

---

Von **dem** Kaufrecht zu sprechen, mag schon fast eine Irreführung sein. Das Recht der Bundesrepublik Deutschland kennt zum Teil sehr unterschiedliche Kaufrechte, je nachdem, welche Personen die Rollen des Verkäufers und des Käufers einnehmen. Kaufverträge zählen zu den Verträgen, die auf die Verschaffung des Rechts an dem Kaufgegenstand gerichtet sind: des Eigentums an (beweglichen und unbeweglichen) Sachen (§ 433 BGB) und der Inhaberschaft von Rechten, wenn es nicht um Eigentumsrechte geht (§ 453 BGB). Am Kaufgeschehen können alle Bevölkerungskreise als Verkäufer und Käufer teilnehmen: einfache Bürger, Kaufleute, Verbraucher, Inländer und Ausländer. Aber nicht alle unterliegen denselben kaufrechtlichen Regeln. Das Kaufrecht des BGB (§§ 433 ff.) ist auf den Bürger zugeschnitten. Es gilt auch für Kaufleute, soweit nicht die Regeln des Handelsgesetzbuchs für den Handelskauf Sonderregeln bereithalten (§§ 373 ff. HGB). Im grenzüberschreitenden Verkehr unter Nichtverbrauchern greift - mit einem von BGB und HGB unterschiedlichen Regelungsgehalt - das UN-Kaufrecht (CISG), wenn beide Parteien Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts angehören oder die Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts auf deutsches Recht als anwendbares Recht verweisen. Und mit Blick auf Verbraucher müssen Verbraucherschützende Rechtsnormen beachtet werden, die sich in ganz unterschiedlichen Teilen des BGB finden können: Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf, zum Ratenzahlungskauf, zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu Fernabsatzgeschäften und anderen mehr.

Mit der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2002 hat es eine Neugestaltung des Kaufrechts für den Fall der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware in Anlehnung an die Regelung des grenzüberschreitenden Kaufes im CISG gegeben, die ihrerseits anglo-amerikanischen Vorbildern folgt. Das Modell war Grundlage der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. Diese Richtlinie war in Deutschland ein Anlass für die Schuldrechtsmodernisierung.

Wir werfen noch einmal einen kurzen Blick auf das allgemeine Kaufrecht des BGB und befassen uns dann mit den Sonderformen.

---

## *I. Allgemeines Kaufrecht des BGB*

Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis begründet wird. Es handelt sich um einen gegenseitigen oder synallagmatischen Vertrag. Die konstitutiven Elemente sind in § 433 BGB enthalten. Die Hauptleistungspflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer Eigentum und Besitz an der verkauften Sache bzw. die Inhaberschaft an dem verkauften Recht zu verschaffen (vgl. zu Letzterem: § 453 BGB). Zu diesen Verkäuferplichten tritt gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 453 Abs. 3 BGB die Pflicht hinzu, dem Käufer die Sache bzw. das Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt, frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Hauptleistungspflicht des Käufers besteht darin, den Kaufpreis zu zahlen. Bei der ebenfalls in § 433 Abs. 2 BGB für den Käufer genannten Pflicht, die Sache abzunehmen, handelt es sich regelmäßig nur um eine vertragliche Nebenpflicht. Kaufgegenstand können nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB Sachen im Sinne des § 90 BGB sowie Rechte und „sonstige Gegenstände“ sein. Durch den bewusst weit gefassten Begriff des „sonstigen Gegenstandes“ sollen auch über § 90 BGB und den Begriff des „Rechts“ hinaus alle sonstigen verkehrsfähigen, unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten (wie z.B. Unternehmen, Gas, Wärme, Elektrizität, technisches Know-how, Werbeideen, Software etc.) als Gegenstände eines Kaufvertrages anerkannt werden. Im Bereich des Warenkaufs spielen wegen der Massenhaftigkeit und Gleichförmigkeit der vorgenommenen Geschäfte allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle, insbesondere in Form von Lieferbedingungen und Vertragsformularen. Durch sie werden zB Liefer- und Zahlungsfristen festgesetzt, der Erfüllungsort bestimmt und vielfach die gesetzlichen Regeln, etwa über den Zahlungsverzug oder die Gewährleistungsrechte, geändert oder ergänzt. Mit den §§ 433 ff. BGB bietet das

Gesetz ein „Regelungsmuster“ (Larenz) an, das die Parteien weitgehend nicht bindet. Vielmehr können die Parteien bei der Gestaltung des Vertrages von den im Gesetz getroffenen Bestimmungen abweichen oder diese ergänzen. Nur ausnahmsweise enthält das Gesetz für Verträge zwingende Vorschriften, die meist dem Schutz des schwächeren Vertragspartners dienen. Beim Kauf haben die meisten Vorschriften dispositiven Charakter, d.h. sind durch Parteivereinbarung - zum Teil auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen - abdingbar (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 38, S. 4; § 39 I, S. 10). Eine praktisch bedeutsame Ausnahme stellt insofern der Verbrauchsgüterkauf, d.h. der Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer über eine bewegliche Sache (§ 474 Abs. 1 BGB), dar. Beim Verbrauchsgüterkauf sind nämlich gemäß § 475 BGB die meisten Vorschriften zwingendes Recht (ius cogens).

Für das Zustandekommen eines Kaufvertrags gelten die allgemeinen Regeln. Die Parteien müssen sich zumindest über den Kaufgegenstand - den sie konkret (Stückkauf) oder auch nur der Gattung nach (Gattungskauf) bezeichnen können - und regelmäßig auch über den Kaufpreis einig sein, damit ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Es genügt, wenn Regeln vereinbart werden, nach denen der Kaufpreis bestimmt wird (§§ 315 ff. BGB). Wie die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllen können, haben wir im Zusammenhang mit der Schuldbefreiung erörtert. Welche Folgen es hat, wenn der Austausch der Leistungen gestört wird, war Gegenstand der Ausführungen zur Vertragshaftung. Für das vorliegende Kapitel bleibt ein kurzer Blick auf das Verhältnis der Vertragshaftung zur Deliktshaftung und die Vorstellung von Sonderkaufrechten innerhalb und außerhalb des BGB.

---

## *II. Kaufvertrag und deliktische Haftung*

Ansprüche aus unerlaubter Handlung werden nicht von dem kaufrechtlichen Mängelhaftungsrecht ausgeschlossen. Das Deliktsrecht ist von der vertraglichen Haftung vollkommen unabhängig. Es gilt sowohl mit seinen positiven (vgl. z.B. §§ 844 f. BGB) als auch mit seinen negativen (vgl. § 831 BGB) Besonderheiten. Relevant wird das Konkurrenzverhältnis einerseits, wenn die unerlaubte Handlung zugleich das arglistige Täuschen über die Mangelfreiheit einer Sache bzw. das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften darstellt, andererseits, wenn nur ein Teil der verkauften Sache mangelhaft ist und ein anderer Teil oder die Restsache als Mangelfolge später beschädigt werden (sog. weiterfressender Mangel).

### **1. Arglistiges Täuschen über die Mangelfreiheit einer Sache bzw. das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften (vgl. BGH NJW 1960, 237)**

Das arglistige Täuschen verstößt gegen die guten Sitten. Dem Getäuschten stehen demgemäß vorbehaltlich des Vorliegens aller sonstigen Voraussetzungen Ansprüche aus § 826 BGB bzw. auch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu. Hat der Geschädigte den Kaufvertrag nach § 123 BGB angefochten, so kann er nach den in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätzen regelmäßig nur den Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach dem deliktischen Haftungsrecht verlangen, d.h. die Herstellung des Vermögenszustandes, wie er sich ohne den geschlossenen Vertrag darstellen würde (§§ 823 ff. i.V.m. § 249 BGB). Hat der getäuschte Käufer den Vertrag nicht rechtswirksam angefochten, steht dem Geschädigten das positive Interesse aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB zu. Im Falle der wirksamen Anfechtung des Kaufvertrages ist dem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB jedoch die Rechtsgrundlage entzogen. Es bleibt abschließend die Frage, ob dem Getäuschten auch im Falle einer Anfechtung bei dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ausnahmsweise das Erfüllungsinteresse zusteht, wenn der Kaufvertrag vom Käufer aus demselben Grund rechtswirksam angefochten wurde, auf dem auch sein Schadensersatzanspruch beruht. Diese Auffassung hat das Reichsgericht in RGZ 103, 154 (160) vertreten. Zwischenzeitlich hatte sie sich auch in der Literatur zum alten Recht durchgesetzt. Das Reichsgericht führt dieses Ergebnis auf die Gleichheit des Rechtsgrundes zurück. Es erscheint in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts auch auf das neue Recht bezogen nicht sinnvoll, bei derart ähnlichen Interessenlagen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zu gelangen.

### **2. Verursachung von Schäden bei mangelhafter Lieferung**

In diesem Zusammenhang ist die Frage interessant, ob die für kaufvertragliche Schadensersatzansprüche (nach einem Teil der Literatur auch für Mangelfolgeschäden) geltende Verjährungsvorschrift des § 438 BGB auch auf Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung übergreift und die für diese Ansprüche geltende Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB bzw. die Verjährung aus § 12 ProduktHaftG verdrängt, wenn vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche aus demselben Sachverhalt hergeleitet werden. Der BGH hat sich bezogen auf das alte Recht erstmals in BGHZ 66, 315 damit beschäftigt. Die Literatur zum alten Recht verneinte überwiegend ein Übergreifen der kurzen Verjährung aus § 477 I BGB a.F. auf das Deliktsrecht (vgl. Günther Schmitz, in: NJW 1973, 2081-2085, Die Verjährung von Mangelfolgeschäden im Kauf- und Werkvertragsrecht). Auch der BGH hatte sich dagegen ausgesprochen. Er

begründete dies damit, dass es sich bei dem Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung und solchen aus unerlaubter Handlung um eine echte Anspruchskonkurrenz handele, was dazu führe, dass jeder Anspruch nach seinen eigenen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seiner Durchsetzung selbständig zu beurteilen sei und demnach auch seinen eigenen Verjährungsfristen unterliege. Vor allem treffe es nicht zu, dass ohne Erstreckung des § 477 Abs. 1 BGB a.F. auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche der Zweck der kurzen Verjährungsregelung vereitelt und diese Vorschrift im Ergebnis ausgehöhlt würde.

Wenige Zeit zuvor hatte sich das OLG Düsseldorf (NJW 1975, 453) genau anders entschieden. Der gesetzgeberische Grund für die kurze Verjährungsfrist liege darin, dass die Ermittlung und Feststellung von Mängeln des Kaufgegenstandes nach längerem Zeitablauf kaum mehr durchführbar seien. Dieser Grundsatz gelte für die Verjährung der Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsgrund im Verträge oder in unerlaubter Handlung liege. Die Verjährung solle in diesen Fällen nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob der Folgeschaden an einem der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter entstanden sei oder nicht. Andererseits sei es nicht einzusehen, warum es dem deliktisch Handelnden aus verjährungsrechtlicher Sicht zugute kommen solle, dass er zugleich noch eine vertragliche Pflicht verletzt habe.

Wie die Rechtsprechung diese Frage bezogen auf das neue Recht lösen wird, ist noch offen. Da sich an der Berechtigung der auch auf das neue Recht übertragbaren Argumente der Leitentscheidung des BGH zu dieser Frage im alten Recht nichts geändert hat und da die bisherigen Stellungnahmen in der Literatur ebenfalls von freier Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Deliktsrecht ausgehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 438 Rdnr. 3; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 438 Rdnr. 3; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 548; H.P. Westermann, NJW 2002, 241, 250), ist allerdings davon auszugehen, dass die Rechtsprechung auch im neuen Recht daran festhalten wird, dass § 438 BGB nicht auf deliktsrechtliche Ansprüche ausgedehnt werden kann.

Problematisch ist indes die Frage, ob eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn infolge eines Mangels der Kaufsache unversehrte Teile der Kaufsache beschädigt werden (weiterfressender Schaden). Der BGH hatte im Rahmen der Produzentenhaftung über zwei zu dieser Fragestellung interessante Fallgestaltungen zu entscheiden. In BGHZ 67, 359 führte die Mangelhaftigkeit eines kleinen Teils der Kaufsache (Schwimmschalter) zu einem weitaus größeren Schaden an der gesamten Anlage. In BGHZ 86, 256 führte ein defekter Gaszug am

Gaspedal eines PKW zu einem Unfall mit erheblichem weiteren Sachschaden. Der BGH arbeitete bezogen auf das alte Recht für diese Fälle mit folgendem Regelsystem:

Grundsätzlich sei das Interesse des Käufers an der Bewahrung der erworbenen Sache vor ihrer Beschädigung oder Zerstörung nicht weniger schutzwürdig als das Integritätsinteresse an seinen anderen Sachen. Verwirkliche sich durch den Mangel der Sache ein weiterer Schaden an der gekauften Sache, der das Integritätsinteresse des Käufers berühre, so liege eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vor. Decke sich der Schaden mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit von Anfang an schon bei ihrem Erwerb anhaftete, dann sei er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen, und es sei insoweit für deliktische Schadensersatzansprüche kein Raum.

Ob der BGH an dieser unter dem Stichwort „weiterfressender Mangel“ bekannt gewordenen Rechtsprechung im neuen Recht festhalten wird, ist offen. Da die Rechtsprechung aus der für den Geschädigten weitaus günstigeren Verjährungsregelung des Deliktsrechts gegenüber dem Kaufrecht resultierte und diese durch die Neuregelung zwar entschärft, aber keineswegs beseitigt ist, steht zu vermuten, dass der BGH und zunächst einmal die Untergerichte diese Rechtsprechung auch im neuen Recht weiterverfolgen werden (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 548; mit offener Prognose: H.P. Westermann, NJW 2002, 241, 250).

Wir werden diese Fragen bei der Erörterung der außervertraglichen Haftung wieder aufgreifen.

---

### *III. Besondere Formen des Kaufs*

#### **1. Kauf auf Probe (§§ 454, 455 BGB)**

Beim Kauf auf Probe (oder Besicht) geht es nicht um ein Muster für einen späteren Kauf. Hier bekommt der Käufer sofort den Kaufgegenstand bzw. er darf ihn zumindest untersuchen, § 454 Abs. 2 BGB. Der Kauf soll jedoch nur dann gelten, wenn der Käufer ihn innerhalb einer gewissen Zeit billigt. In der Entscheidung, ob er den Kauf gelten lassen möchte oder nicht, ist der Käufer gemäß § 454 Abs. 1 S. 1 BGB völlig frei. Eine Ablehnung des Kaufs muss also insbesondere nicht auf objektiv nachprüfbar Kriterien beruhen. Die Entscheidung ist vielmehr gänzlich in das Belieben des Käufers gestellt.

**Beispiel:** Ein Landwirt erwirbt einen Traktor auf Probe. Obwohl dieser ganz hervorragend funktioniert und auch die Arbeit des Landwirts erheblich erleichtert, bringt Letzterer das Gefährt mit den Worten „er habe es sich anders überlegt“ zurück. Hier ist der Kaufvertrag unwirksam, obwohl keinerlei objektiven Gründe für die Nichteignung des Traktors gegeben sind und die Ablehnung allein auf einer „Laune“ des Landwirts beruht.

Gemäß § 454 Abs. 1 S. 2 BGB handelt es sich beim Kauf auf Probe im Zweifel um einen aufschiebend bedingten Kauf (diese Konzeption wird teilw. kritisiert, vgl. Larenz SchR II/1, § 44 I). Die Bedingung tritt ein, wenn der Käufer dem Verkäufer die Billigung des Kaufs erklärt. Verweigert der Käufer die Billigung, so ist der Kauf endgültig unwirksam. Gleiches gilt, wenn innerhalb einer vom Verkäufer bestimmten Frist keine Erklärung erfolgt, es sei denn, der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zur Prüfung schon übergeben. Im letzteren Fall gilt das Schweigen des Käufers als Billigung, § 455 S. 2 BGB.

Eine Besonderheit des Kaufs auf Probe ist, dass die Preisgefahr hier trotz Übergabe (vgl. zur allgemeinen Regelung § 446 BGB) nicht beim Käufer liegt, denn dieser muss nach einem etwaigen zufälligen Untergang der Sache nur seine Billigung versagen, um sich seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung zu entziehen.

**Beispiel:** Gesetzt den Fall, der Landwirt testet im oben genannten Beispiel den Traktor einen Tag und möchte ihn nun doch behalten. Bevor er dies dem Verkäufer jedoch erklärt, brennt die Scheune und der darin abgestellte Traktor ab. Nunmehr wird der Landwirt dem Verkäufer die Ablehnung des Kaufs erklären. Damit wird der Kaufvertrag endgültig unwirksam und der Landwirt ist nicht zur Kaufpreiszahlung verpflichtet.

Vom Kauf auf Probe muss der Prüfungskauf und der Kauf mit Umtauschberechtigung unterschieden werden. Welche Art des Kaufes von den Parteien gewollt ist, ist - wie immer - durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln.

Beim Prüfungskauf (Erprobungskauf) handelt es sich um einen Kauf, der ebenso wie der Kauf auf Probe unter der Bedingung der Billigung durch den Käufer steht. Anders als beim Kauf auf Probe ist beim Prüfungskauf die Billigung jedoch nicht völlig in das Ermessen des Käufers gestellt. Der Käufer, der seine Billigung versagen will, muss vielmehr objektive Gründe dafür nachweisen, dass die Kaufsache für ihn nicht geeignet ist.

**Beispiel:** Im Traktorbeispiel kann der Landwirt also nicht allein aus einer „Laune“ heraus den Kauf ablehnen, wenn der Traktor für die beim Kaufabschluss genannten Arbeiten vollkommen geeignet ist.

Beim Kauf mit Umtauschberechtigung handelt es sich um einen unbedingten Kaufvertrag, der mit Abschluss für beide Parteien voll wirksam und demnach bindend ist. Dem Käufer ist jedoch die Möglichkeit eingeräumt, gegen Rückgabe der (unversehrten) ursprünglichen Kaufsache eine andere zu verlangen. Das Umtauschrecht ist ein Gestaltungsrecht. Meistens ist der Umtausch nur innerhalb einer bestimmten vereinbarten Frist möglich. Geht die Kaufsache unter oder wird sie beim Käufer wesentlich verschlechtert, so ist der Umtausch ausgeschlossen. Hier trägt also - anders als beim Kauf auf Probe - der Käufer nach Übergabe der Kaufsache die Gefahr des zufälligen Unterganges.

**Beispiel:** Beim Kauf einer Hose wird ein Umtauschvorbehalt vereinbart. Hier kann der Käufer, dem seine Ehefrau später mitteilt, dass die Hose ihm überhaupt nicht stünde und dass sie sich keinesfalls mit ihm in diesem „Ungetüm“ sehen lassen würde, sich zwar nicht vom Kauf lösen. Er kann die Hose aber in eine andere umtauschen (wobei er diesmal vielleicht seine Ehefrau besser gleich mitnehmen sollte). Reißt er aber ein Loch in die Hose, so ist der Umtausch ausgeschlossen, da er nunmehr die Sache nicht mehr unversehrt zurückgeben kann.

## **2. Vorkauf und Wiederkauf**

### *a. Wiederkauf, §§ 456 bis 462 BGB*

Vereinbaren die Parteien eines Kaufvertrages ein Wiederkaufsrecht (=Rückkaufsrecht), so kann der Verkäufer durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung den Rückkauf des Kaufgegenstandes bewirken. Eine solche Vereinbarung kommt z.B. dann in Betracht, wenn der Verkäufer einen Gegenstand, an dem ihm eigentlich liegt, aufgrund eines Geldmangels verkaufen muss, sich aber für den Fall, dass er wieder zu Geld kommt, die Möglichkeit eröffnen will, den Gegenstand zurückzukaufen.

Die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts kann im ursprünglichen Kaufvertrag oder später getroffen werden. Soweit der Kaufvertrag einer bestimmten Formvorschrift unterliegt, muss auch die Vereinbarung des Wiederkaufsrechts in dieser Form erfolgen. Von der Rechtsprechung wird die Vereinbarung als aufschiebend bedingter Rückkauf angesehen, bei dem die Bedingung die Willenserklärung des Verkäufers ist (BGHZ 38, 369; a.A. Esser/Weyers, Schuldrecht Band II, Teilband 1, 8. Aufl. 1998, § 10, 2: Gestaltungsrecht, das das Rückkaufverhältnis zustandebringt).

Die Willenserklärung, mit welcher der Verkäufer sein Wiederkaufsrecht ausübt, bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form (§ 456 Abs. 1 S. 2 BGB).



Die Erklärung muss innerhalb der vertraglich oder gesetzlich bestimmten Frist zugehen, § 462 BGB. Steht das Rückkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden, § 461 BGB.

Durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts tritt die Bedingung ein, der (Rück-)Kaufvertrag wird also voll wirksam und die Parteien treffen die in § 433 BGB genannten Verpflichtungen. Der Käufer (=Wiederverkäufer) muss die Sache herausgeben und übereignen und der Verkäufer (=Wiederkäufer) ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Ist in der Wiederverkaufsvereinbarung kein Kaufpreis festgelegt, so hat der Wiederkäufer im Zweifel den im ursprünglichen Kaufvertrag vereinbarten Preis zu zahlen, § 456 Abs. 2 BGB. Hat der Wiederverkäufer Verwendungen auf den Kaufgegenstand gemacht, die den Wert des Gegenstandes erhöht haben, so hat der Wiederkäufer diese auf Verlangen zu ersetzen, § 459 S. 1 BGB. Hat der Wiederverkäufer den Kaufgegenstand mit einer Einrichtung versehen, so kann er diese wegnehmen, §§ 459 S. 2, 258 BGB.

Aufgrund der Wiederkaufsvereinbarung trifft den Käufer (=Wiederverkäufer) auch schon vor Ausübung des Wiederkaufsrechts die Pflicht zur Erhaltung der Kaufsache. Diese Verpflichtung erklärt sich daraus, dass der Käufer ja schon nach der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts mit einer eventuellen Ausübung des Rechts rechnen muss, die ihn zur Rückübereignung verpflichten würde. Verletzt der Käufer seine Erhaltungspflicht schuldhaft, so ist er dem Verkäufer zum Schadensersatz verpflichtet, § 457 Abs. 2 S. 1 BGB. Das Gleiche gilt, wenn er den Gegenstand wesentlich verändert hat. Ist der Kaufgegenstand unverschuldet verschlechtert oder unwesentlich verändert worden, so hat der Käufer keinen Schadensersatz zu leisten und auch eine Minderung des Kaufpreises ist ausgeschlossen, § 457 Abs. 2 S. 2 BGB. Verfügt der Käufer nach Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts über den Kaufgegenstand, so ist er nach Ausübung des Rechts verpflichtet, die durch die Verfügung begründeten Rechte Dritter zu beseitigen, § 458 BGB.

#### *b. Vorkauf, §§ 463 bis 473 BGB*

Das Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten die Befugnis, einen Gegenstand von einem anderem käuflich zu erwerben, sobald dieser den Gegenstand an einen Dritten verkauft, § 463 BGB. In der Regel wird ein Vorkaufsrecht vereinbart, weil dem Berechtigten an dem Erwerb des Gegenstandes gelegen ist, der Verpflichtete den Gegenstand derzeit aber noch nicht veräußern will.

**Beispiel:** Der Mieter eines Hauses möchte das Grundstück erwerben. Der Vermieter möchte es jedoch noch behalten. Durch die Vereinbarung eines

Vorkaufsrechts wird dem Mieter die Möglichkeit eingeräumt, das Grundstück wenigstens dann zu erwerben, wenn der Vermieter es ohnehin verkaufen will.

Ein Vorkaufsrecht kann vertraglich vereinbart werden oder auf Gesetz (Bsp.: §§ 2034 ff. BGB, § 24 BauGB) beruhen.

Nach der Rechtsprechung ist die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts ein doppelt bedingter Kaufvertrag (vgl. Soergel/Huber, Vor § 504, Rdnr. 7 m.N.; anders die herrschende Meinung in der Literatur, die das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht ansieht, s. z.B. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 463 Rdnr. 1), der zum einen unter der Bedingung des Abschlusses eines Kaufvertrages mit einem Dritten und zum anderen unter der Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechts steht.

Die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts bedarf nach h.M. der Form wie ein Kaufvertrag über denjenigen Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, da schon durch die Vereinbarung eine bedingte Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks bewirkt wird. Insbesondere bei Grundstücken ist danach die Form des § 311 b Abs. 1 BGB einzuhalten (Weidenkaff, in: Palandt, § 463 Rdnr. 2).

Das Vorkaufsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen wirksamen Kaufvertrag abschließt, § 463 BGB. Schließt der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen anderen Veräußerungsvertrag, z.B. eine Schenkung oder einen Tausch, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht möglich. Genauso wenig berechtigt der Abschluss eines nichtigen Kaufvertrages zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Bei Vorliegen eines gültigen Kaufvertrages ist die Ausübung des Vorkaufsrechts weiterhin regelmäßig in den Fällen der §§ 470, 471 BGB ausgeschlossen.

Schließt der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag ab, so muss er dem Vorkaufsberechtigten unverzüglich über den Inhalt des Vertrages informieren, § 469 Abs. 1 BGB. Diese Mitteilung soll dem Vorkaufsberechtigten die Entscheidung darüber ermöglichen, ob er das Vorkaufsrecht ausüben will.

Das Vorkaufsrecht wird wie das Wiederkaufsrecht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten ausgeübt. Diese Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form, § 464 Abs. 1 S. 2 BGB (diese Bestimmung wird von denjenigen angezweifelt, die für die Vereinbarung des Vorkaufsrechts keine Form verlangen, vgl. Medicus, SchR-BT, § 83 I.4a.). Sie muss innerhalb der vereinbarten oder gesetzlich bestimmten Frist erfolgen, § 469 Abs. 2 BGB, wobei Voraussetzung für den Fristbeginn die vollständige und richtige Mitteilung nach

§ 469 Abs. 1 BGB ist, § 469 Abs. 2 S. 1 BGB. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden, § 472 BGB.

Mit der Ausübung wird der Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten mit demselben Inhalt wirksam, den der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hatte. Nähere Regelungen der gegenseitigen Verpflichtungen finden sich in den §§ 466 bis 468 BGB.

Der Kaufvertrag mit dem Dritten wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht berührt. Der Verkäufer bleibt also auch dem Dritten gegenüber grundsätzlich zur Leistung verpflichtet. Da er damit zwei verschiedenen Käufern gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, aber nur einen Anspruch erfüllen kann, macht er sich gegenüber der Partei, der gegenüber er nicht erfüllt, schadensersatzpflichtig. Es empfiehlt sich für den Verpflichteten daher, den Verkauf an den Dritten entweder unter die Bedingung zu stellen, dass der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht ausübt, oder ein Rücktrittsrecht für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts zu vereinbaren. Bedingung wie Rücktrittsrecht haben keine Auswirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, § 465 BGB, da ansonsten dessen Vorkaufsrecht vereitelt würde.

Der Vorkaufsberechtigte erwirbt durch die Ausübung seines Rechts auch keinerlei Ansprüche gegen den Dritten. Die §§ 463 BGB ff. geben dem Berechtigten nur ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht, das ausschließlich den Verpflichteten bindet. Dies ist anders als beim dinglichen Vorkaufsrecht an einem Grundstück nach den §§ 1094 ff. BGB. Ein solches dingliches Vorkaufsrecht, das durch die Parteien rechtsgeschäftlich durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§§ 873, 1094 BGB) begründet werden kann, wirkt auch gegen Dritte.

Gemäß § 473 S. 1 BGB ist das Vorkaufsrecht nicht übertragbar und geht auch in der Regel nicht auf den Erben über (Ausnahme: § 473 S. 2 BGB). § 473 S. 1 BGB regelt nach h.M. ein relatives Veräußerungsverbot i.S.d. § 135 BGB. Eine Abtretung mit Einverständnis des Vorkaufsverpflichteten ist möglich.

Das Vorkaufsrecht muss gegenüber einigen ähnlichen Instituten abgegrenzt werden. Der Vorvertrag ist kein doppelt bedingter Vertrag (bzw. Gestaltungsrecht nach der oben erwähnten Literaturauffassung), sondern gibt nur einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages. Anders als beim Vorkaufsrecht sind für diesen Abschluss des Hauptvertrages nochmals zwei Willenserklärungen notwendig. Bei der Option hingegen kann der Berechtigte wie beim Vorkaufsrecht durch einseitige Erklärung einen Vertrag mit dem Inhalt zustande bringen, der im Optionsvertrag genannt ist. Dieses Recht kann jedoch unabhängig von einem Verkauf an einen

Dritten ausgeübt werden. Eine Vorhand begründet nur die Pflicht, den Gegenstand zunächst dem Vorhandberechtigten anzubieten, wenn ein Verkauf geplant ist. Sie begründet jedoch keine Pflicht zum Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt.

### **3. Kauf unter Eigentumsvorbehalt**

Normalerweise bedarf der Verkäufer keiner Sicherung seiner Kaufpreisforderung, denn nach § 320 BGB kann er die von ihm geschuldete Leistung, also Übereignung und Übergabe des Kaufgegenstandes, bis zur Kaufpreiszahlung verweigern. Oftmals wird der Verkäufer dem Käufer die Kaufpreiszahlung aber stunden und ihm somit die Sache übereignen und übergeben, bevor der Kaufpreis entrichtet wurde. Hier bedarf der Verkäufer einer Kreditsicherheit. Ein häufiges Mittel zur Sicherung gestundeter Kaufpreisforderungen stellt der in § 449 BGB ansatzweise geregelte Eigentumsvorbehalt dar.

