

Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolphi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*

Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr.iur., LL.M.

I. Einleitung

Bleibt die schuldnerische Leistung in irgendeiner Weise hinter dem zurück, was der Gläubiger erwarten darf, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten dem Gläubiger zur Verfügung stehen, gegen den Schuldner vorzugehen: Kann er die Leistungserbringung erzwingen, Ersatz allfälliger Schäden verlangen und bzw. oder vom ganzen Vertrag Abstand nehmen? Diese Frage nach den möglichen Rechtsbehelfen stellt den Kernbereich jedes Leistungsstörungenrechts und damit auch des allgemeinen Schuldrechts dar. Jahrhunderte alte dogmatische Verkrustungen prägen hier die nationalen Sonder- und Irrwege und verstellen häufig den Blick auf die Sachfragen, wie gerade die deutsche Diskussion um die Erneuerung des Leistungsstörungenrechts jüngst wieder deutlich gemacht hat.

II. Anknüpfung und Systematik

Ehe die Rechtsbehelfe im Einzelnen erörtert werden, sei kurz auf die von den verschiedenen Regelwerken gewählte Anknüpfung und die jeweilige Systematik eingegangen.

Die moderne Lösung ist es, entsprechend dem angloamerikanischen *breach of contract* an einen einheitlichen Leistungsstörungstatbestand anzuknüpfen¹.

* Um Fussnoten ergänzte Fassung des Vortrags, den die Verf. am 11.9.2001 anlässlich der Tagung der Ernst von Caemmerer Gedächtnisstiftung »Wandlungen des Schuldrechts« in Freiburg i.Br. gehalten hat. Der Vortrag basierte auf dem RegE vom 9.5.2001 (BT-Drs. 14/6040). Gegenüber dem RegE haben sich mit in Kraft Treten des neuen BGB am 1.1.2002 (BT-Drs. 14/7052) inhaltlich keine Änderungen ergeben. Bei allfälligen Abweichungen in der Zählung der Paragraphen wird auf das BGB n.F. abgestellt. Für wertvolle Unterstützung danke ich meiner wiss. Assistentin lic. iur. Christiana Fountoulakis.

¹ Jones/Schlechtriem, *Breach of Contract*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Ch. 15, Tübingen 1999, 8; Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5. Aufl., Oxford 1995, 401 ff.; Treitel, *The Law of Contract*, 10. Aufl., London 1999, 772; Farnsworth on Contracts, 2. Aufl., New York 1998, § 12.1; ferner Cerutti, *Das U.S.amerikanische Warenkaufrecht*, Zürich 1998, 366 ff.

Die Art der dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe hängt nicht von der Ursache der Leistungsstörung, sondern vor allem von deren Intensität ab². So knüpfen CISG³, UNIDROIT⁴ und European Principles⁵ sowie der Gandolfi-Entwurf⁶ im Wesentlichen übereinstimmend daran an, daß eine Partei eine ihrer Pflichten nicht erfüllt. Auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wählt im Anschluß an die Vorschläge der Schuldrechtsreformkommission⁷ den einheitlichen Begriff der Pflichtverletzung⁸. Bekanntlich hat dieser Begriff jedoch viel Kritik erfahren, semantische Kritik, weil Pflichtverletzung teilweise mit Verschulden verwechselt wurde⁹, inhaltlich jedoch vor allem auch von jenen, die an der Trias der Leistungsstörungen¹⁰, insbesondere an der vorrangigen Bedeutung der Unmöglichkeit¹¹ festhalten wollten. Dies blieb leider nicht ohne Konsequenzen: Die von der Schuldrechtsreformkommission vorgeschlagenen einheitlichen Bestimmungen zu Schadenersatz bzw. Rücktritt bei Pflichtverletzung wurden schlußendlich wieder verwässert und aufgefächert¹², was einen Autor jüngst gar zu der Behauptung veranlaßte: »Die Kategorien [der drei Leistungsstörungstatbestände] werden

nicht nur aufrecht erhalten, sondern sehr viel klarer nebeneinander gestellt«¹³. Die Chance, das deutsche Schuldrecht auf internationalen Stand anzuheben, wurde damit in diesem Bereich vertan.

Von der Systematik her unterscheiden sich die verschiedenen Regelwerke zum Teil erheblich. Am klarsten und übersichtlichsten präsentieren sich die UNIDROIT- und die European Principles: Allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung¹⁴ folgen die verschiedenen Rechtsbehelfe¹⁵. Demgegenüber erschließt sich die Systematik des BGB trotz Einführung des Pflichtverletzungstatbestandes nach wie vor nur Eingeweihten, die mit dem ursprünglichen Zusammenspiel der §§ 275 ff., 323 ff. und 346 ff. BGB vertraut sind¹⁶. Auch der Gandolfi-Entwurf stellt hohe Ansprüche an dogmatisches und systematisches Einfühlungsvermögen¹⁷.

III. Erfüllungsanspruch

In der Theorie bestehen bekanntlich grundlegende Unterschiede zwischen kontinentaleuropäischem und angloamerikanischem Recht bezüglich der generellen Verfügbarkeit des Erfüllungsanspruchs. Während der Erfüllungsanspruch im kontinentaleuropäischen Recht gewissermaßen als das »Rückgrat der Obligation«¹⁸ erscheint, stellt er im angloamerikanischen Recht grundsätzlich die Ausnahme dar¹⁹. In der Praxis allerdings sind die Unterschiede geringer als zu erwarten, vor allem auch weil in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises der nach materiellem Recht generell bestehende

- 2 So hinsichtlich CISG und European Principles (im Folgenden PECL) *Sonnenberger*, FS Medicus, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, 621, 628, 631. Betreffend UNIDROIT-Principles (im Folgenden UP) *P. Huber*, FS Henrich, Bielefeld 2000, 297, 306.
- 3 Artt. 45 Abs. 1, 61 Abs. 1 CISG; vgl. *Schlechtriem*, in: Galston/Smit (Hrsg.), International Sales, New York 1984, 6-19 f.; *Ziegler*, Leistungsstörungen nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden 1995, 38 ff.
- 4 Art. 7.1.1 UP.
- 5 Art. 8:101 Abs. 1 PECL; dazu *Lando*, Performance and Remedies in the Law of Contracts, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Vranken (Hrsg.), Towards a European Civil Code, Dordrecht/Boston/London 1994, 201, 217 f.
- 6 Vgl. Artt. 115, 162 Gandolfi-E, bei dem es sich um den Vorentwurf zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler unter der Koordination von *Giuseppe Gandolfi* handelt, erschienen als Code Européen des Contrats, Mailand 2001.
- 7 Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992 (zit. Abschlussbericht), 128 ff.
- 8 Ausführlich hierzu Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040 (zit. Begründung RegE), 303 ff.; vgl. ferner *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217, 221 f.; vgl. auch *ders.*, IHR 2001, 12, 16; *Rolland*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln etc. 2000, 15 ff.; *Anders*, ZIP 2001, 184, 188; *Hänlein*, BB 2001, 852, 853.
- 9 *U. Huber*, ZIP 2000, 2273, 2276, 2278; *Altmeyden*, DB 2001, 1131; *Schapp*, JZ 2001, 583, 585; *Westermann*, JZ 2001, 530, 536; *Wieser*, NJW 2001, 121, 124.
- 10 *Stoll*, JZ 2001, 589, 593 ff.; *Wetzel*, ZRP 2001, 117, 121; *U. Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, 49, 99 ff.; wohl auch *Zimmermann*, JZ 2001, 171, 180; zumindest für die Beibehaltung spezieller Schuldnerverzugsregeln *Ernst*, ZRP 2001, 1, 11.
- 11 *U. Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 10), 142; *ders.*, 50 Jahre BGH, München 2000, 251, 273; *ders.*, ZIP 2000, 2137, 2140 ff. sowie ZIP 2000, 2273, 2280; *Canaris*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, 43, 44; *ders.*, JZ 2001, 499, 505 und ZRP 2001, 329, 330 insofern nicht mehr, als die Unmöglichkeit in § 275 RegE hinsichtlich der Befreiung von der primären Leistungspflicht wieder als eigenständiger Tatbestand formuliert worden ist; *Honsell*, JZ 2001, 18, 19; *Dauner-Lieb*, JZ 2001, 8, 12 f., insb. Fn. 37; *Schapp*, JZ 2001, 583, 587; *Wilhelm/Deeg*, JZ 2001, 223, 224 ff.; *Brüggeheimer/Reich*, BB 2001, 213, 216.
- 12 Vgl. §§ 281-283, 323-326 BGB n.F.

