

Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

**Zum Verordnungsentwurf der Europäischen
Kommission vom 11. 10. 2011
KOM(2011) 635 endg.**

herausgegeben von

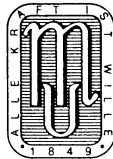
Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

Universitätsprofessorin in Wien

und

Dr. Brigitta Zöchling-Jud

Universitätsprofessorin in Wien



Wien 2012

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf)

Alexander Schopper

Übersicht:

- I. Einführung
- II. Allgemeine Bestimmungen (Kapitel 9)
 - A. Einheitlicher Tatbestand der Nichterfüllung
 - B. Wesentliche und unwesentliche Nichterfüllung
 - C. Entschuldigte Nichterfüllung
 - D. Änderung der Umstände
- III. Verpflichtungen des Verkäufers (Kapitel 10)
 - A. Überblick
 - B. Vertragsmäßigkeit der Waren und digitalen Inhalte
 - C. Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit
- IV. Abhilfen des Käufers (Kapitel 11)
 - A. Überblick
 - B. Erfüllung
 - C. Zurückbehaltungsrecht
 - D. Beendigung des Vertrages
 - E. Preisminderung
 - F. Schadenersatz
- V. Verpflichtungen des Käufers (Kapitel 12)
- VI. Abhilfen des Verkäufers (Kapitel 13)
- VII. Gefahrübergang (Kapitel 14)
- VIII. Abschließende Würdigung von Teil IV

I. Einführung

Teil IV des CESL-Entwurfs enthält die Regeln über „*Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte*“. Dieser Teil umfasst 6 Kapitel mit nicht weniger als 60 Artikel. Inhaltlich widmen sich diese Bestimmungen vor allem Themen, die nach österreichischem Verständnis dem allgemeinen Teil des Schuldrechts zugeordnet werden. Dazu gehören das Leistungsstörungenrecht und die Gefahr-

tragung sowie Bestimmungen über Erfüllungsort, -zeit und -modalitäten. Darüber hinaus enthält Teil IV Regelungen über die Pflichten der Parteien eines Kaufvertrages bzw eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Dem CESL-Entwurf liegt ein weiter Begriff des Kaufvertrages zu Grunde, der auch Verträge umfasst, die nach österreichischem Recht als Werkverträge einzustufen wären.¹

Teil IV ist im Hinblick auf die Anzahl der Artikel nicht nur der umfangreichste Teil, sondern inhaltlich wohl auch das Herzstück des CESL-Entwurfs. Die folgenden Ausführungen können keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Vielmehr soll der Versuch unternommen werden, die zentralen Regelungsinhalte des IV. Teils aus österreichischer Sicht erstmals näher zu beleuchten.

II. Allgemeine Bestimmungen (Kapitel 9)

A. Einheitlicher Tatbestand der Nichterfüllung

Unter der Überschrift „*Allgemeine Bestimmungen*“ enthält Kapitel 9 unter anderem² Regeln über die Nichterfüllung.³ Diese haben eine maßgebliche Bedeutung für das gesamte Leistungsstörungenrecht im CESL-Entwurf.⁴ Die Nichterfüllung durch den Verkäufer ist Grundvoraussetzung für die Rechtsbehelfe des Käufers. Umgekehrt setzen die Rechtsbehelfe des Verkäufers eine Nichterfüllung des Käufers voraus.

Art 87 (1) definiert den Begriff der Nichterfüllung. Gegenüber der *feasibility study* wurde die Gliederung dieser Bestimmung verändert und übersichtlicher gestaltet. Dem CESL-Entwurf liegt ebenso wie dem DCFR (Art III.-3:101) und den PECL (Art 8:101), die den Begriff jedoch nicht eigens definieren, ein einheitlicher Tatbestand der Nichterfüllung zugrunde. Auch das UN-Kaufrecht greift auf einen einheitlichen Tatbestand der „*Vertragsverletzung*“ zurück. Der Begriff der Nichterfüllung in Art 87 (1) ist weit. Er erfasst die verspätete Lieferung (Verzug) ebenso wie das völlige Ausbleiben der Lieferung etwa durch Unmöglichwerden der Leistung. Auch die Lieferung nicht

¹ Siehe Art 2 (k) VO-Entwurf.

² Art 90 (Erweiterte Anwendung der Vorschriften über Zahlungen sowie über die Nichtannahme von Waren oder digitalen Inhalten) kann in diesem Rahmen nicht näher beleuchtet werden. Diese Norm ist nur gemeinsam mit den Regeln über die Zahlung (Kapitel 12) und der Regel über die Nichtannahme von Waren (Art 97) verständlich. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit wäre mE zu überdenken, den Regelungsinhalt von Art 90 zu den einschlägigen Bestimmungen (Kapitel 12) und Art 97 zu transferieren. Zu Art 89 (Änderung der Umstände) sogleich unten.

³ Art 87 f.

⁴ Ähnlich U. Huber, Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht, ZEuP 2008, 708 (714), der die Regel Art III.-3:101 Abs 2 DCFR (entschuldigte Nichterfüllung) als ein „*Zentralstück des Leistungsstörungenrechts*“ bezeichnet.

vertragsgemäßer Ware oder die Bereitstellung nicht vertragsgemäßer digitaler Inhalte, also Fälle der Schlechterfüllung, stellen einen Fall der Nichterfüllung dar.⁵ Art 87 (1) (f) enthält schließlich einen Auffangtatbestand, nach dem jede sonstige behauptete Erfüllung, die nicht vertragsgemäß ist, unter den weiten Nichterfüllungsbegriff des CESL-Entwurfs zu subsumieren ist. Weiters erfasst der Tatbestand auch jene Fälle, die nach dem geltenden österreichischen Recht unter dem Überbegriff der positiven Vertragsverletzung behandelt werden.⁶ Demnach kann grundsätzlich auch die Verletzung von Nebenpflichten eine Nichterfüllung darstellen und die damit verbundenen Rechtsbehelfe der vertragstreuen Partei auslösen.⁷ Eine Ausnahme sieht Art 107 nur für die unentgeltliche Bereitstellung von digitalen Inhalten vor. Verursacht die Vertragswidrigkeit in diesem Fall einen Schaden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers (sog Integritätsschäden), steht dem Käufer lediglich der Anspruch auf Ersatz des positiven Schadens zu. Für Nebenpflichten, die sich aus dem Gebot von Treu und Glauben und den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs ergeben, sieht Art 2 (2) einen Schadenersatzanspruch vor. Art 2 (2) schließt aber nicht aus, dass der geschädigten Partei darüber hinaus noch weitere Rechtsbehelfe zustehen können. Stellt die Verletzung einer Nebenpflicht durch den Verkäufer eine wesentliche Nichterfüllung (dazu sogleich unten B.) dar, steht dem Käufer daher auch das Recht auf Vertragsaufhebung zu.⁸

B. Wesentliche und unwesentliche Nichterfüllung

Die Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Nichterfüllung wird in Art 87 (2) getroffen. Eine wesentliche Nichterfüllung ist nach dem CESL-Entwurf Voraussetzung für das Recht auf „Vertragsbeendigung wegen Nichterfüllung“⁹ und das Recht des Käufers, eine Nacherfüllung des Verkäufers zu verweigern¹⁰. Grundsätzlich spielt daher die Wesentlichkeit einer Nichterfüllung sowohl für die Fälle einer Schlechtlieferung¹¹ als auch für Verzugsfälle¹² eine Rolle und ist somit ein zentraler Bestandteil des Leistungsstörungenrechts im CESL-Entwurf. Im Zusammenhang mit B2C-Verträgen ist

⁵ Vgl v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 433.

⁶ Vgl allgemein dazu Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 87 f; kritisch zum Begriff der positiven Vertrags- bzw Forderungsverletzung Schlesinger, Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen, ZBl 1926, 721 ff; Reischauer in Rummel³ Vor §§ 918–933 ABGB Rz 4; Wittwer, Die positive Vertrags- oder Forderungsverletzung, ÖJZ 2004, 161; Mayrhofer/Ehrenzweig, Schuldrecht AT³ 352 f.

⁷ Vgl v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 433.

⁸ Art 106 (1) (c) iVm Art 114 (1).

⁹ Art 114, 115, 134, 136. Für die Vertragsbeendigung durch den Käufer im Rahmen eines B2C-Vertrages vgl aber auch Art 114 (2): bei nicht „unerheblicher Vertragswidrigkeit“ der Waren.

¹⁰ Art 109 (4) (c).

¹¹ Dazu näher unten IV.B.2.

¹² Dazu näher unten IV.D.4.

aber darauf hinzuweisen, dass bei einer Nichterfüllung durch den Verkäufer der Käufer den Vertrag immer schon dann beenden kann, wenn die Vertragswidrigkeit der Ware nicht unerheblich ist (Art 114 (2)).¹³ Insoweit kommt es hier gerade nicht auf das Vorliegen einer wesentlichen Nichterfüllung an.

Nach Erwägungsgrund 32 des VO-Entwurfs solle das „Gemeinsame Europäische Kaufrecht“ auf die Aufrechterhaltung eines gültigen Vertrages ausgerichtet sein, wo immer dies mit Blick auf die berechtigten Interessen der Parteien möglich und angemessen ist. Die Vertragsaufhebung soll wegen der damit gerade bei grenzüberschreitenden Verträgen regelmäßig verbundenen hohen Zusatzkosten für Rücktransport und Lagerung der Ware zu Gunsten anderer Rechtsbehelfe, wie insbesondere Erfüllung (Art 110 ff) oder Preisminderung (Art 120) zurücktreten und nur bei schweren Leistungsstörungen, die eine derart schwerwiegende Rechtsfolge gerechtfertigt erscheinen lassen, eingreifen. Aus dem Erwägungsgrund 32 des VO-Entwurfs folgt, dass der für die Vertragsaufhebung maßgebliche Tatbestand einer wesentlichen Nichterfüllung einschränkend auszulegen sein wird.

Art 87 (2) (a) ist Art 25 CISG bzw auch Art 8:103 lit b PECL nachempfunden.¹⁴ Das ist grundsätzlich zu begrüßen, weil dadurch auf vorhandene Rsp und Lehre zu Art 25 CISG zurückgegriffen werden kann. Sollte der CESL-Entwurf in dieser Fassung in Kraft treten, würde dies die Rechtssicherheit steigern.

Eine wesentliche Nichterfüllung liegt vor, wenn der vertragstreuen Partei ein erheblicher Teil dessen vorenthalten wird, was sie nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses diese Folge nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte. Die wesentliche Nichterfüllung iSv Art 87 (2) erfordert somit zwei kumulative Tatbestandsvoraussetzungen: i) Schwere der Nichterfüllung, wobei diese nach dem Grad der Abweichung von den berechtigten Erwartungen der vertragstreuen Partei zu beurteilen ist und ii) Vorhersehbarkeit für die nichterfüllende Partei.

Gemessen an diesen beiden Kriterien ist die bloße Nichterfüllung einer Zahlungs- oder Lieferpflicht (Verzug) per se in aller Regel nicht als wesentliche Nichterfüllung anzusehen. Anderes gilt bei (absoluten) Fixgeschäften schon wegen der gebotenen Beachtung der berechtigten Erwartungen der vertragstreuen Partei auf Grundlage des Vertrages. Bei allen anderen Geschäften ist darauf abzustellen, ob ein bloßer Zahlungs- oder Lieferverzug derart lange andauert, dass aus einer zunächst unwesentlichen Nichterfüllung eine wesentliche wird. Die heikle Frage, wann ein bloßer Lieferverzug von einer unwesentlichen Nichterfüllung in eine wesentliche übergeht, ist einerseits anhand der berechtigten Käufererwartungen unter Berücksichtigung des Vertrages zu

¹³ Dazu unten IV.D.3.

¹⁴ Eingehend zu Art 25 CISG etwa v. *Caemmerer*, Die wesentliche Vertragsverletzung im international einheitlichen Kaufrecht, FS Coing Bd II (1982) 33 ff; *Holthausen*, Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art 25 UN-Kaufrecht, RIW 1990, 101ff; *Ferrari*, Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht – 25 Jahre Artikel 25 CISG, IHR 2005, 1 ff.

beantworten. Andererseits liegt eine wesentliche Nichterfüllung auch in diesem Fall erst vor, wenn für die vertragsbrüchige Partei bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war, dass ein solch qualifizierter Verzug der anderen Partei wesentliche Teile dessen vorenthält, was diese sich auf Grundlage des Vertrages erwarten durfte. Diese Voraussetzung liegt zB nicht vor, wenn der Käufer den Verkäufer erst nach dem Vertragsabschluss darüber informiert, dass er die bestellte Ware im Rahmen eines Fixgeschäfts an einen Dritten weiterveräußert hat. Die Einhaltung des Lieferdatums durch den Verkäufer wurde in diesem Fall erst nachträglich zu einem wesentlichen Kriterium für den Käufer und war somit für den Verkäufer im Vertragsabschlusszeitpunkt nicht vorhersehbar.¹⁵

Art 87 (2) (a) ist wie bereits erwähnt auch auf Fälle der Schlechtlieferung anwendbar. Ob eine mangelhafte Lieferung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, ist einerseits danach zu beurteilen, ob die gelieferte Leistung dem Käufer wesentliche Teile dessen vorenthält, was er nach Maßgabe des Vertrages berechtigterweise erwarten durfte. Andererseits muss dies für den Verkäufer bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar gewesen sein. Darüber hinaus werden auch Art 99 und 100 (Vertragsmäßigkeit der Ware) zu berücksichtigen sein. Die fehlende Eignung der Ware zum vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Gebrauch wird demnach eine wesentliche Nichterfüllung darstellen.

Nach Art 87 (2) (b) ist die Nichterfüllung einer Verpflichtung wesentlich, wenn sie klar erkennen lässt, dass sich die vertragstreue Partei nicht auf die künftige Erfüllung durch die nichterfüllende Partei verlassen kann. Der zentrale Normzweck ist der Vertrauensschutz: Maßgebend ist der mit der Verletzung einer Pflicht einhergehende Vertrauensverlust der vertragstreuen Partei, der sich darauf beziehen muss, dass die nichterfüllende Partei ihre weiteren, noch offenen Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht erfüllen wird. Da der Wortlaut von Art 87 (2) (b) ausdrücklich die „*Nichterfüllung einer Verpflichtung*“ verlangt, greift die Bestimmung nur ein, wenn eine Partei bereits gegen eine vertragliche Pflicht verstoßen hat. Dabei kann es sich auch um eine bloß untergeordnete Nebenpflicht handeln, die von der vertragsbrüchigen Partei schon vor Erfüllung der Hauptleistungspflicht zu erbringen ist. Die bloße Erfüllungsverweigerung vor Eintritt der Fälligkeit ist vom Wortlaut des Art 87 (2) (b) nicht erfasst, weil es (noch) an der Nichterfüllung einer Verpflichtung fehlt.¹⁶ Die vertragstreue Partei hat bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art 87 (2) (b) das Recht, auf der Grundlage von Art 114 (1) vom Vertrag zurückzutreten (Beendigung des Vertrages zu verlangen) und damit auch weitere, noch ausstehende und noch gar nicht fällige Leistungen des Schuldners zurückzuweisen. Diese Bestimmung hat kein Pendant im CISG, eine Ähnlichkeit besteht

¹⁵ Zum DCFR vgl *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (726).

¹⁶ Allerdings enthält der Entwurf in Art 116 eine eigene Regel für die Fälle einer endgültigen Erfüllungsverweigerung. Demnach kann der Verkäufer die Vertragsbeendigung auch vor Eintritt der Fälligkeit erklären, wenn der Verkäufer erklärt hat oder anderweitig offensichtlich ist, dass eine Nichterfüllung eintreten wird, und wenn die Nichterfüllung die Beendigung des Vertrages rechtfertigen würde.

jedoch mit Art 8:103 lit c PECL (vorsätzliche Nichterfüllung).¹⁷ Allerdings fällt auf, dass Art 87 (2) (b) im Unterschied zu Art 8:103 lit c PECL keinen Vorsatz erfordert. Damit ist der Tatbestand im CESL-Entwurf erheblich weiter als das Pendant in den PECL. Art 87 (2) (b) CESL-Entwurf entspricht insoweit dem englischen Recht, welches ebenfalls bei einer nicht vorsätzlichen Vertragsverletzung ein Recht zu einer vorzeitigen Zurückweisung der noch ausstehenden Leistungen gewährt.¹⁸

C. Entschuldigte Nichterfüllung

Art 88 regelt die „*Entschuldigte Nichterfüllung*“. Betroffen sind Fälle, in denen eine Partei ihre Vertragspflichten nicht erfüllt, dies aber nicht zu vertreten hat. So, i) wenn die Nichterfüllung auf einem Hindernis beruht, das außerhalb des Einflussbereichs der betreffenden Partei liegt und ii) von dieser Partei nicht erwartet werden konnte, das Hindernis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Betracht zu ziehen oder das Hindernis oder dessen Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Der Tatbestand der entschuldigten Nichterfüllung spielt eine wesentliche Rolle bei Rechtsbehelfen des Käufers: Ist die Nichterfüllung des Verkäufers „*entschuldigt*“, hat der Käufer gem Art 106 (4) keinen Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz (dazu näher unten IV.B.4).¹⁹

Art 88 entspricht weitgehend Art 8:108 PECL, der seinerseits auf Art 79 CISG zurückgeht.²⁰ Der für Art 88 zentrale Begriff „*Hindernis*“ (engl. „*Impe-*

¹⁷ Vgl dazu mit illustrativen Beispielen v. *Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 441.