Obwohl der Eigentumsvorbehalt im Besonderen Schuldrecht erwähnt ist, liegen seine Hauptprobleme im Sachenrecht und er ist demgemäß dort bzw. im Kreditsicherungsrecht näher zu behandeln. An dieser Stelle soll demgemäß nur ein kleiner Überblick über das Rechtsinstitut gegeben werden.

Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt schließen die Parteien einen unbedingten Kaufvertrag. Die Übereignung der Kaufsache nach § 929 S. 1 BGB erfolgt jedoch im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung (Auslegungsregel des § 449 Abs. 1 BGB). Der Käufer wird also erst dann Eigentümer der Kaufsache, wenn er den Kaufpreis gezahlt hat (§ 158 Abs. 1 BGB). Der Verkäufer ist damit durch das Eigentum an der Kaufsache gesichert: Der Käufer kann die Sache nicht als Berechtigter weiterveräußern. Sofern Gläubiger des Käufers in die Sache vollstrecken wollen, kann der Verkäufer gegen diese Vollstreckung gemäß § 771 ZPO vorgehen. Im Falle der Insolvenz des Käufers hat der Verkäufer die Möglichkeit der Aussonderung, § 47 InsO.

Möglich, aber ungebräuchlich ist auch („im Zweifel“!), dass die Parteien eine auflösende Bedingung eines Zahlungsverzuges des Käufers vereinbaren. Bei einer solchen auflösenden Bedingung wird der Käufer zunächst Eigentümer. Das Eigentum fällt jedoch wieder an den Verkäufer zurück, wenn der Käufer in Zahlungsverzug gerät. Bei der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung ist der Verkäufer gegen Verfügungen des berechtigten (!) Käufers durch § 161 Abs. 2 BGB geschützt.

Zu beachten ist, dass die Übertragung des Eigentums nur bei Mobilien von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Bei Grundstücken hingegen ist eine bedingte Übereignung gemäß § 925 Abs. 2 BGB nicht möglich. Daher kann beim Verkauf von Grundstücken kein Eigentumsvorbehalt vereinbart werden.

§ 449 Abs. 1 BGB enthält nach den dargelegten Grundsätzen eine sachenrechtliche Regelung - die Auslegungsregel bezieht sich auf die dingliche Einigung. Eine schuldrechtliche Sonderrücktrittsrecht vom Kaufvertrag für den Fall des Zahlungsverzuges des Vorbehaltskäufers, wie es das alte Recht kannte (vgl. § 455 Abs. 1 BGB a.F.), gibt es im neuen Recht nicht mehr. Bei Leistungsverzögerung oder einer sonstigen Pflichtverletzung auf Seiten des Käufers kann der Verkäufer demnach nur nach den allgemeinen Regeln (§§ 323, 324 BGB), also grundsätzlich erst nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist, vom Kaufvertrag zurücktreten. Mit dem Rücktritt endet das aus dem Kaufvertrag folgende Recht des Käufers zum Besitz (§ 986 BGB) und der Verkäufer kann nunmehr die Sache vom Käufer herausverlangen (§ 449 Abs. 2 BGB).

Der Eigentumsvorbehalt wird gewöhnlich im Kaufvertrag vereinbart. Es ist jedoch auch möglich, den Eigentumsvorbehalt erst später, etwa bei Lieferung, zu vereinbaren. In derartigen Fällen muss jedoch stets darauf geachtet werden, dass die in einer solchen Vereinbarung zu sehende Vertragsänderung einer Einigung der Parteien bedarf, also nicht einseitig durch den Verkäufer herbeigeführt werden kann.

**Beispiel:** K kauft bei V einen Fernseher. K und V vereinbaren, dass das Gerät am nächsten Tag mit der Rechnung geliefert werden soll. Als K das Gerät am nächsten Tag erhält, findet er auf der Lieferung den Vermerk: „Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises mein Eigentum“. K ruft sofort empört bei V an und stellt diesen zur Rede. Er wolle keinesfalls nur bedingtes Eigentum erwerben, sondern bestehe auf unbedingter Übereignung.

Hier haben die Parteien keinen Eigentumsvorbehalt vereinbart. Die einseitige Erklärung des V konnte den Kaufvertrag allein auch nicht ändern. Somit ist V aus dem Kaufvertrag zur unbedingten Übereignung des Fernsehers verpflichtet.

Sachenrechtlich hat V dem K jedoch nur die bedingte Übereignung angeboten. Da K eine bedingte Übereignung jedoch ausdrücklich abgelehnt hat, ist keine Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB zustande gekommen.

V ist somit immer noch Eigentümer des Fernsehers, während K immer noch einen Anspruch auf unbedingte Übereignung hat.

Etwas problematischer wäre der Beispielsfall, wenn K sich gegenüber V nicht geäußert hätte. Dann wäre fraglich, ob K nicht durch die Annahme des Geräts das Angebot des V auf bedingte Übereignung konkludent angenommen hätte (teilweise wird dies vertreten mit dem Argument, bedingtes Eigentum sei für K schließlich besser als gar kein Eigentum). Selbst dann wäre K jedoch mangels einer Vertragsänderung immer noch berechtigt, die unbedingte Übereignung zu fordern.

Wichtige Sonderformen des Eigentumsvorbehalts stellen der erweiterte und der verlängerte Eigentumsvorbehalt dar. Die Erörterung dieser Institute soll jedoch späteren Vorlesungen zum Kreditsicherungsrecht vorbehalten bleiben.

#### **4. Der Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB)**

Wie bereits ausgeführt hat der Gesetzgeber die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Anlass genommen, das gesamte Kaufrecht nach dem Vorbild dieser Richtlinie umzugestalten, weil er verhindern wollte, dass stark voneinander abweichende, in sich geschlossene Kaufrechtssysteme nebeneinander existieren. Lediglich bei gewissen spezifisch Verbraucherschützenden Vorgaben der Richtlinie schien dem Gesetzgeber die Umsetzung ins allgemeine Kaufvertragsrecht nicht angemessen. Für diese wenigen Sonderregeln hat der Gesetzgeber einen eigenen mit „Verbrauchsgüterkauf“ überschriebenen Untertitel geschaffen, der die §§ 474 bis 479 BGB umfasst und der nunmehr ebenso wie die Regeln des Handelskaufs (§§ 373 ff. HGB) bei Beteiligung bestimmter Personen am Kaufvertrag (Verbraucher - Unternehmer: §§ 474 bis 477 BGB; Unternehmer - Unternehmer: §§ 478 bis 479 BGB) auf dem allgemeinen Kaufvertragsrecht aufbauend und dieses modifizierend zur Anwendung kommt.

##### *a. Anwendungsbereich (§ 474 Abs. 1 BGB)*

In § 474 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Verbrauchsgüterkauf legaldefiniert als Kaufvertrag, bei dem ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine bewegliche Sache kauft. Es genügt also nicht alleine, dass an dem Kaufvertrag je ein Unternehmer und ein Verbraucher beteiligt sind, sondern entscheidend ist, dass der Verbraucher auch die Käuferrolle einnimmt und der Unternehmer die Verkäuferrolle. Daraus folgt im praktischen Ergebnis, dass die §§ 474 ff. BGB bei Kaufverträgen von Verbrauchern oder Unternehmern untereinander oder bei denen Verbraucher Unternehmern etwas verkaufen nicht zur Anwendung kommen. Ebenso wenig greifen sie beim Grundstückskauf ein (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 474 Rdnr. 2).

*b. Verbraucherschützende Sonderregeln (§§ 474 Abs. 2 bis 477 BGB)*

*i. Gefahrtragung (§ 474 Abs. 2 BGB)*

Gemäß der für die Praxis sehr bedeutsamen Vorschrift des § 474 Abs. 2 BGB findet § 447 BGB auf den Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Trotz Vereinbarung einer Schickschuld (Versendungskauf) wird der Verbraucher dadurch vor dem Übergang der Preisgefahr geschützt. Damit hat der Gesetzgeber die Rechtslage in Übereinstimmung mit dem Gerechtigkeitsgefühl vieler Verbraucher gebracht, die beim Eingreifen des § 447 BGB (Anspruch des Unternehmers auf Kaufpreiszahlung, obwohl die Sache untergegangen ist) oft die Welt nicht mehr verstanden. Überdies lag § 474 Abs. 2 BGB die Erwägung zu Grunde, dass es sinnvoller ist, das Risiko des zufälligen Untergangs des Kaufgegenstandes derjenigen Partei aufzuerlegen, die eher als die andere imstande ist, dieses Risiko abzuwenden oder zu verringern oder Vorsorge gegen die Schadensfolgen zu treffen, indem sie etwa das Beförderungsrisiko versichert (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 474 Rdnr. 6).

*ii. Ausgestaltung der verbraucherschützenden Regeln als zwingendes Recht (§ 475 BGB)*

In Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 7) ordnet § 475 Abs. 1 S. 1 BGB an, dass der Unternehmer sich beim Verbrauchsgüterkauf auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie den Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf abweicht, nicht berufen kann. Damit werden zu Gunsten des Verbraucherkäufers alle dem Käufer günstigen Vorschriften des Kaufrechts und die Regeln des Verbrauchsgüterkaufs grundsätzlich unabdingbar und sind auch vor nicht in AGB, sondern individualvertraglich vereinbarten Vertragsklauseln sicher. Dies gilt allerdings ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 475 Abs. 1 BGB nur für solche nachteilige Vereinbarungen, die Mängel betreffen, die vor Abschluss der Vereinbarung dem Unternehmerv Verkäufer noch nicht mitgeteilt worden waren. Vereinbarungen, die sich auf bereits dem Verkäufer mitgeteilte Mängel beziehen, insbesondere also Vergleiche (§ 779 BGB), werden durch § 475 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausgeschlossen. Schließlich wird die von § 475 Abs. 1 S. 1 BGB angeordnete Unabdingbarkeit der den Verbraucherkäufer schützenden Normen durch ein generalklauselartiges Umgehungsverbot in § 475 Abs. 1 S. 2 BGB umfassend abgesichert.

Speziell bezogen auf die Verjährung konkretisiert § 475 Abs. 2 BGB das Abbedingungsverbot des § 475 Abs. 1 BGB dahin, dass eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene verjährungserleichternde Vereinbarung beim Verbrauchsgüterkauf nur wirksam ist, wenn sie von einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von mindestens 2 Jahren, bei gebrauchten Sachen von mindestens einem Jahr führt. Da - von wenigen Kaufgegenständen abgesehen (vgl. § 438 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BGB) - für die große Mehrzahl der Kaufgegenstände ohnehin eine Verjährungsfrist von zwei Jahren läuft (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), führt § 475 Abs. 2 BGB im praktischen Ergebnis dazu, dass beim Verbrauchsgüterkauf über neue Sachen von der gesetzlichen Verjährungsfrist fast nie (nochmals: Ausnahmen nur in den Fällen der § 438 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB) abgewichen werden kann. Dies wird insbesondere dadurch gewährleistet, dass § 475 Abs. 2 BGB den Zeitpunkt des gesetzlichen Verjährungsbeginns ausdrücklich erwähnt und damit sicherstellt, dass auch Verjährungserleichterungen durch die Vorverlegung des gesetzlichen Verjährungszeitpunktes (z.B. von der Ablieferung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses etc.) den gesetzlichen Schutzstandard nicht unterlaufen dürfen (Weidenkaff, in: Palandt, § 475 Rdnr. 13). Demgegenüber ist bei gebrauchten Sachen die Gewährleistung einer unentziehbaren Verjährungsfrist auf ein Jahr begrenzt. Demgemäß kann der Auslegung des Begriffs „gebrauchte Sache“ bei der Anwendung des § 475 Abs. 2 BGB erhebliche Bedeutung zukommen. So wird darüber diskutiert, wann ein Neuwagen im Sinne des § 475 Abs. 2 BGB als „gebrauchte Sache“ angesehen werden darf. Eine Formal- bzw. Tageszulassung soll dazu nach zutreffender Ansicht jedenfalls solange nicht ausreichen, wie der Pkw noch nicht tatsächlich zum Zweck der Teilnahme am Straßenverkehr in Gebrauch genommen wurde (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 475 Rdnr. 2).

### *iii. Beweislastumkehr gemäß § 476 BGB*

§ 476 BGB modifiziert die Beweislastverteilung für die gewährleistungrechtlichen Rechtsbehelfe zu Gunsten des Verbraucherkäufers, indem er für den Fall, dass sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang (vgl. § 446 BGB) ein Sachmangel zeigt, die Beweislast dafür, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, umkehrt. Muss nämlich nach den allgemeinen Regeln der Käufer diese anspruchsbegründende, von allen gewährleistungrechtlichen Rechtsbehelfen geforderte Anspruchsvoraussetzung darlegen und ggf. beweisen, so wird das Vorliegen dieser Voraussetzung im Anwendungsbereich des § 476 BGB vermutet, mit der Folge, dass der Verkäufer seine etwaige Behauptung, der Mangel sei erst nach Gefahrübergang (z.B. infolge unsachgemäßer Benutzung durch den Käufer) entstanden, voll beweisen muss.



*iv. Sonderbestimmungen für Garantien (§ 477 BGB)*

§ 477 BGB modifiziert zu Gunsten des Käufers die Regelung des § 443 BGB über die unselbständige Garantie (z.B. in Form der Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie), die im Gegensatz zum Sachmängelgewährleistungsrecht das Vorliegen eines Mangels nicht vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs abhängig macht und im Gegensatz zum selbständigen Garantieverprechen keinen über die Sachmangelfreiheit hinausgehenden Erfolg bezweckt (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 443 Rdnr. 1). § 477 BGB stellt an Form und Inhalt solcher unselbständiger Garantieerklärungen im Sinne des § 443 BGB besondere Anforderungen.

Eine solche Garantieerklärung muss:

- einfach und verständlich abgefasst sein (§ 477 Abs. 1 S. 1 BGB)
- den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf enthalten, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt werden (§ 477 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB)
- den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für deren Geltendmachung erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers, enthalten (§ 477 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB)
- auf Verlangen des Verbrauchers diesem in Textform (§ 126b BGB) mitgeteilt werden (§ 477 Abs. 2 BGB).

Die Rechtsfolgen, die bei Nichteinhaltung der § 477 Abs. 1, 2 BGB eintreten, sind nur unzureichend geregelt. Klar ist insoweit nur, dass ein solcher Verstoß die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung nicht berührt (§ 477 Abs. 3 BGB). Im Übrigen wird erwogen, dass man die § 477 Abs. 1, 2 BGB als gesetzliche Konkretisierung der Aufklärungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verstehen könnte, sodass deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB (ggf. i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB) begründen könnte, der durchaus auch bei Kausalität der Pflichtverletzung für den Vertragsschluss auf Vertragsaufhebung gerichtet sein könnte (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 477 Rdnr. 4). Überdies kann ein Verstoß gegen § 477 Abs. 1, 2 BGB unter Umständen wettbewerbsrechtliche Konsequenzen (§ 3 UWG) nach sich ziehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 477 Rdnr. 14; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 477 Rdnr. 5). Näheres zu diesen wettbewerbsrechtlichen Fragen muss indes einer späteren Veranstaltung zu diesem Rechtsgebiet vorbehalten bleiben.

*c. Regress des Unternehmers beim Lieferanten (§§ 478, 479 BGB)*

Die grundsätzlich nicht abdingbaren käuferschützenden Regeln beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475 BGB) belasten den Letztverkäufer sehr. Ferner droht diesem für den Fall, dass die Ware vor dem Verkauf eine gewisse Zeit auf seinem Lager liegt und der Mangel der Ware beim Verbraucher nicht sofort entdeckt wird, die Gefahr, dass er vom Verbraucherkäufer auf Gewährleistung in Anspruch genommen wird, während seine Rückgriffsansprüche gegen seinen Lieferanten (vgl. Legaldefinition in § 478 Abs. 1 BGB!) wiederum verjährt sind. Er läuft also bildlich gesprochen Gefahr, in die „Regressfalle“ zu geraten (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588), nach dem Motto: „Den letzten beißen die Hunde“. Wenn bis zum Letztverkäufer hin mehrere Lieferanten zwischengeschaltet sind, droht diese Gefahr ebenso jedem Lieferanten in der Lieferkette, die bis zum Hersteller reicht. Aufgabe der §§ 478, 479 BGB ist es, dem Letztverkäufer beim Verbrauchsgüterkauf einen Ausgleich für die Verbraucherschutzbedingten Belastungen des neuen Rechts zu geben und die Gefahr der „Regressfalle“ für den Letztverkäufer und seine Lieferanten in der Lieferkette abzumildern. Dies war nötig, um zu verhindern, dass die Belastungen aus den Fortschritten beim Verbraucherschutz einseitig zu Lasten des Einzelhandels oder der Zwischenhändler gehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 247). Regelungstechnisch wird dies überwiegend durch Modifizierungen des allgemeinen Gewährleistungsrechts bewerkstelligt (§§ 478 Abs. 1, 3, 4, 5; 479 Abs. 2, 3 BGB) („unselbständiger Regressanspruch“ (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588) und nur ausnahmsweise durch Schaffung einer eigenständigen Anspruchsgrundlage für den Verkäuferregress in Lieferantenkette (§ 478 Abs. 2 BGB) („selbständiger Regressanspruch“ (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588)). Dabei beruht die Regelung der §§ 478, 479 BGB auf dem Grundgedanken, dass der Rückgriff in der Lieferkette grundsätzlich innerhalb der jeweiligen Vertragsverhältnisse erfolgen soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 247; vgl. auch: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 15. Kapitel, Rdnr. 23).

Im Einzelnen:

*i. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 478 Abs. 1 BGB*

Regelungstechnisch enthält § 478 Abs. 1 BGB keine Anspruchsgrundlage, sondern ebenso wie die §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB eine Befreiung vom Fristsetzungserfordernis und damit einen Ausnahmetatbestand zum Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung. Voraussetzung für das Eingreifen des § 478 Abs. 1 BGB ist, dass der Letztverkäufer einen Kaufgegenstand im Rahmen eines

Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 BGB) verkauft hat und dass es sich bei dem Kaufgegenstand um eine „neu hergestellte Sache“ handelte. Ferner muss der Letztverkäufer diese Sache seinerseits von einem Unternehmer (§ 14 BGB) erworben haben, den § 478 Abs. 1 BGB als „Lieferanten“ legaldefiniert. Schließlich setzt § 478 Abs. 1 BGB voraus, dass der Letztverkäufer den Kaufgegenstand infolge eines Mangels zurücknehmen musste oder dass der Verbraucher (§ 13 BGB) infolge des Mangels zu Recht den Kaufpreis gemindert hat. Dies bedeutet, dass man im Rahmen des § 478 Abs. 1 BGB inzident prüfen und bejahen muss, dass der Verbraucher im Zeitpunkt der Minderungserklärung oder Durchsetzung des Rechtsbehelfes, der zur Rücknahme der Kaufsache führte, gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB mindern durfte bzw. einen Anspruch auf Rücknahme der Sache gegen Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Letztverkäufer aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB bzw. aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB („großer Schadensersatz“) hatte. Erfolgte die Rückabwicklung aus anderen Gründen, etwa weil der Verbraucherkäufer von einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht bzw. einem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat oder weil der Letztverkäufer die Sache aus „Kulanz“, etwa im Rahmen eines in der Geschäftspraxis üblichen „Umtauschs“, zurückgenommen hat, so greift § 478 Abs. 1 BGB nicht ein (BT-Drucks. 14/6040, S. 248).

Zusammenfassend ist der Letztverkäufer also bei der Geltendmachung der grundsätzlich fristsetzungsabhängigen Rechtsbehelfe des § 437 BGB gegen den Lieferanten unter folgenden Voraussetzungen vom Fristsetzungserfordernis gemäß § 478 Abs. 1 befreit:

- Der Kaufvertrag des Letztverkäufers mit dem Endabnehmer war ein Verbrauchsgüterkauf (§ 478 Abs. 1 BGB)
- Kaufgegenstand dieses Verbrauchsgüterkaufs war eine „neu hergestellte Sache“
- Der Verkäufer, von dem der Letztverkäufer den Kaufgegenstand erworben hat, war seinerseits Unternehmer (§ 14 BGB) (Legaldefinition des § 478 Abs. 1 BGB: „Lieferant“)
- Der Letztverkäufer hat infolge der Geltendmachung eines gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfs seitens des Endabnehmers die Kaufsache zurückgenommen bzw. der Endabnehmer hat die Minderung erklärt
- Der Endabnehmer war gegenüber dem Letztverkäufer auf Grund eines Mangels der Kaufsache (§§ 434, 435 BGB) zur Minderung bzw. zur Durchsetzung des Rücknahmebegehrens berechtigt

Bemerkenswert ist schließlich, dass § 478 Abs. 1 ebenfalls im Verhältnis der Vertragsbeziehungen der jeweiligen Lieferanten in der zum Letztverkäufer führenden Lieferkette entsprechend anwendbar ist (§ 478 Abs. 5 BGB) (vgl. dazu: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnrn. 34 bis 36).

*ii. Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 478 Abs. 2 BGB*

Im Gegensatz zu § 478 Abs. 1 BGB enthält § 478 Abs. 2 BGB eine eigene Anspruchsgrundlage. Sie ist auf Ersatz derjenigen Aufwendungen gerichtet, die dem Letztverkäufer bei der Befriedigung des Nacherfüllungsbegehrens des Endabnehmers entstanden sind und die er diesem gegenüber gemäß § 439 Abs. 2 BGB zu tragen hatte. Die dabei von § 478 Abs. 2 BGB erfasste Grundkonstellation ist die Gleiche wie in § 478 Abs. 1 BGB: Es muss zwischen dem Letztverkäufer und seinem Endabnehmer ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) über eine „neu hergestellte Sache“ zustande gekommen sein und der Verkäufer, der an den Letztverkäufer geliefert hat, muss Unternehmer (§ 14 BGB) gewesen sein. Des weiteren muss auch hier dem Endabnehmer ein auf die geleistete Art der Nacherfüllung gerichteter Nacherfüllungsanspruch zugestanden haben, den der Letztverkäufer nicht durch die Erhebung der Einrede aus § 439 Abs. 3 bzw. aus § 275 Abs. 2 BGB abwenden konnte. Auch hier gilt also, wie bei § 478 Abs. 1 BGB, dass der Letztverkäufer, der nur zu Zwecken der „Kundenpflege“ Aufwendungen gemacht hat, zu denen er rechtlich nicht verpflichtet war, diese nicht an den Lieferanten „weiterreichen“ kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 249). Schließlich erwähnt § 478 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Voraussetzung, dass „der Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer (gemeint ist der Letztverkäufer) vorhanden war“. Dies ist selbstverständlich auch im Falle des § 478 Abs. 1 BGB erforderlich, musste aber dort nicht eigens geregelt werden, da § 478 Abs. 1 BGB das Bestehen eines der in § 437 BGB aufgeführten Rechtsbehelfe im Verhältnis Letztverkäufer - Lieferant voraussetzt und diese gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe ihrerseits alle voraussetzen, dass der Kaufgegenstand bei Gefahrübergang mangelbehaftet war (BT-Drucks. 14/6040, S. 249).

Auch hier nochmals kurz die Voraussetzungen des § 478 Abs. 2, der im Verhältnis der Lieferanten in der Lieferkette zueinander entsprechend gilt (§ 478 Abs. 5 BGB), im Überblick:

- Kaufvertrag über eine „neu hergestellte Sache“ zwischen dem Letztverkäufer und dem Anspruchsgegner, der Unternehmer (§ 14 BGB) war
- Die Kaufsache war im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Letztverkäufer mangelhaft (§§ 434, 435 BGB)

- Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) zwischen dem Letztverkäufer und einem Endabnehmer über eine „neu hergestellte Sache“
- Dem Letztverkäufer sind infolge des berechtigten, nicht durch Einrede aus §§ 439 Abs. 3, 275 Abs. 2 BGB abwendbaren, Nacherfüllungsbegehrens des Endabnehmers Aufwendungen entstanden, die er dem Endabnehmer gegenüber gemäß § 439 Abs. 2 BGB zu tragen hatte

*iii. Beweislastumkehr gemäß § 478 Abs. 3 BGB*

Die Beweislastumkehr des § 476 BGB, die das Vorliegen eines Sachmangels im relevanten Zeitpunkt des Gefahrüberganges auf den Käufer betrifft, kommt nach § 478 Abs. 3 BGB auch dem Letztverkäufer im Verhältnis zu seinem Lieferanten zu Gute (beachte auch hier wieder für die Lieferkette: § 478 Abs. 5 BGB). Um aber auch hier die Schutzwirkung des § 476 BGB dem Letztverkäufer gegenüber optimal zur Geltung zu bringen, kommt § 476 BGB gemäß § 478 Abs. 3 BGB mit der Maßgabe zur Anwendung, dass die 6-Monatsfrist des § 476 BGB erst mit dem Gefahrübergang auf den Verbraucher zu laufen beginnt.

*iv. Unabdingbarkeit gewisser Schutznormen gemäß § 478 Abs. 4 BGB*

Gemäß § 478 Abs. 4 BGB kann der Lieferant sich gegenüber dem Letztverkäufer (bzw. der jeweilige Vorlieferant gegenüber dem Nachlieferanten in der Lieferkette: § 478 Abs. 5 BGB) nicht auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Lieferanten getroffene Vereinbarung berufen, die zum Nachteil des Letztverkäufers von den §§ 433 bis 435, § 437 (mit Ausnahme der Schadensersatzansprüche: vgl. § 478 Abs. 4 S. 2 BGB!), 439 bis 443 sowie von §§ 478 Abs. 1 bis 3, 479 BGB abweichen, wenn dem Letztverkäufer kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Wann ein Ausgleich „angemessen“ ist, hängt angesichts der Weite der Formulierung von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Angesichts des in § 478 Abs. 4 BGB enthaltenen massiven Eingriffs in die Vertragsfreiheit von Unternehmern (!) sollten die Vorschrift allerdings großzügig ausgelegt und keine überzogenen Anforderungen an die Angemessenheit eines solchen Ausgleichs gestellt werden. Als Beispiel für einen solchen Ausgleich schwebten dem Gesetzgeber etwa pauschale Abrechnungssysteme vor, bei denen zwar Einzelansprüche des Händlers gemäß § 478 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden, „die aber insgesamt auch den berechtigten Interessen des Händlers Rechnung tragen“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 249).

*v. Sonderregeln für die Verjährung (§ 479 BGB)*

§ 479 Abs. 1 BGB war nötig, weil § 478 Abs. 2 BGB einen eigenständigen Anspruch enthält, der von der verjährungsrechtlichen Sonderregel des § 438 BGB nicht erfasst wird. Daher kommt dem § 479 Abs. 1 BGB die Aufgabe zu, für § 478 Abs. 2 BGB eine mit § 438 BGB harmonische Verjährungsregelung zu schaffen, was dadurch bewerkstelligt wird, dass der Aufwendungsersatzanspruch des § 478 Abs. 2 BGB einer mit § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB identischen Verjährungsregelung von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache unterworfen wird. Damit ist die Ablieferung der Sache vom Lieferanten an den Letztverkäufer bzw. vom Lieferanten innerhalb der Lieferkette an seinen jeweiligen Käufer gemeint (Weidenkaff, in: Palandt, § 479 Rdnr. 4).

Im Übrigen gewährleistet insbesondere die Regelung des § 479 Abs. 2 BGB, dass die schon mehrfach beschworene „Regressfalle“ nicht zuschnappt, indem sämtliche gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe (einschließlich des § 478 Abs. 2 BGB) des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten bzw. der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen ihre Lieferanten für die Zeit von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers bzw. der jeweilige Lieferant in der Lieferkette die Ansprüche seines Käufers (§ 479 Abs. 3 BGB) erfüllt hat, einer Ablaufhemmung unterstellt. Diese Ablaufhemmung endet allerdings nach § 479 Abs. 2 S. 2 BGB spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache seinem jeweiligen Abkäufer abgeliefert hat.

## **5. Der Handelskauf**

Sind an einem Kaufgeschäft Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. HGB beteiligt, treffen wir auf Besonderheiten, die die Rechtsgeschäftslehre und damit den Allgemeinen Teil des BGB, den gutgläubigen Erwerb und damit das Sachenrecht des BGB und schließlich das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht und damit das Schuldrecht des BGB betreffen:

1. Regeln zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben;
2. Regeln zum gutgläubigen Erwerb (§ 366 HGB);
3. Regeln zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB), wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist.

Mit diesen Regeln wollen wir uns kurz auseinandersetzen.

*a. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben*

Die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben besagt, dass der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreiben dem Schreiben unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. Widerspricht er nicht, so muss er den bestätigten Vertrag mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt hinnehmen, es sei denn, er wiese die Unredlichkeit des Absenders nach oder, dass das Schreiben von den vorausgegangenen Abreden so weit abweicht, dass der Absender vernünftigerweise nicht auf die Billigung vertrauen konnte. Dabei ist es unerheblich, ob die vorausgegangenen Verhandlungen bereits zu einem festen Vertragsabschluss geführt haben oder nicht (BGHZ 7, 187 (189 f.); K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 1 a).

*i. Die dogmatischen Grundlagen*

Die Frage nach dem Geltungsgrund der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist bis heute nicht abschließend geklärt; nach der früheren herrschenden Meinung galten sie kraft Handelsbrauchs (§ 346 HGB), während inzwischen der Geltungsgrund auch im Gewohnheitsrecht festgemacht wird (Palandt/Heinrichs, § 148, Rdnr. 8). Zutreffend sein dürfte, dass sich die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben aus Handelsbräuchen entwickelt hat, sich aber im Laufe der Zeit zu einer gewohnheitsrechtlichen Norm verfestigt hat, die mittlerweile über den Handelsverkehr hinaus Obliegenheiten statuiert. Schon das Reichsoberhandelsgericht hat die Grundsätze dieser Lehre in ständiger Rechtsprechung herausgeschält, die dann von Reichsgericht und Bundesgerichtshof aufgegriffen und weitergeführt wurden. Aus der Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist so ein Recht des kaufmännischen Bestätigungsschreibens geworden.