- 13 *St. Lorenz*, JZ 2001, 742.
- 14 Artt. 7.1.1-7.1.7 UP; Artt. 8:101-8:109 PECL.
- 15 Artt. 7.2.1-7.4.13 UP; Artt. 9:101-9:510 PECL.
- 16 Siehe auch *Dauner-Lieb*, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 10), 305, 310 ff.; insb. bezüglich des Verhältnisses von Verzugsstatbestand und Schadenersatz- bzw. Rücktrittsberechtigung *Ernst/Gsell*, ZIP 2001, 1389, 1392 f.
- 17 Teilw. krit. hinsichtlich der Systematik auch *Sonnenberger*, RIW 2001, 409 ff., insb. 412 ff.
- 18 *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Berlin/Leipzig 1936, 375; vgl. auch *von Caemmerer*, AcP 178 (1978), 121, 129; kürzlich *Stoll*, JZ 2001, 589, 590.
- 19 Zum englischen Recht siehe *Chitty on Contracts*, Bd. 1, 28. Aufl., London 1999, 27-001; *Hanbury & Martin*, Modern Equity, 15. Aufl., London 1997, 30; *Geoffrey*, Law of Obligations and Legal Remedies, 2. Aufl., London 2001, 113; *Atiyah/Adams*, The Sale of Goods, 10. Aufl., London 2001, 501; *Atiyah* (Fn. 1), 424, 439; *Waddams*, in: Beatson/Friedman (Hrsg.), Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford 1995, 471; *CN Marine Inc. v. Stena Line* [1982] 2 Lloyd's Rep. 336. Zum amerikanischen Recht *Farnsworth* (Fn. 1), § 12.4; § 2-716 Abs. 1 UCC erlaubt nur ausnahmsweise Naturalerfüllung: » *Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.*« Im Annual Meeting Draft der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws vom 10. August 2001 ist allerdings der Zusatz »[i]n addition, in a contract other than a consumer contract, specific performance may be decreed if the parties have agreed to that remedy. However, even if the parties agree to specific performance, specific performance may not be decreed if the breaching party's sole remaining contractual obligation is the payment of money« in § 2-716 Abs. 1 UCC aufgenommen worden.

Erfüllungsanspruch durch das Zwangsvollstreckungsrecht teilweise relativiert wird²⁰.

Im CISG war es bekanntlich noch nicht möglich, die dogmatische Kluft zwischen den Rechtskreisen durch eine einheitliche Regelung des Erfüllungsanspruchs zu überbrücken. Im Wege eines Kompromisses²¹ einigte man sich auf Art. 28 CISG, der entsprechend kontinentaleuropäischer Tradition von der generellen Verfügbarkeit des Erfüllungsanspruchs ausgeht. Ein Gericht in einem dem angloamerikanischen Rechtskreis angehörenden Staat braucht einer Erfüllungsklage aber nur stattzugeben, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht täte.

UNIDROIT- und European Principles haben erstmals den Versuch unternommen, die unterschiedlichen Ansätze im Bereich des Erfüllungsanspruchs auf einen einheitlichen Nenner zurückzuführen. Auch sie gehen zwar entsprechend kontinentaleuropäischem Verständnis von der grundsätzlichen Möglichkeit des Erfüllungsanspruchs aus, schließen diesen jedoch in bestimmten Fällen aus, und zwar vereinfacht gesagt insbesondere bei Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit für den Schuldner, höchstpersönlichen Leistungen und – in der Praxis am bedeutsamsten – wann immer sich der Gläubiger die Leistung im Wege eines Deckungsgeschäftes anderweitig besorgen kann²².

Eine generelle Infragestellung des Erfüllungsanspruches wurde im Rahmen der deutschen Schuldrechtsreform gar nicht diskutiert. Immerhin wollte die Schuldrechtsreformkommission ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht vorsehen, soweit die Leistung nicht mit den nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses zu prästierenden Anstrengungen zu erbringen ist²³. Demgegenüber rückt der Regierungsentwurf die Unmöglichkeit wieder in den Vordergrund²⁴: *Ipso iure* entfällt der Erfüllungsanspruch bei objektiver und

subjektiver Unmöglichkeit²⁵; die früher häufig sogenannte wirtschaftliche oder sittliche Unmöglichkeit erfährt eine richterlicher Auslegung kaum mehr bedürftige Detailregelung und gibt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht²⁶, das freilich kaum abgegrenzt werden kann von der Bestimmung zur Anpassung des Vertrages wegen Störung der Geschäftsgrundlage²⁷.

Gegenüber dem Gandolfi-Entwurf erscheint die BGB-Neuregelung allerdings noch richtig modern und international. Der Gandolfi-Entwurf²⁸ will den Erfüllungsanspruch allein bei objektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen sehen; die Bedeutung des Erfüllungsanspruchs wird zudem durch Aufzählung einzelner Modalitäten noch unterstrichen²⁹. Schließlich soll das Gericht zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs sogar die Möglichkeit der Festsetzung einer *astreinte* besitzen, einer gerichtlich auferlegten Strafzahlung, die zu 70 % an den Gläubiger, zu 30 % an den Staat fallen soll³⁰. Die *astreinte* soll in einem Umfang möglich sein, wie sie selbst im französischen Recht³¹ als dem Heimatrecht der *astreinte* nicht bekannt ist³².

IV. Vertragsaufhebung

Die Frage der Vertragsaufhebung stellt eines der Grundprobleme der Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen dar, läuft Vertragsaufhebung doch dem Prinzip *pacta sunt servanda* zuwider³³.

1. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung

In beispielhaft klarer und sachgerechter Art und Weise hat das CISG die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung geregelt: Sie kann verlangt werden, wenn die Pflichtverletzung einen »wesentlichen Vertragsbruch« darstellt³⁴. Für bestimmte Fälle der Vertragsverletzung kann der Gläubiger durch Nach-

20 §§ 887 Abs. 1, 888 ZPO; vgl. Rütten, FS Gernhuber, Tübingen 1993, 939, 956 f.

