhalb seines Einflussbereichs liegt und auch nicht erwartet werden konnte, dass der Verkäufer den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zieht oder dass er den Hinderungsgrund und seine Folgen vermeidet oder überwindet (Art 79 I CISG). Auch dies beschränkt die Haftung des Verkäufers. Es geht aber darum, den Schuldner von Risiken zu befreien, die er nicht beeinflussen kann, weil sie nicht in seiner Sphäre liegen. Zudem wird der Schuldner nur befreit, wenn auch nicht erwartet werden kann, dass er die Folgen des Hinderungsgrundes vermeidet oder überwindet. § 280 I S. 2 BGB knüpft allein an die Pflichtverletzung, nicht deren Folgen, an. Da die Anforderungen an den Schuldner hoch sind, kommt Art. 79 CISG in der Praxis kaum zur Anwendung;⁶⁸⁶ die Haftung nach CISG ist strenger als nach BGB.

(2) Haftung für Dritte

Das Verhalten Dritter wird berücksichtigt, wenn der Verkäufer sich des Dritten zur Erfüllung des Vertrags bedient, § 278 S. 1 BGB, Art 79 II CISG. Art. 79 II CISG erfasst aber nur eigenverantwortlich handelnde Dritte. Dritte, die nicht eigenverantwortlich handeln, sind dem Einflussbereich des Verkäufers zuzuordnen, so dass sich der Verkäufer weder über Art. 79 II noch über Art. 79 I CISG entlasten kann. Im

⁶⁸⁶ Siehe MünchKommBGB/P. *Huber*, Bd. 3, Art. 79 Rn. 1 Fn. 2; *Staudinger/Magnus*, Art. 79 Rn. 4.

deutschen Recht kann sich der Schuldner über § 278 BGB auch entlasten, wenn er sich eines nicht selbständig handelnden Dritten bedient. Es kommt nur darauf an, dass der Dritte mit Willen des Schuldners zur Erfüllung der Schuldnerpflicht handelt, nicht darauf, in welchem Verhältnis der Gehilfe zum Schuldner steht.⁶⁸⁷

Nach BGB kommt es darauf an, ob der Dritte vorsätzlich oder fahrlässig die Vertragsverletzung herbeigeführt hat. Dabei geht es um ein Verschulden. Im CISG kommt es darauf an, ob der Hinderungsgrund, der zur Nichterfüllung geführt hat, in den Einflussbereich des Dritten gehört und ob der Dritte den Hinderungsgrund oder seine Folgen vermeiden oder überwinden konnte. Dies ist eine Frage der Risikozuweisung, unabhängig von einem Verschulden.

Die Haftung für durch den Hersteller verursachte Mängel ist unterschiedlich geregelt. Im BGB wird der Hersteller oder Zulieferer nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers gesehen. In der Regel wird vom Verkäufer, wenn er die Ware nur weiterverkauft, auch nicht erwartet, dass er die Ware untersucht, so dass er einen vom Hersteller verursachten Mangel nicht zu vertreten hat. Nach UN-Kaufrecht gehört der Hersteller zum Einflussbereich des Verkäufers, so dass dieser für Fehler des Herstellers haftet.

Insgesamt ist die Enthftung für Dritte im UN-Kaufrecht schwieriger als im deutschen Recht.

bb) Erheblichkeit des Mangels für Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Verlangt der Käufer im Fall der Lieferung mangelhafter Ware Schadensersatz statt der ganzen Leistung, d.h. möchte er die gelieferte Sache zurückgeben und den gesamten Schaden geltend machen (großer Schadensersatz), geht dies nach deutschem Recht nur, wenn die

⁶⁸⁷ Palandt/Heinrichs, § 278 Rn. 7; MünchKommBGB/Grundmann, Bd. 2, § 278 Rn. 42 ff.; Jauernig/Vollkommer, § 278 Rn. 7 f.

Vertragsverletzung nicht unerheblich ist, § 281 I S. 3 BGB. Durch das zusätzliche Erfordernis der Erheblichkeit der Pflichtverletzung passt das BGB die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung an die des Rücktritts (§ 323 V S. 2 BGB) an. Auch die Rechtsfolgen sind an die des Rücktritts angeglichen. Gemäß § 281 V muss der Käufer die erhaltende Ware nach den Rücktrittsregeln (§§ 345-348 BGB) herausgeben.