¹⁸ Siehe v. *Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 441 mit Verweis auf *Universal Cargo Carriers Corp v Citati* (1957) 2 QB 401 (438).

¹⁹ Ergänzend ist anzumerken, dass der CESL-Entwurf von einem weiten Begriff des Erfüllungsanspruchs ausgeht. Darunter fällt nicht nur der primäre Erfüllungsanspruch der Vertragsparteien, sondern auch die Rechtsbehelfe Verbesserung und Austausch, die dem Käufer im Falle einer „*nicht vertragsgemäßen Leistung*“ zustehen (Art 106 (1) (a) und Art 110 (2)). Auch Art 88 macht davon keine Ausnahme. Fraglich ist, ob sich der Verkäufer auf Art 88 auch berufen kann, wenn der Käufer Verbesserung verlangt, dieser Verbesserung aber ein erst nach der Erbringung der vertragswidrigen Leistung eingetretenes Hindernis entgegensteht, das im Zeitpunkt der Erbringung der vertragswidrigen Leistung durch den Verkäufer noch nicht vorlag. Die Anwendung von Art 88 würde hier zum Entfall des Erfüllungs- und vor allem auch des Schadensersatzanspruches führen, allerdings erst für Schäden des Käufers ab dem Zeitpunkt, in dem das Hindernis für die Verbesserung besteht, nicht aber für den Zeitraum davor (Art 88 (2)). Demgegenüber verbleibt dem Käufer der Schadensersatzanspruch, wenn die Erfüllung der Verbesserungspflicht durch den Verkäufer nachträglich unmöglich oder rechtswidrig geworden ist oder im Vergleich zu den Vorteilen des Käufers unverhältnismäßig wäre (Art 110 (3)).

²⁰ Vgl aber v. *Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 459. Die Abweichung vom Wortlaut der französischen Fassung des CISG dient der Klarstellung, dass es sich nicht um eine Verschuldenshaftung handelt, dazu *Mitzkait*, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung (2008) 137.

diment“) ist aus dem CISG bereits bekannt. In Betracht kommen sowohl vor als auch nach dem Vertragsabschluss liegende Leistungshindernisse.²¹ Auch hinsichtlich des zweiten zentralen Tatbestandselements von Art 88, dem „*außerhalb des Einflussbereichs der Partei*“ liegenden Hindernis, kann auf Art 79 CISG verwiesen werden. Mit dem Verschuldensprinzip im Sinne einer subjektiven Vorwerfbarkeit hat der Begriff nichts zu tun. Der Schadenersatzanspruch im CESL-Entwurf ist grundsätzlich verschuldensunabhängig und entspricht ebenso wie Art 79 CISG eher einer Garantiehaftung als einer Verschuldenshaftung.²² Im Unterschied zum Verschuldensprinzip folgt Art 88 einer Sphärenabgrenzung: Nur Umstände außerhalb des Einflussbereichs der Partei kommen als entlastende Hindernisse in Betracht (nicht beherrschbare Hinderungsgründe). Infrage kommen als Hinderungsgrund alle objektiven Umstände, die nicht mit der Person des Schuldners in Zusammenhang stehen. Zu denken ist beispielsweise an Naturereignisse (Erdbeben, Überflutungen, Stürme, Lawinen) und auch an staatliche Eingriffe (Einfuhr- und Ausfuhrverbote, Devisenbeschränkungen, Embargo), sofern sie nicht – zB auf Grund der Einführung neuer Standards – ausschließlich die Verwendbarkeit der Ware beeinträchtigen und nicht zu vermeiden oder (zB durch Verschaffung einer Einfuhrbewilligung) zu überwinden sind.²³ Demgegenüber können Leistungshindernisse oder Leistungserschwerungen, die in der Sphäre des Schuldners liegen, diesen nicht entlasten, sondern sind grundsätzlich von ihm zu vertreten. Nicht entlastend sind daher zB nachträgliche persönliche Hinderungsgründe wie nachträgliches wirtschaftliches Unvermögen oder Hindernisse im Bereich von Produktion oder Organisation des Schuldners sowie Krankheit, Inhaftierung oder Tod.²⁴ Auch das Beschaffungsrisiko bei einem marktbezogenen Gattungskauf trifft den Verkäufer, weshalb dieser für eine Mangelhaftigkeit der Ware einzustehen hat, deren Ursache im Vor- oder Zuliefererbereich liegt.²⁵ Eine Entlastung nach Art 88 wird hier in aller Regel nicht in Betracht kommen.²⁶ Erhebliche Hindernisse und Erschwerungen für die Leistungserbringung aus der Sphäre des Schuldners sind zumindest im Regelfall auch nicht von Art 89 (Änderung der Umstände) erfasst. Allerdings kann sich der auf Erfüllung in Anspruch genommene Verkäufer eventuell noch auf Art 110 (3) (b) berufen, wonach Erfüllung nicht verlangt werden kann, wenn diese im Vergleich zum Vorteil,

²¹ Ebenso zum CISG *Karollus*, UN-Kaufrecht (1991) 207 mwN; vgl aber *Mitzkait*, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung (2008) 133 ff; *Schwenzer* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) Art 79 Rz 11.

²² Vgl auch *Ch. Wilhelm*, Rechtsbehelfe des Käufers bei Nichterfüllung nach dem neuen Europäischen Kaufrecht, IHR 2011, 225 (233); zum DCFR bereits *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (714).

²³ Zur Parallelbestimmung im CISG siehe *Saenger* in BeckOK BGB (22. Auflage; Feb 2012) Art 79 CISG Rz 4; *Mankowski* in MünchKomm HGB² CISG Art 79 Rz 35 jeweils mwN.

²⁴ Teilweise abweichend zum DCFR *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (738 f).

²⁵ Siehe zum DCFR *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (738 f).

²⁶ Vgl zum CISG *Saenger* in BeckOK BGB²² Art 79 CISG Rz 4a.

den der Käufer dadurch erlangen würde, unverhältnismäßig aufwändig oder kostspielig wäre.

Im Unterschied zu den verwandten Bestimmungen in den PECL und im CISG enthält Art 88 (1) keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Beweislast für das Vorliegen einer entschuldigten Nichterfüllung die vertragsbrüchige Partei trifft. Allerdings ändert dies nichts daran, dass der Verkäufer, der sich auf das Vorliegen einer entschuldigten Nichterfüllung beruft, die Beweislast hierfür auch nach dem CESL-Entwurf trägt. Laut Art 88 (3) ist der Schuldner verpflichtet, den Gläubiger über das Erfüllungshindernis zu unterrichten. Die Mitteilung muss dem Gläubiger unverzüglich zugehen, nachdem der Schuldner den Hinderungsgrund kannte oder kennen musste. Für Schäden, die dem Gläubiger infolge der Verletzung dieser Mitteilungspflicht entstehen, trifft den Schuldner eine verschuldensabhängige Ersatzpflicht. Allerdings ist die Mitteilung durch den Schuldner keine Voraussetzung für den Entlastungstatbestand. Der Schuldner kann sich auf einen Hinderungsgrund auch dann berufen, wenn er seiner Mitteilungspflicht nicht nachgekommen ist.

Als Zwischenergebnis ist zu den für das Leistungsstörungenrecht besonders wichtigen Bestimmungen des Art 87 und Art 88 festzuhalten: Beide Regeln kommen ebenso wie das CISG in diesem Bereich nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus. Sollte der CESL-Entwurf in dieser Fassung in Kraft treten, würde Rechtssicherheit – ähnlich wie im CISG – nicht durch das Gesetz, sondern durch die Rsp, welche die unbestimmten Begriffe erst konkretisieren müsste, geschaffen werden.²⁷ Die erkennbare Orientierung des CESL-Entwurfs am CISG ist insoweit sicherlich eine Hilfestellung, weil auf vorhandene Rsp und Literatur zurückgegriffen werden könnte. Ob ein Käufer, mag er auch ein Unternehmer sein, ohne rechtskundige Beratung allein auf Grund der Lektüre von Art 87 (2) beurteilen kann, ob in einem konkreten Fall eine wesentliche Nichterfüllung des Verkäufers vorliegt und daher die Voraussetzungen für eine Vertragsbeendigung gegeben sind, ist zu bezweifeln. Ist der Käufer noch dazu ein Verbraucher, sucht er im CESL-Entwurf überhaupt vergeblich nach näheren Hinweisen zur Beantwortung der Frage, ob er wegen einer Schlechterfüllung des Verkäufers vom Vertrag zurücktreten kann. Eine Vertragsaufhebung kann ein Verbraucher als Käufer verlangen, wenn die Vertragswidrigkeit nicht bloß unerheblich ist. Was eine unerhebliche Vertragswidrigkeit ist, wird im CESL-Entwurf nicht einmal ansatzweise definiert.

D. Änderung der Umstände

Vor allem in Zeiten, in denen die künftige wirtschaftliche Entwicklung unsicher ist, kommt der in Art 89 enthaltenen Regel über den Einfluss geänderter Umstände auf Verträge, die unter ganz anderen Voraussetzungen geschlos-

²⁷ Siehe zB *Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) Art 79 Rz 11, der im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Begriffs „Hindernis“ („*impediment*“) letztlich mangels anderer Anhaltspunkte auf Fallgruppen verweist.

sen wurden, erhebliche Bedeutung zu. Eine Parallelvorschrift ist in Art 6:111 PECL enthalten. Auch Art III.-1:110 DCFR widmet sich dem Problem geänderter Umstände, weicht aber nicht unwesentlich von Art 89 CESL-Entwurf ab, weil im DCFR keine Nachverhandlungspflicht vorgesehen ist. Der Verzicht auf eine Nachverhandlungspflicht erfolgte im DCFR in bewusster Reaktion auf die diesbezügliche Kritik an der Bestimmung in den PECL.²⁸ Insoweit ist es doch bemerkenswert, dass die Nachverhandlung im CESL-Entwurf ein Comeback feiert.

Art 89 stellt in Absatz 1 Satz 1 klar, dass der Grundsatz der Vertragstreue auch gilt, wenn die Erfüllung für den Schuldner belastender geworden ist, unabhängig davon, ob dies auf einer nachträglichen Erhöhung der Kosten für die Erbringung der eigenen Leistung oder einer Wertminderung der Gegenleistung beruht. Von dieser Grundregel macht der folgende Absatz eine Ausnahme, wenn die Vertragserfüllung wegen einer außergewöhnlichen Änderung der Umstände zu einer übermäßigen Belastung für eine Partei wird. In diesem Fall sind die Parteien verpflichtet, Verhandlungen aufzunehmen, um so den Vertrag an die geänderten Umstände entweder einvernehmlich anzupassen oder einvernehmlich zu beenden. Gelingt den Parteien keine Einigung binnen angemessener Frist, kann ein Gericht²⁹ auf Antrag einer Partei den Vertrag anpassen³⁰ oder aufheben.³¹ Die näheren Bedingungen und der Zeitpunkt der Vertragsaufhebung obliegen dem Ermessen des Gerichts, nicht aber die Rückabwicklungsfolgen, die sich nach den Regeln für die Rückabwicklung gem Kapitel 17 richten.³² Die FS enthielt noch einen eigenen Absatz, nach dem das Gericht bei Verweigerung der Nachverhandlung oder bei ungerechtfertigtem Abbruch der Nachverhandlungen der anderen Partei den daraus entstandenen Schaden zusprechen konnte. Diese Bestimmung wurde in Art 89 CESL-Entwurf gestrichen. Ob eine Verletzung der Nachverhandlungspflicht – sei es durch Verweigerung der Aufnahme von Verhandlungen oder durch deren ungerechtfertigten Abbruch – auch nach dem CESL-Entwurf eine Schadenersatzpflicht auslösen kann, ist unklar. Grundlage dafür könnte Art 2 (2) (Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben bzw des redlichen Geschäftsverkehrs) sein, der nach (3) *leg cit* zwingend ist. Darüber hinaus könnte mit einer pflichtwidrigen Verweigerung oder einem Abbruch der Nachverhandlungen auch ein Verlust von Rechten, Abhilfen und Einwänden verbunden sein (Art 2 (2)). Diese überaus scharfen Rechtsfolgen sind durchaus kritisch zu sehen,

²⁸ Vgl *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 1 (2009) 712.

²⁹ Ein Gericht iSd Bestimmung ist auch ein Schiedsgericht, sofern die Parteien dessen Zuständigkeit wirksam vereinbart haben (Art 89 (4)).

³⁰ Richtschnur für diese gerichtliche Vertragsanpassung ist der hypothetische Parteiwille nach Maßgabe der geänderten Umstände; vgl Art 89 (3) (a).

³¹ Kritisch dazu die Stellungnahme des Bundesverbands der deutschen Industrie e.V. vom 29. 6. 2011, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/expertgroup/index_en.htm, S 6 (21. 2. 2012).

³² Art 89 (3) (b) verweist auf Art 8, der seinerseits in Abs 3 einen Verweis auf die allgemeinen Rückabwicklungsfolgen nach Art 172 ff enthält.

weil die Voraussetzungen für die Nachverhandlungspflicht nach Art 89 CESL-Entwurf keinesfalls eindeutig sind. Die Bestimmung könnte von einer vermeintlich belasteten Partei zu Verzögerungen und sogar zu nachträglichen Vertragsanpassungen missbraucht werden, weil die andere Partei sich in Anbetracht der drohenden Rechtsfolgen davor hüten wird, Nachverhandlungen zu verweigern.

Im Mittelpunkt von Art 89 steht die Konkretisierung jener Voraussetzungen, die zunächst eine Neuverhandlungspflicht der Vertragsparteien und im Anschluss daran die Befugnis des Gerichts zu einer nachträglichen Anpassung bzw. Aufhebung des Vertrags nach sich ziehen. Aus dem Wortlaut von Art 89 geht hervor, dass die Bestimmung nur in Ausnahmesituationen eingreifen soll: „*Außergewöhnliche Umstände*“ müssen zu einer „*übermäßigen Belastung*“ einer Partei führen.³³ Stellt sich nachträglich heraus, dass eine Partei bloß ein für sie ungünstiges Geschäft geschlossen hat, reicht das für sich genommen keinesfalls aus, eine Neuverhandlungspflicht zu begründen. Weitere Konkretisierungen enthält Art 88 (3): Demnach müssen die geänderten Umstände nach Abschluss des Vertrages eingetreten sein. Ferner greift Art 89 nur ein, wenn die belastete Partei, die sich auf die Änderung der Umstände beruft, die Möglichkeit oder das Ausmaß einer solchen Änderung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses³⁴ nicht in Betracht gezogen hat und auch nicht in Betracht ziehen musste. Eine Änderung der Umstände gem Art 89 liegt nicht vor, wenn die benachteiligte Partei das Risiko dieser Änderung übernommen hat oder wenn angenommen werden kann, dass sie es übernommen hätte. Letzteres ist wohl anhand einer (ergänzenden) Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Obwohl dies aus dem Wortlaut von Art 89 leider nicht eindeutig hervorgeht, sind Umstände aus der eigenen Sphäre, die nachträglich zu einer erheblichen Erschwernis oder einer Unerschwinglichkeit der Leistungserbringung führen, wegen Art 89 (3) (c) zumindest im Regelfall keine „*außergewöhnlichen Umstände*“ iSd Art 89 und führen daher auch nicht zu einer Nachverhandlungspflicht bzw. zu einer gerichtlichen Vertragsanpassungs- oder Vertragsaufhebungsbefugnis. Im Regelfall kann angenommen werden, dass ein Schuldner das Risiko einer nachträglichen Änderung von Umständen in seiner eigenen Sphäre, die zu einer außergewöhnlichen Erschwernis der Leistungserbringung führen, übernommen hat (bzw. übernommen hätte). In diese Richtung weisen auch die Erläuterungen zum insoweit wortgleichen Art III.-1:110 DCFR.³⁵ Daher ist eine selbstverschuldete nachträgliche Unerschwinglichkeit der Leistungserbringung für den Schuldner – etwa durch Verkauf und Übereignung einer Speziesschuld an einen Dritten – kein außergewöhnlicher Umstand iSd

³³ Bereits Art 6:111 PECL stellt auf eine „*übermäßigen Belastung*“ ab. Vorbild für diese Bestimmung war Art 1467 des italienischen Codice Civile.