21 Vgl. Secretariat Commentary, Art. 26, sowie Diplomatic Conference, A/CONF.97/C.1/L.113, L.117, in: Honnold (Hrsg.), Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Deventer/Niederlande 1989; der Kompromiss war bereits im Entwurf von 1935 (Art. 23 Abs. 1) sowie in Art. 16 EKG enthalten, siehe Schlechtriem/Huber, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000, Art. 28 Rn. 5 Fn. 12; Staudinger/Magnus, Kommentar zum Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 13. Bearb., Berlin 1994, Art. 28 Rn. 3 f.

22 Vgl. Art. 7.2.2 UP; Art. 9:102 PECL; für Geldleistungen vgl. Art. 7.2.1 UP, Art. 9:101 PECL. Insgesamt zum Verhältnis zwischen Erfüllungsanspruch und Schadenersatzanspruch Schwenger, EJLR 1998/99, 289 ff.; Drobnig, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln etc. 2000, 49, 53 ff.; Hartkamp, (1994) ERPL 2, 341, 353 ff.

23 Vgl. § 275 BGB-KE und dazu Schlechtriem, IHR 2001, 12, 17; Wieser, NJW 2001, 121 f.

24 Zur Begründung der Wiederanknüpfung an den Begriff der Unmöglichkeit siehe Teichmann, BB 2001, 1485, 1486 ff.; Geiger, JZ 2001, 473, 474. Gegen die Anerkennung einer Sonderrolle der Unmöglichkeit ausführlich Schlechtriem, IHR 2001, 12, 16 f. unter Abstützung auf den *impediment*-Begriff in CISG, UP und PECL; vgl. auch Grunewald, JZ 2001, 433, 434 f.; Jordan/Lehmann, JZ 2001, 952, 961 Fn. 95; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1790; die Wiedereinführung der Kategorie der Unmöglichkeit begründend Dauner-Lieb/

Arnold/Dötsch/Kitz, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/brah> (10.11.2001), 25.

25 § 275 Abs. 1 BGB n.F.

26 § 275 Abs. 2 und 3 BGB n.F.

27 § 313 BGB n.F. Dies begründend Canaris, JZ 2001, 499, 501; krit. hingegen Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz (Fn. 24), 26 f., 59.

28 Art. 111 Abs. 1 Gandolfi-E.

29 Art. 111 Abs. 2 Gandolfi-E.

30 Art. 111 Abs. 3 Gandolfi-E.

31 Art. 5 ff. der L. 72/626 vom 6.7.1972; vgl. Malaurie/Aynès, Cours de Droit Civil, Bd. 4, 8. Aufl., Paris 1998, Rn. 736 ff.

32 Die UNIDROIT-Principles enthalten eine ähnliche Regel in Art. 7.2.4; zur Kritik hieran vgl. Schwenger, EJLR 1998/99, 289, 302 f.

33 Ausführlich Huber, 50 Jahre BGH, München 2000, 251, 275 ff.

34 Artt. 49 Abs. 1 lit. a), 64 Abs. 1 lit. a) CISG.

fristsetzung eine Klärung darüber herbeiführen, ob die ursprüngliche Vertragsverletzung wesentlich ist; mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist kann der Vertrag auf jeden Fall aufgehoben werden.

Diesem System haben sich die UNIDROIT- und die European Principles im Wesentlichen angeschlossen³⁵. Kleinere Unterschiede ergeben sich vor allem beim Nachfrist-Modell. Das CISG sieht dieses Nachfrist-Modell nur bei Ausbleiben der Lieferung oder der Kaufpreiszahlung bzw. Abnahme der Ware vor³⁶. Demgegenüber erlauben sowohl die UNIDROIT- als auch die European Principles die Nachfristsetzung bei Verspätung in der Erfüllung jedweder Vertragspflicht³⁷, d.h. auch in den Fällen der sog. Schlechterfüllung oder bei Nichterfüllung sog. Nebenpflichten. Nur die UNIDROIT-Principles³⁸ machen eine Ausnahme von der Möglichkeit der Vertragsaufhebung nach erfolglos verstrichener Nachfrist, wenn die Pflicht, die nicht erfüllt wurde, von lediglich minderer Bedeutung war. Auf diese Problematik wird sogleich zurückzukommen sein.

Von besonderem Interesse ist nun freilich, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag ohne Nachfristsetzung aufgehoben werden kann, d.h. wie die Wesentlichkeit definiert wird³⁹. Das CISG⁴⁰ stellt allein auf das Interesse des betroffenen Gläubigers ab, d.h. eine Vertragsverletzung ist dann wesentlich, wenn dem Gläubiger im Wesentlichen das entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, und der Schuldner dies voraussehen konnte⁴¹. Auch die UNIDROIT- und die European Principles enthalten diese Regelung, allerdings nur als einen Fall unter mehreren. Die UNIDROIT-Principles⁴² nennen neben dem Interessewegfall weitere Gesichtspunkte, die es bei der Bestimmung der Wesentlichkeit zu berücksichtigen gilt: Nämlich ob nach dem Vertrag die genaue Einhaltung der jeweiligen Vertragspflicht von entscheidender Wichtigkeit war, ob die Vertragsverletzung absichtlich oder grobfahrlässig erfolgte, ob sie das Vertrauen des Gläubigers in die künftige Erfüllung erschüttert hat und ob die andere Partei durch die Aufhebung des Vertrages einen unverhältnismäßigen Verlust erleiden würde. Auch die European Principles⁴³ stellen – sogar primär – auf die Bedeutung der verletzten Pflicht nach dem jeweiligen Vertrag ab; sie kombinieren den vorsätzlichen Vertragsbruch mit

dem Wegfall des Vertrauens. Trotz aller Unterschiede im Detail wird man bei den meisten Fällen mit allen drei Regelwerken zu ganz ähnlichen Ergebnissen gelangen⁴⁴. Streiten mag man, ob dem Verschuldensprinzip, auch wenn es wie bei den UNIDROIT-Principles auf Fälle krassen Verschuldens oder wie bei den European Principles gar auf Vorsatz beschränkt bleibt, überhaupt ein legitimer Platz im Rahmen der Rechtsbehelfe und insbesondere der Vertragsaufhebung zukommen darf.

Im Vergleich zu diesen drei Regelwerken erscheinen der Gandolffi-Entwurf und erst recht die deutsche Schuldrechtsreform ungleich komplizierter. Bei beiden spielt zwar ebenfalls das Wesentlichkeitsprinzip für die Vertragsaufhebung eine Rolle, sie enthalten jedoch subtile Differenzierungen, die die Praxis vor größte Probleme stellen dürfte.