Im UN-Kaufrecht ist Möglichkeit, die gelieferte Ware zurückzugeben und dann Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend zu machen nur gegeben, wenn der Vertrag gleichzeitig aufgehoben wird. Ohne Vertragsaufhebung ist nur die Differenz zwischen dem Wert der gelieferten Ware und dem Wert vertragsgemäßer Ware (zusätzlich zum entgangenen Gewinn und weiterer Schäden) zu ersetzen, was dem kleinen Schadensersatz (Schadensersatz statt der Leistung) nach deutschem Recht entspricht.

Ein Rücktritt vom Vertrag setzt nach UN-Kaufrecht eine wesentliche Vertragsverletzung voraus, Art. 49 I lit. a CISG. Das BGB erschwert den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung durch das Fristerfordernis. Der zeitliche Aspekt kann im UN-Kaufrecht bei der Frage der Wesentlichkeit jedoch auch eine Rolle spielen, nämlich wenn der Verkäufer einen gravierenden Mangel trotz Behebungsmöglichkeit nicht beseitigt oder wenn dem Käufer ein weiteres Abwarten nicht zugemutet werden kann und dem Käufer dadurch im wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten können. Im BGB hingegen reicht auch allein der erfolglose Ablauf der Nachfrist nicht aus. Die Vertragsverletzung muss gemäß § 281 I S. 3 BGB erheblich sein, damit der Verkäufer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann. Die Anforderungen daran sind nicht so hoch wie an die Wesentlichkeit im UN-Kaufrecht.

cc) Interessenverlust für Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei Teilleistung

Die Lieferung einer Teilmenge stellt eine sachmangelhafte Lieferung dar. Dies gilt sowohl für das BGB (§ 434 III BGB) als auch das CISG (Art. 35 I). Beide Rechtsordnungen kennen aber für diese Situation Sonderregeln, nämlich Art. 51 CISG und § 281 I S. 2 BGB. Art. 51 CISG beschränkt die Geltendmachung von Rechtsbehelfen auf den nicht gelieferten Teil. Nur wenn die unvollständige Lieferung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, kann der Käufer vom ganzen Vertrag zurücktreten und Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen. Auch § 281 I S. 2 stellt für diesen Fall höhere Anforderungen auf. Nur wenn der Käufer kein Interesse an der Teilleistung hat, kann er Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.⁶⁸⁸

Eine wesentliche Vertragsverletzung ist gegeben, wenn dem Käufer durch die nur teilweise Lieferung im wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag erwarten durfte (Art. 25 CISG). Entgeht dem Käufer im wesentlichen das, was er erwarten durfte, hat er kein Interesse an der Teilleistung. Dies ist das selbe Kriterium, wie in § 281 I S. 2 BGB, so dass die Anforderungen für die Geltendmachung von Schadensersatz an Stelle der ganzen Leistung für den Fall, dass nur ein Teil der Ware geliefert wurde, vergleichbar sind.

e) Rechtsfolgen

aa) Grundsatz der Totalreparation in Geld

Beide Rechtsordnungen zielen mit dem Anspruch auf Schadensersatz auf einen umfassenden Ausgleich für den erlittenen Schaden. Der Käufer soll so gestellt werden, wie er ohne die Pflichtverletzung stünde. Dabei wird die Situation nach der Pflichtverletzung mit der hypothetischen Situation ohne die Pflichtverletzung verglichen und die Differenz ausgeglichen. Alle durch die Nichterfüllung entstandenen

Vor- und Nachteile fließen in die Betrachtung ein. Der Ersatz ist in Geld zu leisten. Dies gilt sowohl für das UN-Kaufrecht als auch für das deutsche Recht.

bb) Grundsatz der konkreten Berechnung und dessen Ausnahmen

Sowohl nach BGB als auch nach CISG ist grundsätzlich der konkret entstandene Schaden zu ersetzen.