³⁴ Nach dem Wortlaut von Art 89 (3) (b) kommt es auf die Vorhersehbarkeit „*zu jener Zeit*“ an, was insoweit irreführend ist, weil lit a leg cit auf den Zeitraum nach Vertragsabschluss abstellt. Gemeint kann in Art 89 (3) (b) jedoch nur die Vorhersehbarkeit im Vertragsabschlusszeitpunkt sein. Eindeutig iSd noch Art 6:111 (2) (b) PECL.

³⁵ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 1 (2009) 714 f.

Art 89. Ebenso wenig stellen nachträgliche persönliche Hinderungsgründe wie Krankheit, Inhaftierung, Tod oder ein nachträgliches wirtschaftliches Unvermögen sowie Hindernisse im Bereich von Produktion und Organisation des Schuldners eine nachträgliche Änderung der Umstände dar. Regelmäßig ist auch hier davon auszugehen, dass ein Schuldner das Risiko derartiger Änderung gem Art 89 (3) (c) übernommen hat bzw übernommen hätte. All dies ist jedoch Ergebnis einer Auslegung dieser Bestimmung, nicht aber aus dem Wortlaut selbst eindeutig ableitbar, was für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen könnte. Eine Klarstellung in Art 89 wäre mE wünschenswert.

Schwierig ist auch die Abgrenzung zwischen einer Änderung der Umstände gem Art 89 und bestimmten Fällen des Unmöglichwerdens der Leistung. Die nachträgliche Unmöglichkeit iSd österreichischen Terminologie ist vom Begriff der Nichterfüllung gem Art 87 (1) (a) CESL-Entwurf umfasst. Im Allgemeinen ist die Abgrenzung zu Art 89 danach zu lösen, dass eine nachträgliche Änderung der Umstände iSd Art 89 im Unterschied zu den Fällen einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung kein dauerhaftes, unüberwindliches Leistungshindernis voraussetzt.³⁶ Dieser Unterschied zeigt sich auch bei den Rechtsfolgen, weil ein vollständiges Unmöglichwerden zum Entfall sämtlicher Erfüllungsansprüche des Käufers führt (Art 110 (3) (a)), während bei einer Änderung der Umstände gem Art 89 auch eine Vertragsanpassung und damit ein zwar abgeänderter, aber dennoch fortbestehender Erfüllungsanspruch in Betracht kommt. Zu besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten führt aber Art 110 (3) (b), wonach der Käufer die Erfüllung nicht verlangen kann, wenn die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer dadurch erlangen würde, für den Verkäufer unverhältnismäßig aufwändig oder kostspielig wäre.³⁷ In solchen Fällen dürften auf Seiten des Verkäufers häufig auch die Voraussetzungen für eine Änderung der Umstände iSd Art 89 vorliegen, was eine Nachverhandlungspflicht des Käufers und gegebenenfalls eine gerichtliche Vertragsanpassung oder Vertragsaufhebung zur Folge hat, während bei der nachträglichen Unerschwinglichkeit gem Art 110 (3) (b) dem Käufer die Rechtsbehelfe nach Art 106 mit Ausnahme der Erfüllung zustehen, eine Nachverhandlungspflicht und eine mögliche gerichtliche Vertragsanpassung aber nicht vorgesehen sind. Ob gegebenenfalls beide Normen nebeneinander anwendbar sein sollen oder Art 110 (3) (b) als *lex specialis* Art 89 vorgeht, lässt sich aus dem vorliegenden Entwurf nicht eindeutig ableiten.

³⁶ Siehe zur Vorgängerbestimmung in den PECL auch *v. Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 389.

³⁷ Vorrangig dürften die Verfasser des CESL-Entwurfs mit dieser Bestimmung an den Verbesserungs- oder den Austauschanspruch des Käufers gedacht haben, der nach der Terminologie des Entwurfs vom Erfüllungsanspruch umfasst ist. Der Wortlaut von Art 110 (3) (b) ist jedoch weit und bezieht sich auch auf den primären Erfüllungsanspruch als solchen.

III. Verpflichtungen des Verkäufers (Kapitel 10)

A. Überblick

Kapitel 10 (Art 91–105) widmet sich den Verpflichtungen des Verkäufers. Daran anknüpfend werden im folgenden Kapitel 11 die Rechtsbehelfe des Käufers im Falle einer Nichterfüllung durch den Verkäufer geregelt. Der CESL-Entwurf folgt hier dem Aufbau des UN-Kaufrechts (CISG Teil III, Kapitel II und Kapitel III).

Nach Art 91 treffen den Verkäufer von Waren³⁸ überblicksmäßig folgende „Hauptverpflichtungen“: Lieferung der Ware bzw Bereitstellung der digitalen Inhalte; Übertragung des Eigentums an den Waren einschließlich dem Eigentum an dem materiellen Datenträger, auf dem die digitalen Inhalte bereitgestellt werden; Lieferung vertragsgemäßer Waren; Sicherstellung, dass der Käufer das Recht hat, die digitalen Inhalte entsprechend dem Vertrag zu nutzen; Übergabe der Dokumente, welche die Waren oder digitalen Inhalte vertreten oder diese betreffen, sofern dies vertraglich vorgesehen ist. Art 91 entspricht weitgehend Art IV.A.-2:101 DCFR.³⁹ Die beiden Bestimmungen unterscheiden sich dadurch, dass Art 91 CESL-Entwurf auch die digitalen Inhalte miteinbezieht. Die unterschiedliche Formulierung „*deliver such documents*“ nach Art 91 (d) CESL-Entwurf und „*transfer such documents*“ nach Art IV.A.-2:101 DCFR dürfte keine weitere praktische Relevanz haben.

Obwohl dies aus dem Wortlaut von Art 91 nicht unmittelbar hervorgeht, sind die in Art 91 aufgezählten Verkäuferpflichten dispositiv. Es gilt daher auch im CESL-Entwurf der prinzipielle Vorrang des Vertrags, was die Parallelbestimmung im CISG (Art 30) klarer zum Ausdruck bringt. Demgemäß ergeben sich die Verkäuferpflichten primär aus der vertraglichen Vereinbarung und erst sekundär aus den dispositiven Regeln in Art 91. Praktisch wichtige Sonderregeln für eine vertragliche Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben bestehen für die Beurteilung, ob die Ware bei B2C-Verträgen vertragskonform ist.⁴⁰ Die Parteien können neben den in Art 91 aufgezählten Pflichten auch zusätzliche Verkäuferpflichten vereinbaren, wie zB die Pflicht zur Montage der gelieferten Ware und deren dauerhafte Wartung sowie Geheimhaltungspflichten und die Bestellung von Sicherheiten für Ansprüche des Käufers etc.

Art 92 regelt die Erfüllung von Verkäuferpflichten durch einen Dritten. Demnach kann sich der Verkäufer zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eines Dritten bedienen, sofern im Vertrag nicht die persönliche Leistungserbringung vereinbart wurde.⁴¹ Betraut der Verkäufer einen Dritten mit der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung, bleibt er für die Erfüllung

³⁸ Bzw den Lieferanten digitaler Inhalte.

³⁹ Vgl dazu *Hondius/Heutger/Jeloschek/Sivesand/Wiewiorowska*, PEL-S, Chapter Art 2:001 (2008) 159 ff.

⁴⁰ Siehe Art 91 (c) iVm Art 99 (3) und (4).

⁴¹ Vgl Art 92 (1), der im Wesentlichen Art III.-2:107 DCFR entspricht.

verantwortlich.⁴² Von dieser Bestimmung kann bei B2C-Verträgen nicht abgewichen werden (Abs 3).

Vergleichsweise ausführlich werden in den Art 93 bis Art 98 Ort, Modalitäten und Zeitpunkt der Lieferung geregelt. Auf diese Bestimmungen kann hier nur hingewiesen werden. Im Anschluss daran regelt der CESL-Entwurf in Art 99 bis 105 die Vertragsmäßigkeit der Waren. Da diese Regeln auch für die Rechtsbehelfe des Käufers von erheblicher Bedeutung sind, werden sie im Folgenden näher behandelt.

B. Vertragsmäßigkeit der Waren und digitalen Inhalte

Art 99 (1) stellt allgemeine Anforderungen zur Vertragsmäßigkeit von Waren oder digitalen Inhalten auf. Genügt die Ware bzw der digitale Inhalt nicht den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, liegt ein Mangel bzw nach dem Entwurf eine „*nicht vertragsgemäße Leistung*“⁴³ vor. Die nicht vertragskonforme Leistung ist Voraussetzung für bestimmte Rechtsbehelfe des Käufers, namentlich Reparatur, Ersatzlieferung (Austausch) und Preisminderung. Wichtige Konkretisierungen enthalten die Art 100 (Sachmängel), Art 102 (Rechtsmängel) und Art 103 (Sonderregel für Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte), von denen in einem Verbraucherkaufvertrag nur unter eingeschränkten Bedingungen zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Zu Art 99 ist anzumerken, dass der in Abs 3 enthaltene Verweis auf Art 103 überflüssig sein dürfte, weil Art 103 eine Beschränkung der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte zu Gunsten des Verkäufers (und damit des Unternehmers) vorsieht, von der – wenn überhaupt – nur zu Gunsten des Käufers (also des Verbrauchers) abgegangen werden darf.⁴⁴ Letzteres wäre zB dann der Fall, wenn der Verkäufer vertraglich zusichert, dass sich die digitalen Inhalte im Zeitpunkt der Lieferung auf dem neuesten Stand befinden und im Zeitpunkt der Lieferung keine aktualisierten digitalen Inhalte verfügbar sind. Fraglich ist auch, ob die in Art 99 (4) enthaltene Vorschrift, die den vertraglichen Ausschluss bzw eine Modifizierung von Abs 3 zum Nachteil des Verbrauchers verbietet, überhaupt notwendig ist. Der Norminhalt von Art 99 (4) lässt sich mE ohnehin aus Abs 3 leg cit ableiten, sodass Abs 4 ersatzlos gestrichen werden könnte.

Auf die in diesem Abschnitt enthaltenen Regeln über die Vertragswidrigkeit bei unsachgemäßer Montage oder Installation bei einem Verbraucherkaufvertrag (Art 101) kann hier nur hingewiesen werden. Art 101 (1) geht auf Art IV.A.-2:304 DCFR bzw auf Art 2:204 PEL-S zurück. Bereits die Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG) enthielt in Art 2 (5) eine Regel über die Vertragswidrigkeit iZM fehlerhafter Montage bzw Installation. Art 101 (2)

⁴² Siehe Art 92 (2), der Art III.-2:106 DCFR entspricht.

⁴³ Vgl vor allem Art 110 (2).

⁴⁴ Anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise der Verkäufer digitaler Inhalte Verbraucher und der Käufer Unternehmer wäre, wovon der CESL-Entwurf aber offensichtlich nicht ausgeht.

erklärt die Norm für relativ zwingend zu Gunsten des Verbrauchers. Fraglich ist, warum Art 101 (1) nur für Verbraucherkaufverträge, nicht aber bei B2B-Verträgen gilt.⁴⁵ Abstimmungsprobleme dürfte Art 101 auch im Hinblick auf Teil V (Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien bei einem Vertrag über verbundene Dienstleistungen) aufwerfen, auf die hier im Detail nicht einzugehen ist.⁴⁶ Auch Art 102 über die Vertragswidrigkeit im Falle von Rechten oder Ansprüchen Dritter kann hier aus Platzgründen nicht näher behandelt werden.⁴⁷

Praktisch besonders relevant sind die in Art 100 enthaltenen Kriterien für die Vertragskonformität von Waren und digitalen Inhalten, was nichts anderes darstellt als eine gesetzliche Konkretisierung des Sachmangelbegriffs im CESL-Entwurf. Die Vorschrift entspricht weitgehend Art IV.A.-2:302 DCFR und Art 2:202 PEL-S. Teilweise besteht auch eine Übereinstimmung zu Art 35 (1) CISG, der allerdings die in lit e bis g genannten Kriterien nicht enthält. Nach den Vorstellungen der Verfasser der Parallelbestimmung im DCFR soll die Norm das wiedergeben, was ein Käufer üblicherweise erwartet.⁴⁸ Zur Parallelbestimmung im DCFR wird festgehalten, dass dieser ein konkret-vertragsbezogener Sachmangelbegriff zugrunde liege.⁴⁹

Die in Art 100 aufgezählten Kriterien für die Vertragskonformität sind bei Verträgen zwischen Unternehmern dispositiver Natur und treten hinter eine davon abweichende vertragliche Vereinbarung der Parteien zurück. Vereinbaren die Parteien einen von Art 100 abweichenden Leistungsstandard, ist dies selbstverständlich auch bei der Prüfung der Vertragsmäßigkeit nach Art 99 zu berücksichtigen, weil Art 100 lediglich näher konkretisiert, was Art 99 überblicksweise ankündigt. In einem Verbraucherkaufvertrag ist hingegen eine Vereinbarung, die von den Leistungsstandards des Art 100 zum Nachteil des Verbrauchers abweicht, nur gültig, wenn dem Verbraucher der besondere, von Art 100 abweichende Umstand der Waren oder digitalen Inhalte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt war und er die Waren oder digitalen Inhalte bei Vertragsabschluss dennoch als vertragsmäßig akzeptiert hat (Art 99 (3)). Dies ist ein weiteres Beispiel für eine äußerst verbraucherfreundliche Regelung im vorliegenden Entwurf.

Zu den in Art 100 aufgezählten Kriterien für die Vertragsmäßigkeit ist im Einzelnen Folgendes festzuhalten: Eine besondere Rolle spielt nach Art 100 vor allem der Zweck, für den sich die Ware eignen soll. Dies zeigt sich deutlich in Art 100 lit a und lit b. Nach Art 100 lit a hat der Verkäufer für die Eig-

⁴⁵ Vgl. die Stellungnahme von *Ole Lando*, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm, S 7 (21. 2. 2012).

⁴⁶ Zu Teil V siehe den Beitrag von *Faber* in diesem Band.

⁴⁷ Die allgemeine Regel des Art 102 (1) hat ein Pendant in Art IV.A.-2:305 DCFR und Art 2:205 PEL-S. Die spezielle Bestimmung in Art 102 (2) entspricht bezüglich des Abstellens auf Kenntnis bzw. Kennenmüssen durch den Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Art IV.A.-2:306 DCFR bzw Art 2:206 PEL-S.

⁴⁸ *Hondius/Heutger/Jeloschek/Sivesand/Wiewiorowska*, PEL-S, Chapter Art 2:001 (2008) 191.

⁴⁹ Zum DCFR *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (719).

nung der Ware zu einem besonderen Gebrauch einzustehen, wenn ein solcher besonderer Zweck dem Verkäufer ausdrücklich oder implizit bekannt gemacht wurde, der Käufer auf die Sachkunde des Verkäufers vertraute und dieses Vertrauen vernünftig war.⁵⁰ Eine vertragliche Vereinbarung über den besonderen Gebrauchszweck ist nach dem Wortlaut von Art 100 lit a nicht erforderlich. Verwendet der Käufer die Ware zu einem Zweck, für den sie nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht bestimmt ist, haftet der Verkäufer nicht. Ein besonderer Gebrauchszweck liegt zB vor, wenn der Käufer von Maschinen diese unter außergewöhnlichen klimatischen Bedingungen einsetzen will.⁵¹

Im Übrigen muss sich die Ware für alle mit ihr gewöhnlich verfolgten Gebrauchszwecke eignen (Art 100 lit b). Entscheidend ist die objektive Verkehrsauffassung über die üblichen Gebrauchszwecke für eine Ware der vorliegenden Art.⁵²

Nach Art 100 lit c ist eine Ware auch dann vertragswidrig, wenn ihr die Eigenschaften einer Probe oder eines Musters fehlen. Von der Erwähnung digitaler Inhalte abgesehen entspricht die Bestimmung wörtlich Art 35 (c) CISG. Auch Art 100 lit d, wonach zur Vertragsmäßigkeit der Ware auch eine übliche oder für ihre Erhaltung und ihren Schutz angemessene Verpackung gehört, ist Art 35 CISG nachgebildet.