Der Gandolffi-Entwurf sieht die Vertragsaufhebung in zwei Fällen vor: Einmal wenn bei einer wesentlichen Vertragsverletzung der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist von mindestens 15 Tagen gesetzt hat und diese nutzlos verstrichen ist⁴⁵; hier müssen also Wesentlichkeit und Nachfrist kumulativ gegeben sein. Dabei soll eine wesentliche Vertragsverletzung nur bei Verletzung von Hauptpflichten, nicht aber von Nebenpflichten angenommen werden können⁴⁶, wobei die Abgrenzung von Haupt- und Nebenpflichten wiederum im Hinblick auf die Bedeutung der jeweiligen Pflichten und das Interesse des Gläubigers erfolgen soll⁴⁷. Der zweite eine Vertragsaufhebung rechtfertigende Fall soll vorliegen, wenn nach den Vertragsbedingungen die Erfüllung einer bestimmten Pflicht eine solche Bedeutung haben soll, daß der Vertrag damit steht und fällt⁴⁸. Gedacht ist dabei wohl vor allem an das Fixgeschäft.

Auch die deutsche Schuldrechtsreform verzichtet nunmehr auf das international fast einzigartige Erfordernis des Verschuldens⁴⁹ und geht prinzipiell vom Nachfristmodell aus, d.h. Vertragsaufhebung setzt den Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Nachfrist voraus⁵⁰. Die Fristsetzung ist jedoch in bestimmten vom Gesetz umschriebenen Fällen entbehrlich⁵¹, in denen in der Sache eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt; der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung wird allerdings nicht als Anknüpfungspunkt für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung genannt. Damit wird das Verhältnis zwischen Wesentlichkeitsprinzip und Nachfristmodell, wie es im CISG verankert ist,

35 Art. 7.3.1 Abs. 1 UP, Art. 9:301 Abs. 1 PECL.

36 Art. 49 Abs. 1 lit. b), Art. 64 Abs. 1 lit. b) CISG.

37 Art. 7.1.5 Abs. 3 UP, Art. 8:106 Abs. 3 PECL. Dazu *Hartkamp*, (1994) ERPL 2, 341, 351, insb. Fn. 25.

38 Art. 7.1.5 Abs. 4 UP.

39 Vgl. *Schlechtriem*, EJLR 1998/99, 305, 308.

40 Art. 25 CISG.

41 Vgl. dazu *Schlechtriem*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, 159, 164; *Lurjer*, IHR 2001, 91; *Staudinger/Magnus*, Art. 25 CISG Rn. 9 m.w.N.

42 Art. 7.3.1 Abs. 2 UP.

43 Art. 8:103 PECL.

44 So auch *Schlechtriem*, in: Basedow (Fn. 41), 168; *Drobnig*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Fn. 8), 56 ff., insb. 59.

45 Art. 114 Abs. 1 Gandolffi-E.

46 Art. 107 Abs. 1 Gandolffi-E.

47 Art. 107 Abs. 3 Gandolffi-E.

48 Art. 114 Abs. 2 Gandolffi-E.

49 Krit. noch zum alten BGB kürzlich *Schlechtriem*, *RabelsZ* 65 (2001), 150, 156.

50 § 323 Abs. 1 BGB n.F. Ausführlich dazu *Däubler-Gmelin*, *NJW* 2001, 2281, 2286 f.; *Schmidt-Räntsch*, *ZIP* 2000, 1639, 1641.

51 § 323 Abs. 2 BGB n.F.

gerade umgekehrt. Bei nicht vertragsgemäßer Leistung, d.h. bei Schlechtleistung oder Zuweniglieferung⁵², ist Vertragsaufhebung auch nach erfolglos verstrichener Nachfrist dann nicht möglich, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist⁵³. Was freilich mit einer unerheblichen Pflichtverletzung gemeint ist, bleibt offen; man wird »unerheblich« sicher nicht mit »nicht wesentlich« gleichsetzen dürfen⁵⁴. Dies bedeutet, daß z.B. der Käufer oder Werkbesteller auch dann grundsätzlich vom Vertrag zurücktreten kann, wenn er die Ware trotz ihres Mangels ohne weiteres – wenn auch mit einer gewissen Gewinneinbuße – weiter verwenden kann, m.a.W. wenn seinem Interesse an korrekter Vertragserfüllung durch Schadenersatz oder Minderung vollauf Genüge getan wäre. Jedenfalls im gewerblichen Verkehr erscheint dies aus wirtschaftlicher Sicht als höchst problematisch⁵⁵, allenfalls bei Verbrauchergeschäften mag dies angemessen sein⁵⁶.

Das eben dargestellte Modell gilt allerdings nur für die Spät- und Schlechterfüllung von Hauptpflichten. Sonderbestimmungen sieht das neue BGB nämlich nach wie vor für die Unmöglichkeit, bei der nicht nur die Nachfristsetzung entbehrlich ist, sondern der Vertrag grundsätzlich *ipso iure* aufgehoben wird⁵⁷. Auch die Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht erfährt eine Sonderbehandlung⁵⁸; sie berechtigt nur dann zur Vertragsaufhebung, wenn sie wesentlich ist und dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Alles in allem kennt damit das neue BGB – den antizipierten Vertragsbruch⁵⁹ und die teilweise Leistungsstörung⁶⁰ nicht mit eingerechnet – vier oftmals nur diffizil voneinander abzugrenzende Modelle für die Vertragsaufhebung. Hinzu treten die Bestimmungen⁶¹, nach denen der Gläubiger Schadenersatz statt der Leistung, also die Kombination von Vertrags-

aufhebung und Schadenersatz verlangen kann. Die Voraussetzungen in diesen Bestimmungen entsprechen zwar weitgehend den Regeln zur Vertragsaufhebung, aber eben leider nur weitgehend. Die subtilen Unterschiede⁶² werden deutschen Dogmatikern noch viel Diskussionsstoff bieten⁶³.

2. Mechanismus der Vertragsaufhebung

Unterschiede weisen die verschiedenen Regelwerke auch im Hinblick auf den Mechanismus der Vertragsaufhebung auf. Hier stehen ebenfalls eine Reihe von Modellen zur Verfügung, nämlich die Aufhebung durch (Gestaltungs-) Erklärung seitens des Gläubigers⁶⁴, die *ipso facto-avoidance*⁶⁵, die gerichtliche Vertragsaufhebung – bekannt vor allem aus dem französischen Recht⁶⁶ – und schließlich die besonderen Wandlungstheorien im deutschen Recht⁶⁷. Wiederum wählen CISG⁶⁸ und UNIDROIT-Principles⁶⁹ den einfachsten und klarsten Weg: Unabhängig von der Art der Vertragsverletzung erfolgt die Vertragsaufhebung immer durch eine entsprechende Gestaltungserklärung seitens des Gläubigers⁷⁰. Die Gefahr, daß der Gläubiger mit der Aufhebungserklärung zuwartet, um so auf Kosten des Schuldners zu spekulieren⁷¹, wird dadurch abgefedert, daß die Vertragsaufhebung innerhalb einer vernünftigen Frist nach Kenntnis bzw. Kennenmüssen der Vertragsverletzung erklärt werden muß⁷². Auch der Gandolfini-Entwurf geht prinzipiell von der Vertragsaufhebung durch Gestaltungserklärung aus⁷³. Allerdings muß beim Regelfall der Nachfristsetzung der Gläubiger die Aufhebungserklärung bereits im Zeitpunkt der Fristsetzung abgeben; der vor allem aus dem deutschen Rechtskreis

52 Vgl. § 434 Abs. 3 BGB n.F.

53 § 323 Abs. 5 BGB n.F.