Zu diesem Grundsatz gibt es verschiedene Ausnahmen: Der Ersatz von Reparaturkosten kann gemäß § 249 II S. 1 BGB verlangt werden, ohne dass die Wiederherstellung tatsächlich vorgenommen wird. Eine solche Regel kennt das CISG nicht. Der entgangene Gewinn ist zwar in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich konkret nachzuweisen, gemäß § 252 S. 2 BGB kann er jedoch abstrakt, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, berechnet werden. Für Kaufleute hat sich daraus die Vermutung entwickelt, dass sie die Ware zum Marktpreis an- bzw. verkaufen könnten, so dass der Schaden anhand des Marktpreises berechnet werden darf. Da die Konvention grundsätzlich davon ausgeht, dass der Gläubiger sich die Ware jederzeit auf dem Markt besorgen kann, kann der Käufer im Fall der Vertragsaufhebung den Schaden abstrakt aus der Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis zum Zeitpunkt der Aufhebung bzw. der Übernahme der Ware berechnen (Art. 76 CISG). Art. 76 CISG betrifft jedoch nur die abstrakte Berechnung auf Grundlage eines *Deckungskaufes*. Einen abstrakt berechneten entgangenen Gewinn auf Grundlage eines hypothetischen Weiterverkaufs kann der Käufer nicht geltend machen. Dies entspricht der zum BGB ebenfalls vertretenen Auffassung, dass bei marktgängiger Ware grundsätzlich auf einen Deckungskauf abzustellen ist. Zu beachten ist, dass es sich im BGB um eine nach h.M. widerlegbare Vermutung handelt, Art. 76 CISG hingegen eine besondere, nicht zu widerlegende Berechnungsmethode darstellt.

⁶⁸⁸ Zu den Einzelheiten siehe oben Teil II, I. Mangelbegriff 1. a) bb) (1).

Zum internen deutschen Recht ist umstritten, auf welchen Zeitpunkt bei der Bestimmung des Marktpreises abzustellen ist. Art. 76 CISG legt fest, dass es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vertragsaufhebung ankommt. Allerdings hat in den hier relevanten Fälle der Lieferung mangelhafter Ware der Käufer die Ware meist schon übernommen, d.h. in Besitz genommen, so dass es auf den Zeitpunkt der Übernahme ankommt (Art. 76 I S. 2 CISG). Damit wird verhindert, dass der Käufer auf die Preisentwicklung zwischen Übernahme und Aufhebung spekuliert.⁶⁸⁹ Dieser Gedanke ist auch ein wesentlicher in der Diskussion zum BGB.

cc) Vorhersehbarkeit

Art. 74 S. 2 CISG beschränkt den Schadensersatz auf den Verlust, der bei Vertragsschluss als Folge der Vertragsverletzung voraussehbar war. Dadurch soll das Risiko, das mit dem Vertrag verschuldensunabhängig übernommen wird, auf einen kalkulierbaren Betrag beschränkt werden. Die Vorhersehbarkeit des Schadens spielt im deutschen Recht bei der Frage der Zurechnung des Schadens im Rahmen der Adäquanztheorie eine Rolle. Allerdings sollen damit nur Schäden, die auf ganz außergewöhnlichen Kausalverläufen beruhen, ausgeschlossen werden. Art. 74 CISG hingegen bezieht sich nicht auf den Kausalverlauf, sondern auf den Schaden und es werden auch nicht nur ganz außergewöhnliche Schadensposten ausgenommen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist bei Art. 74 S. 2 CISG der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Rahmen der Adäquanzprüfung ist eine *nachträgliche* Prognose zu erstellen. Dabei kommt es auf einen optimalen Betrachter an. Art. 74 S. 2 CISG stellt nur auf einem objektiven Dritten in der Position des Schuldners ab. Die Anforderungen für einen Ausschluss über die

⁶⁸⁹ Honsell/Schönle, Art. 76 Rn. 11; Honnold, Art. 76 Rn. 412; Schlechriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 76 Rn. 12.