**Normzweck:** Überwiegend wird der Rechtssatz vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben als Vertrauensschutznorm eingeordnet. Lässt man nur Rechtsscheinsfälle unter den Vertrauensschutz fallen, so kann in diesem Anknüpfungspunkt angesichts des heutigen Standes der Diskussion keine tragfähige Legitimation mehr gefunden werden. Denn nicht bloß die Bestätigung, sondern auch die einseitige Ergänzung des Vertrages durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist anerkannt; d.h. das Vertrauen des Absenders auf Billigung wird unter Umständen auch dann geschützt, wenn der Absender nicht annimmt, das Schreiben entspreche einer bereits getroffenen Vereinbarung. Es geht vielmehr um objektiven Verkehrsschutz, der aber nichts mit Rechtsscheinhaftung

zu tun hat. Vielmehr geht es um die Schnelligkeit, Leichtigkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 1 c).

**Die dogmatische Konstruktion:** Mannigfaltige Ansätze bietet die rechtsdogmatische Kontroverse um den Vertragsschluss durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben. Das Meinungsspektrum reicht vom Schweigen als Willenserklärung über die Fiktion einer Willenserklärung, der Obliegenheits- oder Pflichtverletzung bis hin zur Annahme eines Vertrauensschutztatbestandes. Dazu ist zu bemerken:

(1) Die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung hilft nicht weiter, da das Schweigen auch relevant ist, wenn keine Willenserklärung, zB wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins, vorliegt. Die Rechtsfolgen werden allein durch die Tatsache des Schweigens auch dann ausgelöst, wenn die Umstände es allein nicht rechtfertigen würden, darin eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten zu erblicken (BGHZ 11, 1 (5)). Auch mit der Fiktion einer Willenserklärung ist letztlich nicht viel gewonnen. Denn gerade der klassische Fall des Bestätigungsschreibens als reine Vertragsbestätigung enthält ja gar kein Angebot zur Vertragsänderung, lässt also eine Willenserklärung des Empfängers gar nicht erwarten. Eine einheitliche Erklärung des Rechtsinstituts ist nur dann möglich, wenn man davon absieht, das Schweigen als Willenserklärung oder auch nur als den Schein einer Willenserklärung anzusehen.

(2) Die Rechtsfolgen auf eine Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurückzuführen, wird regelmäßig deswegen abgelehnt, weil Pflichtverletzungen im allgemeinen nur Schadensersatzansprüche auslösen (Köhler, BGB AT, § 15 III 4; allerdings sei auch an die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht erinnert).

Insgesamt erscheint der praktische Nutzen des dogmatischen Diskurses äußerst zweifelhaft. Vielmehr empfiehlt es sich, klar zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu trennen: Das Schweigen ist nicht Willenserklärung, sondern Tatbestandsmerkmal. Die Rechtsfolge des Unterlassens – Bestand und Inhalt des Rechtsgeschäfts richten sich nach dem Bestätigungsschreiben – ist dann eine kraft Gewohnheitsrechts.

#### *ii. Der personelle Anwendungsbereich*

Das Gewohnheitsrecht des „kaufmännischen“ Bestätigungsschreibens ist sowohl auf Empfänger- wie Absenderseite nicht auf Kaufleute iSd §§ 1 ff. HGB beschränkt. Es gilt auf beiden Seiten für alle im größeren Umfang am Marktgeschehen als selbständige Unternehmer beteiligten Personen (für



Empfänger: BGHZ 11, 1 (3): „Vielmehr genügt es, dass er einen kaufmännischen Betrieb führt oder jedenfalls einen Betrieb, der im größeren Umfange am Verkehrsleben teilnimmt“; für Absender: BGHZ 40, 42 (43 f.) „Eine solche Verpflichtung zum Widerspruch kann für einen Kaufmann nicht nur begründet sein, wenn er das Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns erhält, sondern auch dann, wenn der Absender zwar nicht Kaufmann ist, aber ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird“. Auch nichtgewerbliche Unternehmer (zB. Freiberufler wie Architekten, Apotheker oder Rechtsanwälte) können dem Rechtssatz vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben unterliegen, soweit von ihnen erwartet werden kann, dass sie einem Bestätigungsschreiben widersprechen, wenn sie es nicht gegen sich gelten lassen wollen.

**Beispiel** (vereinfacht nach OLG Köln, CR 1991, 541): Rechtsanwalt R hat mit einem Computerunternehmen telefonisch über Hard- und Software verhandelt. Man ist sich in Grundzügen einig geworden. Das Unternehmen schickte R ein Bestätigungsschreiben, auf das R geschwiegen hatte. Später verweigert R die Leistung entsprechend dem Inhalt des Bestätigungsschreibens: Das OLG Köln entschied: Auch ein Rechtsanwalt, der wie ein Kaufmann in größerem Umfang selbständig am Rechtsverkehr teilnimmt, muss unverzüglich widersprechen; sonst gilt der Inhalt der Bestätigung.

### *iii. Fallgruppen*

Der klassische Fall des kaufmännischen Bestätigungsschreibens liegt vor, wenn das Schreiben einen (angeblich) schon geschlossenen Vertrag nur verbindlich festhalten soll. Das Schreiben nimmt auf Vertragsverhandlungen Bezug, die nach der erkennbaren Auffassung des Absenders bereits zu einem gültigen Abschluss geführt haben. Es kommt aber nicht darauf an, dass der Vertrag wirklich bereits geschlossen war, sondern nur darauf, dass der Absender den Vertrag als geschlossen bestätigt. Denn das Recht vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben will nicht nur den Streit über den genauen Inhalt ausschließen, sondern auch darüber, ob der Vertrag überhaupt schon zustande gekommen ist. Der Empfänger kann also nicht, wenn er sich verschwiegen hat, geltend machen, der Vertrag sei wegen Dissens überhaupt nicht zustande gekommen. Er muss sich vielmehr so behandeln lassen, als wäre der Vertrag von vorneherein mit dem Inhalt, den ihm das Bestätigungsschreiben gibt, zustande gekommen. Erfasst und geheilt werden folgende Fallgruppen (nach Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 23 II 2):

- Fehlen eines Abschlusstatbestandes oder das Vorliegen eines versteckten Dissens
- Mängel der Vertretungsmacht

- Inhaltliche Abweichung zwischen Bestätigungsschreiben und vorgehenden vertraglichen Vereinbarungen

**Beispiel:** V wird bei Verhandlungen zu einem Kaufvertrag mit K von seinem nicht bevollmächtigten Angestellten A vertreten. Im Anschluss an die Verhandlungen erhält V ein Bestätigungsschreiben über den angeblichen Abschluss. Wenn V nicht unverzüglich widerspricht, kann er dem gutgläubigen K gegenüber später nicht mehr geltend machen, A habe keine Vertretungsmacht gehabt. Er muss dann den Vertragsschluss hinnehmen und zwar mit dem Inhalt, den ihm das Bestätigungsschreiben gab. Gerade bei dieser Fallgruppe kann die Lehre vom Bestätigungsschreiben eine Anleihe bei den Vorschriften §§ 75h, 91a, 362 HGB nehmen (Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, Nr. 429).

Allerdings ist die Rechtsentwicklung über Fall des klassischen Bestätigungsschreibens hinaus gegangen und hat den Gewohnheitsrechtssatz über die Bestätigung eines – jedenfalls vermeintlichen – perfekten Vertrags hinaus ausgedehnt. Gleichgestellt wird der dogmatisch ganz anders gelagerte Fall der Ergänzung des Abgesprochenen durch Bestätigungsschreiben. Das Bestätigungsschreiben schließt offen gelassene Nebenpunkte oder es werden AGB einbezogen, auf die nicht schon bei Vertragsschluss Bezug genommen wurde (vgl. BGHZ 7, 187 (190), K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 3 b auch zur Gegenauffassung).

Streng vom Recht des kaufmännischen Bestätigungsschreibens geschieden wird die (modifizierte) Auftragsbestätigung (BGHZ 18, 212 (251 f.); bestätigt BGHZ 61, 282 (285 f.); Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, Nr. 434; krit. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 3 d). Während das kaufmännische Bestätigungsschreiben einen bereits zustande gekommenen - oder doch zumindest nach Ansicht des gutgläubigen Bestätigenden rechtswirksam abgeschlossenen - Vertrag vorwiegend zu Beweis Zwecken inhaltlich festlegen und lediglich in regelungsbedürftigen Nebenpunkten ergänzen soll, der Verfasser mithin nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte davon ausgehen kann, dass der bereits vertraglich gebundene, aber mit dem Inhalt nicht einverständene Empfänger unverzüglich widersprechen wird, liegt die Sach- und Interessenlage bei der sog. modifizierten Auftragsbestätigung grundlegend anders. Hier weiß der bestätigende Vertragsteil, dass ein Vertrag noch nicht zustande gekommen ist, die Auftragsbestätigung vielmehr erst dem Vertragsabschluss dienen soll. Weicht er daher von dem Antrag des Gegners ab, so kann er nicht ohne weiteres damit rechnen, dass die nicht widersprechende Vertragspartei mit der Änderung einverstanden ist; vielmehr ist es seine Sache, klarstellend dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm abändernd vorgeschlagenen Bedingungen Vertragsinhalt werden. Die vom Angebot abweichende Auftragsbestätigung stellt gemäß § 150 Abs. 2

BGB die Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag dar. Schweigen hierauf hat grundsätzlich die Ablehnung des Antrags zur Folge.

*iv. Die weiteren Voraussetzungen*

Das Bestätigungsschreiben muss in engem zeitlichen Zusammenhang mit den vorausgegangenen Vertragsverhandlungen zugehen. Für den Zugang gelten die allgemeinen Regeln über den Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden (§ 130 Abs. 1 BGB); es kommt also nicht darauf an, dass der Empfänger Kenntnis genommen hat, sondern es reicht, dass er unter normalen Umständen Kenntnis nehmen konnte (Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, Nr. 430).

Das Bestätigungsschreiben muss eindeutig und klar abgefasst sein und den Bestätigungswillen erkennen lassen. Die Bezeichnung als Bestätigungsschreiben ist nicht erforderlich, ebenso wenig wie die Verwendung sonstiger bestimmter Formalien. Es schadet auch nichts, wenn das Schreiben unzutreffend als Auftragsbestätigung bezeichnet wurde (BGHZ 54, 236 (239)). Verweist das Bestätigungsschreiben auf AGB, so müssen diese nicht unbedingt beigelegt werden (BGHZ 7, 187 (190 f.)).

Wird unverzüglich – d.h. ohne schuldhaftes Zögern – widersprochen, so hindert dies die Bindung an das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Schweigen oder verspäteter Widerspruch binden dagegen. Praktisch bedeutet dies, dass innerhalb der kurz zu bemessenden Frist widersprochen werden muss. Wer erst nach mehr als einer Woche widerspricht, hat regelmäßig zu spät widersprochen. Im Einzelnen kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalles an, zB auf die Schwierigkeit der Materie.

*v. Die negativen Voraussetzungen*

Die Bindung des Empfängers ist ausgeschlossen, wenn der Absender nach Lage der Dinge nicht darauf vertrauen darf, dass der Empfänger den Inhalt stillschweigend billigt.

(a) Ein Einwand gegenüber dem Bestätigungsschreiben ist die Unredlichkeit des Absenders. Wer in Kenntnis von der Unrichtigkeit des Bestätigungsschreiben den angeblichen Inhalt der Verhandlungen bestätigt, handelt unredlich und kann auf den wahren Vertragsinhalt verwiesen werden (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 19 III 5 a; siehe auch Canaris, Handelsrecht, § 23 II 6, der in bestimmten Fällen Fahrlässigkeit ausreichen lassen will). Die Kenntnis des Vertreters wird

entsprechend § 166 Abs. 1 BGB dem Vertretenen zugerechnet (BGHZ 40, 42 (45 ff.)).

BGHZ 40, 42 (45 ff.) führt hinsichtlich der Frage der Zurechnung aus:

„Von einem redlichen Geschäftsgebaren kann aber auch dann nicht gesprochen werden, wenn ein mit der Führung der Verhandlungen beauftragter Vertreter dem Geschäftsherrn über den Ablauf der Verhandlungen eine in der genannten Weise unrichtige Darstellung gegeben hat, der Geschäftsherr diese Darstellung seinem Bestätigungsschreiben zugrundelegt und, nachdem der Empfänger des Schreibens geschwiegen hat, die Rechtswirkungen eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens für sich in Anspruch nehmen will, mag er selbst auch bei der Abfassung und Absendung des Bestätigungsschreibens gutgläubig gewesen sein. Die Unredlichkeit des Vertreters liegt im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertragsgegner im Gefahrenbereich des Vertretenen. Im bürgerlichen Recht gilt der Grundsatz, dass, »wer sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient, und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile daraus in Kauf nehmen muss und sich nicht der eigenen sauberen Hände rühmen darf, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben« (Raiser, JZ 1961, 26, 27). Eine Stütze für diese Auffassung bildet die Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB. Danach kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, die Person des Vertreters in Betracht. Der Vertretene muss also das Rechtsgeschäft so hinnehmen, als habe er selbst die Kenntnis gehabt. Die Vorschrift bezieht sich unmittelbar zwar nur auf die Kenntnis des Vertreters bei Abgabe seiner Willenserklärung. Die Bestätigung ist dagegen eine Erklärung des Vertretenen und folgt der Willenserklärung des Vertreters nach. Das steht einer sinngemäßen Anwendung der Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB auf Fälle der hier erörterten Art aber nicht entgegen. Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben lässt nicht etwa erst auf Grund einer mit dem Bestätigungsschreiben abgegebenen Erklärung des Vertretenen einen neuen Vertrag entstehen. Es wird vielmehr nur fingiert, dass die von dem Vertreter und dem Gegner abgegebenen Willenserklärungen einen Vertrag des Inhalts begründet haben, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist. Mit diesem Inhalt gilt ein Vertrag zwischen dem Vertreter und dem anderen Teil aber dann nicht als geschlossen, wenn die bestätigende Partei weiß, dass das Bestätigte von dem Verhandelten so abweicht, dass sie mit einer Billigung nicht rechnen kann. Das ist fraglos der Fall, wenn der Vertreter selbst mit Vollmacht des Vertretenen die von ihm angeblich geschlossene Vereinbarung bestätigt. Dann kommt es für die Frage, ob die widerspruchslose Entgegennahme den Vertragsgegner bindet, auf sein eigenes Wissen an (BGH Urt. v. 23. Juni 1955 - II ZR 248/54 - WM 1955, 1284). Aber auch für den Fall, dass der Vertreter zwar nicht selbst bestätigt, jedoch durch falsche Unterrichtung des Vertretenen bewirkt, dass der Vertretene einen Vertrag als geschlossen bestätigt, der tatsächlich nicht oder nicht mit diesem Inhalt vereinbart war, liegt eine Gestaltung vor, die dem in § 166 Abs. 1 BGB geregelten

Sachverhalt entspricht. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein bösgläubiger Vertreter selbst in Vollmacht des eigentlichen Geschäftsherrn die angeblichen Vereinbarungen bestätigt oder ob er auf Grund unrichtiger Mitteilung den gutgläubigen Geschäftsherrn zur Bestätigung eines nicht zustande gekommenen Vertrages veranlasst. Der »gute Glaube« des bestätigenden Vertragsteiles ist eine Voraussetzung dafür, dass der vom Vertreter angeblich geschlossene Vertrag als zustande gekommen gilt. Die rechtlichen Folgen der vom Vertreter abgegebenen Willenserklärung hängen also davon ab, ob der Gegner des Schweigenden gewisse Umstände kennt oder nicht kennt. Nach dem Grundgedanken des § 166 Abs. 1 BGB ist es dabei gerechtfertigt, eine Kenntnis des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen“.

Die praktische Bedeutung des Einwands der Unredlichkeit ist gering. Da der Empfänger die Beweislast trägt, nützt ihm dieser Einwand in der Regel reichlich wenig. Bedeutsamer ist daher der Einwand gravierender Abweichung vom Vorbesprochenen. Hinzu kommt, dass dieser Einwand nur auf den klassischen Fall des Bestätigungsschreibens passt. Seitdem auch die nachträgliche Ergänzung des Vorbesprochenen durch Bestätigungsschreiben zugelassen wird, ist die Berechtigung dieses Einwands fragwürdig (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 5 a).

In der Rechtswirklichkeit bedeutsamer ist der Einwand der gravierenden Abweichung vom Vorbesprochenen (BGHZ 7, 187 (190); 11, 1 (4); 40, 42 (44)). Das Bestätigungsschreiben bleibt ohne „konstitutive“ Wirkung, wenn es vom Inhalt der vorausgegangenen Abrede so weit abweicht, dass der Absender vernünftiger Weise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann. Das ist eindeutig der Fall

- bei Aufnahme von Vertragsregelungen in das Bestätigungsschreiben, die die andere Seite bei den Verhandlungen ausdrücklich abgelehnt hat.
- wenn der Vertrag noch nicht abschlussreif war. In den Worten von Canaris liest sich das so: „Dann ist die Zusendung eines Bestätigungsschreibens nicht eine sinnvolle Klarstellung, sondern eine Unverschämtheit, auf die eine ausdrückliche Ablehnung durch den Adressaten nicht zu erwarten ist“ (Canaris, Handelsrecht, § 23 II 4 a).
- evidente inhaltliche Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Vorbesprochenen.

Lebhaft umstritten ist die Situation bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben. Diese Fälle treten besonders häufig dann auf, wenn sich die Parteien untereinander ihre AGB zusenden. Verkompliziert wird die Lage dann endgültig, wenn die AGB

sog. Abwehrklauseln enthalten, die ihnen im Kollisionsfall den Vorrang vor den Geschäftsbedingungen des Vertragspartners sichern sollen. Eine Lösung bietet einmal die Theorie des letzten Wortes an: Die Bedingungen desjenigen sollen gelten, der zuletzt auf seine AGB verwiesen hat. Im Gegensatz dazu lässt die Konsenstheorie, soweit sich die AGB widersprechen, überhaupt keine AGB gelten. Doch ist das letztlich gar nicht maßgeblich, wenn man sich den Regelungszweck des Rechts vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben vor Augen führt. Das Bestätigungsschreiben kann seine klärende Funktion nicht mehr erfüllen, wenn es zu einem zweiten Bestätigungsschreiben in Konkurrenz tritt. Für jeden der beiden Absender ist erkennbar, dass der andere die Rechtslage anders sieht und mit seinem Schweigen keinesfalls Zustimmung signalisieren will. Die typische Verkehrsschutzsituation, die dem Recht vom Bestätigungsschreiben zugrunde liegt, ist hier nicht gegeben (Canaris, Handelsrecht, § 23 II 4 c; K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 5 c). Die Grundsätze des Bestätigungsschreiben finden also im Allgemeinen keine Anwendung, wenn beide Seiten sich gleichzeitig verschieden bestätigen; eine Ausnahme hiervon macht der BGH aber dann, wenn die Bestätigungsschreiben einander nicht mit unvereinbaren Inhalt gegenüberstehen und eines der beiden lediglich eine zusätzliche Bedingung enthält, deren Aufnahme in das Bestätigungsschreiben den anderen Teil nicht überraschen konnte, mit der er vielmehr rechnen musste (BGH, NJW 1966, 1070).

#### *vi. Die Rechtsfolge*

Die Rechtsfolge besteht darin, dass der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch als Inhalt des Vertrages gilt. In BGHZ 40, 42 (46) hört sich das so an: Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben lässt nicht etwa erst auf Grund einer mit dem Bestätigungsschreiben abgegebenen Erklärung einen neuen Vertrag entstehen. Es wird vielmehr nur fingiert, dass die Willenserklärungen einen Vertrag des Inhalts begründet haben, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist. Die Rechtsfolge auf das Schweigen ist rein deklaratorisch, wenn der Inhalt des Bestätigungsschreibens mit dem Vorbesprochenen übereinstimmt. Im Falle von Abweichungen wirkt sie dagegen konstitutiv vertragsbegründend und inhaltsändernd (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 6). Nicht nur den Inhalt, sondern auch den Bestand des Vertrags schreibt das unwidersprochen gebliebene Schreiben fest. Der Empfänger kann dann nicht mehr geltend machen, dass kein Konsens vorlag oder dass für ihn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

*vii. Die Behandlung von Willensmängeln*

Willensmängel beim vorausgegangenem Vertragsschluss werden durch das Schweigen „geheilt“. Sie können nicht mehr geltend gemacht werden, soweit ihre Geltendmachung mit den Rechtswirkungen des Bestätigungsschreibens unvereinbar wäre. Das gilt auch für das Anfechtungsrecht für Irrtümer bei den Vertragsverhandlungen.

Eine Anfechtung des Schweigens analog § 119 Abs. 1 BGB – deshalb analog, weil es sich beim Schweigen um keine Willenserklärung handelt – kann nicht darauf gestützt werden, der Empfänger habe die Bedeutung des Schweigens nicht erkannt.

In BGHZ 11, 1 (4 f.) heißt es dazu:

Die Unterlassung eines Widerspruches kann nicht nach § 119 BGB wegen Irrtums über die Bedeutung ihres Schweigens angefochten werden. Voraussetzung einer Anfechtung ist, dass eine Willenserklärung vorliegt, mag der Wille nun ausdrücklich erklärt oder nur stillschweigend aus den Umständen zu entnehmen sein. Folgt aber aus einer Handlung oder einer Unterlassung eine Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob ein Wille seitens der betroffenen Partei überhaupt geäußert wird, so kann jedenfalls grundsätzlich für eine Anfechtung kein Raum sein. Der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, der sich auf das Schreiben nicht erklärt, ist deswegen gebunden, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs eine Antwort von ihm erfordert hätten. Die Rechtswirkungen seines Verhaltens werden mithin durch die Tatsache des Schweigens auch dann ausgelöst, wenn die Umstände allein es nicht rechtfertigen würden, in ihnen ohne weiteres einen schlüssigen Ausdruck der Zustimmung zu erblicken. Ist somit die Willensäußerung des Empfängers eines Bestätigungsschreibens bedeutungslos und beinhaltet das Schweigen in Wahrheit keine Willenserklärung, so kann der Beklagten nicht das Recht zugebilligt werden, sich auf einen Irrtum über die Bedeutung des Schweigens zu berufen. Denn ein solcher Einwand, der nur besagt, dass der Beklagte seine kaufmännische Erklärungspflicht nicht gekannt habe, würde der auf der Verkehrssitte beruhenden rechtlichen Fiktion zuwiderlaufen.

Dagegen wird ihm ein Anfechtungsrecht entsprechend § 119 BGB zuzubilligen sein, wenn der Empfänger in Kenntnis der Bedeutung des Schweigens bewusst schwieg, aber den Inhalt des Schreibens falsch verstanden hat, da insoweit ein Inhaltsirrtum vorliegt (offen gelassen in: BGHZ 11, 1 (5 f.)). Allerdings wird in der Lehre gefordert, dem Empfänger die Anfechtung zu versagen, wenn das Missverständnis auf einer Verletzung der im Verkehr erforderlich Sorgfalt beruht (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 6 b; aA wohl Larenz/Wolf, BGB AT, § 30, Rdnr. 49).

Dagegen ist dem Empfänger die Anfechtung wieder zu versagen, wenn er infolge eines Erinnerungsfehlers der irrigen Meinung war, das von ihm richtig verstandene Bestätigungsschreiben stimme inhaltlich mit dem Ergebnis der mündlichen Vereinbarung überein. Denn hier wollte der durch das Schweigen genau das zum Ausdruck bringen, was es besagt, nämlich dass er dessen Inhalt als vereinbart anerkennt. Ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum liegt damit gerade nicht vor. Die irriige Annahme, der Inhalt des Schreibens stimme mit den mündlichen Vereinbarungen überein, ist ein Irrtum auf der Stufe der Willensbildung, also ein grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum. Bei arglistiger Täuschung durch den Absender wird der Empfänger freilich entsprechend § 123 BGB anfechten können (Larenz/Wolf, BGB AT, § 30, Rdnr. 49).

### *b. Die Besonderheiten des § 366 HGB*

Da Einzelheiten zum gutgläubigen Eigentumserwerb und zum Handelsrecht den Inhalt späterer Vorlesungen bilden, kann hier nur in der gebotenen Kürze auf die Besonderheiten des § 366 HGB eingegangen werden. Dabei beziehen sich die Äußerungen im Folgenden nur auf den Grundtatbestand des § 929 S. 1 (in Verbindung mit § 932 BGB), die Tatbestände der §§ 929 S. 2 ff. bleiben außer Betracht.

#### *i. Guter Glaube an das Eigentum*

Ist der Veräußerer Eigentümer der Sache, erlangt der Erwerber gemäß § 929 S. 1 BGB Eigentum an der Sache durch Einigung und Übergabe. Ist nicht der Veräußerer Eigentümer, sondern ein Dritter, so kann der Erwerber immer noch derivativ erwerben, wenn der Veräußerer die Verfügungsbefugnis hat oder später erwirbt (§ 185 BGB). Ist der Veräußerer weder Eigentümer noch zur Verfügung über das Eigentum des Dritten befugt, so bleibt für den Erwerber immer noch die (originäre) Erwerbsmöglichkeit kraft guten Glaubens (§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Erwerbsmöglichkeit setzt voraus:

- Einigung und Übergabe gemäß § 929 S. 1 BGB.
- Guter Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers (§ 932 Abs. 2 BGB).
- Die Sache darf nicht abhanden gekommen sein (§ 935 BGB).

Wichtig ist Folgendes: § 932 BGB schützt nur den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers, nicht den guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit und die Verfügungsbefugnis (Baur/Stürner, 17. Auflage, § 52, Rdnr. 29).



*ii. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis*

Zum letztgenannten Punkt macht § 366 HGB eine Ausnahme, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörende Sache veräußert. Nach dieser Vorschrift genügt für den gutgläubigen Erwerb, dass der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers betrifft, über die Sache des Eigentümers zu verfügen. § 366 HGB schützt also den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.

Der Tatbestand des § 366 Abs. 1 HGB setzt voraus:

- Der Veräußerer muss Kaufmann sein, §§ 1 ff. HGB.
- Die Veräußerung muss im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgen. Der gute Glaube daran, es handle sich um ein Handelsgeschäft des Veräußerers reicht nicht aus, es muss vielmehr tatsächlich ein Handelsgeschäft vorliegen.
- Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.

Im Übrigen müssen alle Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB vorliegen. Insbesondere darf die Sache nicht gemäß § 935 BGB abhanden gekommen sein.

*iii. Guter Glaube an die Vertretungsmacht*

§ 366 HGB geht von der fehlenden Verfügungsbefugnis aus und ersetzt sie durch den guten Glauben des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis. Der Wortlaut der Vorschrift erfasst also nicht den Fall, dass jemand im fremden Namen handelt, ohne Vertretungsmacht zu haben, der Erwerber ihn aber gutgläubig zur Vertretung befugt hält. Die herrschende Meinung wendet dennoch § 366 HGB analog auf den Fall des guten Glaubens an die Vertretungsmacht an. Der Grund: § 366 HGB will im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs einen verstärkten Schutz des gutgläubigen Erwerbers gewährleisten. Für den Erwerber ist es aber häufig schwer festzustellen, ob sein Vertragspartner im eigenen oder fremden Namen handelt und ob Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis vorliegt. Handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, ist allerdings das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft gemäß § 177 BGB (schwebend) unwirksam. Der bisherige Eigentümer hat daher gegen den Erwerber einen Anspruch auf Rückübereignung oder Wertersatz. Dabei ist § 818 Abs. 3 BGB zu beachten.

*c. Die Mängelhaftung beim Handelskauf*

Für den Handelskauf enthalten die §§ 373 ff. HGB Sonderregelungen, die den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht werden sollen. Diese Spezialregeln treten ergänzend neben das Kaufrecht der §§ 433 ff. BGB, vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB. Von praktischem Interesse ist hauptsächlich als Zentralnorm des Handelskaufs, § 377 HGB. Vertiefende Darstellungen erfolgen in späteren Veranstaltungen.

HGB - § 377.

(1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

(3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

(4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

(5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

HGB - § 381.

(1) Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Wertpapieren.

(2) Sie finden auch auf einen Vertrag Anwendung, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat.

*i. Allgemeines*

Im Grundsatz gelten für die Gewährleistung bei Kauf und Werklieferungsvertrag die §§ 434 ff. BGB. Das HGB weicht hiervon nicht ab, aber es legt in § 377 HGB dem Käufer Rügelasten auf, die für die Erhaltung der Gewährleistungsrechte bedeutsam sind. Ist der Kauf für beide Parteien ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen (§ 377 Abs. 1

HGB). Zeigt sich ein Mangel erst später, so muss die Anzeige unverzüglich nach Entdeckung gemacht werden (§ 377 Abs. 3 HGB). Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt (§ 377 Abs. 2, Abs. 3 HS 2 HGB), es sei denn, der Verkäufer hat den Fehler arglistig verschwiegen (§ 377 Abs. 5 HGB).