Aus Art IV.A.-2:302 DCFR bekannt ist die Regelung des Art 100 lit e, wonach die Ware mit solchem Zubehör, Montageanleitungen und anderen Anleitungen zu liefern ist, deren Erhalt der Käufer erwarten kann. Besonders hervorzuheben ist in dem Zusammenhang, dass auch ein Verstoß gegen diese Vorschrift (also zB das Fehlen einer adäquaten Anleitung) eine Nichterfüllung darstellt und daher die entsprechenden Rechtsbehelfe des Käufers auslöst.

Im Unterschied zu den Parallelbestimmungen in DCFR und PEL-S enthält Art 100 in lit f einen eigenen Absatz zu vorvertraglichen Erklärungen über die Eigenschaften und Tauglichkeit der Ware. Demzufolge ist die Vertragsmäßigkeit der Ware auch nach den vorvertraglichen Erklärungen zu beurteilen, wobei nur solche Erklärungen ins Gewicht fallen, die vom Unternehmer vor Vertragsabschluss gegenüber der anderen Partei oder öffentlich abgegeben wurden und die die Eigenschaften der vertraglich geschuldeten Leistung betreffen (Art 69 (1)). Derartige Erklärungen werden grundsätzlich Bestandteil des Vertrages.⁵³ Weicht die Ware bzw der digitale Inhalt davon ab, liegt eine nicht vertragskonforme Leistung vor.

⁵⁰ Zur wortgleichen Bestimmung Art 35 (b) vgl zB *Karollus*, UN-Kaufrecht (1991) 117; *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 185; *Magnus in Honsell* (Hrsg), Kommentar zum UN-Kaufrecht² (2010) Art 35 Rz 18 ff.

⁵¹ *Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) Art 35 Rz 19.

⁵² Zur Parallelbestimmung des Art 35 (b) siehe etwa *Karollus*, UN-Kaufrecht (1991) 116.

⁵³ Zu den Ausnahmen siehe Art 69 (1) (a) und (b).

Art 100 lit g erster Satz hat in Art IV.A.-2:302 lit f DCFR sein Pendant.⁵⁴ Es handelt sich um einen sehr allgemein gefassten Tatbestand, nach dem die Ware diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzen muss, die der Käufer erwarten kann.⁵⁵ In Art 35 CISG bilden hingegen die (berechtigten) Erwartungen des Käufers kein eigenes, ausdrücklich angeführtes Kriterium zur Bestimmung der geschuldeten Leistungsstandards. Die Comments zur Parallelnorm im DCFR heben die besondere Bedeutung der Bestimmung hervor: „*This rule is very important as it emphasises the buyer's point of view by introducing the buyer's expectations as a separate, stand-alone implied requirement which goods have to meet.*“⁵⁶ Dabei darf aber zunächst nicht übersehen werden, dass auch die übrigen Tatbestände in Art 100 implizit mit den Erwartungen des Käufers in Verbindung stehen. Art 100 lit g erster Satz dürfte daher im Gesamtkonzept von Art 100 eher einen Auffangtatbestand darstellen, der sich mit den übrigen Kriterien für die Vertragskonformität erheblich überschneidet. Der Tatbestand der Käufererwartungen ist äußerst vage. Fraglich ist, ob die Käufererwartungen für sich genommen überhaupt geeignet sind, Rückschlüsse auf die Vertragsmäßigkeit der Waren zu ziehen. Es liegt nahe, dass nicht jede subjektive Käufererwartung relevant für die Vertragskonformität sein kann, sondern nur berechnete – oder nach dem Wortlaut des DCFR „*vernünftige*“ – Käufererwartungen. Es muss daher zwischen berechtigten und nicht berechtigten Käufererwartungen unterschieden werden, selbst wenn der Wortlaut des CESL-Entwurfs diese Unterscheidung nicht vorgibt.⁵⁷ Maßgeblich fällt bei dieser Unterscheidung mE ins Gewicht, was die Grundlage für die Erwartungen des Käufers bildet: Waren es zB produktbezogene Aussagen des Verkäufers in der vorvertraglichen Phase, wird eine darauf gegründete Erwartungshaltung des Käufers bei der Beurteilung der Vertragskonformität der Ware zu berücksichtigen sein. Dieser Fall ist aber bereits von Art 100 in lit f erfasst, sodass sich ein Rückgriff auf die Käufererwartungen iSd Art 100 lit g erster Satz erübrigt. Demgegenüber werden individuelle Vorstellungen des Käufers über einen besonderen Gebrauchszweck der Ware bei der Beurteilung der Vertragskonformität nicht zu berücksichtigen sein, wenn sie dem Verkäu-

⁵⁴ Art IV.A.-2:302 lit f stellt jedoch auf die *vernünftigen* Erwartungen des Käufers ab.

⁵⁵ Satz 2 dieser Bestimmung enthält eine Sonderbestimmung für die Bereitstellung digitaler Inhalte: Wenn zu bestimmen ist, was der Verbraucher von digitalen Inhalten erwarten kann, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt wurden oder nicht. Unverständlich ist mE, warum dieser Gedanke nur für Verbraucher gelten soll. Gleiches müsste für die unentgeltliche Bereitstellung von digitalen Inhalten an Unternehmer gelten.

⁵⁶ Siehe *v.Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1286.

⁵⁷ Zu diesem Problemkreis in allgemeinerem Zusammenhang siehe *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 150 ff; *Graf*, Vertrag und Vernunft (1997) 232 ff; *v. Craushaar*, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung (1969) 19 ff; *Loges*, Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes (1991) 5; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag (1981) 106 ff: "*legitime Erwartungen*".

fer nicht bekannt waren. Dies folgt aber schon im Umkehrschluss aus Art 100 lit a. Insgesamt besteht der Eindruck, dass die nach Art 100 lit g erster Satz für relevant erklärten Käufererwartungen auf Grund der Weite und der Unbestimmtheit des Tatbestands, alles und gleichzeitig nichts abdecken. Zumindest diskussionswürdig sind auch die Beispiele, welche die Comments zu Art IV.A.-2:202 lit f DCFR in diesem Zusammenhang geben⁵⁸: A kauft von B eine Yacht. A hat angenommen, dass die Yacht in einem bestimmten Land hergestellt wurde, wie alle Vorgängerboote dieses Typs. Nachträglich stellt sich jedoch heraus, dass der Schiffskiel in einem anderen Land hergestellt wurde, was sich wertmindernd auf die Yacht auswirkt. Nach den Comments zu Art IV.A.-2:202 lit f DCFR soll hier keine Vertragsmäßigkeit vorliegen, weil die Yacht nicht dem entspricht, was der Käufer vernünftigerweise erwarten durfte. Ob dies allein eine ausreichende Begründung für die Annahme einer Nichterfüllung sein kann, ist mE zweifelhaft. Keineswegs eindeutig sind auch die weiteren Beispiele, die in den Comments zu Art IV.A.-2:202 lit f DCFR angeführt werden: Demnach können sich die vernünftigen Erwartungen des Käufers auch auf Wartungsarbeiten an der gekauften Sache oder auf die dauerhafte Verfügbarkeit von Ersatzteilen beziehen.⁵⁹ Damit wird angedeutet, dass ein Fall der Nichterfüllung vorliegen könnte, wenn sich später⁶⁰ herausstellen sollte, dass bestimmte Ersatzteile, die der Käufer nach einiger Zeit für die gekaufte Ware benötigt, nicht mehr verfügbar sind, obwohl der Käufer die dauerhafte Verfügbarkeit von Ersatzteilen vernünftigerweise erwarten durfte. Dies lässt sich aber nicht ohne weiteres mit Art IV.A.-2:308 DCFR bzw Art 105 CESL-Entwurf vereinbaren, wonach der relevante Zeitpunkt für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf den Käufer ist.⁶¹ War die Verfügbarkeit von Ersatzteilen im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs aus einer ex-ante Sicht gegeben, kann eine Nichterfüllung schon wegen Art 105 nicht vorliegen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt – aus welchem Grund immer – keine Ersatzteile verfügbar sind. Anderes gilt, wenn die Parteien eine Pflicht zur Bereithaltung von Ersatzteilen (konkludent) vereinbart haben.⁶²

⁵⁸ Siehe *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1286 f.

⁵⁹ Siehe *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1286.

⁶⁰ Völlig offen ist, zu welchem Zeitpunkt der Ersatzteilbedarf auftritt.

⁶¹ Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs ist grundsätzlich die Übergabe der Ware an den Käufer; näher dazu Art 142 – Art 146.

⁶² Dazu aus Sicht des österreichischen Rechts *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 537 ff.

C. Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit

Gemäß Art 104 haftet der Verkäufer nicht für die Vertragswidrigkeit der Waren⁶³, wenn der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis über die Vertragswidrigkeit der Ware hatte.⁶⁴ Art 104 soll nach dem eindeutigen Wortlaut jedoch nur auf Verträge zwischen Unternehmern anwendbar sein. Im Umkehrschluss ist daraus wohl abzuleiten, dass bei B2C-Geschäften dem Verbraucher seine Rechte wegen einer Vertragswidrigkeit auch dann zustehen sollen, wenn er die Vertragswidrigkeit der Ware im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder hätte kennen müssen.

Für den österreichischen Juristen ist dieses Ergebnis wegen § 928 ABGB befremdlich. Ähnlich wie § 928 ABGB bestimmt auch Art 2 (3) erster Fall der Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG), dass keine Vertragswidrigkeit vorliegt, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis vom Mangel hatte oder vernünftigerweise darüber nicht in Unkenntnis sein konnte.⁶⁵ Dies ist nur konsequent, weil ein Käufer, der beim Vertragsabschluss den Mangel kannte, nicht schutzbedürftig ist. Dieser Grundsatz gilt unabhängig davon, ob der Käufer ein Unternehmer oder ein Verbraucher ist.⁶⁶

Art 104 weist auch Wertungswidersprüche zu Art 102 (4) auf, wonach sich ein Verbraucher bei B2C-Verträgen nicht auf das Vorliegen eines Rechtsmangels berufen kann, wenn er die Rechte oder Ansprüche eines Dritten aus geistigem Eigentum im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder hätte kennen müssen. Bei Rechtsmängeln, die von Art 102 (4) erfasst sind, ist bereits fahrlässige Unkenntnis schädlich für den Verbraucher, während nach der allgemeinen Regel (Art 104 e contrario) sogar die positive Kenntnis der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht zum Verlust der Rechtsbehelfe für den Verbraucher führen soll.

Dieses aus Art 104 abzuleitende Ergebnis kann auch nicht durch eine (extensive) Heranziehung von Art 99 (3) korrigiert werden. Nach Art 99 (3) ist in B2C-Verträgen eine vertragliche Vereinbarung, welche von den gesetzlichen Anforderungen an die Soll-Beschaffenheit für Waren⁶⁷ zu Lasten des Verbrauchers abweicht, nur dann wirksam, wenn der Verbraucher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis davon hatte, dass die Ware (oder der digitale Inhalt) nach Maßgabe der Art 99 ff mangelhaft wäre, er diesen Umstand aber als vertragsmäßig akzeptiert hat. Art 99 (3) zeigt zwar, dass die Kenntnis des Verbrauchers von der Mangelhaftigkeit der Ware auch nach dem CESL-

⁶³ Sonderregeln für die Kenntnis des Käufers über Rechtsmängel bei der Bereitstellung von digitalen Inhalten enthalten Art 102 (3) und (4). Abs 4 leg cit gilt auch für B2C-Geschäfte, was mE einen gravierenden Wertungswiderspruch zu Art 104 (e contrario) darstellt. Dazu sogleich unten.

⁶⁴ Die Bestimmung dürfte auf Art IV.A.-2:307 DCFR beruhen, die allerdings wesentlich weiter gefasst ist. Auch Art 35 (3) CISG enthält eine verwandte Norm.

⁶⁵ Siehe dazu *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 928 Rz 2; *N. Reich*, EU-Verbraucherkaufrecht in neuen Dokumenten und in einem Optionalen Instrument, *ZfRV* 2011, 196 (202).

⁶⁶ Kritisch zum CESL-Entwurf auch *Ch. Wilhelm*, *IHR* 2011, 226 (229).

⁶⁷ Insbesondere Art 100.

Entwurf Auswirkungen auf seine Rechtsbehelfe haben kann, setzt aber eine von den gesetzlichen Bestimmungen über die Vertragsmäßigkeit von Waren abweichende vertragliche Einigung voraus.⁶⁸ Mit anderen Worten gelangt Art 99 (3) nur zur Anwendung, wenn die Ware den Standards der vertraglichen Vereinbarung zwar entspricht, diese aber zu Lasten des Verbrauchers von Art 100 abweichen.⁶⁹ In Fällen, in denen die Ware von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit negativ abweicht, greift Art 99 (3) selbst dann nicht ein, wenn der Verbraucher die Vertragswidrigkeit positiv kannte. Eine Analogie dürfte daran scheitern, dass der Gesetzgeber seinen gegenteiligen Willen für B2C-Geschäfte durch die in Art 104 enthaltene Beschränkung auf Unternehmer zum Ausdruck bringt. Andernfalls hätten Verbraucher ebenso wie in Art 102 (4) (Kenntnis des Verbrauchers von Rechtsmängeln bei digitalen Inhalten) Erwähnung finden müssen. Daran wird wohl auch eine auf Art 2 rekurrierende Lösung scheitern, die darin bestehen könnte, dem Verbraucher, der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Vertragswidrigkeit der Ware kannte, die Geltendmachung ebendieser Vertragswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw die Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs zu versagen.

Im Ergebnis besteht bei Art 104 ein dringender Änderungsbedarf. Die Bestimmung sollte auch auf Verbraucher anwendbar sein. Es besteht kein Grund von Art 2 (3) erster Fall der Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG) abzuweichen.

IV. Abhilfen des Käufers (Kapitel 11)

A. Überblick

Art 106 enthält eine Übersicht über die Rechtsbehelfe (laut Entwurf in der deutschen Fassung „Abhilfen“), die dem Käufer im Falle einer Nichterfüllung iSd Art 87 durch den Verkäufer zustehen.⁷⁰ Demnach kommen für den Käufer folgende Rechtsbehelfe in Betracht: Der Käufer kann Erfüllung verlangen (Art 110), seine eigene Leistung zurückbehalten (Art 113), vom Vertrag zurücktreten bzw nach dem Wortlaut des CESL-Entwurfs „den Vertrag beenden“ (Art 114 ff), Preisminderung (Art 120) und Schadenersatz (gem Kapitel 16) verlangen.

⁶⁸ Vgl v. *Westphalen*, Das optionale Europäische Kaufrecht, ZIP 2011, 1985 (1986); offen lassend *N. Reich*, ZfRV 2011, 196 (202).

⁶⁹ Zu denken ist beispielsweise an die Lieferung von Waren ohne ein ansonsten übliches Zubehör (in Abweichung von Art 100 lit e) oder in Abweichung von einem dem Verbraucher zuvor vorgelegten Muster (in Abweichung von Art 100 lit c).

⁷⁰ Eine vergleichbare Übersicht enthalten Art 4:201 PEL-S und Art 45 CISG.

Nach Art 106 (6) kann der Käufer alle Rechtsbehelfe nebeneinander geltend machen, sofern diese miteinander vereinbar sind.⁷¹ Ebenso wie im österreichischen Recht kann der Käufer zB bei einem Lieferverzug auf Erfüllung bestehen und kumulativ dazu den Verspätungsschaden geltend machen. Auch der Rücktritt kann mit einem Schadenersatzanspruch kombiniert werden.⁷² Nicht miteinander vereinbar sind die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs und der Rücktritt vom Vertrag, die Preisminderung und der Anspruch auf Schadenersatz gerichtet auf das Erfüllungsinteresse sowie die Preisminderung und der Rücktritt vom Vertrag.⁷³ Art 106 (6) hindert den Käufer nur daran, miteinander unvereinbare Rechtsbehelfe nebeneinander geltend zu machen, schließt aber nicht aus, von einem Rechtsbehelf auf einen anderen zu wechseln.