Adäquanztheorie sind deshalb deutlich höher als die des Art. 74 S. 2 CISG.⁶⁹⁰

Die Vorhersehbarkeit ist im BGB noch in § 254 II S. 1 HS. 1 enthalten: Der Geschädigte (hier der Käufer) kann insoweit keinen Schadensersatz verlangen, als er es unterlassen hat, den Schuldner (Verkäufer) auf die Gefahr eines besonders hohen Schadens aufmerksam zu machen, welche der Schuldner weder kannte noch kennen musste. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Verkäufer nicht haftet, wenn er den Schaden nicht voraussehen musste und der Käufer ihn (obliegenheitswidrig) nicht gewarnt hat. Für Art. 74 S. 2 CISG reicht es aus, dass der Verkäufer den Schaden nicht voraussehen konnte, unabhängig davon, ob der Käufer ihn hätte warnen können. Eine Enthftung über § 254 BGB wegen fehlender Voraussehbarkeit ist also schwieriger. Unterschiede ergeben sich auch bei dem für die Voraussehbarkeit maßgebliche Zeitpunkt. Da Art. 74 S. 2 CISG das von den Parteien eingegangene Risiko kalkulierbar machen soll, ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. § 254 II S. 1 HS. 1 ist an keinen Zeitpunkt gebunden, so dass der Verkäufer auch haftet, wenn Gründe für einen besonders hohen Schaden erst nach Vertragsschluss offenbar werden, solange der Schaden noch nicht eingetreten ist.

ee) Schadensminderungspflicht

Der Käufer erhält gemäß Art. 77 CISG nicht den vollen Ersatz des Schadens, wenn und soweit eine Verringerung des Schadens möglich gewesen wäre. Den Käufer trifft, wenn er für sich selbst Nachteile vermeiden will, eine Schadensminderungspflicht. Eine solche Obliegenheit kennt das BGB im Rahmen des Mitverschuldens, § 254 II S. 1, 2. HS. Der Schadensersatz wird soweit gekürzt, als der Schuldner es obliegenheitswidrig unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder

⁶⁹⁰ Heilmann, Mängelgewährleistung, S. 579; Welser Vertragsverletzung in: Doralt, UNCITRAL-Kaufrecht, S. 105, 127; Kircher, Sachmängelhaftung, S. 65; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/G. Gruber, Art. 74 Rn. 35; a.A. Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 30: kaum abweichende Ergebnisse.

zu mindern. Es wird vom Käufer erwartet, dass er die Maßnahmen ergreift, die ein ordentlicher und verständiger Mensch ergreifen würde, um sich vor Schaden zu schützen.⁶⁹¹ Nach UN-Kaufrecht muss der Käufer alle Maßnahmen ergreifen, die von einem verständigen Dritten in der gleichen Lage erwartet werden können; insbesondere die Möglichkeit eines Deckungsgeschäfts ist zu berücksichtigen.⁶⁹²

Dem Wortlaut nach sind die Rechtsfolgen der Normen unterschiedlich. Gemäß Art. 77 CISG kann der Verkäufer verlangen, dass der Schadensersatz um den Betrag herabgesetzt wird, um den der Schaden hätte verringert werden müssen. Das BGB sieht bei Mitverschulden eine Schadensteilung nach Verursachungsbeiträgen vor, § 254 I. Der Tatsache, dass nach UN-Kaufrecht der Anspruch in der bestimmten Höhe ausgeschlossen wird und nach deutschem Recht nur eine allgemeine Schadensteilung vorzunehmen ist, wird teilweise große Bedeutung beigemessen und die Gleichstellung der Vorschrift mit § 254 II S. 1, HS. 1 BGB abgelehnt.⁶⁹³ Im Ergebnis führen jedoch beide Vorschriften zu den gleichen Beträgen, da auch Art. 77 den Anspruch nur in soweit ausschließt, als der Schaden zu verhindern gewesen wäre und dies im Rahmen von § 254 BGB in der Regel dem vom Käufer zu tragenden Anteil entspricht.⁶⁹⁴

Verfahrensrechtlich werden beide Normen, trotz des Wortlauts des Art. 77 CISG, allgemein als von Amts wegen zu berücksichtigende anspruchsausschließende Einwendung betrachtet.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ Palandt/*Heinrichs*, § 254 Rn. 32.

⁶⁹² Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 77 Rn. 7 f.; *Roßmeier*, RIW 2000, 407, 412.