54 Vgl. auch § 281 Abs. 1 BGB n.F., der Schadenersatz statt der Leistung generell nach Ablauf der Nachfrist zuläßt; nach der Begründung RegE ist Wesentlichkeit nicht erforderlich, BT-Drs. 14/6040, 323.

55 Siehe auch *Schlechtriem*, in: 50 Jahre BGH, München 2000, 407, 422; *Gsell*, JZ 2001, 65, 68 ff.

56 So auch *Busch/Hondius*, ZEuP 2001, 223, 245 in ihrer Gegenüberstellung von Art. 8:103 PECL und Art. 6:265 Abs. 1 NBW. Die Unterscheidung zwischen *consumer* und *non-consumer contracts* trifft auch sec. 15A des englischen Sale of Goods Act 1979 (eingeführt durch den Sale and Supply of Goods Act 1994), wonach dem *non-consumer*-Käufer kein Recht auf Vertragsaufhebung zusteht, sofern die Vertragsverletzung so leicht wiegt, dass es unvernünftig wäre, die Ware zurückzuweisen.

57 § 326 Abs. 1 BGB n.F.

58 § 324 BGB n.F. Insofern finde eine Anknüpfung an die Rechtsprechung zum Rücktritt vom Vertrag nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung als Folge der Verletzung von Nebenpflichten statt, *Rolland*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Fn. 8), 21; *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz* (Fn. 24), 65.

59 § 323 Abs. 4 BGB n.F.; zu den bisherigen Rechtsfolgen bei antizipiertem Vertragsbruch *Gernhuber*, FS Medicus, Köln etc. 1999, 145, 147 ff., 155 ff.

60 § 323 Abs. 5 S. 1 BGB n.F.

61 §§ 281-283 BGB n.F.

62 Vgl. vor allem §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 und 3 BGB n.F.

63 Ähnlich *Stoll*, JZ 2001, 589, 594; *Westermann*, JZ 2001, 530, 538; *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 1572, 1576; *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 387.

64 Zum deutschen Rücktrittsrecht § 349 BGB und dazu *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, Tübingen 2000, 69; im schweizerischen Recht Art. 107 Abs. 2, 109 OR, vgl. *Wiegand*, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 107 Rn. 20; zum englischen Recht *Beatson*, Anson's Law of Contract, 27. Aufl., Oxford 1998, 248.

65 So noch das EKG, vgl. Art. 25 S. 2 EKG; zu deren Verwerfung im Vorfeld des CISG vgl. *von Caemmerer*, FS Coing, München 1982, 33, 36 f.; *Honnold*, Uniform Law for International Sales, 3. Aufl., Den Haag 1999, 187.1.

66 Vgl. Art. 1184 Cc im Allgemeinen, Art. 1610 Cc im Kaufrecht. Siehe auch *Malaurie/Aynès* (Fn. 31), Rn. 736 ff.; *Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, 4. Aufl., Paris 1998, Rn. 244.

67 Vgl. dazu Abschlussbericht, 215; vgl. auch *Dawson*, FS Zweigert, Tübingen 1981, 417, 422 ff.

68 Art. 49 Abs. 1, 64 Abs. 1 CISG.

69 Art. 7.3.2 Abs. 1 UP.

70 Vgl. zum CISG *Schlechtriem*, in: Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Boston/Den Haag/London 1995, 95, 103.

71 Vgl. *Schlechtriem*, EJLR 1998/99, 305, 316 f.

72 Vgl. Art. 7.3.2 Abs. 2 UP; zum CISG vgl. *Schlechtriem*, EJLR 1998/99, 305, 317.

73 Art. 114 Abs. 1 und 2 Gandolfini-E.

stammende Grundsatz, daß ein sogenanntes *ius variandi* nicht möglich sei, wird hier besonders rigoros vertreten⁷⁴.

Die European Principles⁷⁵ und der deutsche Reformgesetzgeber⁷⁶ wollten nicht ganz soweit gehen wie die vorgenannten internationalen Regelwerke. Zwar steht auch hier die Vertragsaufhebung durch Gestaltungserklärung im Vordergrund⁷⁷. Der Vertrag wird jedoch *ipso iure* aufgehoben, wenn der Schuldner aufgrund eines dauernden Leistungshindernisses, für das er nicht einzustehen hat, von seiner Leistungspflicht befreit ist⁷⁸.

3. Rückabwicklungsmodelle

Hier bestehen international betrachtet wohl die größten Unterschiede und Unsicherheiten⁷⁹. Einigkeit besteht allein im Ausgangspunkt: Aufgrund der Vertragsaufhebung erlöschen die ursprünglichen Leistungspflichten, bereits Geleistetes ist zurückzuerstatten; sind beide Parteien zur Rückleistung verpflichtet, so ist Zug-um-Zug zu leisten⁸⁰. Uneinigkeit besteht aber schon in der Frage, ob die Vertragsaufhebung übergegangenes Eigentum zurückfallen läßt oder nicht⁸¹. Die Hauptschwierigkeiten beginnen gar, wenn Empfangenes nicht mehr zurückgegeben werden kann⁸². Soll Vertragsaufhebung auch unter diesen Umständen möglich sein? Besteht eine Schadenersatz- oder Wertersatzpflicht? Mit anderen Worten: Welche Partei trägt die Gefahr im Rahmen der Rückabwicklung?

Das CISG⁸³ entspricht noch – wie das BGB in seiner ehemaligen Fassung – altem römischem Erbe: Beschädigung oder Untergang der Ware vor Aufhebung wirken grundsätzlich als Rücktrittssperre, Untergang nach Aufhebung wird unter Haftungsgesichtspunkten behandelt⁸⁴. Die moderne Lösung, der alle anderen Regelwerke inkl. der deutschen Schuldrechtsreform folgen, ist

demgegenüber die Wertersatzlösung, d.h. die Frage der Rückgewährmöglichkeit entscheidet nicht über die Aufhebbarkeit als solche, sondern wird insgesamt als Haftungsproblem gesehen⁸⁵. Allein diese Lösung erscheint sachgerecht, will es doch kaum einleuchten, daß die Rechtsfolgen davon abhängig sein sollen, ob Untergang oder Verschlechterung des Empfangenen kurz vor oder nach der Vertragsaufhebungserklärung eingetreten sind⁸⁶.

In der Ausgestaltung der Wertersatzlösung unterscheiden sich nun allerdings die Regelwerke wiederum grundlegend. European, UNIDROIT-Principles und Gandolphi-Entwurf ordnen Wertersatz an, ohne nach dem jeweiligen Grund der Vertragsaufhebung, d.h. nach Risikosphären, zu unterscheiden. Die Partei, die eine Sachleistung zurückzugeben hat, trägt damit grundsätzlich auch die Gefahr. Allenfalls dadurch, daß die jeweiligen Bestimmungen dem Gericht mit Begriffen wie »appropriate allowance . . . whenever reasonable«⁸⁷, »reasonable amount«⁸⁸ oder »une somme . . . raisonnablement équivalente«⁸⁹, »une rémunération équitable«⁹⁰ ein weites Ermessen einräumen, können hier differenzierende sachgemessene Ergebnisse erzielt werden⁹¹. Im Übrigen kann man nur versuchen, über die Schadenersatzhaftung der vertragsbrüchigen Partei korrigierend einzugreifen⁹².