Für B2B-Verträge enthalten die Art 121⁷⁴ (Untersuchung der Ware) und Art 122⁷⁵ (Mitteilungspflicht bei nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung im Falle von Kaufverträgen zwischen Unternehmern) eine Prüf- und Mängelrügeobliegenheit für den unternehmerischen Käufer, auf die hier nur kurz hingewiesen werden kann. Demnach kann sich ein Unternehmer als Käufer nur dann auf die Vertragswidrigkeit der Leistung berufen, wenn er dem Verkäufer binnen einer angemessenen Frist mitteilt, inwiefern die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht wurde. Voraussetzung dafür ist, dass der Käufer die Waren innerhalb einer angemessenen Frist prüft, wobei die Frist für diese Prüfung 14 Tage ab dem Zeitpunkt der Lieferung nicht überschreiten darf (Art 121 (1)). Eine Rügepflicht für den Verbraucherkauf, wie sie noch in Art 4:302 (2) PEL-S vorgesehen ist,⁷⁶ wurde schon im DCFR nicht übernommen.⁷⁷ Maßgeblich für die Geltendmachung eines Mangels beim Verbraucherkauf ist daher vorbehaltlich der Grundsätze über Treu und Glauben lediglich die Verjährungsfrist.⁷⁸

⁷¹ Art 106 (6) entspricht Art 8:102 Satz 1 PECL; siehe dazu v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 433 ff. Die geäußerten Bedenken hinsichtlich der Rechtslage in D sind mit der Neufassung der §§ 325 f BGB hinfällig. Vgl auch Art 45 (2) CISG.

⁷² Vgl auch U. Huber, ZEuP 2008, 708 (713).

⁷³ Vgl auch Ch. Wilhelm, IHR 2011, 226 (234).

⁷⁴ Art 121 entspricht weitgehend Art 4:301 PEL-S, Art IV.A.-4:301 DCFR; vgl auch Art 38 CISG, dort gibt es aber keine Frist von 14 Tagen für die Prüfung der Ware.

⁷⁵ Art 122 (1) bis (4) dürfte auf Art 4:302 PEL-S zurückgehen. Art 122 (5) ist in Art 4:303 PEL-S und Art 122 (6) in Art 4:304 PEL-S geregelt. Vgl auch Art IV.A.-4:302–304 DCFR und Art 39 CISG.

⁷⁶ Siehe dazu Hondius/Heutger/Jeloschek/Sivesand/Wiewiorowska, PEL-S, Chapter Art 2:001 (2008) 306 ff.

⁷⁷ Vgl IV.A.-4:302 DCFR.

⁷⁸ Siehe zur ähnlichen Regelung im DCFR v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1355.

B. Erfüllung

1. Der Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf

Unterbleibt die Erfüllung zur vorgesehenen Zeit, kann der Käufer vom Verkäufer die Erfüllung in Natur, also wie vertraglich geschuldet, verlangen.⁷⁹ Bei einer mangelhaften Leistung umfasst der Erfüllungsanspruch des Käufers auch die „kostenlose Abhilfe“, also Reparatur oder Ersatzlieferung.⁸⁰

Nach dem CESL-Entwurf ist der Erfüllungsanspruch ein Rechtsbehelf der Vertragsparteien.⁸¹ Als Rechtsbehelf des Käufers setzt der Erfüllungsanspruch daher eine Nichterfüllung durch den Verkäufer voraus und ist nicht bereits als Primäranspruch des Käufers ab Vertragsabschluss klagbar. Der CESL-Entwurf folgt hier dem Rechtsbehelfskonzept des Common-Law und sieht eine prinzipielle Trennung zwischen der Entstehung der Obligation und dem Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf vor. In diesem Zusammenhang stieß der Entwurf und zuvor der DCFR⁸², der den gleichen Weg beschreitet, bereits auf Kritik aus dem deutschen Schrifttum.⁸³ Der Umstand, dass überhaupt ein Anspruch auf specific performance gewährt wird und dies nicht dem richterlichen Ermessen obliegt, ist eine Annäherung an das kontinentaleuropäische Recht.⁸⁴

2. Das Heilungsrecht des Verkäufers

Art 109 enthält ein Heilungsrecht des Verkäufers, das jedoch nur für B2B-Verträge gilt und hier dispositiv ist.⁸⁵ Konkret verpflichtet diese Bestimmung den Käufer bei B2B-Geschäften die vom Verkäufer angebotene Heilung anzunehmen. Der Käufer darf das Angebot des Verkäufers zur Heilung nur dann ablehnen, wenn i) die Heilung nicht umgehend und nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer bewirkt werden kann, ii) der Käufer Grund zur Annahme hat, dass er sich nicht auf die künftige Leistung durch den Verkäufer verlassen kann, oder iii) eine verspätete Erfüllung einer wesentlichen Nichterfüllung gleichkäme. Der Verkäufer hat die Heilung innerhalb eines „angemessenen Zeitraums“ durchzuführen. Diese Frist läuft für den Verkäufer ab Kenntnis der Vertragswidrigkeit, unabhängig davon, ob der Käufer eine Nachfrist zur Durchführung der Heilung gesetzt hat. Bis zur Heilung

⁷⁹ Art 110 (1); zum Verhältnis von „specific performance“ und Schadenersatz wegen Nichterfüllung siehe *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (715).

⁸⁰ Art 110 (2) iVm Art 111.

⁸¹ Für den Käufer vgl Art 106 (1) (a) iVm Art 110; für den Verkäufer Art 131 (1) (a) iVm Art 132.

⁸² Art III.-3:302 DCFR.

⁸³ Zum CESL-Entwurf vgl *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 225 (227); ferner *Stürner*, ERPL 2011, 167 (185); *Weller*, Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich, JZ 2008, 764 ff.

⁸⁴ *Mitzkait*, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung (2008) 124; v. *Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002) 483 f.

⁸⁵ Abs 1 enthält eine Sonderregelung für die Lieferung von vertragswidriger Ware vor dem Fälligkeitstermin, auf die hier nur hingewiesen werden kann.

darf der Käufer seine Leistung zurückbehalten. Seine sonstigen Rechte, die mit der Einräumung einer Frist für die Heilung durch den Verkäufer nicht vereinbar sind, werden jedoch bis zum Ablauf dieser Frist ausgesetzt.⁸⁶ In B2B-Geschäften ergibt sich daher aus Art 109 (2) und (4) ein grundsätzlicher Vorrang der Verbesserung vor den sonstigen Rechtsbehelfen des Käufers bei Lieferung von vertragswidriger Ware. Regelungstechnisch unterscheidet sich dieser Vorrang der Verbesserung vom österreichischen Recht gem § 932 Abs 2 ABGB insoweit, als der Verkäufer sein Heilungsrecht selbst beanspruchen muss, indem er die Verbesserung anbietet. Verlangt der Verkäufer nicht die Verbesserung, stehen auch dem unternehmerischen Käufer von vornherein sämtliche Rechtsbehelfe (insbesondere auch Preisminderung und bei Vorliegen der Voraussetzungen auch Rücktritt vom Vertrag) zu. Die im CESL-Entwurf enthaltene Pflicht des Käufers zur Annahme einer vom Verkäufer angebotenen Heilung hat aber auch zur Folge, dass der Käufer haftbar wird, sofern er diese Pflicht verletzt. Dies gilt insbesondere auch für die voreilige Selbstvornahme der Verbesserung durch den Übernehmer.⁸⁷

Gelingt dem Verkäufer die Heilung der Vertragswidrigkeit binnen angemessener Frist, behält der Käufer das Recht, den Ersatz von Verspätungs- und Begleitschäden zu verlangen.⁸⁸ Scheitert der Versuch einer Heilung oder erfolgt diese mangelhaft, gelten die allgemeinen Regeln über die Lieferung einer vertragswidrigen Ware und dem Käufer steht die freie Wahl zwischen sämtlichen Abhilfen zu.⁸⁹

Der soeben beschriebene Vorrang der Verbesserung und des Austausches gilt jedoch wie bereits erwähnt nur für B2B-Verträge, weil Art 106 (3) (a) wohl B2C-Verträge davon ausnimmt.⁹⁰ Anders als nach dem österreichischen Recht besteht bei B2C-Geschäften daher kein Vorrang der Verbesserung und des Austausches im Sinne eines primären Gewährleistungsbefehls. Dem Verbraucher als Käufer steht bei einem B2C-Geschäft das freie Wahlrecht zwischen den Rechtsbehelfen zu. Er kann, ohne zuvor Verbesserung oder Austausch zu verlangen, sogleich zur Preisminderung übergehen oder bei Vorliegen eines nicht bloß unerheblichen Mangels vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz verlangen. Damit enthält der CESL-Entwurf ein Verbraucherschutzniveau, das in einem weiteren besonders heiklen Punkt, der für den Verkäufer hohe Kosten verursachen kann, erheblich über den Schutzstandard der Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG) hinausgeht. Der Verbraucher kann gem Art 3 (3) der RL „zunächst“ nur die unentgeltliche Nachbesserung oder

⁸⁶ Art 109 (6).

⁸⁷ Zur österreichischen Rechtslage vgl OGH 8 Ob 14/08d; dazu *Holzinger*, Ansprüche im Falle voreiliger Selbstvornahme der Verbesserung durch den Übernehmer, RdW 2008, 636 ff.

⁸⁸ Art 109 (7).

⁸⁹ Ähnlich *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 226 (228 bei FN 26).

⁹⁰ Der Wortlaut von Art 106 (3) (a) ist jedoch nicht ganz eindeutig. Eine Verbesserung könnte mE dadurch erreicht werden, dass man diese Frage bei Art 109 regelt und hier klar formuliert, dass der Grundsatz des Heilungsrechts für den Verkäufer gem Abs 2 nicht gelten soll, wenn der Käufer ein Verbraucher ist.

Ersatzlieferung verlangen. Das Recht auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung steht nur auf „zweiter Ebene“ und nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zu.⁹¹ Dieser Ansatz des CESL-Entwurfs ist mE auch aus rechtsökonomischen Überlegungen nicht zu begrüßen, weil die Mängelbeseitigung regelmäßig am kostengünstigsten durch den Verkäufer erfolgen kann.⁹² Zudem kann die Regelung zu einer großen Belastung für den Einzelhandel werden, wenn Einzelhändler den Verbrauchern Wahlfreiheit einräumen, selbst aber gegenüber den Lieferanten auf den Vorrang der Mängelbehebung achten müssen.⁹³ Das freie Wahlrecht des Verbrauchers zwischen den unterschiedlichen Rechtsbehelfen ist nach dem CESL-Entwurf relativ zwingendes Recht zu Gunsten des Verbrauchers. Im Hinblick auf den gewählten Ansatz eines Opting-in Modells ist fraglich, ob sich Unternehmer einem derart verkäuferfeindlichen Regime freiwillig unterstellen werden.⁹⁴

Im Ergebnis besteht auch in diesem Zusammenhang ein Änderungsbedarf. Das Heilungsrecht des Verkäufers gem Art 109 sollte auch auf B2C-Verträge anwendbar sein. Dies könnte durch eine ersatzlose Streichung von Art 106 (3) (a) erreicht werden.

3. Wahl zwischen Reparatur und Ersatzlieferung

Art 111 (1) räumt bei B2C-Geschäften dem Käufer das Recht ein, zwischen Reparatur und Ersatzlieferung (Austausch) zu wählen, sofern die Wahl nicht rechtswidrig, unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Nach Ausübung des Wahlrechts durch den Verbraucher hat der Unternehmer binnen angemessener Frist, die 30 Tage nicht überschreiten darf, die Verbesserung oder den Austausch durchzuführen. Innerhalb dieser Frist darf der Käufer mit Ausnahme des Zurückbehaltungsrechts von keinen anderen Rechtsbehelfen Gebrauch machen. Im Unterschied zum DCFR verliert der Käufer seinen Anspruch auf Erfüllung (Verbesserung oder Austausch) nicht, wenn er nicht rechtzeitig innerhalb einer angemessenen Frist ab Kenntnis von der Vertragswidrigkeit Verbesserung oder Austausch verlangt.⁹⁵

Art 111 gilt lediglich für B2C-Verträge. Verlangt der Käufer eines B2B-Geschäfts die Erfüllung im Falle einer nicht vertragsgemäßen Leistung, steht dem Verkäufer das Wahlrecht zwischen Verbesserung oder Austausch zu.⁹⁶

⁹¹ Vgl dazu *Welser/B. Jud*, Reform des Gewährleistungsrechts (2000) 84 ff.

⁹² Vgl dazu die Stellungnahme des Bundesverbands der deutschen Industrie e.V. vom 29. 6. 2011, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm, S 6 f (21. 2. 2012).

⁹³ Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertags vom 30. 6. 2011, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm, S 14 f (21. 2. 2012).

⁹⁴ Offenbar von einem ausgewogenen Verhältnis ausgehend *Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491 (3496 f).

⁹⁵ Vgl *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 226 (227).

⁹⁶ Art 110 (2) iVm Art 111 (e contrario).

Nach Austausch der mangelhaften Ware durch den Verkäufer hat dieser das Recht und die Pflicht, den ersetzten Gegenstand auf seine Kosten zurückzunehmen.⁹⁷ Obwohl dies nicht eindeutig aus dem Wortlaut von Art 112 (1) hervorgeht, sind beim Austausch wohl auch die Kosten des Ausbaus und der Entsorgung der vertragswidrigen Ware sowie die Kosten eines neuerlichen Einbaus der neuen Ware vom Verkäufer zu tragen.⁹⁸ In Anbetracht der Auslegungsschwierigkeiten, die Art 3 (2) und (3) der Verbrauchsgüterkauf-RL im Zusammenhang mit den Ausbaurkosten beim Austausch bekanntermaßen⁹⁹ aufwarf, wäre eine diesbezügliche Klarstellung in Art 112 (1) wünschenswert.

Hat der Käufer die vertragswidrige Ware vor der Durchführung der Ersatzlieferung durch den Verkäufer verwendet, ist er gem Art 112 (2) nicht dazu verpflichtet, Wertersatz für die Nutzung des ersetzten Gegenstands in der Zeit vor der Ersatzlieferung zu leisten.¹⁰⁰ Art 112 gilt für B2B- und B2C-Geschäfte gleichermaßen.

4. Entfall des Erfüllungsanspruches

Der Erfüllungsanspruch und der Anspruch auf Schadenersatz entfallen, wenn eine entschuldigte Nichterfüllung iSd Art 88 vorliegt. Nach Art 106 (4) reduzieren sich die Rechtsbehelfe des Käufers in diesem Fall auf das Zurückbehaltungsrecht, das Preisminderungsrecht und das Rücktrittsrecht. Auf Grund des weiten Nichterfüllungsbegriffes gem Art 87 hat dies zur Folge, dass der Käufer seinen Erfüllungsanspruch nicht nur bei einer nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit der Leistung verliert, sondern auch, wenn der Verkäufer seine Leistung mangelhaft erbringt, dies aber gem Art 88 entschuldigen kann. Fraglich ist, ob dies auch Fälle betreffen kann, die nach dem österreichischen Recht als behebbare Mängel einzustufen wären. Dieses Ergebnis wäre aus österreichischer Sicht nicht nachvollziehbar: Warum soll dem Käufer bei einem behebbaren Mangel kein Recht auf Erfüllung durch Reparatur oder Ersatzlieferung zustehen, wenn dem Verkäufer der Beweis gelingt, dass die Voraussetzungen einer entschuldigenden Nichterfüllung vorliegen? Die Lösung dürfte im Begriff der entschuldigenden Nichterfüllung gem Art 88 liegen. Dieser Tatbestand ist restriktiv auszulegen. Erfasst sind nur Hindernisse, die einer ordnungsgemäßen Erfüllung dauerhaft und unüberwindlich entgegenstehen. Erbringt der Verkäufer seine Leistung mangelhaft, liegt eine entschuldigte Nichterfüllung nur vor, wenn der Behebung des Mangels ein dauerhaftes und unüberwindliches Hindernis entgegensteht. Liefert der Verkäufer eine Ware, die

⁹⁷ Art 112 (1).

⁹⁸ Zum Problem der Ausbaurkosten beim Austausch de lege lata BGH 21. 12. 2011, VIII ZR 70/08; EuGH 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*); für das österreichische Gewährleistungsrecht *P. Bydlinski*, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? ÖJZ 2011, 893 ff; *Perner/Zoppel*, EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung, RdW 2011, 447 ff.

⁹⁹ Siehe EuGH 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*).