Die Vorschrift des § 377 HGB dient dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Klarheit und Schnelligkeit der Vertragsabwicklung. Im bürgerlichen Recht verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte nur, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt oder wenn ihm zu diesem Zeitpunkt der vom Verkäufer nicht arglistig verschwiegene Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 BGB). Da § 442 BGB alleine auf den Vertragsschluss abstellt, verliert der Käufer beim BGB-Kauf seine Rechte wegen eines Mangels dagegen grundsätzlich nicht, wenn er den Kaufgegenstand in Kenntnis des Mangel rügelos annimmt (im Gegensatz zu § 464 BGB a.F., der für diesen Fall den Verlust der Gewährleistungsrechte vorsah: vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 442 Rdnr. 4). Ansonsten lebt der Verkäufer für die Dauer der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 BGB) im Ungewissen darüber, ob der Käufer Gewährleistungsrechte geltend macht. Selbst nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche kann darüber gestritten werden, ob Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht (§ 280 Abs. 1 BGB) erhoben werden können (Stichwort: Mangelfolgeschaden). Alles das läuft den Interessen des Handelsverkehrs zuwider. Dementsprechend beschreibt die Rechtsprechung den Zweck des § 377 HGB:

BGHZ 101, 49 (53): Die den Käufer treffende Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge dient nach der ständigen Rechtsprechung nicht nur dem allgemeinen Interesse des Handelsverkehrs an einer raschen und endgültigen Abwicklung von Rechtsgeschäften, sondern in erster Linie den Belangen des Verkäufers, der in die Lage versetzt werden soll, entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen - vor allem zur Schadensabwendung - zu treffen, und davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, mit zunehmendem Zeitablauf nur unsicher feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen.

Von der Rechtsnatur her handelt es sich bei der Rügelast um eine Obliegenheit, nicht um eine Pflicht (herrschende Meinung, z.B. Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, Nr. 474).

*ii. Die Voraussetzungen der Rücklast**(1) Handelskauf*

Das Geschäft muss den Regeln des Handelskaufes unterliegen. Es muss entweder ein Kaufvertrag, ein Tausch (§ 480 BGB), ein Werklieferungsvertrag (§§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB) vorliegen, der Waren oder Wertpapiere zum Gegenstand hat (§ 381 Abs. 1 HGB). Die Einbringung von Sachen als Einlage in eine Gesellschaft fällt also mangels Umsatzgeschäfts nicht unter den Handelskauf (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 I 1 c).

*(2) Beiderseitiges Handelsgeschäft*

Gemäß § 377 Abs. 1 HGB muss es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handeln, § 377 HGB findet also nach herrschender Meinung nur dann Anwendung, wenn beide Teile Kaufleute sind (§ 1 ff. HGB) und das Geschäft zum Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes gehört (§ 343 Abs. 1 HGB), wofür die Vermutung des § 344 HGB streitet (aA. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 2 b, der die Vorschrift auf alle Unternehmensträger ausdehnen will, also auch auf Ärzte und Rechtsanwälte, die mangels Gewerbebetriebs keine Kaufleute sein können, vgl. § 1 Abs. 1 HGB).

*(3) Ablieferung der Ware*

Die Ware muss abgeliefert sein. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die Ware derart in den Machtbereich des Käufers verbracht wird, dass dieser sie untersuchen kann (BGH, ZIP 2000, 456 (457)).

Lebhaft umstritten war bisher der Zeitpunkt der Ablieferung von Standard-Software. Der BGH hat die Frage nunmehr geklärt und entschieden: Auch beim Kauf von Standard-Software ist die Kaufsache mangels anderweiter Vereinbarung dann „abgeliefert“, wenn sie vom Verkäufer in Erfüllungsabsicht derart in den Machtbereich des Käufers gebracht wird, dass dieser sie auf das Vorhandensein von Mängeln untersuchen kann (BGH, ZIP 2000, 456). Zur Begründung führte er aus:

BGH, VIII ZR 299/98, ZIP 2000, 456 (458 f.): Nach einer verbreiteten Ansicht in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der juristischen Literatur soll allerdings die - allein oder zusammen mit entsprechender Hardware - verkaufte Software nicht bereits mit deren Verbringung in den Machtbereich des Käufers, regelmäßig also mit ihrer Übergabe, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt „abgeliefert“ (§ 377 Abs. 1 HGB, § 477 Abs. 1 BGB a.F.) sein. Teilweise wird

befürwortet, die Ablieferung erst nach Durchführung eines im wesentlichen ungestörten Probelaufs anzusetzen. Andere vertreten eine weitergehende Auffassung, wonach die „Ablieferung“ im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB und § 477 Abs. 1 BGB a.F. voraussetze, dass die Software im Betrieb des Käufers in einer ausführlichen Erprobungsphase letztlich fehlerfrei gelaufen sei.

Zur Begründung verweisen beide Meinungen darauf, dass die Feststellung von Mängeln insbesondere bei komplizierter Software schwierig und zeitaufwendig sei. Der BGH vermag indessen keiner dieser Ansichten zu folgen. Auch beim Kauf von Software bleibt es grundsätzlich dabei, dass die Kaufsache abgeliefert ist, wenn sie in einer ihre Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt ist. Für eine Sonderregelung hinsichtlich der Ablieferung beim Kauf von Software fehlt es an einer rechtlichen Grundlage. Beide vorgenannten Ansichten führen zu einer Verwischung der Unterschiede zwischen der werkvertraglichen Abnahme im Sinne von § 640 BGB und der kaufrechtlichen Ablieferung im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB und § 477 Abs. 1 BGB a.F. Dem Kaufrecht liegt das Bestreben nach Klarheit und möglichst schneller Regulierung von Mängeln der Kaufsache zugrunde; dies gilt verstärkt unter Kaufleuten. Diesem gesetzlichen Anliegen würde das Hinausschieben des Zeitpunktes der Ablieferung auf einen letztlich unbestimmten Zeitpunkt widersprechen.

Für eine Sonderregelung der Abwicklung beim Kauf von Software ist schließlich auch kein hinreichendes Bedürfnis anzuerkennen. Die zweifellos vorhandenen Schwierigkeiten bei der Entdeckung von Mängeln insbesondere bei umfangreicher und differenzierter Software und entsprechenden EDV-Anlagen bestehen in ähnlicher Weise auch beim Kauf anderer komplizierter technischer Anlagen. Ihnen kann anstatt durch Hinausschieben des Zeitpunktes der Ablieferung in einer die Interessen des Käufers wahrenen Weise auch durch hinreichend großzügige Bemessung der Untersuchungsfrist des § 377 Abs. 1 HGB Rechnung getragen werden. Auch der dem Käufer zur rechtzeitigen Unterbrechung der sechsmonatigen Verjährungsfrist seit Ablieferung der Software (§ 477 Abs. 1 BGB a.F.) zur Verfügung stehende Zeitraum ist ausreichend für die Feststellung von Mängeln. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass beim ersten Auftreten von Mängeln der gelieferten Software üblicherweise der Verkäufer im Einvernehmen mit dem Käufer die Fehler zu beseitigen versucht, was nach ständiger Rechtsprechung eine Hemmung des Laufes der Verjährungsfrist entsprechend § 639 Abs. 2 BGB a.F., unter Umständen sogar ihre Unterbrechung aufgrund eines Anerkenntnisses zur Folge hat. Haben die Kaufvertragsparteien indessen zusätzlich die Installation der gekauften Software auf der EDV-Anlage des Käufers oder die Einweisung des Personals des Käufers durch den Verkäufer vereinbart, so ist die Ablieferung allerdings erst mit Erbringung dieser Zusatzleistungen erfolgt.

#### *(4) Mangelhaftigkeit der Lieferung*

Die mangelhafte Lieferung begründet die Rüge last. Auch bei Nachlieferung, bei beanstandeter früherer Lieferung oder nach Abschluss von Nachbesserungsarbeiten ist der Käufer zwecks Erhalts seiner Gewährleistungsansprüche gemäß § 377 Abs. 1 HGB gehalten, die Sache unverzüglich erneut zu untersuchen und etwa verbliebene oder auch neue Mängel ebenfalls unverzüglich zu rügen (BGH, ZIP 2000, 456 (459)). Vor der Schuldrechtsreform wurde mit Blick auf den engen Sachmangelbegriff des BGB, der etwa die Aliud-Lieferung nicht mitumfasste, gelehrt, der Mangelbegriff des § 377 Abs. 1 HGB beschränke sich nicht auf den Sachmangelbegriff des BGB. Zwar bestehe nach § 377 Abs. 1 HGB die Rüge pflicht, wenn ein Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts vorliege, jedoch seien auch darüber hinaus die Rüge pflicht begründende Mängel denkbar. Mit der Ausdehnung des Sachmangelbegriffs im Zuge der Schuldrechtsreform, der nunmehr unter anderem auch auf Montage- und Montageanleitungsmängel sowie Aliud- und Mankolieferungen erstreckt wird (vgl. § 434 Abs. 2, 3 BGB), ist dies jedoch erledigt. Der Mangelbegriff des § 434 BGB wird den hinter § 377 HGB stehenden Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht und deckt sich daher nunmehr mit dem Mangelbegriff des § 377 HGB.

#### *iii. Inhalt und Erfüllung der Rüge last*

Der Wortlaut des § 377 HGB spricht von einer doppelten Obliegenheit: Der Käufer muss die Ware untersuchen und hat einen Mangel durch Anzeige zu rügen. Für das Verhältnis zum Verkäufer ist indes bloß die Rüge last von Bedeutung. Der Rechtsverlust beim Käufer tritt nicht ein, weil er die Ware nicht untersucht hat, sondern stets nur, weil er die Rüge versäumt hat. Das bedeutet nicht, dass die Untersuchungslast bedeutungslos wäre, aber der Rechtsverlust des Käufers kann unmittelbar hierauf nie gestützt werden. Nur für die Rechtzeitigkeit der Rüge kann es von Bedeutung sein, ob ein Mangel bei rechtzeitiger Untersuchung erkennbar gewesen wäre (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 3).

1. Nach § 377 HGB soll der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen, soweit dies nach dem ordentlichen Geschäftsgang tunlich ist. Unverzüglich bedeutet dasselbe wie bei § 121 BGB, nämlich ohne schuldhaftes Zögern. Die Verletzung der Untersuchungsobliegenheit ist für sich alleine folgenlos. Wer eingegangene Ware nicht untersucht, spielt mit seinem Glück. Ist die Ware mangelfrei oder war der Mangel auch bei rechtzeitiger Untersuchung nicht erkennbar, so verliert der nachlässige Käufer keine Rechte. Ist die Ware

mangelbelastet, treffen den Käufer die Folgen des § 377 HGB, aber nicht wegen der unterbliebenen Untersuchung, sondern weil er die Rüge versäumt hat.

2. Hinsichtlich der Rügelast unterscheidet das Gesetz zwischen Mängeln, die bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung erkennbar sind (§ 377 Abs. 1 HGB) und solchen, die auch nicht bei ordnungsgemäßer Untersuchung erkannt werden können (§ 377 Abs. 3 HGB). Im ersten Fall muss unverzüglich nach der Ablieferung die Ware untersucht und ggf. gerügt werden, im zweiten Fall unverzüglich, nachdem sich der Mangel gezeigt hat. Unverzüglich bedeutet wieder dasselbe wie bei § 121 BGB. Mit Abs. 3 kann nicht jeder Mangel gerügt werden, der sich erst später zeigt, vielmehr gilt Abs. 3 nur für diejenigen Mängel, die nicht schon nach Abs. 1 gerügt werden mussten. Eine Rüge nach Entdeckung des Mangels nach Abs. 3 ist nicht mehr ausreichend, wenn der Mangel bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätte erkannt werden müssen (Abs. 1), da dann die Ware bereits nach Abs. 2 genehmigt ist. Abs. 3 erfasst demnach die sog. versteckten Mängel.

3. Die Frist für die Rüge wird außerordentlich kurz bemessen. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit einer Mängelrüge zu stellen sind, kann letztlich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden. Die Rechtsprechung hält daran fest, dass der Käufer, der seine Gewährleistungsansprüche wahren möchte, nicht eine in alle Einzelheiten gehende, genaue und fachlich richtige Bezeichnungen verwendende Rüge formulieren muss. Es genügt vielmehr, wenn ihr der Verkäufer aus seiner Sicht, ohne dass es auf die Verständnismöglichkeit eines außenstehenden Dritten ankäme, entnehmen kann, in welchem Punkt der Käufer mit der gelieferten Ware - als nicht vertragsgemäß - nicht einverstanden ist. Maßgebende Richtschnur ist dabei der Sinn der dem Käufer vom Gesetzgeber auferlegten Obliegenheit zur Mängelrüge. Der Verkäufer soll angesichts der Beweisnot, in die er mit zunehmendem Zeitablauf zu geraten droht, in die Lage versetzt werden, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden. Es bedarf danach nicht so sehr der Aufdeckung der Ursachen des Fehlers als vielmehr seiner Beschreibung (BGH, NJW 1986, 3136 (3137)).

4. Die Rüge ist empfangsbedürftig. Die rechtzeitige Absendung genügt gemäß § 377 Abs. 4 HGB zur Fristwahrung.

*iv. Die Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses*

1. Nach § 377 Abs. 2, Abs. 3 HS 2 HGB gilt die Ware als genehmigt, d.h. sie gilt als vertragsgemäß. Rechtstechnisch kann man diese Vorschrift als Fiktion einordnen (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 5 a). Der Mangel ist vorhanden, aber die Ware gilt als mangelfrei. Ein Mangel kann nicht mehr geltend gemacht werden. Die Verletzung der Rügeobliegenheit nimmt den Käufer aber nicht nur die Rechte aus §§ 434 ff. BGB. Der Käufer kann aus dem Mangel keinerlei Rechte mehr herleiten, weder aus § 119 Abs. 2 BGB, Unmöglichkeit, Leistungsverzögerung etc. Der Verlust von Rechten durch das Rügeversäumnis erfasst aber nur diejenigen Rechte, die sich aus der Mangelhaftigkeit herleiten. Vor allem bei Mangelfolgeschäden kann dies zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen. Die Verletzung der Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 1 HGB hat nicht den Verlust deliktischer Ansprüche wegen einer durch die Schlechtlieferung verursachten Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter des Käufers zur Folge (BGHZ 101, 337).

2. Die Rechte des Verkäufers bleiben durch die Nichtrüge unberührt. Er kann grundsätzlich den vollen Kaufpreis verlangen.

3. Kein Rechtsverlust für den Käufer tritt ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dafür genügt es nicht, dass der Verkäufer den Mangel kannte, sondern es muss hinzukommen, dass er wusste oder damit rechnete, der Käufer werde die Ware bei Kenntnis des Mangels nicht als Erfüllung annehmen.

*v. Die Rechtsfolgen rechtzeitiger Rüge*

Die rechtzeitige Rüge verschafft keine neuen Rechte, aber sie erhält dem Käufer die Rechte wegen mangelhafter Lieferung.

**6. Verbraucherkredit (§§ 491 bis 507 BGB)**

Schon vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs sah sich der Gesetzgeber gehalten, für den Verbraucherbereich mit dem Abzahlungsgesetz eine Sonderregelung festzuschreiben, die der besonderen Anfälligkeit der Verbraucher für unbedachte Kreditaufnahmen Rechnung tragen sollte. An die unbedachte Aufnahme von Geldkrediten hatte der Gesetzgeber aber dabei noch nicht gedacht. Das tat er erst mit dem am 1. Januar 1991 in Kraft getretenen Verbraucherkreditgesetz, das das Abzahlungsgesetz ablöste. Angehalten wurde er dazu durch eine Richtlinie des Rates der EG vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und



Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG, AMTSBLATT NR. L 042 VOM 12/02/1987 S. 0048; geändert und ergänzt durch Richtlinie des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (90/88/EWG, AMTSBLATT NR. L 061 VOM 10/03/1990 S. 0014) und durch Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (98/7/EG, AMTSBLATT NR. L 101 vom 1. April 1998 S. 17).

Im Rahmen der Schuldrechtsreform schließlich hat der Gesetzgeber - geleitet von dem Gedanken, der Zersplitterung des Zivilrechts durch zahlreiche neben dem BGB stehende verbraucherschützende Sondergesetze ein Ende zu setzen - das Verbraucherkreditgesetz weitgehend inhaltlich unverändert in das BGB überführt (§§ 491 bis 507 BGB). Diese in das Gelddarlehensrecht des BGB integrierten Vorschriften regeln nunmehr alle Kreditformen, mit denen sich gewerbliche Kreditgeber und Kreditvermittler an natürliche Personen als Kreditnehmer wenden, wenn dem Kredit entweder ein privater Konsumzweck zugrunde liegt oder ein Kredit bis zu 50.000 € zu einer Existenzgründung verwendet werden soll (§§ 491, 507 BGB). Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts sind unter anderem Nettokredite bis zu 200 € Zahlungsaufschübe bis zu drei Monaten, Arbeitgeberkredite mit Zinsen, die unterhalb der marktüblichen Zinsen liegen, Wohnungsbauförderdarlehen und bei bestimmten Voraussetzungen grundpfandrechlich gesicherte Kredite. Das alles ergibt sich aus den §§ 491 Abs. 2, 3, 499 Abs. 1, 3 BGB.

Die Sicherung vor unbedachter Kreditaufnahme versucht das Verbraucherkreditrecht dadurch zu realisieren, dass es dem Verbraucher einerseits ein Reurecht in Form eines Widerrufsrechts nach § 355 BGB einräumt (§ 495 BGB) und andererseits ein Form- und Transparenzgebot formuliert (§§ 492, 502 BGB), mit dem dem Verbraucher die Informationen zur Verfügung gestellt werden sollen, die eine vernünftige Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Kredits nach Vorstellungen des Gesetzgebers ermöglichen. Insoweit setzt der Gesetzgeber auf ein Marktmodell. Er trägt lediglich Sorge dafür, dass den Marktteilnehmern die Informationen zur Verfügung gestellt werden, die ein rationales Verhalten auf dem Markt ermöglichen.

Die einzelnen Erfordernisse findet man in §§ 492 und 502 BGB (unbedingt lesen!). Für den Kreditkauf, das Ratenzahlungsgeschäft, werden folgende Angaben verlangt:

- der Barzahlungspreis;
- der Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen einschließlich Zinsen und sonstiger Kosten);
- Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen;
- der effektive Jahreszins;
- die Kosten einer Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird;
- die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit.

Von besonderer Bedeutung ist die Angabe des effektiven Jahreszinses. Mit ihm soll ein einheitlicher Vergleichsmaßstab für Kredite geschaffen werden. In ihm soll die in einem Vomhundertsatz des Nettokreditbetrages (bei Geldkrediten) oder des Barzahlungspreises (bei Leistungskrediten) gemessene Gesamtbelastung pro Jahr zum Ausdruck gebracht werden. Wie das geschehen kann, haben wir schon im Zusammenhang mit dem wucherähnlichen Ratenkredit ausgeführt.

**Ceterum censeo:** Die Handhabung eines Tabellenkalkulationsprogramms gehört zur Allgemeinbildung und damit auch zur Bildung der Juristen (wenigstens der jüngeren Generation).

Bedauerlicherweise enthält das Transparenzgebot beim Ratenkauf ein Schlupfloch. Wer ausschließlich Kreditkäufe anbietet, ist von der Angabe des Barzahlungspreises und des effektiven Jahreszinses befreit (§ 502 Abs. 1 S. 2 BGB).

#### *a. Verletzung des Transparenzgebots*

An die Verletzung des Form-, Transparenz- und Informationsgebots knüpft das Gesetz recht unterschiedliche Folgen, die wir §§ 494, 502 Abs. 3 BGB entnehmen können. Wird die Schriftform nicht gewahrt, ist der Vertrag nichtig. Werden die Transparenz- und Informationsgebote verletzt, wird der Kreditkauf geheilt, wenn die Kaufsache geliefert wird. Allerdings finden jetzt verschiedene Anpassungen statt. Die einfachste gilt für die nicht genannten Sicherheiten. Sie müssen nicht gewährt werden. Die schwierigeren finden sich für die Preisgestaltung. Hier finden Anpassungen statt, für die der gesetzliche Zinssatz und der effektive Jahreszins eine wichtige, aber nicht immer leicht zu durchschauende Rolle spielen. Das wollen wir an Fallbeispielen näher beleuchten.

*b. Fälle zu den Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben*

Mit den Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben nach dem Verbraucherkreditrecht habe ich mich in einem Beitrag zur Festschrift für Günther Jahr befasst (Ungereimtes bei den Rechtsfolgen fehlender und falscher Effektivzinsangaben nach dem Verbraucherkreditgesetz, in: Festschrift für Günther Jahr, 1993, S. 367 bis 400). Ich nutze meine dortigen Ausführungen als Steinbruch für Diskussion und Lösung der in der Vorlesung vorgestellten Beispielfälle. Dabei orientiere ich mich nicht mehr am Verbraucherkreditgesetz, sondern an den seit dem 1.1.2002 geltenden Regelungen des Verbraucherkreditrechts im BGB. Die Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben sind auch jetzt noch ungereimt.

Die Beispielfälle kreisen um folgenden Kredit:

- Nettokredit 10.000,00
- Zinsen (mon. 0,55 %) 1.980,00
- Gebühren (2 %) 200,00
- Kreditkosten 2.180,00
- Kreditbetrag 12.180,00
- Monatliche Raten 339,00
- 1. Rate am 1.12.2002 315,00
- 36. Rate am 1.11.2005 339,00
- Effektiver Jahreszins 14,20%

In der ersten Variante sieht sich ein Richter mit dem Begehren konfrontiert, festzustellen, dass keine Raten in der angegebenen Höhe geschuldet werden, weil der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben sei. In Wirklichkeit betrage er 18%.

Hier muss der Richter, ob er will oder nicht, sich mit dem Konzept des effektiven Jahreszinses und seiner korrekten Berechnung auseinandersetzen. § 494 Abs. 3 BGB zwingt ihn dazu. Wenn er den effektiven Jahreszinssatz nicht selbst berechnen kann, muss er sich zur Berechnung der Hilfe eines Sachverständigen bedienen. Wir wissen inzwischen, dass es mit einer Tabellenkalkulation und einem Makro kinderleicht ist, den effektiven Jahreszinssatz beliebiger Ratenkredite zu berechnen. In der elektronischen Dokumentation des Bürgerlichen

Vermögensrechts können Sie die Sache mit dem Aufruf von EXCEL und einem vorbereiteten Tabellenblatt testen!

Der nach der PreisangabenVO 2000 berechnete effektive Jahreszinssatz beträgt 14,10%. Der errechnete effektive Jahreszins ist niedriger als der von der Bank angegebene Zinssatz. An eine Abweichung der Angabe nach oben knüpft das Gesetz keine Rechtsfolgen. Die Klage ist abzuweisen.

Schwieriger wird die Sache, wenn der effektive Jahreszinssatz zu niedrig oder gar nicht angegeben ist. Das kann bei einem Geldkredit wie bei einem Sachkredit der Fall sein. Wir orientieren uns an dem schon geschilderten Kredit und differenzieren zwei Fälle. In dem einem Fall wird ein Geldkredit zum Erwerb einer Stereoanlage aufgenommen, in dem anderen die Stereoanlage auf Raten gekauft.

Die Konditionen für den Geldkredit stimmen mit denen überein, die wir gerade angesprochen haben. Die Konditionen des Ratenzahlungskaufs lauten:

- Barzahlungspreis 10.000,00
- Teilzahlungspreis 12.180,00
- Monatliche Raten 339,00
- 1. Rate am 1.12.2002 315,00
- 36. Rate am 1.11.2005 339,00

Beide Fälle werden so variiert, dass einmal kein effektiver Jahreszinssatz und zum anderen ein effektiver Jahreszinssatz von 12% angegeben ist.

### *c. Die gesetzliche Regelung im ersten Zugriff*

Das Fehlen der Angabe des effektiven Jahreszinssatzes in einem Verbraucherkreditvertrag, sei es in einem Kreditvertrag über Geldleistungen, sei es in einem Kreditvertrag über sonstige Leistungen, führt zur Nichtigkeit des Vertrages (§§ 494 Abs. 1 und 502 Abs. 3 Satz 1 BGB). Werden die Kreditleistungen jedoch in Anspruch genommen, so wird der nichtige Vertrag gültig - allerdings nicht zu den ursprünglich ausbedungenen Gegenleistungen, sondern zu Gegenleistungen, für deren Bemessung der gesetzliche Zinssatz eine Rolle spielt. Dies ist für den Geldkredit in § 494 Abs. 2 und für den Sachkredit in § 502 Abs. 3 Satz 2 BGB geregelt.

Eine falsche Effektivzinsangabe ist folgenlos, solange der effektive Jahreszinssatz zu hoch angegeben ist. Die Angabe eines zu niedrigen effektiven Jahreszinssatzes

hat Folgen. Sie führt allerdings nicht zur Nichtigkeit des Kreditvertrages, sondern zur Minderung der Gegenleistung „um den Vomhundertsatz, um den der effektive Jahreszins ... zu niedrig angegeben ist“ (§§ 494 Abs. 3, 502 Abs. 3 Satz 6 BGB). Dabei ist der Ansatzpunkt für die Minderung beim Geldkredit „der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Zinssatz“ und beim Sachkredit der Teilzahlungspreis. Über die Notwendigkeit einer Ratenanpassung schweigt § 502 Abs. 3 Satz 6 BGB sich aus.

Im Folgenden wollen wir versuchen, den Regelungsgehalt der in den genannten Vorschriften getroffenen Anordnungen zu erfassen. Der Versuch führt bei der Feststellung des vom Gesetzgeber Gesagten<sup>1</sup> zu Unklarheiten und Offenheiten, bei der Feststellung des vom Gesetzgeber Gewollten<sup>2</sup> zu rechtspolitisch Fragwürdigem, zu Ungereimtheiten und zu Wertungsinkonsistenzen. Die Fragen lauten alsdann: Welche Lösungen können dem Rechtsanwender de lege lata empfohlen werden? Welche Lösungsmöglichkeiten bleiben dem Spruch des Gesetzgebers de lege ferenda vorbehalten? Mit diesen Fragen<sup>3</sup> sprechen wir ein Kernproblem der juristischen Methoden- und Begründungslehre an.

Wir beginnen mit den Folgen der fehlenden Angabe.

#### *d. Fehlende Angabe des effektiven Jahreszinssatzes*

Fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes bei einem Geldkredit, so ordnet, wenn der Kredit in Anspruch genommen wird, § 494 Abs. 2 BGB zweierlei an: Der „dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Zinssatz (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4)“

- 
1. Dabei geht es um die Analyse des Gesetzestextes als nicht nur isoliertes sprachliches Gebilde, sondern auch als Bestandteil eines Satzsystems. Vgl. dazu Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 437 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Kapitel 4 (2 a und b); zu den bedeutungstheoretischen Grundlagen Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, § 16.
  2. Das ist der zweite Bindungspol der gesetzesgebundenen Rechtsanwendung. Vgl. Rüßmann, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Behrends/Diebelhorst/Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 35, 41 ff.
  3. Sie richten sich beide auf das Vernünftige (Gerechte) einer Lösung, das vom Gesetzgeber mit größerem Spielraum zur Geltung gebracht werden kann als vom gesetzesgebundenen Rechtsanwender. Für den Rechtsanwender leitet es die Ausfüllung von Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielräumen.

ermäßigt sich auf den gesetzlichen Zinssatz. Die vereinbarten Teilzahlungen sind neu zu berechnen. Fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes bei einem Teilzahlungsgeschäft, so ordnet, wenn die Leistung erbracht wird, § 502 Abs. 3 Satz 3 BGB nur eines an: Der Barzahlungspreis ist mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Von einer Neuberechnung der vereinbarten Teilzahlungen ist nicht die Rede.

*i. Das vom Gesetzgeber Gesagte*

Suchen wir das vom Gesetzgeber Gesagte festzuhalten, stehen wir auf sicherem Grund nur mit Blick auf die Neuberechnungsanordnung für die vereinbarten Teilzahlungen eines Geldkredits und das Fehlen einer Neuberechnungsanordnung für die vereinbarten Teilzahlungen eines Sachkredits. Wir wähen uns womöglich noch sicher mit Blick auf die Verzinsung des Barzahlungspreises zum gesetzlichen Zinssatz. Wer wüsste nicht, was es heißt, eine Forderung zu verzinsen? Doch könnten wir uns hier schon täuschen. Ist etwa der gesamte (nominelle) Barzahlungspreis während der in Aussicht genommenen Kreditzeit mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen, oder gilt die Verzinsungspflicht nur für den noch nicht zurück gezahlten Teil des Barzahlungspreises?

Schwierigkeiten macht uns der Normtext auch bei der Ermittlung dessen, was „der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Zinssatz“ sei. Ist es der dem Vertrag (verdeckt, aber tatsächlich) zugrunde liegende effektive Jahreszinssatz, oder ist es ein Zinssatz, den der Kreditgeber den Berechnungen im Kreditvertrag (offen, aber irreführend) zugrunde legt? Der isolierte Text des § 494 Abs. 2 Satz 2 BGB ist trotz der ausdrücklichen Verweisung auf § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4 BGB für beide Lösungen offen. Erst die sich aus der Gegenüberstellung von Nr. 4 und Nr. 5 in § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB ergebende Differenzierung zwischen dem Zinssatz und dem effektiven Jahreszins enthält einen Fingerzeig dahin, dass nicht der effektive Jahreszins, sondern ein anderer Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz ermäßigt werden soll. Ein weiteres Indiz für diese Auffassung kann man darin sehen, dass der Gesetzgeber die Anordnung der Ermäßigung des effektiven Jahreszinses auf den gesetzlichen Zinssatz viel einfacher hätte ausdrücken können. Schließlich wissen wir, dass in die Ermittlung des effektiven Jahreszinses die mithilfe des dem Vertrag zugrunde gelegten Zinssatzes errechneten Zinsen (Kreditgebühren) und die weiteren Kosten wie etwa Vermittlungsgebühren und Bearbeitungsgebühren eingehen. Die Bezugnahme auf eine Teilkomponente des effektiven Jahreszinses kann deshalb schlecht eine Bezugnahme auf den effektiven Jahreszins sein, zumal für das Fehlen der Angaben zum dem Verträge zugrunde gelegten Zinssatz und zu sonstigen Komponenten des effektiven Jahreszinssatzes in § 494 Abs. 2 BGB unterschiedliche Rechtsfolgen angeordnet werden. Die Sprachanalyse deutet

deshalb auf den vom Kreditgeber angegebenen Zinssatz (Nominalzinssatz). Viel weiter kommen wir damit aber noch nicht.