Ein ausgefeiltes Rückabwicklungsmodell sieht demgegenüber die deutsche Schuldrechtsreform in Übernahme der Vorschläge der Schuldrechtsreformkommission vor⁹³. Auch nach der deutschen Regelung ist grundsätzlich bei Unmöglichkeit der Rückgewähr Wert- oder Schadenersatz zu leisten⁹⁴. Dies gilt in Abweichung von der Wertung des alten BGB (§ 350 BGB a.F.) und des CISG (Art. 82 Abs. 2 lit. a) CISG) grundsätzlich auch, wenn der Untergang auf Zufall beruht. Wertersatz ist jedoch nicht geschuldet, d.h. die Gefahr springt auf den Verkäufer oder Werkunternehmer zurück, wenn die Sache trotz Anwendung der *diligentia quam in suis*⁹⁵ beim zum gesetzlichen Rücktritt Berechtigten untergegangen ist, sowie wenn sich der Mangel erst bei Verarbeitung gezeigt hat oder vom Gläubiger des Rückgewährenspruchs zu ver-

74 Krit. zu diesem Prinzip *Schlechtriem*, EJLR 1998/99, 305, 317.

75 Vgl. Art. 9:303 Abs. 1-3 PECL.

76 Vgl. § 323 Abs. 1 BGB n.F.

77 Zu § 323 BGB DiskE (= § 323 BGB n.F.) *Schlechtriem*, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 10), 205, 220 f.; zum Rücktritt im Rücktritt im Kaufrecht *Weisner*, JuS 2001, 759, 761.

78 Vgl. Art. 9:303 Abs. 4 PECL; § 326 Abs. 1 S. 1, 1. HS BGB n.F.

79 Vgl. schon *Dölle/Leser*, EKG, Vor Art. 78-81 Rn. 39; kürzlich *Schlechtriem*, ZSR (1999) I, 335, 353; *ders.*, in Basedow (Hrsg.) (Fn. 41), 159, 160, 172.

80 Vgl. Art. 81 CISG; Artt. 9:305 Abs. 1, 9:307 ff. PECL; Artt. 7.3.5 f. UP; Artt. 115, 160 Gandolphi-E; § 346 Abs. 1 BGB n.F.

81 Vgl. *Hornung* Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Baden-Baden 1998, 50 f., 82 f., 109 ff. Verschärft wird die Frage nach der dinglichen Wirkung der Vertragsaufhebung dadurch, dass CISG, PECL und UP sie den nationalen Rechtsordnungen vorbehalten, Art. 4 lit. b) CISG; *Lando/Beale*, Art. 9:308 PECL Anm. B; UNIDROIT Principles Art. 7.3.6. Anm. 5.

82 *Dawson*, FS Zweigert, Tübingen 1981, 417, 419 f., 424 ff.; ausführlich *Hornung* (Fn. 81), 121 ff.

83 Art. 82 Abs. 1 CISG.

84 Vgl. *Schlechtriem/Leser/Hornung* (Fn. 21), Art. 82 Rn. 6.

85 Vgl. Art. 7.3.6. Abs. 1 S. 2 UP; Art. 9:309 PECL; Art. 160 Abs. 3-7 Gandolphi-E; § 346 Abs. 2-4 BGB n.F.

86 Vgl. bereits Abschlußbericht, 185; vgl. auch Begründung RegE, 452, sowie *Schlechtriem*, in: Basedow (Fn. 41), 169.

87 Art. 7.3.6 Abs. 1 S. 2 UP.

88 Art. 9:309 PECL.

89 Art. 160 Abs. 3 Gandolphi-E.

90 Art. 160 Abs. 7 Gandolphi-E.

91 Vgl. auch *Schlechtriem*, EJLR 1998/99, 305, 320 f.; *ders.*, ZEuP 1993, 217, 242.

92 So ausdrücklich *Hornung* (Fn. 81), 159.

93 § 346 BGB n.F. Einen wesentlichen Anstoß zu dieser Regelung des BGB n.F. gab der vielbeachtete Aufsatz von *Caemmerers*, »mortuus redhibetur«, FS Larenz, München 1973, 621 ff., der unter Berufung auf *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs II, Berlin 1958, 246 ff. hinsichtlich der Vertragsaufhebungsvoraussetzungen nach vier Fallgruppen differenziert (627 ff.).

94 § 346 Abs. 2, 4 BGB n.F. Krit. *Wetzel*, ZRP 2001, 117, 123 f.

95 § 277 BGB.

treten ist⁹⁶. Detailliert äußert sich die deutsche Schuldrechtsreform auch zur Frage der Nutzungen und Verwendungen bei Rückabwicklung⁹⁷, während die anderen Regelwerke keine⁹⁸ oder allenfalls rudimentäre⁹⁹ Bestimmungen zu diesen Fragen enthalten. Insgesamt erscheint in diesem international noch lange nicht konsolidierten Bereich das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durchaus geeignet, als Diskussionsgrundlage für die europäische Rechtsvereinheitlichung zu dienen¹⁰⁰.

V. Störungen der Geschäftsgrundlage

Während das CISG eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Befreiung (Art. 79 CISG) behandelt wissen will¹⁰¹ und damit lediglich eine Alles-oder-Nichts-Lösung kennt, sehen sämtliche neueren Regelwerke eigenständige Bestimmungen zu dieser im deutschen Recht sogenannten Störung der Geschäftsgrundlage vor.

Einigkeit besteht im Hinblick auf die Rechtsfolge: Primär kann die beschwerte Partei eine Anpassung des Vertrages verlangen¹⁰²; die Auflösung des Vertrages soll erst als *ultima ratio* in Betracht kommen. Bezüglich der Voraussetzungen differieren die einzelnen Regelungen: Die UNIDROIT-Principles¹⁰³ und das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz¹⁰⁴ erfassen sowohl den Fall des Wegfalls als auch des ursprünglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage; demgegenüber regeln die European Principles¹⁰⁵ nur den nachträglichen Wegfall, ursprüngliche Fehlvorstellungen der Parteien müssen

96 § 346 Abs. 3 BGB n.F. Krit. dazu *Honsell*, JZ 2001, 278, 281, der einen Ausschluss des Rücktrittsrechts bereits bei Vorliegen blosser Fahrlässigkeit des Rücktrittsberechtigten fordert. Ähnlich *Kohler*, JZ 2001, 325, 331 ff.; *Kaiser*, JZ 2001, 1057, 1063; *St. Lorenz*, Beitrag zum Münsteraner Symposium »Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht« am 22.01.2001 (Manuskript, unter <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm> (20.06.2001)), 14 f. bzgl. des gesetzlichen Rücktrittsrechts (§ 346 Abs. 3 BGB n.F.).

97 § 347 BGB n.F.

98 So die UP und die PECL.

99 Art. 160 Abs. 5 Gandolfi-E.

100 Ähnlich *Schlechtriem*, in: Basedow (Fn. 41), 169, 176 f.; grunds. zustimmend mit punktueller Kritik auch *Kaiser*, JZ 2001, 1057, 1059.