⁶⁹³ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 77 Rn. 12.

⁶⁹⁴ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 Rn. 19; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 315; *Soergel/Lüderitz/Dettmeier*, Art. 77 Rn. 1; *Heilmann*, Mängelgewährleistung, S. 617 f.

⁶⁹⁵ Für § 254 BGB Palandt/*Heinrichs*, § 254 Rn. 82; für Art. 77 CISG Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/G. Gruber*, Art. 77 Rn. 12; beide m.w.N.

Teil V: Zusammenfassung

I. Allgemeine Voraussetzungen und Ausschlussgründe

1. Mangel

Wann ein Mangel vorliegt, bestimmt sich nach beiden Systemen primär nach der vertraglichen Vereinbarung (subjektiver Fehlerbegriff). Besteht eine solche Vereinbarung nicht, kommt es auf die gewöhnliche Verwendung an (objektiver Fehlerbegriff). Soll die Ware für einen bestimmten Zweck eingesetzt werden, müssen sich die Vertragsparteien nach BGB darüber einigen, damit dies bei der Frage der Mangelhaftigkeit berücksichtigt werden kann. Nach UN-Kaufrecht reicht eine einfache Mitteilung des Käufers an den Verkäufer.

Sowohl nach CISG als auch nach BGB fällt die Lieferung eines Aliuds in den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Lieferung sachmangelhafter Ware.

Grundsätzlich erfasst der Begriff der sachmangelhaften Ware in beiden Regelwerken auch die Minderlieferung. Allerdings ist nach UN-Kaufrecht die Lieferung aufzuteilen in den gelieferten und den nicht gelieferten Teil. Für den nicht gelieferten Teil gelten dann die Bestimmungen über die Nichtlieferung. Das BGB kennt eine solche Aufteilung nicht. Es gelten zunächst die Vorschriften über die mangelhafte Ware. Bei der Frage, ob der Käufer Rechte bezüglich des ganzen Vertrages geltend machen kann, sind dann aber, nach der hier vertretenen Auffassung, im allgemeinen Schuldrecht die strengeren Regelungen über die Teilleistung anzuwenden. Dies entspricht eher den Voraussetzungen in Art. 51 II CISG, der für die gesamte Vertragsaufhebung fordert, dass die Teillieferung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt.

Bei der Lieferung teilweise mangelhafter Ware ist nach UN-Kaufrecht ebenfalls eine Teilung vorzunehmen. Nach BGB gelten immer, d.h.

auch bei der Frage des Rücktritts vom ganzen Vertrag und des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung, die Regeln der nicht vertragsgemäßen Leistung. Die Geltendmachung der Rechtsbehelfe bezüglich des ganzen Vertrages setzt in diesen Fällen eine erfolglose Fristsetzung und einen nicht unerheblichen Mangel voraus. Das UN-Kaufrecht erfordert für die gesamte Vertragsaufhebung einen wesentlichen Mangel. Damit sind die Anforderungen an den Rücktritt vom ganzen Vertrag in diesen Fällen im UN-Kaufrecht höher.

Die Haftung für Rechtsmängel ist der Haftung für Sachmängel weitgehend gleichgestellt. Der wesentliche Unterschied in den Regelungen besteht bei der Frage, ob das von einem Dritten geltend gemachte Recht tatsächlich bestehen muss. Für die Haftung nach UN-Kaufrecht reicht die Geltendmachung des Anspruchs, er muss nicht wirklich bestehen. Nach internem deutschen Recht haftet der Verkäufer nur für tatsächlich bestehende (oder im Grundbuch eingetragene) Rechte.

2. Kenntnis des Käufers

Kennt der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss oder kennt er ihn in Folge grober Fahrlässigkeit nicht, schließen sowohl das BGB als auch das CISG die Ansprüche des Käufers in der Regel aus. Bei „einfachen“ Rechtsmängeln, d.h. wenn es sich nicht um Ansprüche aus geistigem Eigentum handelt, muss der Käufer nach UN-Kaufrecht jedoch in die Übernahme des Rechtes einwilligen. Bloße Kenntnis schließt die Haftung in diesen Fällen nicht aus. Haben die Parteien die Anforderungen an die Ware vertraglich geregelt und entspricht die Ware diesen Anforderungen nicht, haftet der Verkäufer nach UN-Kaufrecht auch, wenn der Käufer wusste, dass die Ware der Vereinbarung nicht entspricht. Nach BGB haftet der Verkäufer dann nur, wenn er für die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit eine Garantie übernommen hat.