Nach dem Gesagten soll der dem Vertrag zugrunde gelegte Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz beschränkt werden. Fragen wir danach, wie das geschehen soll, lässt uns die Sprachanalyse im Stich, weil sie uns keine Auskunft darüber gibt, ob mit dem auf den gesetzlichen Zinssatz beschränkten Nominalzinssatz so weiter gerechnet werden soll, wie der Kreditgeber das mit einem von ihm genannten Nominalzins über die gesamte Nettokreditsumme ohne Berücksichtigung von Tilgungsleistungen tut, oder ob der gesetzliche Zinssatz als effektiver Jahreszinssatz in die Formel der PreisangabenVO Eingang finden soll mit der Folge, dass Raten nur in der Höhe geschuldet werden, dass die Summe aller abgezinsten Raten den Nettokreditbetrag ergibt. Mit sprachlichen Erwägungen erweist sich weder die erste Möglichkeit als geboten noch die zweite Möglichkeit als verboten und umgekehrt.

*ii. Das vom Gesetzgeber für den Geldkredit Gewollte*

Gewollt hat der Gesetzgeber wohl die erste Möglichkeit. Zwar finden wir dazu keine eindeutigen Belege in den offiziellen Gesetzesmaterialien. Im Gegenteil: Die wenigen Bemerkungen in der amtlichen Begründung des in diesem Bereich unverändert gebliebenen Regierungsentwurfs zum Verbraucherkreditgesetz sprechen für die Absicht des Gesetzesinitiators, eine Verzinsung zum gesetzlichen Zinssatz anzuordnen und damit eben nicht den gesetzlichen Zinssatz zu einer bloß fiktiven Rechengröße zu machen. Nachdem die Lösungen 'Abwicklung des nichtigen Kreditvertrages nach Bereicherungsrecht (sofortige Rückzahlung des Kapitals)' und 'zinslose Belassung des Kapitals' verworfen werden, heißt es in der amtlichen Begründung:

„Die angestrebte Regelung stellt einen angemessenen Kompromiss dar. Sie belässt dem Verbraucher das Kapital für die vereinbarte Laufzeit ... . Der Kreditgeber, der es in der Hand hat, die Einhaltung der Formvorschrift und Mindestangabepflicht zu beachten, wird demgegenüber mit Sanktionen belastet, die sich an dem Schutzzweck der jeweiligen Pflicht orientieren. Soweit Kredite mit einer Verzinsung durch den gesetzlichen Zinssatz vergeben sind, bleibt ein Verstoß gegen die Pflicht zur Angabe des Nominalzinses oder des Effektivzinses nach Darlehensauszahlung grundsätzlich ohne Rechtsfolgen.“

So haben anscheinend auch die Experten die Regelung verstanden, die der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages um eine Stellungnahme und zu einer öffentlichen Anhörung mit u.a. der Frage (16) geladen hatte: „Reichen die Rechtsfolgen von Formmängeln bei Kreditverträgen ... aus?“ Umstritten war unter

den Experten, ob überhaupt eine Verzinsung und, wenn ja, zu welchem Zinssatz eine Verzinsung vorgenommen werden sollte. Man ging aber wie selbstverständlich davon aus, dass es, bei welchem Zinssatz auch immer, um eine Effektivverzinsung gehen müsse. Doch deutet die Kommentierung dessen, der in der Ministerialbürokratie mit der Umsetzung der Verbrauchercreditrichtlinie in ein Verbrauchercreditgesetz betraut war, in die andere Richtung. Und dabei handelt es sich gerade um die Person, aus deren Feder die amtliche Begründung stammen dürfte. Bei Seibert, Handbuch zum Verbrauchercreditgesetz, 1991, § 6 Rdnr. 6, können wir lesen:

„Der dem Vertrag zugrunde gelegte Zinssatz ist der gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 d zu benennende Nominalzins. Diese Bezugnahme soll die Anwendung der Vorschrift erleichtern. Bei Ratenkrediten ist dieser Zinssatz ohnehin niedrig, da er auf einen fiktiven Anfangskapitalbestand (ohne Berücksichtigung der während des Jahres laufenden Tilgungen) berechnet wird. Bei Ratenkrediten wirkt sich folglich die Absenkung auf den gesetzlichen Zinssatz erheblich weniger stark aus als bei Nichtratenkrediten, was eine unerfreuliche Unstimmigkeit ist.“

Wenn die ausgelegten Kredite effektiv zum gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen wären, könnte es zu der beklagten Unstimmigkeit nicht kommen. Folglich hat der „Vater des Gesetzes“ entweder falsch gedacht oder aber die Verzinsung zum gesetzlichen Zinssatz als Nominalzinssatz in Fortführung der Berechnung ohne Tilgungsleistungen angestrebt. Die „unerfreuliche Unstimmigkeit“ wäre, entspräche sie dem gesetzlich Angeordneten, eine rechtspolitische Fehlleistung ersten Ranges und eine Täuschung des rechtsuchenden Bürgers zugleich. Ihm wird im Normtext suggeriert, dass sich seine Zinsbelastung für den in Anspruch genommenen Kredit auf den gesetzlichen Zinssatz beschränke. In Wirklichkeit würde das nach dem vom Gesetzgeber Gewollten vielleicht für den Sachkredit stimmen, nicht aber für den Geldkredit. Beim Geldkredit gäbe man der Verbraucherirreführung durch die Geldinstitute Raum, die mit der Angabe von nominellen Monatszinssätzen zu Milchmädchenrechnungen (0,5% Monatszins macht (12 mal 0,5 gleich) 6% Jahreszins) verführen und dafür schließlich noch belohnt würden, indem die Rückführung auf den gesetzlichen Zinssatz just diese fiktiven Monatszinssätze zum Ausgangspunkt nähme.

### *iii. Das vom Gesetzgeber für den Sachkredit Gewollte*

Bevor wir uns die Folgen des nach Seibert vom Gesetzgeber für den Geldkredit Gewollten genauer ansehen, wollen wir nach dem fragen, was er für den Sachkredit gewollt hat. Die Gesetzesmaterialien geben uns auch hier keine Klarheit. In der Kommentierung des „Vaters des Gesetzes“ wird lediglich der Gesetzestext wiederholt. Greifen wir auf die Vorgängerregelung des



Abzahlungsgesetzes zurück, stoßen wir auf eine Beschränkung der Gegenleistung des Kreditnehmers auf den Barzahlungspreis (§ 1a Abs. 3 Satz 2 AbzG). Er war nicht zu verzinsen. Die Raten waren auf Verlangen des Käufers auf den zinslos geschuldeten Barzahlungspreis anzupassen. Auch nach dem Verbraucherreditrecht ist der Barzahlungspreis geschuldet, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt, sondern als selbstverständlich unterstellt wird. Er ist allerdings nicht mehr zinslos geschuldet, sondern mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Für von Gesetzes wegen zu verzinsende Schulden gilt der Grundsatz der Effektivverzinsung. Das heißt, dass Zinsen nur für noch ausstehende, nicht aber für schon getilgte Schulden geschuldet werden.

Offen bleibt nach dem Kriterium des Gewollten noch die Frage der Ratenhöhe. Werden die Raten in der ursprünglich vereinbarten Höhe (mit der Folge der vorzeitigen Tilgung des Kredits) oder werden sie in einer der neuen Zinssituation angepassten Höhe geschuldet?

*iv. Die Folgen des vom Gesetzgeber Gewollten*

Vergegenwärtigen wir uns die Folgen unserer bisherigen Rekonstruktionsbemühungen um den Inhalt der vom Kreditnehmer im Falle des Fehlens der Angabe des effektiven Jahreszinssatzes geschuldeten Gegenleistung in Zahlen, so ergibt sich Folgendes.

*(1) Der Sachkredit (Teilzahlungsgeschäft)*

Beim Sachkredit ist der Barzahlungspreis mit dem gesetzlichen Zinssatz effektiv zu verzinsen. Will man sich im ursprünglichen Zeitplan halten, müssen die Raten in der Höhe verändert werden. Die für diesen Fall geltende Kreditentwicklung bei einem Zinssatz von 4% lässt sich in der Tabellenkalkulation leicht nachvollziehen, wenn man in das vorbereitete Kalkulationsblatt zur Anpassung die Kreditdaten einträgt, die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes durch den Schalter BERECHNEN auslöst, alsdann in die Zelle zur Angabe 4% einträgt und den Schalter zur Anpassung betätigt. Das System berechnet jetzt den Anpassungsfaktor für alle Raten, mit dem unter Beibehaltung der Laufzeit und der Fälligkeiten Ratenhöhen herauskommen, die genau einer Effektivverzinsung von 4% entsprechen.

Aus der ersten Rate von €315,00 wird eine Rate von €274,61, und aus der Normalrate von €339,00 wird eine Rate von €295,54. Insgesamt entstehen Kreditkosten in Höhe von €618,40 statt €2.180,00.

*(2) Der Geldkredit*

Beim Geldkredit sieht die Sache so aus: Es soll der Nominalzins auf den gesetzlichen Zinssatz reduziert werden. Der Nominalzins ist in unserem Beispiel ein Monatszins von 0,55%. Macht man den gesetzlichen Zinssatz von 4% per anno zum nominellen Monatszins, muss an die Stelle von 0,55% der durch 12 geteilte gesetzliche Jahreszinssatz treten. Das ergibt einen nominellen Monatszinssatz von 0,3333. Errechnet man mit ihm die Kreditgebühren in der Art, wie das das Kreditinstitut mit dem von ihm angegebenen Monatszinssatz tut, so macht das [10.000,00 (Nettokredit) mal 0,3333% (Monatszinssatz) mal 36 (Monate Laufzeit) gleich] €1.200,00 Kreditgebühren. Es kommt die Bearbeitungsgebühr von €200,00 hinzu. Die auf die Laufzeit angepasste Ratenhöhe beträgt für die erste Rate €294,85 und für alle anderen Raten €317,29. Das macht einen effektiven Jahreszinssatz von 9,05%, wie man mit dem noch aufgeschlagenen Tabellenblatt leicht berechnen kann, wenn man die neuen Raten einträgt und den Anpassungsfaktor auf 1 stellt.

Der Geldkreditnehmer muss den Nettokredit mit 9,05% und der Sachkreditnehmer den Barzahlungspreis mit 4% verzinsen. Absolut entrichtet der Geldkreditnehmer €1.200,00 Kreditgebühren plus €200,00 Bearbeitungsgebühr und der Sachkreditnehmer €618,40 Zinsen. Diese Diskrepanz spricht jeglichem Gerechtigkeitsempfinden Hohn. Sie lässt sich nicht mit Vereinfachungserwägungen rechtfertigen. Einfachheitserwägungen dienen allerdings dem „Vater des Gesetzes“ immer wieder zum Überspielen von Ungleichbehandlungen, vgl. Seibert, § 6 Rdnrn. 6 und 12.

*v. Die Angleichung der Regelung für den Geld- und Sachkredit*

Der, träfe die Annahme Seiberts zu, eklatante Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ließe sich auf zweierlei Weise beheben. Man könnte die Regelung für den Sachkredit der Regelung für den Geldkredit anpassen, und man könnte umgekehrt die Regelung für den Geldkredit der Regelung für den Sachkredit anpassen. Für die Anpassung der Sachkreditregelung an die Geldkreditregelung müsste man die in § 502 Abs. 3 Satz 3 BGB getroffene Anordnung so verstehen, dass über die gesamte Laufzeit der Barzahlungspreis in seiner nominellen Höhe mit dem gesetzlichen Zinssatz verzinst wird. Für die Anpassung der Geldkreditregelung an die Sachkreditregelung müsste man mit dem nominellen Zinssatz von monatlich 0,3333% nicht den über die Laufzeit als gleich bleibend fingierten Nettokredit, sondern den sich Monat für Monat um den Tilgungsanteil verringernden Kredit verzinsen. Der Nominalzins würde alsdann - von anderen Kostenbestandteilen des Kredits einmal abgesehen - zum Effektivzins.

Für eine Anpassung der Sachkreditregelung an die Geldkreditregelung spricht die einfachere, weil mit Kopf, Bleistift und einem normalen Taschenrechner zu bewältigende, Berechnung der vom Kreditnehmer geschuldeten Leistung. Für eine Anpassung der Geldkreditregelung an die Sachkreditregelung spricht der höhere Gerechtigkeitsgehalt der Sachkreditregelung. Hier wird im Einklang mit einem bereichsspezifischen Gerechtigkeitsgebot nur das zum gesetzlichen Zinssatz verzinst, was als zu verzinsende Forderung noch aussteht.

Das Einfachheitsargument ist schwach, weil erstens das Gesetz dem Rechtsanwender ohnehin Aufgaben stellt, die er nicht mehr mit Kopf, Bleistift und einfachem Taschenrechner bewältigen kann, und zweitens die Kompliziertheit sich zu einem großen Teil dem Versteckspiel der Geldkreditgeber bei den Kosten des Kredits verdankt, das der Gesetzgeber eher unterbinden als fördern sollte. Die Aufspaltung der Gegenleistung des Kreditnehmers in die verschiedensten Bestandteile (Kreditgebühren, Vermittlungskosten, Bearbeitungskosten) ist nicht etwa dem Transparenzgebot geschuldet, sondern hält mit dem Monatszinssatz als fiktiver Rechengröße den Nominalzinssatz künstlich niedrig. Darin liegt ein beträchtliches Täuschungspotential, das mit der Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinssatzes, in den alle Kostenbestandteile eingehen, beschnitten, aber nicht ausgeschlossen wird. Dem Transparenzgebot wäre vollkommen genügt, wenn der Nettokredit (Barzahlungspreis), der Ratenplan mit dem insgesamt zu zahlenden Betrag (Teilzahlungspreis) und der effektive Jahreszinssatz angegeben würden, wie das beim Sachkredit ja auch der Fall ist. Die zum gesetzlichen Gebot erhobene Angabe des (Nominal-)Zinssatzes und der übrigen Kostenbestandteile erhöht die Transparenz für den an einer Einschätzung der Belastung interessierten Kreditnehmer nicht; im Gegenteil: Sie mag ihn in die Irre führen.

Doch ist dieses Gebot nun einmal Gesetz, und man könnte sich durchaus mit ihm arrangieren, wenn nicht zu allem Unglück der Gesetzgeber an die Verletzung des Gebots unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft hätte: Die Ermäßigung des Nominalzinssatzes auf den gesetzlichen Zinssatz, wenn der Nominalzinssatz oder der Effektivzinssatz nicht angegeben sind, und das Nichtgeschuldetsein nicht angegebener Kosten. Das eröffnet bei unveränderten Gesamtkosten eine Verteilung (Verschiebung) der Kosten auf unterschiedlich benannte Posten (von nur Kreditgebühren auf Kreditgebühren, Bearbeitungskosten und Vermittlungskosten), bei der die Be- und Verrechnung der Raten problematisch wird.

Der Ratenzahlungsplan sieht, wenn wir versuchen, den Wertungswiderspruch in den Regelungen des Geldkredits und des Sachkredits durch Anpassung der Regelung des Geldkredits an die Regelung des Sachkredits auszumerzen, abstrakt gesprochen so aus, dass dem Kreditgeber die Bearbeitungsgebühr erhalten bleibt

(Reifner hat insoweit völlig zu Recht in seiner Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages von einer Privilegierung der Einmalgebühren gesprochen, Protokoll, S. 242.) und im Übrigen der Nettokredit mit dem gesetzlichen Zinssatz in dem Sinne effektiv verzinst wird, dass Zinsen nur für den jeweils noch ausstehenden Kreditbetrag bezahlt werden. Unklar sind dabei noch die Verrechnungsmodalitäten für die Bearbeitungsgebühr. Man kann daran denken, sie vorab vor den Zinsen und dem Kapital zu tilgen. Man kann sie aber auch zu gleichen Teilen auf die Raten aufteilen. Da Bearbeitungen, wenn auch in unterschiedlichem Maße, während der gesamten Laufzeit anfallen, legen wir das Aufteilungsmodell zugrunde.

Im Aufteilungsmodell kommt zu jeder Rate ein Sechsenddreißigstel der Bearbeitungsgebühr von €200,00 (€5,56) hinzu, so dass die erste Rate mit €280,17 und die weiteren mit €301,10 bemessen sind.

Darin liegt immer noch eine an der Ratenhöhe ablesbare Diskrepanz zur Abwicklung des Sachkredits. Sie ist der Tatsache geschuldet, dass der Gesetzgeber beim Geldkredit Zinsen und übrige Kostenbestandteile unterschiedlich behandelt. Über diese rechtspolitische Fehlleistung kann sich der Rechtsanwender nicht einfach hinwegsetzen. Sie führt auch nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und damit zur Verfassungswidrigkeit der getroffenen Regelung.

Man mag sich zwar fragen, warum der Gesetzgeber beim Geldkredit eine unterschiedliche Behandlung der Nichtangaben von Nominalzinssatz sowie Effektivzinssatz einerseits und von Kosten andererseits angeordnet hat, beim Sachkredit hingegen nicht. Die Antwort ist der Gesetzgeber schuldig geblieben. Er wollte wohl beim Geldkredit differenziert reagieren und hat die dadurch bedingte Ungleichbehandlung des Sachkredits übersehen. Die Ungleichbehandlung ist aber nicht rechtsverbindlich festgeschrieben. Tatsächlich wirkt sie sich nur dadurch aus, dass es bei Sachkrediten unüblich ist, Einmalgebühren und laufende Gebühren getrennt auszuweisen. Es ist indessen keineswegs verboten, eine solche getrennte Ausweisung vorzunehmen. Käme nun ein Sachkreditgeber auf die Idee, die Kosten des Kredits in dieser Weise anzugeben, so müsste man sich bei dem Fehlen der Effektivzinsangabe fragen, ob nur der Barzahlungspreis mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen ist oder ob daneben auch die getrennt ausgewiesene Bearbeitungsgebühr entrichtet werden muss. Der Gesetzgeber hat diesen Fall in § 502 Abs. 3 BGB nicht geregelt, weil er an ihn offensichtlich nicht gedacht hat. Dort, wo er ihn bedacht hat, in § 494 Abs. 2 Satz 3 BGB nämlich, hat er für die Entrichtung der Bearbeitungsgebühr votiert. Das mag man rechtspolitisch missbilligen. Für den gesetzgebundenen Rechtsanwender ist die Anordnung

dennoch verbindlich und in die Regelung qua Analogie zu inkorporieren, in der der Fall der getrennten Ausweisung von Einmalgebühren nicht bedacht worden ist. Das Gleichbehandlungsgebot führt nicht zur Verwerfung der Differenzierung in § 494 Abs. 2 Nr. 3 BGB, sondern zur Übernahme der Differenzierung in § 502 Abs. 3 BGB.

*e. Resümee für das Fehlen der Angabe zum effektiven Jahreszinssatz*

Festzuhalten bleibt, dass eine Anpassung der Regelung des Geldkredits an die Regelung des Sachkredits nicht an Berechnungsschwierigkeiten scheitert und dass sie in der Sache umso eher gelingt, je weniger Kostenbestandteile neben den Kreditgebühren (Zinsen) beim Geldkredit ausgewiesen sind. Will man - noch im Rahmen der Auslegung - Gleiches gleich behandeln und zudem einem Gerechtigkeitsgebot des Zinsrechts Rechnung tragen, so sollte man den Gehalt der Rechtsfolgenanordnungen für das Fehlen von Effektivzinsangaben in Übereinstimmung mit dem vom Gesetzgeber - entgegen der „authentischen Kommentierung“ von Seibert - vernünftigerweise Gewollten wie folgt festlegen:

- Bei Sachkrediten ergeben sich die geschuldeten Raten aus einem Teilzahlungsplan über die gesamte vorgesehene Laufzeit mit einer Effektivverzinsung zum gesetzlichen Zinssatz.
- Bei Geldkrediten ergeben sich die geschuldeten Raten aus einem Ratenzahlungsplan über die gesamte vorgesehene Laufzeit mit einer Effektivverzinsung zum gesetzlichen Zinssatz zuzüglich der auf jede Rate mit einem gleichen Anteil aufgeschlagenen Einmalkosten.

Die Entwicklung insgesamt erlaubt uns auch eine präzise Bestimmung des dem Verträge zugrunde liegenden Zinssatzes. Es ist der (effektive) Jahreszins, der sich ergäbe, wenn der Kreditnehmer nur die mit Hilfe des Nominalzinssatzes errechneten Kreditgebühren und keine weiteren Kosten schuldet. Wir werden sehen, dass sich allein mit dieser Bestimmung des dem Verträge zugrunde liegenden Zinssatzes dem § 494 Abs. 3 BGB eine für den Geldkredit annähernd vernünftige Regelung abringen lässt.

Eine weiter gehende Anpassung der Regelung des Geldkredits an die Regelung des Sachkredits, wie sie sich in Anbetracht der vorfindlichen, wenn auch nicht zwingenden, Vertragsgestaltungen ergibt, wäre nur unter Aufgabe der Sonderbehandlung der nicht als Zinsen behandelten Kosten des Geldkredits möglich. Sie kann jedoch allein durch den Gesetzgeber erfolgen. Zwar führt auch die Sonderbehandlung zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung von Geldkredit und Sachkredit, für die es kaum sachliche Gründe gibt. Doch würde die Aufgabe

der Sonderbehandlung den möglichen Wortsinn der Regelung sprengen. Mit einer Analogie als Vehikel der Rechtsfortbildung jenseits des möglichen Wortsinns kann man keine eindeutige Anordnung des Gesetzgebers verdrängen. Ein dem Normtext widersprechendes Ziel des Gesetzgebers lässt sich nicht feststellen. Und die Diskrepanz in den Rechtsfolgen ist schließlich nicht rechtlich zwingend, sondern allein Folge der tatsächlichen Ausgestaltung der Sachkreditverträge.

*f. Folgen der Angabe eines zu niedrigen effektiven Jahreszinssatzes*

Der Gesetzgeber hat mit §§ 494 Abs. 3 und 502 Abs. 3 Satz 6 BGB der Praxis eine Regel beschert, die einerseits nicht besonders klar ist und die andererseits nach einer Klarstellung unter noch krasserer Wertungsinkonsistenzen und Ungereimtheiten leidet als die gerade für das Fehlen der Effektivzinsangabe entwickelte Regelung. Das wird die Frage nach der Verbindlichkeit des Angeordneten aufwerfen.

*i. Das vom Gesetzgeber Gesagte*

Es soll beim Geldkredit der dem Verträge zugrunde gelegte Zinssatz und beim Sachkredit der Teilzahlungspreis um den Vomhundertsatz vermindert werden, um den der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben ist. Die erste Frage ist, wie man diesen Vomhundertsatz ermittelt: Als absolute Differenz des richtigen und des angegebenen Zinssatzes oder als relative Differenz. Beides ist sprachlich möglich, weil es um die Differenzen von Einheiten geht, die schon in Vomhundertsätzen ausgedrückt sind. Wäre das nicht der Fall, gäbe es einen Vomhundertsatz nur als relative Differenz. 10 Äpfel sind um 25% mehr als 8 Äpfel, oder 8 Äpfel um 20% weniger als 10 Äpfel, je nachdem, welchen Betrag man als Basis für 100% nimmt. Es handelt sich jeweils zwingend um relative Differenzen. Bei Effektivzinsangaben von 8% gegenüber 10% kommt als Vomhundertsatz, um den der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben ist, auch die absolute Differenz von 2% in Betracht. Dem vom Gesetzgeber Gesagten lässt sich der Regelungsgehalt der §§ 494 Abs. 3 und 502 Abs. 3 Satz 6 BGB nicht abgewinnen.

*ii. Das vom Gesetzgeber Gewollte*

Befragen wir für das, was der Gesetzgeber gewollt hat, den „Vater des Gesetzes“! Der meint, der Gesetzgeber habe die absolute Differenz gemeint (Seibert, § 6 RdNr. 11 und 12), bei den von uns gerade gegriffenen Zahlen also 2%.

Gehen wir mit dieser Meinung an unseren Fall heran, bei dem die Angabe auf 12% lautet! Die absolute Differenz zum richtigen effektiven Jahreszinssatz beträgt

2,1%. Doch wie soll es nun weiter gehen? Wir stoßen gleich auf die nächste Unklarheit. Beim Geldkredit ist ein Zinssatz zu vermindern. Auch das kann wieder absolut durch Subtraktion der eben festgestellten absoluten Differenz vom Nominalzins geschehen wie relativ durch die Formel „Nominalzins mal (1 minus Zinsdifferenz)“. Beim Sachkredit steht von vornherein nur die relative Minderung zu Gebote, da der zu mindernde Wert kein Prozentwert, sondern der Teilzahlungspreis ist. Die Minderungsformel lautet daher eindeutig „Teilzahlungspreis mal (1 minus Zinsdifferenz)“.

Befragen wir den „Vater des Gesetzes“! Die Antwort ist überraschend. Der Gesetzgeber soll bei Geldkrediten die absolute Minderung des Nominalzinses und bei Sachkrediten die relative Minderung des Teilzahlungspreises gewollt haben (Seibert, § 6 Rdnrn. 11 und 12). Die Überraschung rührt daher, dass wir bei einem nominellen Monatszinssatz von 0,55% nicht so recht wissen, wie wir nach der Subtraktion von 2,1% weitermachen sollen. Selbst wenn wir die Differenz von 2,1%, die ja eine Differenz von Jahreszinssätzen ist, durch 12 dividieren und die so erhaltene Differenz von 0,175% vom Nominalzins abziehen, kann das Ergebnis schlechterdings nicht gewollt sein, weil nun der verminderte Zins mit 0,375% zu einem effektiven Jahreszins führt, der dicht bei dem gesetzlichen Zinssatz liegt. Der Weg weckt Unbehagen, weil er das Ziel des Gesetzgebers, den Kreditgeber an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festzuhalten, völlig verfehlt. In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (bei Seibert, S. 131) heißt es: „Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden.“

Vielleicht ist aber auch der ganze Ansatz falsch, und Nominalzins des Geldkredits wie Teilzahlungspreis des Sachkredits sind um die Zinsdifferenz relativ zu vermindern. Dann kommen wir in der Tat nicht in die beschriebenen Schwierigkeiten, wohl aber in andere. Die relative Verminderung mit der absoluten Differenz zwischen angegebenem Effektivzins und zutreffendem Effektivzins ist nicht sachangemessen. Sie kann beim Nominalzins zu einer zu geringfügigen Minderung der Belastung führen. Wenn etwa die Belastung mit 10% statt mit 15% angegeben wird, dann sollte auf die Gesamtbelastung gesehen diese auch um ein Drittel (relative Abweichung) und nicht nur um ein Zwanzigstel (absolute Abweichung) vermindert werden. Es wäre also doppelt relativ zu verfahren: bei der Ermittlung der Differenz von angegebenem und zutreffendem effektiven Jahreszinssatz und bei der Minderung der Leistungen des Kreditnehmers. Das ist auch der Vorschlag von Münstermann/Hannes, Rdnr. 323, die ein Beispiel diskutieren, bei dem das Arbeiten mit absoluten Differenzen zu einer zu starken Entlastung des Kreditnehmers führt. Für den Geldkredit mit dem Bezugspunkt Nominalzins führt das zu akzeptablen Ergebnissen, für den Sachkredit jedoch

nicht. Dort soll ja die Minderung nicht an der Belastung durch den Kredit, sondern am Teilzahlungspreis ansetzen. Der aber enthält auch das Kapital. Die Minderung wird viel zu hoch. Münstermann/Hannes, Rdnr. 325 wollen deshalb nicht den Teilzahlungspreis, sondern die Kosten des Kredits im Verhältnis der prozentualen Differenz zwischen richtigem und falschem effektiven Jahreszinssatz kürzen. Reifner, § 7 C II (Rdnr. 39), erklärt den Ansatz am Teilzahlungspreis schlicht für ein Redaktionsversehen. Dafür gibt es aber keine Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien.

Es bleibt eine weitere Möglichkeit, die wieder an das anschließt, was nach Seibert gewollt ist: Subtraktion der absoluten Zinsdifferenz vom Nominalzinssatz (genauer: von dem dem Verträge zugrunde gelegten Zinssatz) beim Geldkredit und die relative Minderung des Teilzahlungspreises um (die absolut ermittelte) Zinsdifferenz beim Sachkredit. Dazu muss man sich zunächst der Bedeutung des dem Verträge zugrunde gelegten Zinssatzes vergewissern. Der ist halt mit dem Nominalzinssatz ungenau beschrieben. Es geht in Wirklichkeit um den effektiven Zinssatz, der sich ergäbe, wenn der Kreditnehmer nur die mit dem angegebenen Monatszinssatz errechneten Gebühren schuldet. So mit guten Gründen Scholz, Verbrauchercreditverträge, 2. Aufl. 1992, Rdnr. 244. Dies entspricht auch dem oben für das Fehlen der Angabe des effektiven Jahreszinssatzes entwickelten Ergebnis. In unserem Beispielfall wären das bei einem Nettokredit von €10.000,00, Kreditgebühren von €1.980,00 und einer Laufzeit von 36 Monaten 12,80%, wie die Tabelle belegt, wenn man für die erste Rate €309,85 und die Normalrate €333,43 einträgt. Zieht man 2,1% ab, kommt man auf 10,7%. Mit diesem Zinssatz wären Kreditgebühren von €1.655,03 geschuldet. Diese machen zusammen mit den unangefochtenen Bearbeitungskosten von €200,00 die Gesamtkosten von €1.855,03 aus. Die angepassten Raten betragen €306,62 für die erste Rate und €329,95 für alle anderen Raten. Das entspräche in der Tat einer Effektivverzinsung von 12%.