101 Vgl. *Schlechtriem/Schlechtriem* (Fn. 21), Art. 28 CISG Rn. 28; *Schlechtriem/Stoll* (Fn. 21), Art. 79 CISG Rn. 39; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 1996, Rn. 291; *Staudinger/Magnus*, Art. 79 CISG Rn. 24; *Nicholas*, in: Galston/Smit (Fn. 3), 5-7; *Kranz*, Die Schadenersatzpflicht nach den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen und dem Wiener UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M. etc. 1989, 195.

102 Art. 6.2.3 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b) UP; Art. 6:111 Abs. 2 und 3 lit. b) PECL; Art. 157 Abs. 1 Gandolfi-E.; § 313 Abs. 1 BGB n.F.

103 Art. 6.2.2 lit. a) UP.

104 § 313 Abs. 2 BGB n.F.

105 Art. 6:111 Abs. 2 lit. a) PECL. Vgl. auch *Hesselink*, Global Jurist Frontiers, 1 [2001], 1, 58 f.

hier über die Irrtumsanfechtung¹⁰⁶ korrigiert werden. Unterschiedlich wird sodann die Frage beurteilt, ob eine Anpassung des Vertrages auch verlangt werden kann, wenn die Parteien die Änderung der Verhältnisse hätten voraussehen können¹⁰⁷. Diese Unterschiede spiegeln wider, daß die rechtsvergleichende Diskussion in diesem Bereich noch relativ jung ist.

VI. Schadenersatz

Schließlich sollen noch kurz die Voraussetzungen des Schadenersatzes erwähnt werden. Vom dogmatischen Ausgangspunkt her betrachtet liegen auch hier Welten zwischen dem kontinentaleuropäischen und dem anglo amerikanischen Recht. Das kontinentaleuropäische Recht sieht sich dem Verschuldensprinzip verpflichtet¹⁰⁸; das anglo amerikanische Recht geht vom Schadenersatz als Regelrechtsbehelf bei jeder Vertragsverletzung aus¹⁰⁹. Ob freilich die Unterschiede in der Praxis so groß sind, wie es die unterschiedlichen Ausgangspunkte erwarten lassen, muß bezweifelt werden¹¹⁰.

Die moderne Lösung verkörpern hier eindeutig CISG¹¹¹, UNIDROIT¹¹² und European Principles¹¹³. Danach führt entsprechend anglo amerikanischer Rechtsauffassung jede Vertragsverletzung zu einer Schadenersatzpflicht, es sei denn, es läge ein Hinderungsgrund außerhalb des Einflusses des Schuldners vor¹¹⁴. Demgegenüber wollten sich weder die deutsche Schuldrechtsreform¹¹⁵ noch der Gandolfi-Entwurf¹¹⁶ ganz von alt vertrautem trennen. Zum einen baut der Schadenersatz nach wie vor auf dem Verschuldensprinzip auf¹¹⁷; zum anderen spielt die Trias der Leistungsstörungen – wie bereits erwähnt – immer noch eine nicht zu unterschätzende Rolle, wenn Schadenersatz statt der Leistung verlangt wird¹¹⁸.

106 Artt. 4:103, 4:105 PECL.

107 Bejahend: § 313 BGB n.F., vgl. dazu Abschlußbericht, 150; verneinend: Art. 6:111 Abs. 2 lit. b) PECL; Art. 6.2.2 lit. b) UP; vgl. auch *Kessedjian*, Rev. crit. dr. int. priv. 1995, 641, 669.

108 Vgl. mit ausführlicher Rechtsvergleichung *Müller-Chen*, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, 322 ff., insb. 330.

109 *Treitel*, Contract (Fn. 1), 864; *Beatson* (Fn. 64), 559; *Farnsworth* (Fn. 1), § 12.8; *Müller-Chen* (Fn. 108), 336.

110 So bereits *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217, 228 f.

111 Art. 45 Abs. 1 lit. b), 61 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 79 CISG.

112 Art. 7.4.1 i.V.m. Art. 7.1.7 UP.

113 Art. 9:501 Abs. 1 i.V.m. Art. 8:108 PECL.

114 Zum CISG *Schlechtriem*, 50 Jahre BGH, München 2000, 407, 426; *ders.*, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 1996, Rn. 286; zu den PECL *Lando*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Fn. 8), 61, 74 f.; zu den UP *Drobnig*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Fn. 8), 59.

115 Vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.

116 Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-E.; vgl. Code Européen des Contrats (Fn. 6), 558 ff.

117 Abschlußbericht, 123; *Schlechtriem*, IHR 2001, 12, 15; *ders.*, ZEuP 1993, 217, 228 f.

118 Vgl. §§ 281-283 BGB n.F.; vgl. auch Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-E.

In einem Punkt sind sich alle Regelwerke¹¹⁹ in Abkehr von alten kontinental-europäischen dogmatischen Strukturen allerdings einig: Eine Kumulation der Rechtsbehelfe ist möglich, d.h. Schadenersatz kann auch dann verlangt werden, wenn der Vertrag aufgehoben wird¹²⁰.

VII. Minderung

Ein ursprünglich dem römischen Kaufrecht entstammender und allein dem kontinentaleuropäischen Recht bekannter Rechtsbehelf ist die Minderung. Im CISG fand sie erstmals internationale Anerkennung und Verbreitung¹²¹. Die European Principles und der Gandolfi-Entwurf verallgemeinern den Rechtsbehelf der Minderung und stellen ihn für alle Fälle der Leistungsstörungen zur Verfügung¹²². Im Entwurf des deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes findet sich demgegenüber die Minderung nach wie vor lediglich im Kauf- und Werkvertragsrecht¹²³.

VIII. Fazit

Betrachtet man den Ausgangspunkt des Rechts der Rechtsbehelfe in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen und die dabei deutlich werdenden historisch bedingten grundlegenden Unterschiede, so darf man als Rechtsvergleicher mit einer gewissen Befriedigung konstatieren, daß man schon heute in wichtigen Fragen – Detailfragen außer Acht gelassen – zu einer weitgehenden Annäherung und zu einem tragfähigen Konsens gelangt ist.

Dabei muß nachdrücklich betont werden, welche herausragende Rolle dem CISG als Vorreiter und Beispiel für die Rechtsangleichung und -vereinheit-

lichung zukommt. Die Qualität des CISG muß um so mehr bewundert werden, als es bekanntlich nicht weniger als 62 Staaten waren, die an der Wiener Konferenz im Jahre 1980 teilgenommen haben, und von denen nicht wenige Partikularinteressen verfolgten¹²⁴, die einer an reinen Sachfragen orientierten Regelung nicht immer förderlich waren. Das CISG ist nun freilich Frucht jahrzehntelanger Rechtsvergleichung im Bereich des Kaufrechts¹²⁵ und – wie in diesem Kreise nicht betont zu werden braucht – untrennbar mit dem Namen *Ernst Rabel* und dem Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut verbunden und damit auch mit jenem herausragenden Gelehrten, dessen Namen die Stiftung hier trägt.