3. Ausschluss der Ansprüche bei Verursachung durch den Käufer

Der Käufer kann keine Ansprüche geltend machen, wenn er die Vertragswidrigkeit selbst verursacht hat. Dies entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und gilt in beiden Regelwerken. Auch eine teilweise Verursachung ist zu berücksichtigen. Bei unteilbaren Rechtsbehelfen kommt es zunächst auf das Ausmaß der Verursachung an. Rechtfertigt der Beitrag des Käufers einen gänzlichen Ausschluss des Rechtsbehelfs, ist dieser ausgeschlossen. Rechtfertigt der Beitrag des Käufers den vollständigen Ausschluss nicht, ist sein Beitrag im Rahmen eines Schadensersatzanspruches zu berücksichtigen.

3. Untersuchungs- und Rügefristen, Verjährung

Das BGB kennt keine Untersuchungs- oder Rügepflichten des Käufers. Bei Handelskäufen bestimmt aber das HGB, dass der Käufer die Ware unverzüglich zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich anzuzeigen hat. Nach UN-Kaufrecht, das ja primär für Handelskäufe gilt, muss der Käufer die Ware innerhalb einer Frist, die so kurz ist, wie es die Umstände erlauben, untersuchen und den Mangel innerhalb einer angemessenen Frist danach anzeigen. Auch die Fristen nach UN-Kaufrecht sind kurz, sollten aber, wie auch schon in der Wortwahl deutlich wird, nicht so kurz sein, wie die nach HGB, was im deutschen Rechtsraum vielfach übersehen wird.

Die Verjährung ist im UN-Kaufrecht nicht geregelt. Nach deutschem Recht verjähren die kaufrechtlichen Ansprüche grundsätzlich nach zwei Jahren ab Übergabe. Dies entspricht der objektiven Ausschlussfrist des Art. 39 II CISG.

II. Erfüllung

Die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrags ist sowohl nach BGB als auch nach CISG primäres Ziel. Der BGB-Gesetzgeber hat den Vorrang des Erfüllungsrechts über das grundsätzliche Erfordernis einer

Nachfristsetzung für alle anderen Rechtsbehelfe geregelt, im CISG ergibt sich der Vorrang aus dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers. In beiden Rechtsordnungen sind Ausnahmen von diesem Prinzip vorgesehen, wenn es dem Käufer nicht zuzumuten ist, noch eine Nacherfüllung durch den Verkäufer abzuwarten.

Ein bedeutsamer Unterschied bezüglich des Nacherfüllungsrechts besteht darin, dass der Käufer nach UN-Kaufrecht die Nachlieferung bei Sachmängeln nur verlangen kann, wenn der Mangel wesentlich ist (Art. 46 II CISG). Das BGB stellt für den Anspruch auf Nachlieferung keine im Vergleich zum Nachbesserungsanspruch besonderen Anforderungen auf.

Die Wahl zwischen Nachlieferung und Nachbesserung steht grundsätzlich dem Käufer zu. Allerdings kann der Verkäufer nach UN-Kaufrecht gemäß Art. 48 CISG nacherfüllen und so die Art der Nacherfüllung bestimmen. Nach BGB hat der Verkäufer nur ein Verweigerungsrecht in Fällen, in denen die gewählte Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig ist.