¹⁰⁰ Siehe auch EuGH 17. 4. 2008, Rs C-404/06, (*Quelle*); *N. Reich*, ZfRV 2011, 196 (204).

mit einem behebbaren Mangel behaftet ist, kann keine entschuldigte Nichterfüllung iSv Art 88 vorliegen, weil es an einem dauerhaften und unüberwindlichen Hindernis fehlt.

Nach Art 110 (3) (b) entfällt der Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruches für den Käufer auch, wenn für den Verkäufer die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer dadurch erlangen würde, unverhältnismäßig aufwendig oder kostspielig wäre. Die Bestimmung birgt vor allem durch die Wahl des unbestimmten Rechtsbegriffs „*unverhältnismäßig aufwendig*“ eine gewisse Gefahr für den Grundsatz der Vertragstreue. Dabei ist zu bedenken, dass Art 110 (3) (b) auch in Fällen eingreift, in denen der Verkäufer seine Leistung nicht erbringt und in Verzug gerät. Art 110 (3) (b) belastet den Käufer, der in einer solchen Situation auf Erfüllung klagt, mit dem Risiko eines Prozessverlusts. Der Verkäufer könnte hier nämlich einwenden, dass die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer dadurch erlangen würde, unverhältnismäßig aufwendig oder kostspielig wäre. Ob das Gericht diesem Einwand des beklagten Verkäufers folgt, ist für den Kläger aus einem ex ante-Standpunkt nur sehr schwer einzuschätzen. Bemerkenswert ist daher vor allem, dass Art 110 (3) (b) uneingeschränkt auch für den Verbraucher als Käufer gelten soll. Insgesamt schwächt der Entwurf durch die weite und unbestimmte Formulierung von Art 110 (3) (b) den Erfüllungsanspruch als effektiven und rechtssicheren Rechtsbehelf des Käufers.¹⁰¹ Sollte Art 110 (3) (b) unverändert in eine endgültige Fassung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts übernommen werden, wäre die Regelung jedenfalls äußerst restriktiv anzuwenden.

C. Zurückbehaltungsrecht

Art 113 regelt das Zurückbehaltungsrecht des Käufers. Die Norm geht auf Art III.-3:401 DCFR zurück.¹⁰² Nach Art 113 (1) steht dem Käufer das Zurückbehaltungsrecht im Falle der vertraglichen Vereinbarung einer Zug-um-Zug Leistung oder einer Vorleistungspflicht des Verkäufers zu, bis der Verkäufer seine Leistung angeboten oder erbracht hat. Trifft den Käufer die Vorleistungspflicht, kann er nach Abs 2 seine Leistung so lange zurückbehalten, wie er vernünftigerweise erwarten darf, dass der Verkäufer seine Leistung nicht erbringen wird.¹⁰³ Im Unterschied zu Art III.-3:401 (3) DCFR sieht der CESL-Entwurf keine schadenersatzbewehrte Mitteilungspflicht des Käufers vor, wonach dieser den Verkäufer unverzüglich über die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zu informieren hat.¹⁰⁴ Nach Art 113 (2) muss der Käufer Grund zur Annahme haben, dass der Verkäufer "*nicht fristgemäß erfüllen wird*". Entgegen dem ersten Eindruck des Wortlauts löst nicht nur ein zu erwartender Verzug des Verkäufers ein Zurückbehaltungsrechts nach Abs 2 aus,

¹⁰¹ Kritisch auch *Weller*, JZ 2008, 764 (772): Formulierung „*unreasonably burdensome or expensive*“ führt zu vielen Sachverständigengutachten.

¹⁰² Vgl auch Art 8:105 PECL (ähnlich Art 113 (2)) und Art 9:201 PECL.

¹⁰³ Zu Art 9:201 Abs 2 PECL siehe *Mitzkait*, Leistungsstörung und Haftungsbeziehung (2008) 129.

¹⁰⁴ Positiv zum Entfall der Mitteilungspflicht *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 226 (229).

sondern jede antizipierte Nichterfüllung iSd Art 87 (1). Das Zurückbehaltungsrecht steht dem Käufer auch bei einer entschuldigten Nichterfüllung (Art 87 (2)) des Verkäufers zu.¹⁰⁵ Art 113 (3) regelt das Zurückbehaltungsrecht bei und von teilbaren Leistungen wesentlich ausführlicher als die Parallelbestimmung des Art III.-3:401 (4) DCFR, wo nur auf die Umstände abgestellt wird. Es ist mE zweifelhaft, ob die vergleichsweise umständliche Regelung im CESL-Entwurf zur Verbesserung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit beiträgt.

D. Beendigung des Vertrages

1. Überblick

Die Art 114–119 (Abschnitt 5) regeln die "*Beendigung des Vertrages*" als Rechtsbehelf des Käufers. Die Überschrift des Abschnitts "*Beendigung des Vertrages*", die sich auch als Überschrift von Art 8 und Art 134 bis 139 wiederfindet, könnte für den österreichischen Juristen irreführend sein. Abschnitt 5 enthält entgegen dem Anschein, den die Überschrift auf den ersten Blick erweckt, keine Aufzählung der unterschiedlichen Beendigungen eines Vertrages (zB einvernehmliche Beendigung, Verzicht, Tod etc), sondern regelt nur die Aufhebung eines Kaufvertrages bzw eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte durch den Käufer und zwar grundsätzlich sowohl für den Verbraucher als auch für den Unternehmer als Käufer.¹⁰⁶ Die Bezeichnung Rücktrittsrecht wäre nach der österreichischen Terminologie wohl treffender. Eigene Regeln für die Beendigung des Vertrages durch den Verkäufer enthalten die Art 134 bis 139.

Obwohl Art 87 von einem einheitlichen Nichterfüllungstatbestand ausgeht, wird in Abschnitt 5 zwischen dem Rücktritt wegen "*wesentlicher Nichterfüllung*" (Art 114 (1)), dem Rücktritt wegen einer nicht bloß unerheblichen Vertragswidrigkeit der Ware (Art 114 (2)) und dem Rücktritt wegen eines Schuldnerverzugs, der als solcher keine wesentliche Nichterfüllung darstellt (Art 115), unterschieden. Darüber hinaus eröffnet Art 116 dem Käufer die Möglichkeit, wegen einer voraussichtlichen Nichterfüllung vom Vertrag zurückzutreten. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts unterscheiden sich in diesen Fallkonstellationen wesentlich voneinander.

Art 117 enthält unter der Überschrift "*Umfang des Beendigungsrechts*" eine Regel über den Rücktritt bei teilbaren Leistungen. Die Art 118 und 119 befassen sich mit der Ausübung des Rücktrittsrechts durch eine außergerichtliche Mitteilung an den Verkäufer und den Rechtsfolgen, wenn diese Mitteilung verspätet erfolgt.

Abschnitt 5 über die "*Beendigung des Vertrages*" kann als Regelungskomplex nicht für sich allein stehen, sondern weist Querverbindungen zu zahl-

¹⁰⁵ Art 106 (4); vgl dazu Art 8:101 Abs PECL.

¹⁰⁶ Sonderbestimmungen für B2C-Verträge sind Art 114 (2) (Beendigung wegen einer nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit) und Art 119 (2) Z 1 (Keine Obliegenheit zur unverzüglichen Erklärung des Rücktritts für Verbraucher).

reichen weiteren Regeln des CESL-Entwurfs auf. Dazu gehören vor allem Art 8 (Rechtswirkungen einer Vertragsbeendigung), Art 19 (Allgemeine Regel für eine Mitteilung), Art 87 und 88 (Nichterfüllung), Art 109 (Heilung durch den Verkäufer), Teil VI (Schadenersatz und Zinsen) sowie Teil VII (Rückabwicklung). Im Folgenden ist nur auf die einzelnen Regeln der Art 114 bis 119 über die Beendigung des Vertrages einzugehen. Auf Fragen, die sich auf Grund der Querverbindungen zu den soeben genannten Normen stellen, kann hier aus Platzgründen nur punktuell hingewiesen werden.

2. Vertragsbeendigung bei wesentlicher Nichterfüllung

Gem Art 114 (1) hat der Käufer das Recht, den Vertrag zu beenden, wenn die Nichterfüllung durch den Verkäufer wesentlich iSd Art 87 (2) ist. Parallelbestimmungen finden sich in Art 49 (1) (a) CISG, Art 4:206 (1) PEL-S, Art III.-3:502 (1) DCFR.

Art 114 (1) gilt für B2B- und B2C-Verträge gleichermaßen, kann aber zu Lasten eines Verbrauchers nicht ausgeschlossen oder modifiziert werden (Art 108). Das Recht zur Beendigung gem Art 114 (1) setzt eine wesentliche Nichterfüllung des Verkäufers iSd Art 87 (2) voraus.¹⁰⁷ Die Beweislast für das Vorliegen einer wesentlichen Nichterfüllung trifft den Käufer unabhängig davon, ob es sich um einen Unternehmer oder Verbraucher handelt. Wird der Vertrag wegen Nichterfüllung oder antizipierter Nichterfüllung beendet, hat der Käufer einen Schadenersatzanspruch anstelle der künftigen Erfüllung, es sei denn, eine entschuldigte Nichterfüllung gem Art 88 liegt vor. Mit anderen Worten besteht das Rücktrittsrecht auch im Falle einer entschuldigten Nichterfüllung, doch entfällt diesfalls der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung.¹⁰⁸

Bei B2B-Verträgen kann der Verkäufer die Beendigung des Vertrages nach Art 114 (1) durch das Angebot einer Heilung gem Art 109 (2) aussetzen.¹⁰⁹ Das Heilungsangebot hat der Verkäufer unverzüglich zu erklären, nachdem er über die Vertragswidrigkeit seiner Lieferung unterrichtet wurde. Ein solches Angebot der Heilung kann selbst dann noch erfolgen, wenn der Käufer sein Recht zur Vertragsbeendigung bereits durch eine entsprechende Mitteilung an den Verkäufer ausgeübt hat.¹¹⁰ Da allerdings der Verkäufer spätestens durch eine solche Mitteilung des Käufers Kenntnis über die Vertragswidrigkeit seiner Leistung erlangt, hat das Heilungsangebot unverzüglich nach Kenntnisnahme des Verkäufers von der Mitteilung der Vertragsbeendigung durch den Käufer zu erfolgen. Kann der Verkäufer der Vertragswidrigkeit seiner Leistung nicht binnen der ihm zur Verfügung stehenden angemessenen Frist iSd Art 109 (5) heilen, ist der Vertrag mE wohl beendet, ohne dass hierfür eine weitere Mitteilung durch den Käufer erforderlich ist.

¹⁰⁷ Zur wesentlichen Nichterfüllung näher oben II.B.

¹⁰⁸ Vgl Art 8 (2) iVm Art 106 (4).

¹⁰⁹ Zum Heilungsrecht des Verkäufers bereits oben IV.B.2.

¹¹⁰ Art 109 (3) iVm Art 118.

Wie bereits erwähnt, gilt das Heilungsrecht des Verkäufers gem Art 106 (3) nicht für B2C-Verträge. Demnach kann ein Verbraucher als Käufer bei Vorliegen einer wesentlichen Nichterfüllung sofort von seinem Recht zur Vertragsbeendigung Gebrauch machen, ohne dass dem Verkäufer eine Chance zur Heilung bleibt.

Der Vertrag wird durch Mitteilung an den Verkäufer beendet, ohne dass diesem eine Nachfrist zu setzen wäre.¹¹¹ Die Mitteilung des Verbrauchers muss nicht unverzüglich nach Kenntnis von der Nichterfüllung erfolgen.¹¹² Anders als nach der hA¹¹³ zum geltenden österreichischen Recht fällt der Vertrag bei einer zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit nicht ipso iure weg, sondern ist auch in solchen Fällen eine Mitteilung der Vertragsbeendigung erforderlich.

3. Vertragsbeendigung wegen einer nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit

Bei B2C-Verträgen steht dem Verbraucher als Käufer bereits ein Rücktrittsrecht zu, wenn eine Nichterfüllung vorliegt, weil die Waren nicht vertragsmäßig sind, es sei denn die Vertragswidrigkeit der Waren ist unerheblich (Art 114 (2)).¹¹⁴ Aus dem Zusammenspiel mit Art 114 (1) folgt, dass sich der Tatbestand einer "*nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit*" von einer "*wesentlichen Nichterfüllung*" unterscheiden muss, weil Abs 2 ansonsten überflüssig wäre.¹¹⁵ Der Zweck von Abs 2 besteht ganz offensichtlich darin, die Voraussetzungen einer Vertragsbeendigung bei Verbrauchern als Käufer zu erleichtern. Daraus folgt, dass sich eine "*nicht unerhebliche Vertragswidrigkeit*" iSd Art 114 (2) von einer nicht unwesentlichen Schlechterfüllung¹¹⁶ dadurch unterscheidet, dass eine "*nicht unerhebliche Vertragswidrigkeit*" bereits bei einer leichteren Abweichung der erbrachten Leistung von der geschuldeten Sollbeschaffenheit¹¹⁷ vorliegt.

Sollte Art 114 (2) in dieser Form umgesetzt werden, wird die Regel nicht zur Einfachheit, Klarheit und damit auch zur Rechtssicherheit beitragen. Nachdem man sich dem Begriff einer wesentlichen Nichterfüllung durch Auslegung von Art 87 (2) angenähert hat, erfährt man in Art 114 (2), dass es bei

¹¹¹ Art 118 und 119.

¹¹² Art 119 (2) (a).

¹¹³ Siehe *Heidinger* in *Schwimann*³ § 1447 ABGB Rz 15; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 49; OGH 5 Ob 205/73 JBl 1975, 206; wohl auch *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1447 Rz 38 f; aA *Reischauer* in *Rummel*³ § 920 ABGB Rz 13; *Dullinger*, Schuldrecht AT³ Rz 3/53.

¹¹⁴ Ein Pendant zu dieser Norm findet sich in Art 4:206 PEL-S.

¹¹⁵ Dies ist deshalb gesondert zu betonen, weil der einheitliche Nichterfüllungsbegriff gem Art 87 (1) (c) und (d) auch eine Schlechterfüllung erfasst. Auf Fälle der Schlechterfüllung zielt auch Art 114 (2) ab.

¹¹⁶ Gem Art 87 (1) (c) und lit d iVm Art 87 (2).

¹¹⁷ Die Sollbeschaffenheit der Waren ergibt sich bei B2C-Verträgen grundsätzlich aus den Vorgaben der Art 100 ff, von denen nur nach Maßgabe des Art 99 (3) abgewichen werden darf.

einer Schlechterfüllung im Rahmen von B2C-Verträgen gar nicht auf eine "wesentliche Nichterfüllung" ankommen soll, sondern vielmehr auf eine "nicht unerhebliche Vertragswidrigkeit" der Waren. Es wäre mE nur konsequent, auch den Tatbestand einer "nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit" ebenso wie die "wesentliche Nichterfüllung" in Teil IV Kapitel 9 näher zu konkretisieren. Eine solche Konkretisierung ist jedoch nicht zu finden. Der CESL-Entwurf überlässt die Auslegung des für die Beendigung eines Verbrauchervertrages wesentlichen Tatbestands der "nicht unerhebliche Vertragswidrigkeit" den nationalen Gerichten. Aus österreichischer Sicht erinnert die Situation an die Auslegungsprobleme, die § 932 Abs 4 S 1 ABGB mit dem Begriff des "nicht bloß geringfügigen Mangels" aufwirft. Weder die Verbrauchsgüterkauf-RL noch das ABGB enthalten nähere Anhaltspunkte, was unter einem nicht bloß geringfügigen Mangel zu verstehen ist. Dies hat zur Folge, dass die Auslegung des Begriffs in der Lehre¹¹⁸ seither höchst umstritten ist und sich die Rsp¹¹⁹ zu dieser Frage in Einzelfallentscheidungen von Fall zu Fall plagt, wobei das Ergebnis nach wie vor völlig unvorhersehbar ist. Sollte die Historie der Auslegung der "nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit" in Art 114 (2) ähnlich verlaufen, wie jene des "nicht bloß geringfügigen Mangels" gem § 932 Abs 4 ABGB in Österreich, droht diesbezüglich eine noch größere Rechtsunsicherheit, weil die Gefahr einer divergierenden Auslegung durch die unterschiedlichen nationalen Gerichte besteht.