Für den Sachkredit käme man in unserem Fall auf einen Teilzahlungspreis von €11.924,22. Die Raten müssten bei Aufrechterhaltung der Laufzeit neu berechnet werden. Das geschieht am einfachsten dadurch, dass alle Raten um den Quotienten aus neuem und alten Teilzahlungspreis gekürzt werden. Dann betragen die erste Rate €308,39 und die Normalrate €331,88. Mit diesen Konditionen ergäbe sich ein effektiver Jahreszinssatz von 12,44%. Das entfernt sich nicht allzu sehr von der gesetzgeberischen Zielvorstellung, steht aber doch im Gegensatz zu der Lösung für den Geldkredit.

Doch gibt es gerade auch beim Sachkredit Gestaltungen, die nicht mehr hinnehmbar sind. Bei einem Barzahlungspreis (Nettokredit) von €10.000,00 und



einem in 10 Monatsraten aufzubringenden Teilzahlungspreis von €10.800,00 beträgt der effektive Jahreszinssatz 18,5%. Wird der effektive Jahreszinssatz mit 8,5% angegeben, wäre ein Geldkredit ohne Kostenaufspaltung tatsächlich mit diesem Zinssatz zu verzinsen. Die Rate betrüge €1.037,90 und der Bruttokredit €10.379,00. Beim Sachkredit muss hingegen der Kreditnehmer, nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, nur noch €9.720,00 und damit weniger als den Barzahlungspreis erlegen. Wieder kommt es zu einer krassen Ungleichbehandlung und einer Verfehlung des gesetzgeberischen Ziels um Längen.

*iii. Die Unverbindlichkeit des Gesagten und die Verbindlichkeit des Gewollten*

Ich sehe keine Möglichkeit zu einem Lösungsvorschlag, der sich an das vom Gesetzgeber Gesagte bindet und auch nur annähernd das Postulat nachvollziehbarer und wertungskonsistenter Argumentation erfüllt. Was immer man versucht, man stößt allenthalben auf Ungereimtheiten, die sich dem offensichtlich unzureichenden Durchdenken der Materie und der Unkenntnis über die im - auch für die Rechtsanwendung eingeläuteten - Zeitalter des Computers gegebenen Berechnungsmöglichkeiten verdankt. Es war das Anliegen des Gesetzgebers, die Kreditbelastungen an den zu niedrig angegebenen Effektivzinssatz anzupassen. In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (bei Seibert, S. 131) können wir lesen: „Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden.“ Um dieses Ziel zu erreichen, hat man allerdings einen völlig untauglichen Weg gewählt. Diesem Anliegen wertungsgerecht Rechnung zu tragen, ist für den ein Leichtes, dem ohnehin die Berechnung des korrekten effektiven Jahreszinssatzes abverlangt wird, mag er sich selbst an den Rechner setzen und mit der Tabellenkalkulation spielen oder mag er einen Sachverständigen für sich spielen lassen. Der Knoten des in §§ 494 Abs. 3 und 502 Abs. 3 Satz 6 BGB angelegten Wirrwarrs lässt sich mit der einfachen Regel durchschlagen: „Wird der effektive ... Jahreszins zu niedrig angegeben, so richten sich die Leistungen des Kreditnehmers nach dieser Angabe. Vereinbarte Teilzahlungen sind neu zu berechnen.“ Die Frage kann nur noch lauten, ob dem Rechtsanwender das Schwert zu Gebote steht, das ihm den Weg zu dieser Regel bahnt. Da die Regel die Grenzen des möglichen Wortsinns der vom Gesetzgeber in §§ 494 Abs. 3 und 502 Abs. 3 Satz 6 BGB formulierten Regel sprengt, ist die Frage gleichbedeutend mit der Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildung durch den Rechtsanwender.

*iv. Grenzen der Rechtsfortbildung*

Eine aus der Funktionenordnung der Verfassung und dem Gewaltenteilungsprinzip gewonnene Grenze ist das Verbot der Entscheidung gegen das vom Gesetzgeber

Gesagte und von ihm zugleich Gewollte (Entscheidung contra legem). Ob es sich bei §§ 494 Abs. 3 und 502 Abs. 3 Satz 6 BGB um eine Regel dieser Qualität handelt, ist entgegen dem ersten Anschein nicht so ohne weiteres zu beantworten. Das Gewollte kann nämlich unterschiedliche Bezugspunkte haben: das Gesagte und das hinter dem Gesagten liegende Ziel. Fragen wir uns, ob der Gesetzgeber das sagen wollte, was er gesagt hat, verdient die Frage ausweislich der Gesetzesmaterialien ein eindeutiges Ja. In der amtlichen Begründung heißt es nämlich: „Abs. 4 enthält eine Sanktion für den Fall, dass die für den Verbraucher besonders wichtige Angabe des effektiven Jahreszinses abweichend von der tatsächlichen Belastung zu niedrig angegeben ist. Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden. Dies geschieht, indem der Nominalzins ... um die Differenz zwischen dem richtigen und dem zu niedrig angegebenen Effektivzins vermindert wird ... . Für den Abzahlungskauf ist eine vergleichbare Kürzung des Zinssatzes nicht möglich. Hier wird der Teilzahlungspreis um den Vomhundertsatz vermindert, um den der Effektivzins zu niedrig angegeben ist. Dies führt in der Mehrzahl der Fälle zu einem den Geldkrediten ... vergleichbaren Ergebnis.“ Fragen wir uns, ob der Gesetzgeber mit Blick auf das von ihm verfolgte Ziel das gewollt hat, was das Gesagte und als Gesagtes Gewollte bewirkt, so lautet ausweislich der nämlichen Gesetzesmaterialien die Antwort ebenso eindeutig Nein. Der Gesetzgeber hat sich im Mittel vergriffen. Er wollte das Mittel als Mittel. Das von ihm gewollte Ziel hat er mit diesem Mittel aber verfehlt. Darf hier der Rechtsanwender eingreifen und dem vom Gesetzgeber als Ziel Gewollten auch gegen den gewollten Gesetzestext zur Geltung verhelfen (zu dieser Möglichkeit der Rechtsfortbildung Koch/Rußmann, § 23, 1)? Im Grundsatz stehe ich einer solchen Möglichkeit außerordentlich skeptisch und zurückhaltend gegenüber. Wie leicht wäre es dem Rechtsanwender, sich über Anordnungen des Gesetzgebers hinwegzusetzen unter Berufung auf die sonst drohende Verfehlung des sicherlich immer angestrebten Ziels der Gerechtigkeit. Wenn ich im konkreten Fall dennoch zu einer Rechtsfortbildung durch den Rechtsanwender rate und diese nicht durch das Verbot der Entscheidung contra legem gehindert sehe, so nur deshalb, weil erstens das Ziel ein konkret gefasstes und in den Materialien zum Ausdruck gebrachtes Nahziel des Gesetzgebers ist und zweitens nur die vorgeschlagene Regel das Ziel auf einfache und einsichtige Art verwirklichen hilft. Auch dem Gesetzgeber stünde keine andere Regel zu Gebote, um das von ihm verfolgte Ziel zu erreichen. Bei einem unter Beibehaltung des Ziels auf null geschrumpften Ermessensspielraum des Gesetzgebers greift der Rechtsanwender nicht in verbotener Weise in die Funktionenordnung der Verfassung und das Gewaltenteilungsprinzip ein, wenn er diesem Ziel zur Geltung verhilft. Im Gegenteil: Mit der im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Regel schafft er dem Gleichbehandlungsgebot Raum, an dem ohne die Rechtsfortbildung eine Anwendung des §§ 494 Abs. 3, 502

Abs. 3 Satz 6 BGB scheitern müsste. Die Rechtsfortbildung wird von der Verfassung geradezu gefordert (vgl. zu der Idee einer von der Verfassung gebotenen Rechtsfortbildung auch Koch/Rüßmann, § 25).

## **7. Das Leistungsstörungenrecht im UN-Kaufrecht (CISG)**

Während das für einen Kaufvertrag in Betracht zu ziehende Leistungsstörungenrecht im BGB im allgemeinen Schuldrecht geregelt ist (§§ 275, 280 ff., 311a, 320 ff. BGB) und durch einige Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts modifiziert wird (§§ 437 ff. BGB), sind im CISG die Rechtsbehelfe des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer in den Artt. 45 ff. und die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Vertragsverletzung durch den Käufer in den Artt. 61 ff. zusammenfassend geregelt.

Die Rechtsbehelfe, die das Leistungsstörungenrecht des CISG dem Käufer wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer einräumt, stimmen im Wesentlichen mit denen des BGB-Leistungsstörungenrechts überein. Auch das CISG gibt dem Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung (Art. 46 Abs. 2 CISG: Ersatzlieferung; Art. 46 Abs. 3 CISG: Nachbesserung; im BGB: §§ 437 Nr. 1, 439 BGB), einen Schadensersatzanspruch (Art. 45 Abs. 1 b CISG; im BGB: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282. bzw. 283, 311a Abs. 2, 478 Abs. 2 BGB), ein Rücktrittsrecht (Artt. 45 Abs. 1 a, 49 Abs. 1 CISG: „Erklärung der Aufhebung des Vertrages“; im BGB: §§ 323, 326 Abs. 5, ggf. i.V.m. § 437 Nr. 2, 440 BGB) sowie ein Recht zur Minderung (Art. 50 CISG; im BGB: §§ 437 Nr. 2, 441 BGB).

Über diese Rechtsbehelfe hinaus, die einem Käufer auch beim BGB-Kauf zustehen, gewährt das CISG dem Käufer noch den Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs (Artt. 45 Abs. 1 a, 46 Abs. 1 CISG), den wir sogleich näher betrachten werden.

### *a. Der Anspruch auf Erfüllung als Rechtsbehelf*

Es entspricht kontinentaleuropäischer Rechtstradition, dass der Gläubiger, solange noch nicht erfüllt ist, einen Erfüllungsanspruch hat. Dies folgt aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ und ist etwa für das deutsche Recht ganz selbstverständlich. Der Verkäufer kann sich daher nach dem BGB-Schuldrecht nicht einfach durch Leistung von Schadensersatz in Geld von der Erfüllung der geschuldeten Leistung befreien, wenn ihm die Erfüllung der Primärleistungspflicht lästig geworden ist. Demgegenüber hat der Gläubiger nach der Grundkonzeption der Rechte des Common Law nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Erfüllung „in Natur“

(specific performance), etwa dann, wenn er gerade ein besonderes Interesse daran hat. Ansonsten kann er nur Schadensersatz in Geld verlangen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 28 Rdnrn. 2 bis 4). Erst diese grundverschiedenen Ausgangspunkte machen es für einen deutschen Juristen verständlich, warum der Erfüllungsanspruch im CISG als Rechtsbehelf konzipiert ist, der erst eingreift, wenn der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht, indem er den Vertrag nicht erfüllt. Als weiteres Zugeständnis an die Vertragsstaaten des Rechtskreises des Common Law kann man den Erfüllungsanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 a, 46 Abs. 1 CISG wegen Art. 28 CISG u.U. nicht vor den Gerichten dieser Vertragsstaaten durchsetzen.

Der Erfüllungsanspruch ist gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG ausgeschlossen, wenn der Käufer bereits einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der mit diesem Verlangen unvereinbar ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Käufer bereits die Aufhebung des Vertrages erklärt hat (Art. 81 Abs. 1 Satz 1 CISG) oder wenn er bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache den Erfüllungsanspruch schon im Wege eines Schadensersatzbegehrens gerichtet auf Ersatz des Minderwertes verfolgt (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 7).

Der Erfüllungsanspruch geht bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung ebenso wie im deutschen Recht (vgl. § 275 Abs. 1 BGB) unter. Dem wird der Fall gleichgestellt, dass die Kaufsache zwar noch existiert, aber ihr Verbleib unbekannt und nicht aufklärbar ist (wie z.B. beim Diebstahl der Kaufsache). Schließlich führt auch das Unvermögen zum Ausschluss des Erfüllungsanspruchs, wenn man Unvermögen zutreffend - eng - so definiert, dass die Leistung nicht für jedermann, wohl aber für den Schuldner unmöglich ist, weil er die geschuldete Sache unter keinen Umständen beschaffen kann. Das bedeutet konkret, dass die Beschaffung der Kaufsache dem Verkäufer nicht einmal theoretisch möglich sein darf, weil der Eigentümer der verkauften Sache (bei der Stückschuld) bzw. die Eigentümer der zur Erfüllung in Betracht kommenden Sachen (bei der begrenzten Gattungsschuld: z.B. limitierte Auflage einer CD) unter keinen Umständen bereit ist/sind, die Sache an den Verkäufer zu verkaufen. Dies ist zwar nirgendwo im CISG ausdrücklich geregelt, wird aber allgemein angenommen und mit der „Natur der Sache“ begründet (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 12; Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 47 f.). Dies ist im deutschen Recht bei anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit sowie bei anfänglichem und nachträglichem Unvermögen der Leistungserbringung nicht anders, im Gegensatz zum CISG jedoch in § 275 Abs. 1 BGB ausdrücklich geregelt.

Gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG hat eine Partei für die Erfüllung ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder zu vermeiden oder zu überwinden. Alleine auf Grund des Wortlautes dieser Vorschrift („nicht einzustehen“) könnte man annehmen, dass der Schuldner in allen Fällen des Art. 79 Abs. 1 CISG von seiner Primärleistungspflicht befreit wird. Diesem Verständnis des Art. 79 Abs. 1 CISG steht jedoch nach herrschender Meinung sowohl die Entstehungsgeschichte der Vorschrift als auch Art. 79 Abs. 5 CISG entgegen, nach dem Art. 79 CISG die Parteien nur daran hindert, das Recht auf Schadensersatz auszuüben, so dass der Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs von Art. 79 CISG unberührt bleibt (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 8; Rdnr. 45 ff. (dort mit differenzierter Betrachtung); Reinhart, UN-Kaufrecht, Kommentar, 1991, Art. 79 Rdnr. 11). Dem hält allerdings eine Mindermeinung entgegen, dass es widersprüchlich wäre, dem Schuldner zwar einen Erfüllungsanspruch zu geben, ihn aber bei Nichterfüllung von der Haftung zu befreien. Daher geht diese Ansicht davon aus, dass der Erfüllungsanspruch immer erlischt, wenn Art. 79 Abs. 1 erfüllt ist (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 9; Magnus in: Staudinger, Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, CISG, 2005, Art. 46 Rdnr. 25).

Der Erfüllungsanspruch geht somit nach herrschender Meinung im Anwendungsbereich des CISG nur bei objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistungserbringung unter. In allen anderen Fällen der bloßen Leistungerschwerung bleibt er grundsätzlich bestehen. In diesen Fällen, in denen die Leistung jedenfalls theoretisch möglich ist, kann es nur in dem seltenen Fall der Überschreitung der äußersten „Opfergrenze“ auf Grund nachträglicher nicht vorhersehbarer Leistungerschwerungen infolge einer wesentlichen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zum Untergang des Erfüllungsanspruchs kommen. Diese Opfergrenze soll überschritten sein, wenn dem Schuldner die Vertragserfüllung unter Inkaufnahme schwerer wirtschaftlicher Nachteile schlechthin nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnrn. 30 ff. und 48). Das autonome deutsche Kaufrecht regelt diesen Problemkreis differenzierter in § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB. Nach § 275 Abs. 2 BGB (Fälle sogen. „faktischer oder praktischer Unmöglichkeit“) wird der Verkäufer von der Leistungspflicht befreit, wenn die Leistung unter Beachtung des Inhaltes des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers steht und der Verkäufer von

seinem Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB Gebrauch macht. In diesen (seltenen) Fällen, in denen also das Verhältnis des Leistungsinteresses des Käufers zum Aufwand des Verkäufers die Opfergrenze markiert, kann sich der Verkäufer also durch Erhebung einer Einrede von der Leistungspflicht befreien. Dabei werden sowohl anfängliche wie nachträgliche Leistungshindernisse erfasst. Demgegenüber werden in § 313 BGB die Fälle der sogen. „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ erfasst, bei denen anders als bei § 275 Abs. 2 BGB nicht auf das Gläubigerinteresse, sondern vergleichbar zur h.M. im CISG auf die Zumutbarkeit der Leistungserbringung für den Verkäufer abgestellt wird. Ähnlich wie nach den ungeschriebenen Regeln des CISG kommt es darauf an, dass sich die Umstände, die zur Vertragsgrundlage geworden sind, nachträglich schwerwiegend geändert haben, so dass die Parteien den Vertrag, wenn sie diese Veränderungen vorhergesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten (§ 313 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich der in § 313 BGB geregelten Fallgestaltungen der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ unterscheiden sich denn auch das CISG und das BGB-Kaufrecht nicht so sehr in den Voraussetzungen, sondern vielmehr in den Rechtsfolgen. Beim BGB-Kaufvertrag kann der Käufer unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie Vertragsanpassung verlangen und nur subsidiär gemäß § 313 Abs. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten bzw. (bei Dauerschuldverhältnissen) diesen kündigen. Bei Anwendung des CISG kommt dagegen nach herrschender Ansicht nur die Befreiung von der Primärleistungspflicht unter den oben beschriebenen Voraussetzungen in Frage. Diese Rechtsfolge kann der Verkäufer beim BGB-Kaufvertrag nur unter den strengen auf das Käuferinteresse bezogenen Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB durch Einredeerhebung herbeiführen, sonst subsidiär gemäß § 313 Abs. 3 BGB durch Rücktritts- bzw. Kündigungserklärung. Es wird allerdings teilweise in der Literatur zum CISG angenommen, dass Art. 79 CISG diesen Problemkreis nur unvollkommen regelt, so dass diese Gesetzeslücke unter Heranziehung des kollisionsrechtlich zur Anwendung kommenden autonomen nationalen Rechts, also bei Anwendung deutschen Rechts über § 313 BGB, geschlossen werden müsse. Die ganz herrschende Meinung ist dieser Lösung jedoch nicht gefolgt, da es wegen der verschiedenen Rechtslage der Vertragsstaaten (z.B. in Frankreich ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nicht anerkannt) zu einer vom UN-Kaufrecht gerade nicht gewollten Rechtszersplitterung käme (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 31).

#### *b. Der Anspruch auf Ersatzlieferung*

Der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Artt. 45 Abs. 1a, 46 Abs. 2 CISG ist vergleichbar mit dem Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB,

der nach Wahl des Käufers auf Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung gerichtet ist.

*i. Anwendbarkeit des Art. 46 Abs. 2 CISG:*

Ist die gelieferte Ware „nicht vertragsgemäß“, dann hat der Käufer unter den Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 CISG einen Anspruch auf „Ersatzlieferung“. Ist die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß, dann hat der Verkäufer aber noch gar nicht erfüllt. Der Anspruch auf „Ersatzlieferung“ ist damit eigentlich nichts Anderes als die Verfolgung des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG. Da aber Art. 46 Abs. 2 CISG gegenüber Abs. 1 weitere Tatbestandsmerkmale enthält, handelt es sich bei Art. 46 Abs. 2 CISG um eine *lex specialis* zu Art. 46 Abs. 1 CISG. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Absätzen erfolgt mit Blick auf den Wortlaut („Ersatzlieferung“) und den Zweck des Art. 46 Abs. 2 CISG. „Ersatzlieferung“ setzt begrifflich voraus, dass bereits eine erste Lieferung erfolgt ist. Der Zweck des Art. 46 Abs. 2 CISG liegt darin, dem Verkäufer bei weniger schwer wiegenden Mängeln die Transportkosten zu ersparen, die bei grenzüberschreitenden Lieferungen einen beachtlichen Umfang einnehmen können (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 4). Daher ist Art. 46 Abs. 1 CISG so lange anwendbar, wie es noch nicht zu einem Abtransport der Ware zum Zwecke der Erfüllung gekommen ist. Folglich ist Art. 46 Abs. 1 CISG und nicht Abs. 2 einschlägig, wenn der Käufer die Ware bereits vor der Lieferung wegen ihrer Mangelhaftigkeit ablehnt oder wenn der Verkäufer im Falle einer „Holschuld“ seine „Lieferpflicht“ im Sinne des Art. 31 Buchst. b CISG erfüllt, in dem er dem Käufer die Ware am Erfüllungsort zur Verfügung stellt und dieser sie ablehnt (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 19).

*ii. Keine Ausübung eines mit dem Erfüllungsanspruch unvereinbaren Rechtsbehelfs*

Da Art. 46 Abs. 2 CISG *lex specialis* zum Grundtatbestand des Art. 46 Abs. 1 CISG ist, setzt der Anspruch auf Nachlieferung voraus, dass neben den Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 CISG auch die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind. Dies bedeutet insbesondere, dass auch der Nachlieferungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch voraussetzt, dass der Käufer nicht bereits einen mit dem Erfüllungsanspruch unvereinbaren Rechtsbehelf ausgeübt hat (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 17).

*c. Der Anspruch des Käufers auf Nachbesserung*

Der Anspruch auf Nachbesserung gemäß Art. 46 Abs. 3 CISG findet seine Entsprechung im Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB. Beim Anspruch auf Nachbesserung gemäß § 46 Abs. 3 CISG sind folgende Merkmale zu prüfen:

- Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages
- Lieferung vertragswidriger Ware
- Nachbesserung technisch möglich
- Mängelrüge nach Art. 39 CISG
- Zumutbarkeit der Nachbesserung für den Verkäufer
- Geltendmachung der Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Frist

Diese Tatbestandsmerkmale sind uns bereits weitgehend aus der Erörterung des Anspruchs auf Ersatzlieferung nach Art. 46 Abs. 2 CISG bekannt. Es ergeben sich nur wenige Besonderheiten, die hier kurz angesprochen werden sollen:

**Vertragswidrigkeit der Ware:** Der Begriff erfasst in der Sprache des BGB sowohl die aliud-Lieferung als auch die Lieferung mangelhafter Ware. Dennoch ist Art. 46 Abs. 3 CISG bei einer aliud-Lieferung nicht einschlägig, da bei ihr eine Nachbesserung gar nicht möglich ist (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 10). Auch greift Art. 46 Abs. 3 nicht ein, wenn der Mangel technisch nicht behebbar ist. Die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung ist eine rechtshindernde Einwendung, für die nach allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung der Verkäufer die Beweislast trägt (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rdnr. 16). Auch beim Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 2, 439 BGB in Form der Mängelbeseitigung führen aliud-Lieferung und Unbehebbarkeit des Mangels zum Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs gemäß § 275 Abs. 1 BGB.

**Zumutbarkeit der Nachbesserung für den Verkäufer:** Nach dem Wortlaut des Art. 46 Abs. 3 CISG muss man die Entscheidung über die Zumutbarkeit „unter Berücksichtigung aller Umstände“ treffen. Dies erfordert eine umfassende Interessenabwägung. Dabei ist naturgemäß im Detail vieles umstritten. Anerkannt ist jedenfalls, dass die Nachbesserung unzumutbar ist, wenn die durch sie bewirkten Vorteile in keinem Verhältnis zum Reparaturaufwand stehen (z.B. Beseitigung eines Schönheitsfehlers) oder wenn die Nachbesserung dem Käufer leichter fällt als dem räumlich weit entfernten Verkäufer (Müller-Chen, in:



Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 40 ff.; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rdnr. 61). Auch die Unzumutbarkeit der Nachbesserung stellt eine Einwendung dar, die der Verkäufer beweisen muss.

Das Nachbesserungsrecht gemäß Art. 46 Abs. 3 CISG kommt dem Nacherfüllungsanspruch des BGB in Form der Mängelbeseitigung erheblich näher als der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG dem Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB in Form der Ersatzlieferung. Insbesondere setzt der Anspruch auf Nachbesserung anders als der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG nicht voraus, dass die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware als „wesentliche Vertragsverletzung“ zu werten ist. Dennoch ist der Anspruch gegenüber dem Nachbesserungsrecht des BGB insoweit für den Käufer nachteiliger ausgestaltet als er eine Rüge gemäß Art. 39 CISG und die Geltendmachung innerhalb einer angemessenen Frist erfordert. Ferner hat das BGB-Kaufrecht aus der Sicht des Käufers gegenüber dem CISG den Vorteil, dass der Käufer - vorbehaltlich des tatbestandlichen Vorliegens und der Einredeerhebung gemäß § 439 Abs. 3 BGB - ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung hat. Schließlich ist auch hier beim CISG eine zur Unterscheidung des Art. 46 Abs. 1 von Art. 46 Abs. 3 eine - nicht immer einfache - Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel erforderlich, die im autonomen BGB-Kaufrecht auf Grund der eleganten Lösung der §§ 434, 435 BGB entbehrlich ist.

#### *d. Das Vertragsaufhebungsrecht*

Die beiden Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG räumen dem Käufer das Recht ein, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, wenn der Verkäufer

- eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hat (Art. 49 Abs. 1 a CISG) oder
- bei Nichtlieferung nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzten Nachfrist liefert oder erklärt, dass er nicht innerhalb dieser Frist liefern wird (Art. 49 Abs. 1 b CISG).

Wir wollen uns zuerst die beiden Tatbestände im Detail ansehen (i) und uns danach mit dem durch die Vertragsaufhebung ausgelösten Rückabwicklungsschuldverhältnis befassen (ii).

#### *i. Die Voraussetzungen des Vertragsaufhebungsrechts im Einzelnen*

Beide Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG setzen voraus, dass der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklärt. Damit ist Art. 49 Abs. 1 CISG ein

Gestaltungsrecht. Nun zu den beiden Tatbeständen des Art. 49 Abs. 1 CISG im Einzelnen:

*(1) Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung*

Als wesentliche Vertragsverletzung (Art. 49 Abs. 1 a CISG) kommen gegliedert nach der Terminologie des BGB („Pflichtverletzungstatbestände“) in Betracht:

Leistungsverzögerung/Schuldnerverzug: Grundsätzlich führt die Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Anspruchs nicht zu einer wesentlichen Vertragsverletzung. Ansonsten wäre Art. 49 Abs. 1 b CISG schlicht überflüssig. Dies bedeutet im praktischen Ergebnis, dass sich der Gläubiger im Falle der Leistungsverzögerung erst nach fruchtlosem Ablauf einer zuvor gesetzten angemessenen Nachfrist (Art. 47 CISG) vom Vertrag lösen kann und ist identisch mit der Regelung im BGB-Kaufrecht, die das Rücktrittsrecht wegen pflichtwidriger Leistungsverzögerung (§ 323 Abs. 1 BGB) ebenfalls an dieses Erfordernis knüpft. Allerdings kann sich etwas Anderes dann ergeben, wenn der Schuldner an einer rechtzeitigen Leistung ein besonderes Interesse hat. Insbesondere bei Fixgeschäften, aber auch bei anderen Verträgen, bei denen der Leistungszeit erkennbar zentrale Bedeutung zukommt, führt die Nichtlieferung zum vereinbarten Termin zu einer wesentlichen Vertragsverletzung (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 5; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rdnrn. 10 bis 12) und damit zu einem Rücktrittsrecht ohne Fristsetzungserfordernis. Auch dies stimmt im Ergebnis mit der Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts im BGB überein. Die Regelung im BGB ist indes für den Rechtsanwender einfacher zu handhaben, weil sie das Entfallen des Fristsetzungserfordernisses in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB für den Fall des relativen Fixgeschäftes ausdrücklich anordnet. Gleiches gilt für das absolute Fixgeschäft, bei dem der Ablauf des Erfüllungszeitraums bereits zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung führt und ein Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB begründet. Hier ergibt sich das Entfallen des Fristsetzungserfordernisses ebenfalls ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 326 Abs. 5 BGB. Auch die endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners stellt eine wesentliche Vertragsverletzung dar, die gemäß Art. 49 Abs. 1 a CISG zum sofortigen Rücktritt berechtigt. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass dies nur für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit gilt. Denn vor Fälligkeit führt die Erfüllungsverweigerung noch nicht zur „Nichterfüllung“ der einschlägigen Leistungspflicht, die der Tatbestand des Art. 49 Abs. 1 a CISG jedoch voraussetzt. Für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit gewährt indes Art. 72 Abs. 1, 3 CISG ein Recht zur sofortigen Erklärung der Vertragsaufhebung, weil bei der endgültigen

Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit „bereits vor dem für die Vertragserfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich ist, dass eine Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird“ (zur Abgrenzung von Erfüllungsverweigerung vor und nach Fälligkeit: vgl. Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 6). Auch hier ist die Regelung im autonomen deutschen Leistungsstörungenrecht identisch: Die endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit begründet ein sofortiges Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB. Demgegenüber muss für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit auf eine andere Rechtsgrundlage, nämlich § 323 Abs. 4 BGB zurückgegriffen werden, der ebenso wie Art. 72 CISG für diesen Fall ein sofortiges Rücktrittsrecht gewährt, weil „bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung offensichtlich ist, das die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden“. Der Vorzug der inhaltlich identischen Regelung im BGB ist der, dass sich das sofortige Rücktrittsrecht auch für den Fall der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit unmittelbar aus der gleichen Vorschrift ergibt, während im CISG die sofortigen Rücktrittsrechte für beide Fälle auf zwei weit auseinander liegende Vorschriften verteilt sind (Art. 49 Abs. 1 a, 72 Abs. 1, 3 CISG).