III. Beendigung des Vertrages

Nach beiden Rechtsordnungen ist die Beendigung des Vertrages erst als ultima ratio vorgesehen. Dazu werden jedoch unterschiedliche Instrumente eingesetzt: Im deutschen Recht muss der Käufer zunächst eine Frist zur Nacherfüllung setzen. Dann muss die mangelhafte Leistung noch eine erhebliche Vertragsverletzung darstellen. Die Anforderungen an die Erheblichkeit sind jedoch relativ gering. Im UN-Kaufrecht muss die Vertragsverletzung wesentlich sein und die Anforderungen an die Wesentlichkeit sind relativ hoch. Es muss sich um Mängel handeln, die den Kern des Vertrages betreffen. Können die Mängel beseitigt werden, liegt, nach der hier vertretenen Auffassung, in der Regel keine wesentliche Vertragsverletzung vor. Erst wenn der Verkäufer den Mangel nicht innerhalb einer angemessenen Frist beseitigt, kann der Käufer zurücktreten. An dieser Stelle spielt also auch im UN-Kaufrecht der Zeitablauf eine Rolle. Da der Mangel an sich aber

weiterhin schwerwiegend sein muss, ist das Ausmaß des Mangels im UN-Kaufrecht von größerer Bedeutung als im BGB.

Soll bei einer nur teilweisen Lieferung der ganze Vertrag aufgehoben werden, bestehen m.E. auch nach BGB erhöhte Anforderungen. Um vom ganzen Vertrag zurücktreten zu können, muss der Käufer das Interesse an der Teilleistung verloren haben. Diese höheren Anforderungen entsprechen denen im UN-Kaufrecht, das für die Aufhebung des ganzen Vertrages erfordert, dass die Teillieferung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art. 51 II CISG). Die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung hängt davon ab, inwieweit das Interesse des Käufers am Vertrag durch die Teillieferung betroffen ist (Art. 25 CISG).

Der Käufer muss die Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht innerhalb einer angemessenen Frist erklären. Das deutsche Recht kennt keine besondere Erklärungsfrist für den Rücktritt.

Eine Rücktritts- bzw. Aufhebungserklärung ist jedoch auf jeden Fall notwendig. Diese kann auch konkludent erfolgen. Die Verknüpfung mit einer Bedingung ist grundsätzlich nicht möglich, weil Rücktritt und Vertragsaufhebung Gestaltungsrechte sind und deren Ausübung das Vertragsverhältnis umgestaltet. Daher ist der Käufer an seine Wahl gebunden und ein Wechsel zu einem anderen Rechtsbehelf ist ausgeschlossen.

Kann der Käufer die gelieferte Ware nicht zurückgeben und ist dies auch nicht nach Art. 82 II CISG entschuldbar, ist das Aufhebungsrecht gemäß Art. 82 I gänzlich ausgeschlossen. Das BGB sieht für diese Fälle die flexiblere Lösung des Wertersatzes vor (§ 436 II BGB).

Die Rechtsfolgen (Rückgabe der schon erhaltenen Leistung und Erlöschen aller Hauptleistungspflichten mit der Möglichkeit, weiter Schadensersatz zu verlangen) sind im Wesentlichen die gleichen.

Seit der Schuldrechtsreform kann der Käufer Rücktritt und Schadensersatz kombinieren. Hier ist der Gesetzgeber dem Vorbild des UN-Kaufrechts gefolgt.

IV. Minderung

Die Voraussetzungen für eine Minderung stimmen im Wesentlichen überein. Der Verkäufer muss zunächst die Möglichkeit zur Nacherfüllung haben. Im BGB ergibt sich dies aus der Nachfristsetzung, im CISG aus dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers. Möglich ist eine Minderung auch bei geringen Mängeln. Erforderlich ist eine Minderungserklärung, die bindend ist und den Vertrag an die neuen Gegebenheiten anpasst.

Die Formel für den Minderungsbetrag ist dieselbe, allerdings bezieht sie das UN-Kaufrecht auf den Zeitpunkt der Lieferung, das interne deutsche Recht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dadurch können die Ergebnisse bei unterschiedlicher Preisentwicklung bezüglich der mangelfreien und der mangelhaften Ware voneinander abweichen.

Unterschiedliche Ergebnisse ergeben sich auch beim derzeitigen Meinungsstand im Fall der völligen Wertlosigkeit der Ware. Nach BGB wird in diesem Fall der Käufer analog zum Rücktritt verpflichtet, die Ware zurückzugeben. Dies wird zum UN-Kaufrecht nicht vertreten.