Auf der Basis des CISG konnten zunächst die UNIDROIT- und dann die European Principles aufbauen¹²⁶. Die Grundstrukturen der Rechtsbehelfe haben diese Regelwerke übernommen; ich würde sagen: Diese sind nur noch in Randbereichen verbesserungsfähig. Sie haben darüber hinaus – wie gezeigt – in Gebieten wie dem Erfüllungsanspruch weitere Schritte in Richtung Rechtsvereinheitlichung gewagt. Doch nicht allein inhaltlich, sondern auch von der Regelungstechnik her überzeugen diese Regelwerke. Nicht nur sind die einzelnen Bestimmungen klar und verständlich und erschließt sich die Systematik ohne erhebliche Anstrengungen, kennzeichnend für CISG, UNIDROIT- und European Principles ist auch der Verzicht auf allzu fein verästelte Detailregelungen. Allein diese Freiheit, die den Gerichten eingeräumt wird, kann sicher stellen, daß auch eine bislang einer Rechtsordnung noch nicht oder weniger vertraute Regel auf Akzeptanz hoffen darf¹²⁷. M.E. kann deshalb kein Zweifel daran bestehen, daß ein europäisches Obligationenrecht sich diese drei Regelwerke zum Vorbild nehmen muß und wird¹²⁸.

Was die Wertungen und Schlüsselbegriffe betrifft, stimmen Gandolfi-Entwurf und deutsches Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zwar im Bereich der Rechtsbehelfe mit den modernen internationalen Entwicklungen im wesent-

119 Vgl. Art. 45 Abs. 2, 61 Abs. 2 CISG; Art. 7.3.5 Abs. 2 UP; Artt. 8:102 sowie 9:305 Abs. 1 PECL; Art. 116 Gandolfi-E; § 325 sowie §§ 281-283 BGB n.F.

120 Als Vorbild diente Art. 1184 Abs. 2 Cc (*«résolution avec dommages et intérêts»*), vgl. von *Caemmerer*, SJZ 1981, 257, 264. Vgl. auch *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Kauf, Tübingen 2000, 240; zum BGB RegE *Pick*, ZIP 2001, 1173, 1176; *H. Roth*, JZ 2001, 543, 549; krit. zur Kombination von Rücktritt und Erfüllungsinteresse *Brügge/Reich*, BB 2001, 213, 217 f.

121 Art. 50 CISG. Die Minderung war bereits in Art. 55 des Entwurfes von 1935 vorgesehen und ist trotz reichlicher Kritik über alle Stadien bis hin zur endgültigen Fassung des CISG beibehalten worden. Krit. bereits *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 339, 343: »Das Ergebnis ist eine Häufung von Behelfen, die meinem ursprünglichen Bemühen um Vereinfachung entgegenläuft; aber so ist jedem Land seine Gewohnheit verblieben.« Ausführlich zur Diskussion um den Rechtsbehelf der Minderung im internationalen Kauf *Hirner*, Der Rechtsbehelf der Minderung nach dem UN-Kaufrecht (CISG), Frankfurt a.M. etc. 2000, 71 ff.

122 Vgl. Art. 9:401 PECL; Art. 113 Gandolfi-E. Hingegen sehen die UP den Rechtsbehelf der Preisminderung nicht vor.

123 Vgl. §§ 441, 638 BGB n.F.; dazu *H. Roth*, JZ 2001, 543, 547; sehr krit. zur Neugestaltung der Minderung *Honsell*, JZ 2001, 278, 281.

124 *Honnold*, *Documentary History* (Fn. 21), Doc. A/CONF.97/18; *Schlechtriem*, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, 27, 32.

125 Erwähnt sei hier in erster Linie *Rabels* Das Recht des Warenkaufs (Fn. 18), das den Grundstein für EAG/EKG und später für das CISG legte; der rechtsvergleichende Ansatz liegt ferner sämtlichen seiner Arbeiten zugrunde, vgl. *Rabel*, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I-IV, Tübingen 1965-1971.

126 Vgl. UNIDROIT Principles, Rom 1994, viii; *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Den Haag/London/Boston 2000, xxv; *Zimmermann*, JZ 2001, 171, 180; *Drobnig* (Fn. 22), 51.

127 In der Flexibilität der Bestimmungen sieht auch *Lando*, FS *Siehr*, Zürich 2000, 391, 392, 396 ff. eine primäre Qualität der PECL. Siehe ferner *Lando/Beale* (Hrsg.) (Fn. 125), xxvii.

128 Vgl. auch von *Bar*, FS *Henrich*, Bielefeld 2000, 1, 4, 9; *Hesselink*, *Global Jurist Frontiers*, 1 [2001], 1, 11; *Lando*, in: *Werro* (Hrsg.), *New Perspectives on European Private Law*, Freiburg i.Ü. 1998, 59, 63 ff.; *Tilmann*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, 579, 581 ff.; *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917, 920; ähnl. *Mosiek-Urbahn*, ZRP 2000, 297, 300; *Sonnenberger*, JZ 1998, 982, 988.

lichen überein¹²⁹, ja sie vermögen sogar in Einzelfragen durchaus Eigenständiges im Konzert der internationalen Diskussion beizusteuern, wie z.B. die Schuldrechtsreform für die Ausgestaltung der Rückabwicklung nach Vertragsaufhebung. Was sie jedoch kaum als Vorbild für die Rechtsvereinheitlichung geeignet erscheinen läßt, ist ihr Stil und ihre Systematik. Der Gandolphi-Entwurf enthält eine Fülle von Detailregelungen, wie z.B. die exakte Festlegung bestimmter Fristen, die von einem tiefem Mißtrauen in die kreative Fähigkeit der Gerichte geprägt zu sein scheinen, wie wir es vor allem vom historischen BGB-Gesetzgeber kannten¹³⁰. Auch das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz knüpft an gute deutsche Tradition an und versucht – vor allem in der nunmehr letzten Fassung – jegliche dogmatische Unschärfe und nicht ganz korrekte Begrifflichkeit – wie sie zweifellos den anderen Regelwerken hier und da immanent ist – auszubügeln. Doch der Preis hierfür ist hoch, m.E. zu hoch. Denn die hehre dogmatische Stringenz wird bezahlt mit einem Mangel an Übersichtlichkeit und Flexibilität.

Erlauben Sie mir als Wandererin zwischen den Welten eine letzte Bemerkung zur deutschen Schuldrechtsreform. Als von der Rechtsvergleichung herkommende Schweizer Obligationenrechtlerin erinnerte mich die Diskussion in Deutschland während des letzten Jahres häufig an einen Satz von *Caemmerers*, den dieser im Seminar zu sagen pflegte, wenn gewisse Studenten zu dogmatischen Höhenflügen abhoben, ein Satz, der wie kein anderer mein eigenes juristisches Denken geprägt hat: »Wo wird's denn praktisch?«

129 So zur deutschen Schuldrechtsreform auch *Schlechtriem*, IHR 2001, 12, 13; a.A. offenbar *Zimmermann*, JZ 2001, 171, 180, allerdings ohne nähere Begründung; hinsichtlich Gandolphi-E vgl. die in *RabelsZ* erscheinende Besprechung von *Kramer* (im Druck).

130 Vgl. auch *Kramer* (Fn. 129).