Unmöglichkeit der Leistungserbringung: Die objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung stellt nach allgemeiner Ansicht eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Sie führt demnach im Anwendungsbereich des CISG ebenso wie nach neuem BGB - Schuldrecht nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, sondern begründet so wie dort ein Rücktrittsrecht (vgl. § 326 Abs. 5 BGB). Gleiches gilt für Unvermögen, wenn man dieses - entsprechend der h.M. im deutschen Zivilrecht - so versteht, dass wiewohl vielleicht ein anderer leisten könnte, jedenfalls der Schuldner nicht einmal die theoretische Möglichkeit zur Leistung durch Beschaffung des Kaufgegenstandes hat. Auch für das Unvermögen ist die Regelung in CISG und BGB bezogen auf das Rücktrittsrecht identisch. Ist das Vorliegen des Unvermögens jedoch unklar, empfiehlt es sich sicherheitshalber eine Nachfrist zu setzen und deren fruchtlosen Ablauf abzuwarten, so dass jedenfalls ein Rücktrittsrecht aus Art. 49 Abs. 1 b CISG besteht (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 7). Gleiches gilt für das BGB-Kaufrecht, bei dessen Eingreifen man ebenfalls bei Unsicherheit über die Beschaffungsmöglichkeit des Schuldners sicherheitshalber eine Nachfrist setzen sollte, um jedenfalls nach § 323 Abs. 1 BGB zurücktreten zu können. Einzig entbehrlich ist dies wiederum dann, wenn der Schuldner unter Berufung auf sein angebliches Unvermögen die Leistung dauerhaft und ernsthaft verweigert, weil dann schon aus den im Rahmen der Leistungsverzögerung dargelegten Gründen aus Art. 49 Abs. 1 a CISG bzw. § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB ein sofortiges Rücktrittsrecht folgt (Müller-Chen, a.a.O., Art. 49 Rdnr. 6).

Falschlieferung: Eine Falschlieferung stellt nur beim Stückkauf regelmäßig eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Beim Gattungskauf ist dies dagegen nur der Fall, wenn es dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die Lieferung selbst zu verwerten und Minderung oder Schadensersatz geltend zu machen. Krasse aliud-Lieferungen stellen auf jeden Fall eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Demgegenüber stellt die aliud-Lieferung im Rahmen des BGB-Kaufvertragsrechts sowohl beim Gattungs- wie beim Stückkauf eine Pflichtverletzung dar, die den Käufer - regelmäßig nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist - gemäß §§ 434 Abs. 3, 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt. Dem Vorteil des BGB gegenüber dem CISG, dass man für den Gattungs- und für den Stückkauf eine einheitliche, von Wertungsschwierigkeiten befreite Lösung geschaffen hat, steht der Nachteil gegenüber, dass beim BGB-Kauf auch die Lieferung eines Identitätsaliuds regelmäßig nicht zum sofortigen Rücktritt berechtigt.

Rechtsmangel: Nach herrschender Meinung stellt nicht jeder Rechtsmangel eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Allerdings ist dies dann der Fall, wenn der Käufer den Gegenstand auf Grund des Rechtsmangels sofort herausgeben muss oder wenn sich der Mangel nicht beheben lässt und den Käufer an der Verwendung der Ware hindert (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 41 Rdnr. 21). Dann kann der Käufer, wenn er vorher den Mangel ordnungsgemäß gerügt hat (Art. 43 Abs. 1 CISG), die Vertragsaufhebung erklären. Nach dem BGB-Kaufrecht berechtigt ein Rechtsmangel (§ 435 BGB) zu einem Rücktritt des Käufers gemäß §§ 437 Nr. 2 i.V.m. 440, 323 Abs. 1 bzw. i.V.m. 326 Abs. 5 BGB. Das heißt auch im BGB-Kaufrecht kann der Käufer bei Unhebbarkeit des Rechtsmangels (= Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 439 BGB durch Lieferung eines rechtsmangelfreien Gegenstandes oder durch Beseitigung des Rechtsmangels) sofort zurücktreten und hat dabei gegenüber dem CISG den Vorteil, dass er dies ohne vorherige Rüge des Mangels tun kann.

Sachmangel: Wie wir bereits gesehen haben, stellt ein Sachmangel nur dann eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar, wenn es dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die mangelhafte Ware zu behalten und ggf. Schadensersatz oder Minderung geltend zu machen. Des Weiteren muss es unmöglich oder dem Käufer unzumutbar sein, den Mangel nach Art. 46 Abs. 3 CISG zu beseitigen. Vertragsaufhebung soll nach dem Gewährleistungsrecht des CISG die „ultima ratio“ sein (Kappus, NJW 1994, 984). Nimmt man noch dazu, dass der Käufer den Mangel ordnungsgemäß gerügt haben muss (Art. 39 CISG), so wird deutlich, dass der Käufer nach dem BGB-Gewährleistungsrecht erheblich einfacher wegen eines Sachmangels vom Vertrag loskommen kann als bei Geltung des CISG. Es genügt bereits ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB, der entweder auch durch Nacherfüllung nicht beseitigt werden kann (dann: Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2,

326 Abs. 5 BGB) oder zu dessen Beseitigung der Käufer eine fruchtlos verstrichene Nachfrist gesetzt hat (dann: Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB). Ein besonderes Gewicht des Sachmangels ist für den Rücktritt im Gegensatz zum CISG nicht erforderlich. Vielmehr kann der Verkäufer lediglich den Rücktritt abwenden, wenn er darlegt und im Bestreitensfalle beweist, dass die in der Lieferung des Sachmangels liegende Pflichtverletzung „unerheblich“ ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Der Rücktritt wegen Sachmangels ist also gegenüber der Regelung des CISG nicht „ultima ratio“, sondern lediglich gegenüber dem generell vorrangigen Anspruch auf Nacherfüllung „sekundärer Rechtsbehelf“, der gleichberechtigt neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (aus § 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283 BGB) steht und ebenso wie dieser im Gegensatz zur Minderung bei bagatellartigen Pflichtverletzungen ausscheidet (vgl. §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB und § 441 Abs. 1 S. 2 BGB).

Verletzung sonstiger Vertragspflichten: Auch die Verletzung sonstiger Vertragspflichten, insbesondere die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, kann eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Ob die Verletzung der Nebenpflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, hängt vor allem vom objektiven Gewicht der Vertragsverletzung und von der Bedeutung der Nebenpflicht ab (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 12; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rdnr. 18 f.). Allerdings erfasst der Begriff der „Vertragsverletzung“ lediglich die Verletzung vertraglicher Pflichten und nicht auch die Verletzung von Sorgfaltspflichten aus einem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis, das nach dem Verständnis des internen deutschen Zivilrechts bei der Vertragsanbahnung entstehen kann. Das CISG regelt keine Haftung für culpa in contrahendo, da diese in den einzelnen Rechtsordnungen so verschiedenartig ausgestaltet ist, dass man auf keinen gemeinsamen Nenner kommen konnte (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht Art. 74 Rdnr. 11).

Auch im internen deutschen Zivilrecht kann die Verletzung von Nebenpflichten durch den Schuldner den Gläubiger zum Rücktritt berechtigen. Dabei wird allerdings zwischen Pflichtverletzungen im Stadium der Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) und Pflichtverletzungen nach Vertragsschluss unterschieden. Die Kontaktaufnahme im vorvertraglichen Stadium kann gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ein Schuldverhältnis begründen. Eine Pflichtverletzung im Rahmen dieses Schuldverhältnisses kann allerdings kein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB begründen, da § 323 Abs. 1 BGB auf „gegenseitige Verträge“ beschränkt ist und das Schuldverhältnis aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kein solcher gegenseitiger Vertrag ist. Eine Pflichtverletzung im

Rahmen der Vertragsverhandlungen (z.B. Verletzung einer Auskunfts-, Beratungs- oder Aufklärungspflicht) kann demgegenüber jedoch einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begründen. Der Schaden des Gläubigers wird bei diesen Fällen oft im Vertragsschluss liegen. Der Gläubiger hat dann einen auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Grüneberg, in: Palandt, § 311 Rdnr. 57). Verletzungen von Nebenpflichten nach Vertragsschluss können indes ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB begründen. Dies deshalb, weil § 323 Abs. 1 BGB zwar einen „gegenseitigen Vertrag“ voraussetzt, nicht aber die Verletzung einer synallagmatischen Hauptleistungspflicht aus einem solchen Vertrag (BT - Drucks. 14/6040, S. 183). Dabei ist nach h.M. zwischen leistungsbezogenen Nebenpflichten (wie z.B. der Leistungstreuepflicht, der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verpackung der Ware etc.) und nicht leistungsbezogenen, auf Wahrung des Integritätsinteresses ausgerichteten Nebenpflichten zu unterscheiden. Erstere fallen unter § 323 Abs. 1 BGB, Letztere unter § 324 BGB (Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 323 Rdnr. 3 f. und § 324 Rdnr. 1). Dies wiederum hat zur praktischen Konsequenz, dass der Rücktritt bei der Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichtverletzungen gegenüber dem Rücktritt wegen Verletzung von Leistungsnebenpflichten an die erschwerende Voraussetzung geknüpft ist, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Im praktischen Ergebnis dürfte das beim Rücktrittsrecht aus Art. 49 Abs. 1 a CISG nicht anders sein, weil es für das Gewicht der Vertragsverletzung regelmäßig einen Unterschied macht, ob eine leistungs- oder nicht leistungsbezogene Nebenpflicht verletzt wird. Der Vorteil des BGB gegenüber dem CISG liegt darin, dass dem Rechtsanwender durch die in § 323 Abs. 1 und § 324 BGB vorweggenommen Unterscheidung diese Auslegungsprobleme erspart bleiben.

### *(2) Vertragsaufhebung wegen Nichtlieferung*

Art. 49 Abs. 1 b CISG hat lediglich zwei Voraussetzungen: „Nichtlieferung“ und das Verstreichenlassen der dem Verkäufer vom Käufer gesetzten Nachfrist bzw. die Erklärung des Verkäufers, nicht innerhalb dieser Frist zu liefern.

Nichtlieferung ist nur gegeben, wenn der Käufer bei Fälligkeit seiner in Art. 31 CISG umschriebenen Lieferpflicht nicht nachkommt. „Nichtlieferung“ darf nicht mit „Nichterfüllung“ gleich gesetzt werden. Dies folgt daraus, dass die Terminologie des CISG eindeutig zwischen Nichtlieferung und Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware unterscheidet. Weder die Lieferung mangelhafter Ware noch die Falschlieferung sind damit unter das Merkmal „Nichtlieferung“ zu

subsumieren. Bei Falschlieferung etwa muss der Käufer nach Art. 49 Abs. 1 b CISG vorgehen und kann nur vom Vertrag loskommen, wenn ihm die Verwertung der Ware unzumutbar ist (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rdnr. 15).

Die Nachfrist muss zunächst eine bestimmte Aufforderung an den Schuldner zur Leistung enthalten und stimmt insoweit mit der Mahnung im BGB-Schuldrecht überein. Des Weiteren muss diese Mahnung mit der Angabe eines nach dem Kalender bestimmten oder bestimmbaren Termins verbunden sein, an dem der Schuldner leisten soll. Fehlt ein solcher Termin, so ist die Mahnung ohne Fristbestimmung rechtlich bedeutungslos. Wie bei § 284 BGB ist auch im Rahmen des Art. 49 Abs. 1 b CISG eine vor Fälligkeit erfolgte Mahnung unwirksam (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 47 Rdnr. 6; Art. 49 Rdnr. 20). Eine zusätzliche Ablehnungsandrohung, so wie sie nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. erforderlich war und nach neuem Recht nicht mehr erforderlich ist, verlangt Art. 49 Abs. 1 b CISG nicht.

Ist die dem Schuldner gesetzte Nachfrist abgelaufen, so ist der Vertrag damit nicht etwa automatisch aufgehoben. Vielmehr hat der Gläubiger nun gemäß Art. 49 Abs. 1 b CISG das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, also den Vertrag durch Ausübung eines Gestaltungsrechts zu liquidieren. Die Rechtslage ist vergleichbar dem neuen deutschen Recht, nach dem auch der Rücktritt erklärt werden muss.

#### *ii. Das Rückabwicklungsschuldverhältnis*

Wenn die Voraussetzungen eines der beiden Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG vorliegen und das Recht auf Vertragsaufhebung nicht gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG untergegangen ist, führt die Aufhebungserklärung zur Umgestaltung des Kaufvertrages in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis. Das heißt: Die Parteien werden von ihren Primärleistungspflichten befreit (Art. 81 Abs. 1 CISG) und sind zur Rückgabe des Geleisteten verpflichtet (Art. 81 Abs. 2 CISG).

Das Rückabwicklungsschuldverhältnis geht aber über die Umkehrung der Hauptleistungspflichten hinaus.

Gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer, der den Kaufpreis zurückzahlen muss, vom „Tag der Zahlung“ an auf den Betrag des Kaufpreises Zinsen zu zahlen. Diese Formulierung birgt jedoch einige Unklarheiten. Manche gehen davon aus, dass der „Tag des Empfangs“ mit dem „Tag der Zahlung“ identisch sei. Sie begründen das damit, dass Art. 84 Abs. 1 CISG einen Ausgleich für den abstrakten

Vorteil gewähren will, den der Verkäufer dadurch hat, dass er über das Geld Gewinn bringend verfügen kann. Dies kann er aber erst mit dem Empfang des Geldes (Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 84 Rdnr. 14). Demgegenüber verweisen andere auf den Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 CISG, der gerade ausdrücklich von „Zahlung“ spricht, womit nur die Vornahme der Leistungshandlung und nicht auch der Eintritt des Leistungserfolges gemeint sei (Staudinger/Magnus, Art. 84 Rdnr. 8).

Demgegenüber gewährt das deutsche Rücktrittsrecht keinen generellen Zinsanspruch bezüglich des zurück zugewährenden Kaufpreises. Vielmehr ist der tatsächlich erwirtschaftete Zins vom Verkäufer als gezogene Nutzung (§ 100 BGB) gemäß § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren; hat der Verkäufer mit dem Kaufpreis keinen Zins erwirtschaftet, so schuldet er insoweit gemäß § 347 Abs. 1 BGB Wertersatz für denjenigen Zins, den er entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht erwirtschaftet hat. Diese Bestimmung soll gegenüber einer starren Verzinsungsregelung den Vorteil haben, dass sie dem Umstand Rechnung trägt, dass der Schuldner bei kleineren Beträgen und kürzerer Nutzungsdauer nicht in der Lage ist, für das empfangene Geld eine Verzinsung in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu erzielen (vgl. Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 347 BGB Rdnr. 1). Dieser Aspekt spielt indes bei dem in aller Regel nur zwischen Kaufleuten zur Anwendung kommenden CISG keine Rolle.

Gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG schuldet der Käufer dem Verkäufer den Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware oder einem Teil der Ware gezogen hat. Der Begriff der Vorteile umfasst alles, was im internen deutschen Zivilrecht mit dem Begriff der „Nutzungen“ umschrieben wird (vgl. § 100 BGB). Damit muss der Käufer dem Verkäufer insbesondere Wertersatz für die Gebrauchsvorteile leisten. Dieser soll der Höhe nach an den Marktpreisen, also am marktüblichen Mietzins, den üblichen Lizenzgebühren etc. ausgerichtet werden (Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 84 Rdnr. 19; Staudinger/Magnus, Art. 84 Rdnr. 17). Im internen deutschen Zivilrecht wird der Wertersatzanspruch für Gebrauchsvorteile vom BGH dagegen anders berechnet: Der Mietzins enthalte einen unternehmerischen Gewinn, der dem Verkäufer, der vertragswidrige Ware geliefert habe, nicht zustehe. Daher sei der Wertersatzanspruch durch Umlegung des Kaufpreises auf die zu erwartende Nutzungsdauer des Kaufgegenstandes bis zu dessen Gebrauchsuntauglichkeit zu berechnen (BGHZ 115, 47, 54; dies ist auch im neuen Recht so geblieben: Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 10). Rechtsgrundlage für diesen Anspruch im BGB ist § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Hat der Käufer den Kaufgegenstand weiterveräußert oder ist dieser zerstört worden, so kann der Käufer unter den Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 2 CISG



dennoch die Aufhebung des Vertrages erklären. In diesem Fall ist Art. 84 Abs. 2 b CISG Rechtsgrundlage für den Anspruch des Verkäufers auf Vorteilsausgleichung. Danach kann der Verkäufer zunächst einmal wie nach Art. 84 Abs. 2 a CISG Wertersatz für die gezogenen Nutzungen verlangen. Des Weiteren tritt ein Wertersatzanspruch an die Stelle des Kaufgegenstandes als dessen Surrogat. Er kann sich aus der Verwertung oder dem Verbrauch der Sache ergeben (*commodum ex re*) oder aber aus ihrer Weiterveräußerung (*commodum ex negotiatione*). Im ersteren Falle ergibt sich die Höhe des Anspruchs aus dem objektiven Wert der Sache, im zweiten Falle aus dem Nettoverkaufserlös (Hornung, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84 Rdnrn. 25 ff.).

Im internen deutschen Zivilrecht ist in diesen Fällen die Rechtslage komplizierter. Ist die Kaufsache beim Käufer untergegangen oder beschädigt worden, so ist der Anspruch des Verkäufers auf Wertersatz (§ 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB) beim gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB). Ob die Haftungsmilderung des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB auch im Rahmen eines etwaigen Schadensersatzanspruches des Verkäufers aus § 346 Abs. 3 BGB anzuwenden ist, ist umstritten (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 18 m.w.N.). Jedenfalls könnte der Käufer bereits für den Untergang/die Verschlechterung der Kaufsache vor Erklärung des Rücktritts, also seit Empfang der Leistung, haften, weil die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Kaufsache bereits im Vertragsverhältnis angelegt ist (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 15). Dies wird indes für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach allgemeiner Ansicht erst für den Zeitpunkt bejaht, in dem die Partei weiß oder wissen muss, dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, also etwa, dass die Sache mangelhaft ist (Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 346 Rdnr. 18). Ist die Kaufsache dagegen vom Käufer verbraucht oder veräußert worden, so haftet er auf Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ob die Haftungsmilderung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf den Fall des § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB analog anzuwenden ist, ist noch ungeklärt und umstritten. Eine systematische und wortlautorientierte Auslegung ergibt („Auflistungstechnik des § 346 Abs. 2, 3 (Kaiser) jedenfalls, dass § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB im Falle des Verbrauchs und der Veräußerung nicht direkt eingreift. Bei Verbrauch und Veräußerung kommt wiederum ebenfalls ein Schadensersatzanspruch aus §§ 346 Abs. 4 i.V.m. §§ 280 ff. BGB in Betracht, der aus den oben genannten Gründen erst eingreift, wenn der Käufer im Zeitpunkt der Veräußerung/des Verbrauchs weiß oder wissen musste, dass die Sache mangelhaft ist.

Außer Wertersatz- und Schadensersatzansprüchen kann dem Verkäufer im Falle der Veräußerung oder der Zerstörung der Sache auch gemäß § 285 BGB ein

Anspruch auf Herausgabe des Surrogates des Kaufgegenstandes zustehen, dessen Rückgewähr dem Käufer unmöglich geworden ist, was für den Verkäufer insbesondere dann interessant ist, wenn das Surrogat wertvoller als der zurück zugewährende Gegenstand ist (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 20). Im Falle der Weiterveräußerung etwa wäre das Surrogat der vom Käufer bei der Weiterveräußerung erzielte Kaufpreis, da § 281 BGB auch auf das *commodum ex negatione* anwendbar ist (BGH NJW 1983, 929, 930). Dabei wird es wie im alten Recht auch gleichgültig sein, ob die Unmöglichkeit der Herausgabe bereits vor oder nach der Erklärung des Rücktritts eingetreten ist, obwohl der Rückgabeanspruch erst durch die Rücktrittserklärung entsteht (so zum alten Recht ausdrücklich MüKo/Emmerich, § 281 Rdnr. 5, während der BGH in NJW 1983, 929, 930 dies nur für das vertragliche Rücktrittsrecht entschieden hat).

Diese insgesamt als unübersichtlich zu bewertende Regelung im BGB macht deutlich, dass das CISG im Hinblick auf den Nutzungsersatz bei Vertragsaufhebung der Regelung des BGB weit überlegen ist.

Eine Regelung des Verwendungsersatzes fehlt im CISG. Allerdings ist man sich weitgehend einig, dass man aus dem in Art. 84 CISG zum Ausdruck kommenden Gedanken des Vorteilsausgleichs entnehmen kann, dass der Käufer zwar die Gebrauchsvorteile herausgeben muss, andererseits der Verkäufer auch nicht durch ihm nun zufließende Verbesserungen des Kaufgegenstandes bereichert werden soll. Daher wird angenommen, dass die werterhaltenden oder wertsteigernden Verwendungen vom Nutzungsherausgabeanspruch abzuziehen sind, so dass der Verkäufer insoweit nur einen Anspruch auf Ersatz der Nettovorteile hat (Hornung, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84 Rdnr. 20).

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, was zu gelten hat, wenn der Käufer zwar Aufwendungen auf die Sache vorgenommen hat, der Verkäufer aber keinen Anspruch auf Nutzungsersatz gegen ihn hat, von dem die Kosten für die Verwendungen abgezogen werden könnten. Hier wird vorgeschlagen, den Erhaltungsaufwand analog Artt. 85 ff. CISG zu ersetzen und den Verbesserungsaufwand über den ohnehin gegebenen Schadensersatzanspruch aus Art. 45 Abs. 1 b CISG zu ersetzen (Herber/Czerwenka, Art. 84 Rdnr. 8). Weitgehend ungeklärt ist noch, ob und inwieweit bei Anwendung des CISG die Kriterien, die z.B. das deutsche interne Zivilrecht zum Schutz des Verkäufers vor aufgedrängter Bereicherung kennt, (vgl. §§ 347 S. 2 bzw. 347 S. 3, 812 ff. BGB: nur „notwendige Verwendungen“ bzw. die Schutzmechanismen des Bereicherungsrechts zum Schutz vor aufgedrängter Bereicherung), in die Ermittlung des erstattungsfähigen Verwendungsersatzes einfließen können (Hornung, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84

Rdnr. 20a). Dies alles zeigt, dass die Lückenhaftigkeit des CISG im Hinblick auf den Verwendungsersatz unbefriedigend ist, so dass die Regelung des BGB der Regelung des CISG insoweit überlegen ist.

Nach Art. 82 Abs. 1 CISG geht - wie wir wissen - das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, grundsätzlich unter, wenn es dem Käufer unmöglich ist, die Ware im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sie erhalten hat. Des Weiteren schuldet der Käufer dem Verkäufer gemäß Art. 84 Abs. 2 b CISG den Gegenwert für alle Vorteile, die er aus dem Verbrauch oder Veräußerung des Kaufgegenstandes gezogen hat. Was aber geschieht, wenn der Kaufgegenstand nach der Erklärung der Aufhebung zerstört oder beschädigt wird und der Käufer daraus keinen vermögenswerten Vorteil im Sinne des Art. 84 Abs. 2 b CISG zieht? Nach dem Wortlaut der genannten Bestimmungen müsste der Verkäufer dann leer ausgehen. Ein nachträglicher Wegfall der bereits erklärten Vertragsaufhebung kommt wegen der Gestaltungswirkung der Aufhebungserklärung nicht in Betracht. Daher wird vorgeschlagen, dem Verkäufer für diesen Fall einen Wertersatzanspruch zuzubilligen, der aus dem Grundgedanken des Art. 84 CISG hergeleitet werden könne. Als Haftungsmaßstab für diesen Anspruch könne man Art. 82 Abs. 2 a CISG heranziehen, der der Interessenlage der Parteien in diesem Fall besonders gerecht werde (Hornung, a.a.O., Art. 82 Rdnr. 13).

#### *e. Das Minderungsrecht*

Beim Minderungsrecht nach Art. 50 CISG sind folgende Punkte zu prüfen:

- Abschluss eines Kaufvertrages
- Minderungserklärung (umstritten)
- Vertragswidrigkeit der Ware
- Rüge der Vertragswidrigkeit nach Art. 39 CISG
- kein der Minderung entgegenstehendes Recht des Verkäufers zur Mangelbehebung gemäß Art. 37 oder Art. 48 CISG (Art. 50 S. 2 CISG)

Das Minderungsrecht greift im Vergleich zum Aufhebungsrecht und dem Anspruch auf Ersatzlieferung bereits verhältnismäßig schnell ein. Es erfordert keine wesentliche Vertragsverletzung, sondern lediglich, dass die Ware vertragswidrig ist. Dies ist, wie wir wissen, sowohl bei der Lieferung einer mangelhaften Sache als auch bei der Falschlieferung der Fall. Das entspricht insoweit der Rechtslage bei der Minderung im BGB, die ebenfalls sowohl bei Vorliegen eines Sachmangels als auch bei Vorliegen eines dem Mangel gleichgestellten aliud (§ 434 Abs. 3 BGB) eingreift. Dennoch steht auch das Minderungsrecht unter dem Vorbehalt des

Vorranges des Rechts des Verkäufers zur Mängelbeseitigung, wie man Art. 50 S. 2 CISG entnehmen kann. Dies hat folgende Konsequenz: Erklärt der Käufer sofort mit Erhebung der Mängelrüge die Minderung, so ist die Minderungserklärung unwirksam und bleibt es auch, wenn der Verkäufer nachträglich innerhalb der Fristen der Art. 37, 48 Abs. 1 CISG Mängelbeseitigung anbietet oder gemäß Art. 48 Abs. 2, 3 CISG ein befristetes, auf Mängelbeseitigung gerichtetes Angebot abgibt, welches mangels Käuferwiderspruchs wirksam wird (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, Art. 50 Rdnr. 7). Im Ergebnis stimmen CISG und BGB in dem hierin zum Ausdruck kommenden Grundsatz des Vorranges der (Nach)Erfüllung überein, der auch die Minderung gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB erfasst. Die Minderung nach Art. 50 CISG unterscheidet sich jedoch von der Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB in einem Punkt erheblich: Die Minderung nach Art. 50 CISG erfordert im Gegensatz zur Minderung nach BGB-Kaufrecht die vorherige Erhebung einer ordnungsgemäßen Rüge nach Art. 39 CISG.

Schließlich ist umstritten, ob die Minderung nach Art. 50 CISG ein Gestaltungsrecht ist und daher der Abgabe einer Minderungserklärung bedarf. Nach einer Ansicht ist dies deshalb nicht der Fall, weil in Art. 50 CISG von einer Minderungserklärung keine Rede sei. Der Käufer übe sein Recht zur Minderung einfach dadurch aus, dass er den Kaufpreis nicht zahlt oder, wenn er ihn bereits bezahlt hat, wieder zurückverlangt. Mangels Gestaltungswirkung dieser Erklärungen sei auch nicht von einer Bindung an die Minderung auszugehen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 50 Rdnr. 5, 16 und 17). Demgegenüber geht die herrschende Meinung ohne weiteres davon aus, dass es sich bei dem Minderungsrecht um ein Gestaltungsrecht handelt, das durch die Abgabe einer Minderungserklärung ausgeübt werde. Die Rechtsfolge der berechtigten Minderung bestehe darin, dass der Kaufpreisanspruch in Höhe des Minderungsbetrages erlischt. Der Verkäufer kann daher nicht mehr den vollen Kaufpreis verlangen, der Käufer muss ihn nicht bezahlen (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdnrn. 15 und 24; Reinhardt, Art. 50 Rdnr. 2; Herber/Czerwenka, Art. 50 Rdnr. 4). Demgegenüber ist die Rechtslage im BGB-Kaufrecht eindeutig: § 441 BGB ist als Gestaltungsrecht ausgestaltet, so dass die Minderung nicht kraft Gesetzes, sondern erst nach Zugang der Minderungserklärung des Käufers beim Verkäufer wirksam wird.

Rechtsfolge der berechtigten Minderung nach Art. 50 CISG ist nach ganz herrschender Meinung, dass der Käufer vom Kaufpreisanspruch in Höhe des Minderungsbetrages befreit wird. Hat er bereits gezahlt, dann erwirbt der Käufer einen Rückzahlungsanspruch in Höhe des Minderungsbetrages. Es ist allerdings umstritten, auf welcher Rechtsgrundlage dieser Rückzahlungsanspruch beruht.

Nach einer Ansicht ergibt sich der Rückzahlungsanspruch unmittelbar aus Art. 50 CISG selbst. Andere wollen ihn auf eine analoge Anwendung des Art. 81 Abs. 2 CISG stützen, der die Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr des bereits Geleisteten bei der Vertragsaufhebung regelt (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdnr. 25 mwN; Lorenz, Jus 1993, 727, 729 Fußnote 32). Hinsichtlich der Rechtsfolgen stimmt die Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB mit der Minderung nach Art. 50 CISG überein. Das BGB-Minderungsrecht hat allerdings - ebenso wie bei der Frage der Rechtsnatur - gegenüber Art. 50 CISG den Vorteil, dass auf Grund einer ausdrücklich geregelten Anspruchsgrundlage (§ 441 BGB i.V.m. §§ 346 f. BGB) kein Zweifel über die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Rückgewähr des überzahlten Betrages bestehen kann.

Der Minderungsbetrag berechnet sich ähnlich wie nach § 441 Abs. 3 BGB. Es gilt demnach die uns bereits bekannte Minderungsformel:

$$\text{Minderungspreis} = \frac{\text{WertdermangelhaftenSache}}{\text{WertdermangelfreienSache}} \cdot \text{Kaufpreis}$$

Anders als bei der Minderung nach § 441 BGB ist bei Art. 50 CISG bei der Berechnung des Minderungspreises auf den Zeitpunkt der Lieferung abzustellen. Bei § 441 Abs. 3 BGB ist dagegen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Lieferung erleichtert die Berechnung des Minderungspreises erheblich, da die Werte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachträglich schwieriger zu ermitteln sind (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdnr. 21). Das BGB will dieses Problem dadurch abmildern, dass es, soweit erforderlich, Schätzung zulässt (§ 441 Abs. 3 S. 2 BGB).