V. Schadensersatz

Im Schadensersatz gibt es den dogmatisch größten Unterschied. Der BGB-Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform am Erfordernis des Vertretenmüssens festgehalten. Dieses Kriterium ist dem UN-Kaufrecht fremd. Das UN-Kaufrecht folgt dem System der Garantiehftung und kennt nur einen Haftungsausschluss, wenn die Vertragsverletzung außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegt und der Verkäufer den Hinderungsgrund auch nicht überwinden oder die Folgen vermeiden konnte. Damit werden an den Verkäufer sehr hohe Anforderungen gestellt.

Nach UN-Kaufrecht muss der Verkäufer nur den für ihn voraussehbaren Schaden ersetzen. Die Adäquanztheorie hingegen scheidet nur Schäden aus, die auf ganz ungewöhnlichen Kausalverläufen beruhen. Die Anforderungen hieran sind erheblich höher als an die Voraussehbarkeit im UN-Kaufrecht. Allerdings ist der Schadensersatzanspruch auch nach deutschem Recht zu reduzieren, wenn der Käufer es unterlassen hat, den Verkäufer auf einen besonders hohen Schaden aufmerksam zu machen und der Verkäufer diesen daher nicht vorhersehen konnte.

Die Regelungen zum Schadensersatz sind im BGB differenzierter als im UN-Kaufrecht. Hier hat sich der Gesetzgeber nicht an die Technik des als so klar und eindeutig gelobten Vorbilds⁶⁹⁶ gehalten – was zu einer intensiven Diskussion um die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Arten des Schadensersatzes geführt hat –. Im Ergebnis weichen BGB und CISG jedoch weniger stark voneinander ab, als es auf den ersten Blick den Anschein haben mag, weil auch das UN-Kaufrecht zwischen verschiedenen Schadensarten unterscheidet. Der Käufer kann, auch wenn der Verkäufer nacherfüllt, weiter Schadensersatz verlangen. Dieser erfasst aber nur die noch verbleibenden Schäden. Daraus ergibt sich, dass der Käufer den durch eine Nacherfüllung zu beseitigenden Schaden nicht sofort geltend machen kann, sondern grundsätzlich eine Nacherfüllung seitens des Verkäufers abwarten muss. Genau diese Regel sieht auch das BGB für die Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz vor, wenn man einer in der Literatur vertretenen Ansicht folgt.

Will der Käufer die gelieferte Ware zurückgeben, muss er nach der herrschenden Meinung zum CISG zunächst den Vertrag aufheben; erst dann kann er den gesamten Schaden liquidieren. Dies wird vom BGB nicht vorausgesetzt; eine Umgehung besonderer Rücktrittsvoraussetzungen durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung ist jedoch auch nicht möglich, weil die Vorschriften über den

⁶⁹⁶ Begründung RegE BT-Drs. 14/6040, S. 86.

Rücktritt und den Schadensersatz statt der Leistung weitgehend angeglichen wurden.

VII. Resümee

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Reformgesetzgeber tatsächlich in vielen Bereichen dem UN-Kaufrecht gefolgt ist. Mit § 437 BGB hat er eine zentrale Norm geschaffen, die die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe ähnlich wie Art. 45 CISG zusammenfasst und sie über die Verweisung auf das allgemeine Schuldrecht weitgehend in das allgemeine System integriert. Eine wesentliche Änderung betrifft die Nacherfüllung. Diese ist jetzt auch nach BGB der vorrangige Rechtsbehelf. Die Ausgestaltung der Rechtsbehelfe hat der BGB-Gesetzgeber weitgehend dem CISG angepasst. Hervorzuheben ist hierbei, dass Rücktritt und Minderung nun Gestaltungsrechte sind. Ein Grundgedanke sowohl des UN-Kaufrechts als auch des BGB ist die Aufhebung des Vertrages als ultima ratio. Der BGB-Gesetzgeber erreicht dies primär über die Nachfristsetzung. Die Konvention stellt auf die Wesentlichkeit des Mangels ab – bei der die Nacherfüllung jedoch auch eine Rolle spielt. Beim Schadensersatz ist der Reformgesetzgeber nicht dem UN-Kaufrecht gefolgt. Stattdessen hat er am traditionellen Erfordernis des Vertretenmüssens festgehalten.