Art 114 (2) ist nur auf B2C-Verträge anzuwenden. Hier hat der Verkäufer kein Heilungsrecht nach Art 109. Daher kann der Verbraucher als Käufer bei Vorliegen einer nicht unerheblichen Vertragswidrigkeit sofort vom Vertrag abgehen, selbst wenn es sich um einen – nach dem österreichischen Verständnis – behebbaren Mangel handelt. Die Vertragsbeendigung erfolgt außegerichtlich durch Mitteilung an den Verkäufer. Eine Nachfristsetzung ist nicht erforderlich.

Der Wortlaut von Art 114 (2) legt nahe, dass den Verkäufer die Beweislast für das Vorliegen eines bloß unerheblichen Mangels trifft. Erklärt der Verbraucher als Käufer den Rücktritt, kann der Verkäufer die Vertragsbeendigung abwehren, in dem er den Beweis erbringt, dass es sich um eine unerhebliche Vertragswidrigkeit handelt. Diesfalls ist der Käufer dann auf die sonstigen Rechtsbehelfe gem Art 106 (1) beschränkt.

¹¹⁸ Vgl *Kletečka*, Der geringfügige Mangel, RdW 2003, 612 ff; *Schopper*, Abschluss des Wandlungsrechts beim geringfügigen Mangel, JAP 2005/2006, 120 f; *Bollenberger*, Erste Judikatur zur „Neuen Gewährleistung“ – Geringfügige Mängel beim Autokauf, Zak 2005/39, 23; *W. Faber*, Zur „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ nach Art 3 (6) Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, ZEuP 2006, 676 ff; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 932 Rz 63 mwN in FN 149.

¹¹⁹ RIS-Justiz RS0119978; OGH 1 Ob 14/05 y EvBl 2005/181 (*Ch. Rabl*); dazu *Schopper*, JAP 2005/2006, 120; OGH 3 Ob 202/10t; zuletzt OGH 7 Ob 151/11y.

4. Vertragsbeendigung wegen Schuldnerverzugs

Art 115 sieht eine Sonderregelung für die Vertragsbeendigung durch den Käufer infolge eines Schuldnerverzugs vor, sofern der Verzug nicht schon per se eine wesentliche Nichterfüllung darstellt. Stellt ein Schuldnerverzug eine wesentliche Nichterfüllung gem Art 87 (2) dar, so kann der Käufer von seinem Rücktrittsrecht nach Art 114 (1) Gebrauch machen, das im Unterschied zu Art 115 keine Nachfristsetzung erfordert. Auch das Heilungsrecht des Verkäufers greift hier nicht ein, denn nach Art 109 (4) darf der Käufer die Heilung durch den Verkäufer ablehnen, wenn eine verspätete Erfüllung einer wesentlichen Nichterfüllung gleichkommt.

Ebenso wie die Aufhebung des Vertrages nach Art 114 verlangt auch Art 115 eine auf die Beendigung gerichtete Mitteilung des Käufers. Zusätzlich muss der Käufer dem Verkäufer jedoch in diesem Fall eine angemessene Nachfrist setzen. Die Nachfristsetzung kann in einer gesonderten Mitteilung erfolgen. Enthält diese Mitteilung nicht den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Vertragsbeendigung im Falle eines erfolglosen Verstreichens der Frist eintreten soll, ist eine weitere Mitteilung des Käufers erforderlich, welche die Beendigung des Vertrages erklärt.¹²⁰ Widerspricht der Verkäufer nicht unverzüglich der Nachfrist, nachdem ihm diese mitgeteilt wurde, gilt sie als angemessen. Nicht geregelt ist, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Verkäufer der Nachfrist widerspricht und die von Käufer gesetzte Nachfrist zu kurz bemessen ist. Der Käufer wird in diesem Fall eine weitere Nachfrist zu setzen haben, die ihrerseits angemessen sein muss. Ist der vom Verkäufer erklärte Widerspruch nicht berechtigt, weil die Nachfrist angemessen ist, ändert der Widerspruch nichts an den Rechten des Käufers. Dieser kann nach Ablauf der ersten Nachfrist die Beendigung erklären.

5. Vertragsbeendigung wegen antizipierter Nichterfüllung

Nach Art 116 kann der Käufer den Vertrag bereits vor Eintritt der Fälligkeit für die Leistung des Verkäufers beenden, wenn der Verkäufer erklärt hat oder anderweitig offensichtlich ist, dass Nichterfüllung eintreten wird, und wenn die Nichterfüllung die Beendigung des Vertrags rechtfertigen würde. Art 116 entspricht Art 9:304 PECL und Art III.-3:504 DCFR. Die Bestimmung ist auf B2B-Verträge ebenso anwendbar wie auf B2C-Verträge. Voraussetzung dieses Rücktrittsrechts ist, dass die voraussichtliche Nichterfüllung eine Vertragsbeendigung rechtfertigen würde. Dies ist der Fall, wenn es sich bereits vor Fälligkeit abzeichnet, dass auf Seiten des Verkäufers eine wesentliche Nichterfüllung (Art 116 iVm Art 114 (1) und Art 87 (2)) oder bei B2C-Verträgen eine nicht unerhebliche Vertragswidrigkeit (Art 116 iVm Art 114 (2)) eintreten wird.

Die Vorhersehbarkeit einer künftigen Nichterfüllung kann sich aus einer Erklärung des Verkäufers (Art 115 Fall 1) oder aus sonstigen Umständen (Art 115 Fall 2) ergeben. Die antizipierte Nichterfüllung auf Grund einer Er-

¹²⁰ Dies folgt aus Art 115 (3).

klärung des Verkäufers dürfte im Wesentlichen dem entsprechen, was die in Österreich hL und Rsp unter der Fallgruppe einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung verstehen.¹²¹ Diese berechtigt den Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung des Schuldners zum Rücktritt. Die Regel ist sachlich gerechtfertigt, weil der Gläubiger andernfalls bis zum Fälligkeitseintritt sinnlos zuwarten müsste und seine Interessen (etwa durch Ersatzbeschaffung) nicht wahren könnte.¹²² Obwohl dies nicht eindeutig aus dem Wortlaut von Art 115 Fall 1 hervorgeht, sind an die Erklärung des Verkäufers, aus welcher der Käufer den künftigen Eintritt einer Nichterfüllung schließen kann, wohl ähnlich strenge Anforderungen zu stellen, wie dies nach der geltenden Rechtslage in Österreich der Fall ist. Auch die Erklärung des Verkäufers nach Art 115 muss ernsthaft und endgültig sein. Inhaltlich muss diese Erklärung zum Ausdruck bringen, dass eine Nichterfüllung des Verkäufers eintreten wird, wobei im Zweifel darauf abzustellen sein wird, wie der Käufer die Erklärung verstehen durfte.

Der Käufer hat nach Art 115 Fall 2 auch dann das Recht zur Vertragsbeendigung, wenn aus sonstigen Umständen offensichtlich ist, dass der Verkäufer seine geschuldete Leistung nicht erbringen wird. Durch die Wortwahl „*offensichtlich werden*“ (*"become clear"*) wird deutlich, dass ein Beendigungsrecht nur besteht, wenn an der künftigen Nichterfüllung durch den Verkäufer keine Zweifel bestehen. Auch wegen dem in Erwägungsgrund 32 des VO-Entwurfs zum Ausdruck gebrachten Prinzips der Aufrechterhaltung gültiger Verträge ist eine restriktive Auslegung von Art 115 angezeigt.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt gem Art 118 durch Mitteilung des Käufers an den Verkäufer.¹²³ Die Setzung einer Nachfrist ist nicht erforderlich. Fraglich ist, ob dem Verkäufer ein Heilungsrecht zusteht, wenn ihm der Käufer die Vertragsbeendigung nach Art 115 mitteilt. Das in Art 109 geregelte Heilungsrecht des Verkäufers ist mE nicht anwendbar, weil der Verkäufer noch gar nicht geliefert hat und es daher an einem Angebot einer vertragswidrigen Leistung durch den Verkäufer ebenso mangelt wie an einer Mitteilung des Käufers darüber, dass die vom Verkäufer erbrachte Leistung vertragswidrig ist (vgl Art 109 (2)). Allerdings muss dem Verkäufer auch bei einer Vertragsbeendigung wegen antizipierter Nichterfüllung gem Art 115 zugestanden werden, durch eine ernsthafte Erklärung darzutun, dass die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts gem Art 115 nicht vorliegen, weil er willens und in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Leistung im Fälligkeitszeitpunkt zu erbringen. Diese Erklärung hat der Verkäufer unverzüglich abzugeben, nachdem ihm der Verkäufer die Beendigung des Vertrages gem Art 115 mitgeteilt hat.

¹²¹ Vgl dazu *Reischauer in Rummel*³ § 918 ABGB Rz 14; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT 381; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 53 f; *P. Bydlinski in KBB*³ § 918 ABGB Rz 7 jeweils mwN aus der Rsp.

¹²² Treffend *Reischauer in Rummel*³ § 918 ABGB Rz 14.

¹²³ Art 118 entspricht Art III.-3:507 Abs 1 DCFR und Art 9:303 Abs 1 PECL; vgl auch Art 26 CISG.

6. Verlust des Rechts auf Vertragsbeendigung

Gemäß Art 119 (1) verliert der Käufer sein Recht auf Vertragsbeendigung, "wenn die Beendigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist ab Entstehung des Rechts oder ab dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer von der Nichterfüllung Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen, je nachdem, welches Ereignis später eingetreten ist, mitgeteilt wird."

Art 119 (1) entspricht weitgehend Art 9:303 (2) und (3) PECL sowie Art III.-3:508 DCFR, enthält aber zusätzlich das Kriterium "ab Entstehen des Rechts".¹²⁴ Art 119 (1) wirft die Frage auf, ob es überhaupt Konstellationen geben kann, in denen der Käufer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Nichterfüllung ist, obwohl das Recht (auf Vertragsbeendigung) noch gar nicht entstanden ist. Mit anderen Worten: wann kann die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Nichterfüllung dem Entstehen des Rechts auf Vertragsbeendigung zeitlich vorgelagert sein? Muss der Käufer in einem solchen Fall dem Verkäufer die Vertragsbeendigung mitteilen, obwohl das Recht auf Vertragsbeendigung noch gar nicht entstanden ist? In Anbetracht der Bedeutung von Art 119 (1) (drohender Verlust des Rechts zur Vertragsbeendigung für den Käufer) wäre eine einfachere Formulierung der Bestimmung wünschenswert.

Art 119 (2) (a) ist eine Verbraucherschutzbestimmung und nimmt den Verbraucher als Käufer von Abs 1 aus. Demnach trifft den Käufer bei B2C-Verträgen keine Obliegenheit zur unverzüglichen Mitteilung der Vertragsbeendigung. Der CESL-Entwurf ist in diesem Punkt verbraucherfreundlicher als Art III.-3:508 (1) DCFR, der keine Ausnahme für Verbraucher vorsieht.¹²⁵ Art 119 (2) (a) führt zur Frage, ob dem Verbraucher als Käufer ein ewiges Rücktrittsrecht zusteht oder ob und wenn ja, nach welchen Regeln das Recht zur Vertragsbeendigung verjährt. Die Verjährung ist in Teil VIII geregelt.¹²⁶

E. Preisminderung

Art 120 regelt den Rechtsbehelf der Preisminderung. Die Bestimmung ist nahezu wortgleich mit Art 9:401 PECL bzw Art III.-3:601 DCFR.¹²⁷ Nach Art 120 kann ein Käufer, der eine nicht vertragsgemäße Leistung des Verkäufers angenommen hat, den Kaufpreis reduzieren. Die Minderung bemisst sich nach dem Verhältnis, in dem der verminderte Wert der Leistung zur Zeit des Leistungsangebots zu dem Wert steht, den eine vertragsgemäße Leistung gehabt hätte. Preisminderung kann vor oder nach erfolgter Zahlung geltend ge-

¹²⁴ Auf das Entstehen des Beendigungsrechts stellt auch Art III.-3:508 Abs 3 DCFR ab, allerdings erfolgt in dieser Bestimmung keine Verquickung mit dem Kennen oder Kennenmüssen der Nichterfüllung, wie das in Art 119 (1) CESL-Entwurf der Fall ist.

¹²⁵ Vgl auch *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 225 (232).

¹²⁶ Siehe dazu den Beitrag von *Zöchling-Jud* in diesem Band.

¹²⁷ Dazu v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 1 (2009) 910–914; vgl auch Art 50 CISG, allerdings mit anderem Wortlaut.

macht werden.¹²⁸ Hat der Käufer bereits den Kaufpreis (teilweise) gezahlt, kann er die Differenz zum geminderten Preis zurückverlangen.¹²⁹ Ebenso wie nach dem österreichischen Recht steht dem Käufer das Minderungsrecht auch im Falle einer entschuldigten Nichterfüllung zu.¹³⁰ Begehrt der Käufer die Minderung nach Art 120, kann er für den dadurch ausgeglichenen Verlust keinen Schadenersatz verlangen. Unberührt bleibt gem Art 120 (3) aber sein Recht, für jeden darüber hinausgehenden Nachteil Ersatz vom Verkäufer zu verlangen, sofern keine entschuldigte Nichterfüllung vorliegt.

Im Unterschied zur Vertragsbeendigung setzt der CESL-Entwurf bei der Preisminderung keine Mitteilung durch den Käufer voraus. In Deutschland ist daher bereits eine Diskussion darüber entstanden, ob das Minderungsrecht des Käufers ein Gestaltungsrecht darstellt.¹³¹ Praktische Auswirkungen könnte die rechtliche Qualifikation des Minderungsrechts vor allem für die Frage der Verjährung haben.¹³²

F. Schadenersatz

Gemäß Art 106 (1) (e) kann der Käufer im Falle einer Nichterfüllung durch den Verkäufer auch Schadenersatz gemäß Kapitel 16 verlangen. Wie bereits mehrfach erwähnt entfällt der Schadenersatzanspruch bei Vorliegen einer entschuldigten Nichterfüllung.¹³³ Die näheren Voraussetzungen des Anspruches auf Schadenersatz richten sich nach den Art 159 bis 171. An dieser Stelle reicht daher der Verweis auf den Beitrag von *Koch* in diesem Band.

V. Verpflichtungen des Käufers (Kapitel 12)

Kapitel 12 regelt in den Art 123 bis 130 die Verpflichtungen des Käufers. Die Hauptverpflichtungen des Käufers sind die Kaufpreiszahlung, die Annahme der Waren oder der digitalen Inhalte sowie die Annahme der Dokumente, welche die Waren oder digitalen Inhalte vertreten oder diese betreffen, sofern dies vertraglich vereinbart wurde.¹³⁴

Die Art 124 bis 128 enthalten Regeln über die Zahlungsweise (Art 124), den Zahlungsort (Art 125), den Zahlungszeitpunkt (Art 126) sowie über die Zahlung durch einen Dritten (Art 127) und die Anrechnung von Zahlungen

¹²⁸ Vgl. *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 1 (2009) 911.

¹²⁹ Art 120 (2).

¹³⁰ Vgl. *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 1 (2009) 911.

¹³¹ Vgl. *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 225 (230) mwN aus der Lit zum DCFR.

¹³² Näher dazu *Ch. Wilhelm*, IHR 2011, 225 (230).

¹³³ Dazu oben II.C.

¹³⁴ Art 123 (1); weitgehend inhaltsgleiche Parallelbestimmungen (mit Ausnahme der digitalen Inhalte) finden sich in Art 3:001 PEL-S, Art IV.A.-3:101 DCFR und Art 53 CISG (ohne Pflicht zur Annahme der Dokumente).

(Art 128). Auf diese Regeln kann aus Platzgründen hier nur hingewiesen werden kann.

Im Unterschied zum österreichischen Recht, wo die Annahme der Ware durch den Käufer im Regelfall eine bloße Obliegenheit darstellt,¹³⁵ wird in den Art 129 und 130 die Annahme der Ware als Pflicht des Käufers geregelt. Auch das UN-Kaufrecht geht von einer grundsätzlichen Annahmepflicht des Käufers aus.¹³⁶ Die Unterlassung einer erforderlichen Mitwirkung – und sei es auch nur die Übernahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung – stellt daher grundsätzlich eine Nichterfüllung durch den Käufer dar. Inhaltlich entsprechen Art 129 und 130 weitgehend den Parallelbestimmungen im DCFR.¹³⁷ Die Pflicht der Käufer auch eine geringere als die vertraglich vereinbarte Menge anzunehmen, sofern er kein berechtigtes Interesse an einer Verweigerung der Annahme hat (Art 130 (2)), ist jedoch, soweit ersichtlich, weder im DCFR noch im PEL-S enthalten.