Vergleicht man die Regelung der Minderung im BGB und im CISG global miteinander, so ist festzustellen, dass die beiden Regelungen nur im Detail voneinander abweichen. Dabei ist das Minderungsrecht nach Art. 50 CISG in puncto Berechnung des Minderungsbetrages praxisfreundlicher und für die Parteien leichter zu handhaben, weil das Abstellen auf den Zeitpunkt der Lieferung bei der Ermittlung des Verhältnisses des Wertes der mangelfreien und der mangelhaften Sache die Berechnung des Minderungspreises erheblich erleichtert. Demgegenüber zeichnet sich § 441 BGB durch eine größere Klarheit der Regelung bezüglich der Rechtsnatur als Gestaltungsrecht und der Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Rückgewähr des infolge Minderung überzahlten Betrages aus. Im Übrigen ist aus Käufersicht Art. 50 CISG gegenüber § 441 BGB nachteiliger:

Während Art. 50 CISG den Käufer auch beim Privatkau mit dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Rüge nach Art. 39 CISG belastet, ist § 441 BGB von einem Rügeerfordernis frei.

### *f. Der Schadensersatzanspruch*

Der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG kann bejaht werden, wenn

- eine Vertragsverletzung des Verkäufers vorliegt,
- die Vertragsverletzung zu einem ersatzfähigen Verlust gemäß Art. 74 CISG geführt hat und
- sich der Verkäufer nicht von seiner Ersatzpflicht nach Artt. 79, 80 CISG befreien kann
- dem Schadensersatzverlangen kein Recht des Verkäufers zur Mangelbehebung gemäß Art. 48 CISG entgegensteht und dieses nicht ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 49 CISG zur Vertragsrückabwicklung führt

Vertragsverletzung: Wie wir bereits gesehen haben, versteht man unter „Vertragsverletzung“ jede Form der Nichterfüllung einer Vertragspflicht (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 7). Die Nichterfüllung kann auf der Lieferung einer sach- oder rechtmängelbehafteten Sache, auf der Lieferung eines aliuds, auf der nicht rechtzeitigen Erfüllung, auf der Unmöglichkeit der Erfüllung oder auf der Verletzung einer sonstigen Vertragspflicht bestehen. Diese Umstände können auch nach dem BGB-Kaufrecht einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers begründen. Allerdings ist hier an eine Vielzahl verschiedener Anspruchsgrundlagen zu denken: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283, 311a Abs. 2 BGB. Damit sticht bereits ein Vorteil des Leistungsstörungenrechts des CISG gegenüber dem BGB-Kaufrecht ins Auge, der allerdings durch die Schuldrechtsreform erheblich verringert wurde: Anders als im BGB gibt es nicht mehrere verschiedene Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz; vielmehr beschränkt sich das CISG insoweit auf eine einzige Vorschrift! Lediglich die c.i.c. wird nicht von Art. 45 Abs. 1 b CISG erfasst. Sie ist, wie wir bereits gesagt haben, im CISG bewusst überhaupt nicht geregelt (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 11).

Gegenüber den vorgenannten Schadensersatzansprüchen im Leistungsstörungenrecht des BGB fällt auf, dass Art. 45 Abs. 1 b CISG als verschuldensunabhängige Garantiehafung ausgestaltet ist, während die

Schadensersatzansprüche des BGB als Haftung für vermutetes Verschulden konzipiert sind, so dass der Verkäufer sich durch den Beweis des Nichtvertretenmüssens von der Haftung befreien kann (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4, 311a Abs. 2 S. 3 BGB). Allerdings zeigt die Befreiungsmöglichkeit nach Artt. 79, 80 CISG eine dem § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Interessenbewertung. Ferner könnte man bei unbefangener Lektüre des Art. 45 Abs. 1 b CISG meinen, dass das CISG „schadensersatzfreundlicher“ ausgestaltet ist als das generell dem Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung unterliegende BGB-Kaufrecht (Ausnahmen: 280 Abs. 1, 281 Abs. 2, 282, 283, 311a Abs. 2, 440 BGB), das, soweit das Sinn macht, den Schadensersatzanspruch an den fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung knüpft (Ausnahmen: 280 Abs. 1, 281 Abs. 2, 282, 283, 311a Abs. 2, 440 BGB). Dieser erste Eindruck täuscht indes. Der Verkäufer kann nämlich ebenso wie bei der Minderung das Schadensersatzbegehren abwenden, wenn er von seinem Mangelhebungsrecht aus Art. 48 CISG Gebrauch macht. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann der Käufer auch beim Vorliegen einer einfachen, nicht wesentlichen Vertragsverletzung aus Art. 45 Abs. 1 b CISG den kleinen Schadensersatz ersetzt verlangen, also die Sache behalten und den mangelbedingten Minderwert nebst Folgeschäden liquidieren (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 5). Ferner darf das Schadensersatzverlangen nicht dazu führen, dass die Wertungen des Art. 49 CISG unterlaufen werden, wonach Vertragsaufhebung „ultima ratio“ ist. Dies wäre aber der Fall, wenn der Käufer trotz des Nichtvorliegens der Rücktrittsvoraussetzungen des Art. 49 CISG unter den erheblichen niedrigeren Anforderungen des Art. 45 Abs. 1 b CISG „großen Schadensersatz“ (Rückgabe der Kaufsache gegen Ersatz des gesamten Nichterfüllungsschadens) verlangen könnte. Daher ist Art. 45 Abs. 1 b CISG in systematischer Auslegung so zu verstehen, dass man aus ihm einen Anspruch auf „großen Schadensersatz“ nur ableiten kann, wenn zugleich die Voraussetzungen des Art. 49 CISG erfüllt sind und der Käufer mit dem Schadensersatzverlangen konkludent (und rechtzeitig: vgl. Art. 49 Abs. 2 CISG) den Rücktritt erklärt hat (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 45, Rdnr. 27). Damit ist das CISG bei näherer Betrachtung keineswegs schadensersatzfreundlicher als das BGB-Kaufrecht. Es gewährt lediglich dann im Hinblick auf den Vorrang der Nacherfüllung voraussetzungslos Schadensersatz, wenn der Schaden durch Nacherfüllung nicht mehr beseitigt werden kann (z.B. Verzögerungsschaden) oder wenn der Schaden, das Integritätsinteresse des Käufers betrifft, also „einfacher Schadensersatz“ ist. Dies entspricht im Ergebnis der Regelung des BGB (vgl. § 280 Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 2, 286 bzw. Abs. 3, 281 Abs. 1 und 2 BGB, 282, 283 BGB).

Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung zum Schadensersatz nach Art. 79, 80 CISG: Der Schuldner wird von der Verpflichtung zum Schadensersatz frei, wenn er beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb seines Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden (Art. 79 Abs. 1 CISG). Gleiches gilt, wenn sich der Schuldner zur Erfüllung eines „Erfüllungsgehilfen“ bedient und sowohl der Schuldner als auch der Dritte die Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 1 CISG erfüllen (Art. 79 Abs. 2 CISG).

Die vorgestellten Vorschriften machen deutlich, dass das CISG bei der Vertragshaftung anders als das BGB-Leistungsstörungenrecht grundsätzlich vom Garantieprinzip und nicht vom Verschuldensprinzip ausgeht. Dem Vorbild des englischen und amerikanischen Rechts weitgehend folgend, haben die Parteien dafür einzustehen, dass das gegebene Vertragsversprechen eingehalten wird. Mangelndes Verschulden befreit sie nicht von der Haftung. Befreien kann den Schuldner nur der Nachweis, dass die Nichterfüllung auf einem Umstand beruht, der seinem Einfluss entzogen ist. Damit erhebt das CISG die mangelnde Beherrschbarkeit des Risikos zum Entlastungsprinzip (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 7). Trotz der verschiedenen Ausgangspunkte knüpft auch Art. 79 CISG an subjektive Elemente an, indem er auf die mangelnde Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des Hinderungsgrundes abstellt (Stoll/Gruber, aaO., Art. 79 Rdnr. 11 ff., 22).

Nach Art. 80 CISG kann sich der Käufer nicht auf die Nichterfüllung von Pflichten durch den Verkäufer berufen, soweit diese Nichterfüllung durch seine Handlung oder Unterlassung verursacht wurde. Art. 80 CISG geht damit über Art. 79 CISG hinaus und befreit den Verkäufer nicht nur von der Schadensersatzhaftung, sondern verwehrt dem Käufer alle Rechtsbehelfe. Wegen dieser einschneidenden Rechtsfolge geht die wohl überwiegende Ansicht davon aus, dass Art. 80 CISG nicht auf den Fall der beiderseitigen Verursachung der Nichterfüllung anwendbar ist. Demnach setzt Art. 80 CISG voraus, dass die Nichterfüllung alleine kausal und zurechenbar durch den Käufer verursacht worden ist (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 80 Rdnr. 7).

#### *i. Der Verlust*

Der Schadensersatzanspruch des Art. 45 Abs. 1 b CISG setzt einen ersatzfähigen Schaden voraus. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches werden durch Art. 74 CISG geregelt. Nach Art. 74 Satz 1 CISG ist der infolge der



Vertragsverletzung entstandene Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Damit ist der gesamte kausal durch die Vertragsverletzung herbeigeführte Verlust gemeint, ohne dass es dabei auf die im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht des BGB so wichtige Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ankäme (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 2). Art. 74 Satz 1 CISG basiert auf dem Grundsatz der Totalreparation und erfasst daher bei der Lieferung einer mangelhaften Sache auch die sogenannten Mangelfolgeschäden, die infolge des Mangels des Kaufgegenstandes an einem anderen Rechtsgut des Käufers auftreten.

Auch im BGB-Kaufrecht werden Mangelfolgeschäden nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 bzw. nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB ersetzt, wobei lediglich darüber diskutiert wird, ob Mangelfolgeschäden unter § 280 Abs. 1 bzw. §§ 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. §§ 281 ff. BGB fallen.

Der Schaden wird nach Art. 74 Satz 1 CISG in Geld geleistet und ist demnach nicht wie grundsätzlich nach § 249 BGB in Natur zu ersetzen (vgl. Herber/Czerwenka, Art. 74 Rdnr. 4). Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick ein Unterschied zwischen CISG und BGB. Für die für das kaufvertragliche Leistungsstörungenrecht relevanten Ansprüche auf Schadensersatz „statt der Leistung“ (§§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB) ist nämlich mit der bisher zum alten Recht herrschenden Meinung davon auszugehen, dass auch sie in Abweichung von § 249 BGB grundsätzlich nur auf Geldersatz gerichtet seien. Dies ergibt sich daraus, dass ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch im Ergebnis nur zu der bei einem Vorgehen nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB gar nicht mehr geschuldeten Erfüllung führe. Bei den Ansprüchen aus §§ 281 ff. BGB tritt aber ein Schadensersatzanspruch in Geld an die Stelle des primären Erfüllungsanspruchs („Schadensersatz statt der Leistung“). Nacherfüllung kann indes lediglich im Rahmen des §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangt werden (vgl. die kritische Darstellung zum alten Recht bei MüKo/Emmerich, § 280 Rdnr. 11 f.; RGZ 127, 245, 248).

Der nach Art. 74 Satz 1 CISG grundsätzlich erstattungsfähige Verlust wird durch die Vorhersehbarkeitsregel des Art. 74 Satz 2 CISG begrenzt. Nach Art. 74 Satz 2 CISG wird nur derjenige Verlust erstattet, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen. Bei Anwendung dieser Regel auf die verschiedenen Schadensarten ergibt sich, dass der Nichterfüllungsschaden grundsätzlich vorhersehbar ist, da die Höhe dieses Schadens in der Regel von Faktoren abhängt (z.B. Marktverhältnisse), die der Schuldner kennt oder kennen muss. Daher wird

Art. 74 Satz 2 CISG namentlich bei den sogenannten Folgeschäden relevant. Dies sind vor allem die sogenannten Haftungsschäden (Haftung des Gläubigers infolge der Nichterfüllung), der entgangene Gewinn sowie die Mangelfolgeschäden. Die Anwendung des Art. 74 Satz 2 CISG auf den entgangenen Gewinn ergibt, dass dieser nur erstattet wird, wenn der Schuldner mit einer Weiterveräußerung der Ware rechnen musste. Dies wird beim Kaufmann stets - widerlegbar - vermutet. Gleiches gilt für die Haftungsschäden. Auch hier muss der Käufer schon beim Abschluss des Kaufvertrages damit rechnen, dass sich der Verkäufer gegenüber Abnehmern haftbar macht, wenn er dem Verkäufer gegenüber vertragswidrig leistet (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 41 f.). Eine solche Begrenzung bei Haftungsschäden und entgangenem Gewinn, die in der Praxis eine große Rolle spielen, kennt das interne deutsche Kaufrecht nicht. Insbesondere daher wird die Haftung des Verkäufers nach dem BGB als gegenüber dem CISG „härter“ eingestuft (Mitschke, BB 1997, 1494, 1497).

Demgegenüber sind die Mangelfolgeschäden wiederum grundsätzlich vorhersehbar. Art. 74 Satz 2 CISG schließt hier lediglich die Haftung für solche Schäden aus, die auf atypischen Kausalverläufen beruhen (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 44). Damit bleibt es hinsichtlich der Mangelfolgeschäden bei dem bereits Gesagten: Sie werden im CISG grundsätzlich einheitlich nach Art. 45 Abs. 1 b CISG ersetzt.

Die Haftungsbeschränkung des Art. 74 Satz 2 CISG ist den auf Nichterfüllung gerichteten Schadensersatzansprüchen des BGB fremd (Coester-Waltjen, Jura 1997, 637, 639). Bei näherer Betrachtung erfüllt sie jedoch eine ähnliche Funktion wie die Adäquanztheorie und die Zurechnungslehre (Schutzzwecklehre) des internen deutschen Zivilrechts.

#### *ii. Kombinationen*

Nach Art. 45 Abs. 2 CISG kann der Verkäufer den Schadensersatzanspruch ebenso wie im BGB-Kaufrecht (vgl. § 325 BGB) mit den übrigen bereits vorgestellten Rechtsbehelfen des CISG kombinieren. Die verschiedenen dabei denkbaren Kombinationsmöglichkeiten wollen wir nun im Einzelnen näher betrachten:

Geltendmachung von Schadensersatz neben dem Erfüllungs- (Art. 46 Abs. 1 CISG), dem Ersatzlieferungs- (Art. 46 Abs. 2 CISG) oder dem Nachbesserungsanspruch (Art. 46 Abs. 3 CISG): Macht der Käufer einen der genannten Erfüllungsansprüche geltend, dann kann er mit dem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG die durch Erfüllung nicht

mehr behebbaren Schäden ersetzt bekommen. Als solche kommen etwa Mangelfolgeschäden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers oder Verzögerungsschäden in Betracht.

Geltendmachung von Schadensersatz neben dem Recht auf Aufhebung des Vertrages: Die Erklärung der Vertragsaufhebung gestaltet den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um: Die beiderseitigen Hauptleistungspflichten erlöschen (Art. 81 Abs. 1 Satz 1 CISG), die bereits erbrachten Leistungen sind zurückzugewähren (Art. 81 Abs. 2 CISG) und die aus der bereits erbrachten Leistung gezogenen vermögenswerten Vorteile sind auszugleichen (Art. 84 CISG). Darüber hinaus gehende Schäden (z.B. Verzögerungsschäden, Schäden an sonstigen Rechtsgütern) können dann gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG zurückerstattet werden. Damit zieht das CISG die Konsequenzen daraus, dass der Schadensersatzanspruch nach Art. 45 Abs. 1 b CISG - anders als der „Schadensersatz statt der Leistung“ im BGB - nicht auch die Liquidierung der beiderseitigen Leistungspflichten mitumfasst (Stoll/Gruber, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 5). Dies bedeutet nämlich, dass der Käufer alleine auf Grund der Anspruchsgrundlage des Art. 45 Abs. 1 b CISG keinen „großen Schadensersatz“ verlangen kann, so wie er uns im Rahmen der §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB bekannt ist. Will der Käufer dies erreichen, muss er eben die Aufhebung des Vertrages erklären und daneben Schadensersatz verlangen. Ein solches Vorgehen ist ihm natürlich auch im deutschen Recht gemäß § 325 BGB ermöglicht, das seit der Schuldrechtsreform kein Koppelungsverbot von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung mehr kennt. Allerdings führt die gemäß § 325 BGB auch neben dem Schadensersatzverlangen zulässige Rücktrittserklärung dazu, dass der Käufer auf den „großen Schadensersatz“ beschränkt bleibt. Ein Übergehen auf den kleinen Schadensersatzanspruch ist nach Erklärung des Rücktritts nicht mehr möglich. Letztendlich handelt es sich dabei jedoch nur um verschiedene konstruktive Vorgehensweisen, die am praktischen Ergebnis nichts ändern: Der Käufer steht weitgehend gleich, wenn er nach Artt. 45 Abs. 1 b, 45 Abs. 2, 49 Abs. 1 CISG die Vertragsaufhebung erklärt und zugleich Schadensersatz verlangt oder wenn er „Schadensersatz statt der Leistung“ gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB nach der Surrogationsmethode bzw. auf der Basis des „großen Schadensersatzes“ verlangt oder wenn er zusätzlich zu dem Verlangen auch noch zurücktritt. Daneben kann der Käufer sich natürlich auch bei Geltung des CISG auf die Geltendmachung des (kleinen) Schadensersatzanspruches nach Art. 45 Abs. 1 b CISG beschränken und die Kaufsache behalten. Auch im CISG hat der Käufer demnach im Ergebnis die Wahl zwischen dem „kleinen“ und dem „großen Schadensersatzanspruch“.

Geltendmachung von Schadensersatz neben der Minderung: Praktisch wenig relevant, aber rechtlich (sowohl nach CISG wie BGB) möglich, ist die Kombination von Minderung und Schadensersatz, da die Geltendmachung des Schadensersatzes alleine zum gleichen Ergebnis führt.

*g. Das Recht zur zweiten Andienung*

Gemäß Art. 48 Abs. 1 CISG kann der Verkäufer einen Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten auch nach dem Liefertermin auf eigene Kosten beheben, wenn dies keine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht und dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht. Dies gilt aber nur „vorbehaltlich des Art. 49“.

Dieses in Art. 48 Abs. 1 CISG geregelte „Recht zur zweiten Andienung“ („seller’s right to cure“), das durch den Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung auch de facto im BGB gilt, baut auf dem im BGB noch ein wenig konsequenter durchgehaltenen Gedanken des Vorranges der Aufrechterhaltung des Vertrages vor dessen Abwicklung auf Sekundärleistungsebene auf. Größte praktische Bedeutung hat es bei Sach- und Rechtsmängeln. Bei nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung ist es regelmäßig uninteressant, da hier bereits aus Art. 49 Abs. 1 b CISG folgt, dass der Verkäufer nacherfüllen kann, solange die Verzögerung keine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt (dann Art. 49 Abs. 1 a CISG) und eine vom Käufer gemäß Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzte Nachfrist noch nicht fruchtlos abgelaufen ist (dann Art. 49 Abs. 1 b CISG). Der „Vorbehalt des Art. 49“ wird von der herrschenden Meinung (auch international) so verstanden, dass das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn seine mangelhafte Erfüllung bereits eine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt. Dann hat der Verkäufer das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 14 ff.). Allerdings wird das nur in Ausnahmefällen, wie etwa dem Vorliegen eines Fixgeschäfts oder im Falle betrügerischen Verhaltens des Verkäufers im Zusammenhang mit der Leistung angenommen (Müller-Chen aaO. Art. 48 Rdnr. 15), also in Fällen in denen auch nach BGB-Kaufrecht der Vorrang der Nacherfüllung durchbrochen ist (vgl. § 323 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 BGB). Dennoch ist auf Grund der klaren und abschließenden Regelung der Fälle in § 323 Abs. 2 BGB, in denen das Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung nur durchbrochen werden darf (falls die Rechtsprechung § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zurückhaltend auslegen wird), der Vorrang der Vertragsdurchführung regelungstechnisch klarer herausgestellt als im CISG, bei dem alles davon abhängt, ob man den Mangel als „wesentliche Vertragsverletzung“ wertet oder nicht. Im Übrigen ist der Verkäufer

im Anwendungsbereich des CISG frei, zwischen den ihm geeignet erscheinenden Möglichkeiten der Mängelbeseitigung zu wählen: Er kann die Ware austauschen oder reparieren, die Beseitigung eines den Kaufgegenstand belastenden Rechts herbeiführen (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 2). Allerdings gilt dies nur, wenn der Mangel überhaupt behebbar ist. So kann der Verkäufer z.B. beim Stückkauf nicht mit einer anderen fehlerfreien Sache nacherfüllen, da diese Sache nie geschuldet war (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 8). Dieses Wahlrecht des Verkäufers unterscheidet das CISG wiederum vom BGB, das in § 439 BGB dem Käufer ein Wahlrecht hinsichtlich der verschiedenen Varianten der Nacherfüllung einräumt, das seinerseits der Verkäufer nur durch die Einrede aus § 439 Abs. 3 BGB beschränken kann. Bei „Unzumutbarkeit“ ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ausgeschlossen. Typische Beispiele für eine solche „Unzumutbarkeit“ sind z.B. mehrfache bereits fehlgeschlagene Nachbesserungsversuche oder durch die Nacherfüllung herbeigeführte Betriebsstörungen und Produktionsunterbrechungen (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 3).

## **8. Zusammenfassender Vergleich des Leistungsstörungenrechts des UN-Kaufrechts mit dem Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufs**

Die prägnanteste Gemeinsamkeit zwischen dem Leistungsstörungenrecht des CISG und dem BGB-Kaufrecht ist darin zu sehen, dass das Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts ebenso wie das Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufrechts auf jeweils einem einheitlichen Zentralbegriff aufbauen, die sich zwar begrifflich ein wenig voneinander unterscheiden, aber inhaltlich identisch sind (im CISG: „Nichterfüllung“ bzw. synonym „Vertragsverletzung“; im BGB: „Pflichtverletzung“). Diese gemeinsame Regelungstechnik kann auch nicht verwundern, wenn man bedenkt, dass das CISG ein wesentliches Vorbild für den Gesetzgeber der Schuldrechtsreform war. Allerdings hat das BGB - Leistungsstörungenrecht ausgehend von diesem Zentralbegriff mehrere Unterkategorien der „Pflichtverletzung“ geschaffen (anfängliche(s) und nachträgliche(s) Unmöglichkeit (Unvermögen): §§ 275, 283, 311a, 326 Abs. 5 BGB; Leistungsverzögerung/Verzug: 280 Abs 2, 286, 281, 323; Verletzung von Nebenpflichten: nichtleistungsbezogen (vertraglich/vorvertraglich): 280 Abs. 1 (ggf. i.V.m. § 311 Abs. 2), Abs. 3 i.V.m. 282, 324 BGB; leistungsbezogen: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. 281, 323 BGB; Schlechtleistung („Nichtvertragsgemäßheit der Leistung“): §§ 281, 323 BGB (ggf. i.V.m. 437 Nr. 2, 3 BGB), 439, 441 BGB)). Diese Regelungstechnik führt zwar zu einer recht hohen Zahl verschiedener Anspruchsgrundlagen, erleichtert im Ergebnis jedoch durch eine Absenkung des

Abstraktionsgrades die Rechtsanwendung, zumal der Gesetzgeber das Auffinden der einschlägigen über das BGB verstreuten Anspruchsgrundlagen (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283, 311a Abs. 2, 346 i.V.m. § 323 bzw. 324 bzw. 326 Abs. 5 (alles ggf. i.V.m. § 437, 440), 439 BGB) durch Verweisungsvorschriften erleichtert hat (vgl. §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 2 und 3, 437, 634 BGB, die weitgehend nur „Merkzettelfunktion“ haben). Demgegenüber verzichtet das CISG zwar auch nicht auf Unterkategorien zum Zentralbegriff der „Nichterfüllung“ bzw. „Vertragsverletzung“, beschränkt sich aber auf eine weniger weit gehende Differenzierung als das BGB, die ganz ohne die Kategorie der Unmöglichkeit auskommt, („Nichtvertragsgemäßheit der Ware“: Art. 46 Abs. 2 und 3, Art. 50 CISG; „Nichtlieferung“ bzw. „verspätete Lieferung“: Art. 49 Abs. 1 b, Abs. 2 CISG)) und fängt dies dadurch auf, dass es auf einer höheren Abstraktionsebene als das Leistungsstörungenrecht des BGB das Eingreifen bestimmter Rechtsbehelfe davon abhängig macht, ob die Vertragsverletzung „wesentlich“ ist oder nicht (vgl. Coester-Waltjen, Jura 1997, 637). Trotz der höheren Zahl von Anspruchsgrundlagen hat das Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufs gegenüber dem Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts den Vorzug, dass es wegen des geringeren Abstraktionsgrades „benutzerfreundlicher“ ist. Dies wird ferner durch die §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB deutlich, die klar regeln, in welchen Fällen das Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung durchbrochen wird, während sich dies im Anwendungsbereich des CISG nur teils durch systematische Auslegung (im Verhältnis von Art. 45 Abs. 1 b zu Art. 48 und 49 CISG), teils aus der richtigen Anwendung des Merkmales „wesentliche Vertragsverletzung“ erschließt. Allerdings bewahrt auch das BGB nicht vor der Notwendigkeit, zwischen erheblichen und unerheblichen Pflichtverletzungen zu unterscheiden, weil es bei unerheblichen Pflichtverletzungen beim Vorrang der Nacherfüllung bleibt (§ 281 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der „Benutzerfreundlichkeit“ fällt zugunsten des BGB ins Gewicht, dass es seit der Schuldrechtsreform auf schwierige Abgrenzungen verzichtet, die die Anwendung des BGB erschweren. Neben der bereits angesprochenen kasuistisch vorzunehmenden Abgrenzung von „wesentlicher“ und „unwesentlicher Vertragsverletzung“ ist hier die schwierige Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel zu nennen, die im BGB wegen §§ 434, 435 BGB entbehrlich ist, im CISG indes bei der Anwendung des Art. 46 CISG insofern eine große Rolle spielt, als Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG nur beim Sachmangel nicht aber beim Rechtsmangel zur Anwendung kommen.

Eine weitere Gemeinsamkeit von CISG und BGB ist, dass sie beide vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgehen. Dabei geht das CISG insoweit weiter als das BGB, als es den Käufer mit einer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit belastet,

die das deutsche Zivilrecht nur für den Handelskauf vorsieht (§ 377 HGB). Demgegenüber geht das BGB-Kaufrecht wegen der regelmäßig geringeren Bedeutung der Transportkosten beim Inlandskauf in der Umsetzung des Prinzips des Vorranges der Nacherfüllung insoweit einen Schritt weiter als das CISG, als es auch den Anspruch auf Nachlieferung als primären Rechtsbehelf ausgestaltet, den der Käufer wahlweise neben dem Anspruch auf Nachbesserung geltend machen kann, während der Anspruch auf Nachlieferung in Art. 46 Abs. 2 CISG an eine „wesentliche Vertragsverletzung“ gebunden und mithin nicht nur als sekundärer Rechtsbehelf, sondern als „ultima ratio“ ausgestaltet ist.

Außer dem Anspruch auf Nachlieferung ist auch der Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung im CISG (Art. 49 Abs. 1 CISG) als „ultima ratio“ konzipiert. Demgegenüber ist das BGB-Kaufrecht ein wenig rückertrittsfreundlicher (§§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5 BGB). Es macht zwar auch im Regelfall des Rücktritts wegen eines behebbaren Mangels gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB das Rücktrittsrecht vom fruchtlosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung abhängig und schließt den Rücktritt nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei unerheblichen Pflichtverletzungen aus, stellt damit aber immer noch geringere Hürden für den Rücktritt auf als das CISG. Dieses fordert für die Vertragsaufhebung nämlich nicht nur einen Mangel der Kaufsache, sondern darüber hinaus, dass dieser Mangel als „wesentliche Vertragsverletzung“ gewertet werden kann, was nur der Fall ist, wenn er objektiv so schwerwiegend ist, dass dies die Vertragsaufhebung rechtfertigt. Dies wird nur bejaht, wenn dem Käufer eine anderweitige Verwertung der Kaufsache im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismäßigen Aufwand nicht zugemutet werden kann. Hinzu kommt, dass das Rücktrittsrecht des CISG - wie alle Rechtsbehelfe im CISG - die Beachtung der dem BGB-Kaufrecht unbekanntenen Rügeobliegenheit gemäß Art. 39 CISG erfordert.

Ähnlich sind hingegen die Rechtsbehelfe Schadensersatzanspruch (Art. 45 Abs. 1 b CISG; §§ 437 Nr. 3, 440, 280 ff. bzw. 311a Abs. 2 BGB) und Minderung (Art. 50 CISG; §§ 437 Nr. 2, 441 BGB) konzipiert. Sowohl im CISG (vgl. Art. 48 CISG, Art. 50 S. 2 CISG) als auch im BGB stehen die Minderung und der kleine Schadensersatz grundsätzlich unter dem Vorbehalt des Vorranges der Nacherfüllung. Lediglich die Geltendmachung des großen Schadensersatzes ist im CISG wegen der ultima-ratio-Funktion der Vertragsaufhebung (siehe oben) gegenüber der Regelung im BGB geringfügig erschwert, da das BGB nach Ablauf einer angemessenen Nacherfüllungsfrist grundsätzlich bei jedem Sachmangel großen Schadensersatz („statt der Leistung“) gewährt und den Schadensersatzanspruch nur bei unerheblicher Pflichtverletzung ausschließt (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB), während das CISG einen Mangel verlangt, der objektiv so

schwerwiegend ist, dass er eine Vertragsaufhebung rechtfertigt („wesentliche Vertragsverletzung“).

Alles in allem kann man abschließend festhalten, dass das Leistungsstörungenrecht im CISG und BGB-Kaufrecht einer ähnlichen Regelungstechnik unterworfen sind und vergleichbaren Wertungen („Vorrang der Vertragserfüllung“) folgen und sich lediglich in der Ausgestaltung im Detail voneinander unterscheiden. Die markantesten Unterschiede liegen in der höheren Abstraktion und der geringeren Regelungsdichte des CISG sowie in seiner Konzeption der Vertragsaufhebung als „ultima ratio“.