VI. Abhilfen des Verkäufers (Kapitel 13)

Spiegelbildlich zu den Abhilfen des Käufers (Kapitel 11) regelt Kapitel 13 die Abhilfen des Verkäufers im Falle einer Nichterfüllung durch den Käufer. Wie bereits erwähnt ist die Annahme der Ware oder der digitalen Inhalte nach dem CESL-Entwurf eine Pflicht des Käufers, deren Verletzung eine Nichterfüllung durch den Käufer darstellt. Konsequenterweise steht daher dem Verkäufer auch ein darauf gerichteter gerichtlich einklagbarer Anspruch zu. Der Anspruch ist in Art 131 (1) (a) iVm Art 132 (2) geregelt. Nach Art 132 (2) steht der Anspruch des Verkäufers auf Annahme der Leistung durch den Käufer und auf Zahlung des Kaufpreises jedoch unter dem Vorbehalt, dass der Verkäufer nicht ohne nennenswerten finanziellen oder sonstigen Aufwand ein angemessenes Deckungsgeschäft abschließen hätte können.

Daneben zählt Art 131 (1) folgende Abhilfen des Verkäufers auf: Zurückbehaltungsrecht, Recht auf Vertragsbeendigung und Anspruch auf Zinsen oder Schadenersatz gemäß Kapitel 16.¹³⁸ Für die Art 131 (2) bis (4) kann auf Art 106 (2) bis (4) verwiesen werden. Entsprechendes gilt für die weiteren Bestimmungen dieses Kapitels, in denen die einzelnen Rechtsbehelfe des Verkäufers jeweils spiegelbildlich zur den Rechtsbehelfen des Käufers geregelt werden. Auffallend ist dabei vor allem, dass die Regelung der Rechtsbehelfe

¹³⁵ § 1419 ABGB; vgl aber auch § 1062 ABGB. Siehe dazu *Stabentheiner in Kle-tečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1419 Rz 5; *Aicher in Rummel*³ § 1062 ABGB Rz 30; *Reischauer in Rummel*³ § 1419 ABGB Rz 3; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 60; *Apathy*, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 561.

¹³⁶ Art 60 lit b CISG; vgl *Düchs*, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht (2006) 356 ff.

¹³⁷ Siehe Art IV.A.-3:104 und Art 3:105 DCFR; vgl dazu *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1327 ff; siehe auch Art 3:201 und Art 3:203 PEL-S.

¹³⁸ Zu Zinsen und Schadenersatz vgl den Beitrag von *Koch* in diesem Band.

des Verkäufers wesentlich kürzer ist als jene des Käufers. Maßgeblich trägt dazu der Umstand bei, dass im Kapitel 13 keine einzige Bestimmung für B2C-Verträge enthalten ist. Der CESL-Entwurf geht offenbar von der Arbeitshypothese aus, dass der Verkäufer stets ein Unternehmer ist. Der Fall eines Privatverkaufs einer Ware durch einen Verbraucher an einen Unternehmer wird vom vorliegenden VO- und CESL-Entwurf völlig ausgeblendet, wobei einzuräumen ist, dass es sich dabei um Ausnahmefälle handeln wird. Einer analogen Anwendung bestimmter verbraucherschützenden Bestimmungen aus Kapitel 11 auf den Verbraucher als Verkäufer steht Art 7 VO-Entwurf entgegen, wonach das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nur verwendet werden darf, wenn der Verkäufer der Waren oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer ist. Das CESL ist demnach auf Konstellationen, in denen der Verkäufer ein Verbraucher ist, generell nicht anwendbar.

Die Regelungstechnik der gesonderten Aufzählung von Käuferpflichten und Rechtsbehelfen des Verkäufers in Kapitel 12 und 13 führt vor allem bei den Rechtsbehelfen über weite Strecken zu einer Duplizierung mit den korrespondierenden Kapiteln 10 und 11.¹³⁹ Dadurch vergrößert sich natürlich auch der Gesamtumfang des CESL-Entwurfs erheblich. Es wäre zumindest zu erwägen, die Kapitel 10 und 12 (Pflichten der Vertragsparteien) sowie die Kapitel 11 und 13 (Rechtsbehelfe) jeweils zusammenzuführen. Obwohl damit zahlreiche Redundanzen durch gemeinsame Regeln oder durch Verweise vermieden werden könnten, würde die Zusammenlegung wohl zu Lasten der Übersichtlichkeit und Anwenderfreundlichkeit des Gesamtregelwerkes erfolgen. Dies würde für die Beibehaltung des Aufbaus sprechen.

VII. Gefahrübergang (Kapitel 14)

Kapitel 14 regelt in den Art 140 bis 146 den Gefahrübergang. Im CISG besteht das entsprechende Kapitel zum Übergang der Gefahr aus insgesamt vier Artikeln.¹⁴⁰ Zwischen den Regeln des CISG und jenen des CESL-Entwurfs besteht eine enge Verwandtschaft. Unter Gefahr wird im CESL-Entwurf, wie im CISG und im DCFR, das wirtschaftliche Risiko verstanden, dass die Ware nach Vertragsschluss und vor Vertragserfüllung untergeht oder in sonstiger Weise beschädigt wird. Dem Untergang oder der Beschädigung gleichzustellen ist grundsätzlich auch ein sonstiger Verlust der Ware etwa auf Grund Diebstahls, Notentladung oder Fehlgriffen des Transporteurs.¹⁴¹ Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs ist in mehrfacher Hinsicht von maßgebender Bedeutung. Gem Art 105 (1) haftet der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer besteht. Die in Art 105

¹³⁹ Kritisch zu dieser Duplizierung für die FS bereits *Grynbaum*, Performance and Remedies, in *Schulze/Stuyck*, Towards a European Contract Law (2011) 161 (162).

¹⁴⁰ Art 66 bis 70 CISG.

¹⁴¹ Zum CISG vgl *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht⁵ (2008) Art 66 Rz 3.

(2) geregelte Frist für die Beweislastumkehr bei Mängeln, die innerhalb von sechs Monaten hervorkommen, beginnt mit dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu laufen. Eine Aussage über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs trifft der CESL-Entwurf nicht.¹⁴² Die Entscheidung, wann das Eigentum übergeht, soll bei den Mitgliedstaaten verbleiben.¹⁴³

Art 140 weist dem Käufer die Preisgefahr zu, wenn die Ware nach dem Übergang der Gefahr auf den Käufer auf Grund eines nicht dem Verkäufer zuzurechnenden Umstands untergeht oder beschädigt wird. Art 140 entspricht wörtlich Art 66 CISG und Art IV.A.-5:101 DCFR.

Die in Art 141 enthaltene Regel über die Zuordnung der Waren oder digitalen Inhalte zum Vertrag hat ihre (ähnlichen) Parallelbestimmungen in Art 5:102 (2) PEL-S, Art IV.A.-5:102 (2) DCFR und Art 67 (2) CISG. Demnach geht die Gefahr erst dann auf den Käufer über, wenn die Ware eindeutig durch entsprechende Spezifikation dem Vertrag zugeordnet ist. Die Ware ist eindeutig zugeordnet, wenn der Verkäufer diese versendet und sie an den Käufer adressiert ist.¹⁴⁴

Art 142 sieht eine eigene Bestimmung für den Gefahrübergang bei B2C-Verträgen vor. Diese Regel geht auf Art IV.A.-5:103 DCFR zurück. Nach der in Art 142 (1) enthaltenen Grundregel geht bei einem Verbraucherkaufvertrag die Gefahr erst dann auf den Verbraucher als Käufer über, wenn dieser oder ein von ihm bezeichneter Dritter mit Ausnahme des Beförderers Besitz („*physical possession*“) an den Waren oder dem materiellen Datenträger, auf dem die digitalen Inhalte bereitgestellt werden, erlangt hat. Die Formulierung ist missverständlich, weil auch bei B2B-Verträgen auf einen Wechsel der Sachherrschaft bzw die Verschaffung von Besitz abgestellt wird.¹⁴⁵ Gemeint ist mit der Formulierung, dass die Übergabe von Waren vertretenden Dokumenten (vgl Art 144 (1)) nicht ausreicht.¹⁴⁶ Von der in Abs 1 enthaltenen Grundregel werden in den Abs 2 bis 4 Ausnahmen gemacht, auf die hier nicht im Einzelnen einzugehen ist. Gemäß Art 142 (5) sind die Regeln über den Gefahrübergang relativ zwingendes Recht, von dem nicht zu Lasten des Verbrauchers abgegangen werden darf.

Für die Gefahrtragung bei B2B-Verträgen stellt Art 143 die Grundregel auf, dass die Gefahr übergeht, wenn der Käufer die Waren oder die diese vertretenden Dokumente angenommen („*take delivery of the goods*“) hat. Art 143 wird wesentlich durch Art 145 eingeschränkt und gilt somit für den Platzkauf, nicht aber für einen Kauf, der mit einer Beförderung verbunden ist. Auffallend

¹⁴² Kritisch dazu *Grynbaum* in *Schulze/Stuyck*, *Towards a European Contract Law* (2011) 161 (164).

¹⁴³ Erwägungsgrund 27 VO-Entwurf.

¹⁴⁴ *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenzer*, *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*⁵ (2008) Art 67 Rz 9.

¹⁴⁵ Vgl zu Art 69 CISG *Schönle/Th. Koller* in *Honsell*, *UN-Kaufrecht*² Art 69 Rz 7; *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenzer*, *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*⁵ (2008) Art 69 Rz 3.

¹⁴⁶ Vgl v. *Bar/Clive*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1377.

ist, dass noch in der FS der Begriff „übernommen“ („take over“) verwendet wird, der auch in Art 69 CISG sowie in Art IV.A.-5:102 DCFR und Art 5:103 (1) PEL-S gewählt wurde. Die unterschiedlichen Begriffe setzen sich in Art 144 fort. Während Art IV.A.-5:102 DCFR und Art 5:201 (1) PEL-S wiederum auf „übernehmen“ abstellen und insoweit Art 144 entsprechen, sieht Art 69 (1) 2. Fall CISG hier „annehmen“ vor. „Annehmen“ ist grds weiter als *übernehmen* zu verstehen.¹⁴⁷ Letztlich ändert die unterschiedliche Formulierung, so sie überhaupt beabsichtigt war, nichts im Vergleich zur Regelung im CISG, weil die Annahme ohnehin die Übernahme umfasst. Notwendig ist daher ein Wechsel der Sachherrschaft bzw die Verschaffung von Besitz.¹⁴⁸

Art 144 (1) stellt sicher, dass sich der Käufer dem Übergang der Preisgefahr nicht entziehen kann, indem er die Waren nicht übernimmt. Stellt der Verkäufer die Ware zur Verfügung und übernimmt der Käufer diese nicht, ohne zur Verweigerung berechtigt zu sein, geht die Gefahr dennoch über. Die Regelung ist auch in Art 5:201 PEL-S, Art IV.A.-5:201 DCFR sowie in Art 69 (1) Fall 2¹⁴⁹ enthalten. Um die Ware „zur Verfügung zu stellen“ muss der Verkäufer daher regelmäßig diese individualisieren und den Käufer darüber informieren.¹⁵⁰

Art 144 (2) entspricht Art 69 (2) CISG. Art 145 gilt für Kaufverträge, die eine Beförderung der Waren einschließen (Versendungskauf). Die Parallelbestimmung dazu ist Art 67 CISG.¹⁵¹

Art 146 ist der Regelung von Art 68 CISG nachempfunden, unterscheidet sich jedoch von dieser. Nach Art 146 geht die Gefahr bei Waren, die während der Beförderung verkauft wurden, mit der Übergabe an den ersten Beförderer über. Nur dann, wenn es sich aus den Umständen ergibt, geht die Gefahr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über. Art 68 CISG trifft die umgekehrte Regelung. Zunächst geht die Gefahr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über und nur dann, wenn es sich aus den Umständen ergibt, zum Zeitpunkt der Übergabe an den ersten Beförderer. Die Reihenfolge, die Art 146 ebenso wie Art 5:203 PEL-S und Art IV.A.-5:203 DCFR wählt, entspricht der Reihung in der Praxis und ist daher begrüßenswert.¹⁵²

¹⁴⁷ Vgl Art IV.A.-3:104 DCFR.

¹⁴⁸ Vgl zu Art 69 CISG *Schönle/Th. Koller* in *Honsell*, UN-Kaufrecht² Art 69 Rz 7; *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht⁵ (2008) Art 69 Rz 3.

¹⁴⁹ Mit den oben genannten terminologischen Unterschieden.

¹⁵⁰ Vgl *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht⁵ (2008) Art 69 Rz 4.

¹⁵¹ Ebenso Art 5:202 PEL-S und Art IV.A.-5:202 DCFR.

¹⁵² Siehe *v. Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Edition Vol 2 (2009) 1377.

VIII. Abschließende Würdigung von Teil IV

Die wichtigen Einzelbestimmungen in Teil IV des CESL-Entwurfs wurden bereits im voranstehenden Text gesondert gewürdigt, was an dieser Stelle nicht zu wiederholen und auch nicht zusammenzufassen ist. Abschließend ist aber darauf hinzuweisen, dass an mehreren Stellen ein Änderungsbedarf ausgemacht wurde. Insgesamt ist der Verbraucherschutzstandard, den der vorliegende Entwurf zu verwirklichen versucht, mE zu hoch. Es erscheint fraglich, ob Unternehmer tatsächlich von der Möglichkeit eines „Opting-in“ Gebrauch machen werden, wenn sie sich damit einem überbordenden Verbraucherschutz aussetzen, der erhebliche Kosten mit sich bringt. Sollten sich Unternehmer dennoch zum „Opting-in“ entschließen, werden sie durch eine entsprechende Preisgestaltung dafür sorgen, dass die damit verbundenen Mehrkosten letztlich vom Verbraucher zu tragen sind. Die umfassenden Rechte, die der CESL-Entwurf den Verbrauchern mit besten Absichten einräumen möchte, werden letztlich auch von diesen zu bezahlen sein.¹⁵³

Tritt man ein paar Schritte zurück und versucht die Regelungen von Teil IV übergreifend zu würdigen, lässt sich folgendes festhalten: Der äußere Aufbau dieses Teils ist sehr übersichtlich gestaltet. Dazu tragen vor allem die Überschriften über jeder einzelnen Bestimmung bei, welche den Norminhalt durchwegs treffend wiedergeben. Die Gliederung des Teils in die einzelnen Kapitel entspricht weitgehend der Gliederung der korrespondierenden Bestimmungen im CISG. Das ist ebenso zu begrüßen wie die starke inhaltliche Orientierung an zahlreichen Regeln des CISG. Letztere erleichtert die praktische Handhabung des CESL-Entwurfes, weil sich der Anwender bei der Auslegung zahlreicher Bestimmungen an der vorhandene Rsp und Lehre zu den teilweise wortgleichen Bestimmungen im CISG orientieren kann. Die gesonderte Behandlung von Verkäufer- und Käuferpflichten auf der einen Seite und der Rechtsbehelfe von Käufer und Verkäufer auf der anderen Seite, führt zu Duplizierungen. Allerdings wird dies hinzunehmen sein, weil eine Zusammenlegung der entsprechenden Kapitel wohl nur zu Lasten der Übersichtlichkeit und Anwenderfreundlichkeit erfolgen könnte. Ungeachtet der sichtlich intensiven Bemühungen der Verfasser des Entwurfs um Verständlichkeit und Übersichtlichkeit ist mE nicht davon auszugehen, dass eine rechtsunkundige Vertragspartei alleine durch die Lektüre des vorliegenden CESL-Textes selbständig Schlüsse in Bezug auf die ihr zustehenden Rechte im Zusammenhang mit einem konkreten Fall ziehen könnte. *Griss*¹⁵⁴ hat im Rahmen der Diskussion der FS jüngst auf eine interessante Anekdote aus der Geschichte der österreichischen Legistik hingewiesen: Kaiserin *Maria Theresia* ordnete demnach vor Inkrafttreten jedes Gesetzes an, dass der Gesetzesentwurf von einem Laien gelesen werden müsse. Versteht dieser den Text nicht, tritt das Gesetz nicht in

¹⁵³ Ebenso bereits zum DCFR *U. Huber*, ZEuP 2008, 708 (712).

¹⁵⁴ The European Contract Law – Seen by a Judge, in *Schulze/Stuyck*, Towards a European Contract Law (2011) 179 (180).

Kraft. An dieser strengen Nagelprobe würde wohl auch der vorliegende CESL-Entwurf scheitern.