

Einhundert Jahre
Institut für Rechtsvergleichung
an der Universität München



Einhundert Jahre
Institut für Rechtsvergleichung
an der Universität München

Kaufrecht und Kollisionsrecht
von *Ernst Rabel* bis heute

herausgegeben von
Stephan Lorenz,
Peter Kindler
und
Anatol Dutta

Mohr Siebeck

Stephan Lorenz, geboren 1961; Studium der Rechtswissenschaft in München und Lausanne; 1991 Promotion („Das intertemporale internationale Ehegüterrecht nach Art. 220 III EGBGB und die Folgen eines Statutenwechsels“); 1995 Habilitation („Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht“); Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Peter Kindler, geboren 1960; Studium der Rechtswissenschaft in München, Den Haag und London; 1987 Promotion („Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im deutsch-italienischen Warenverkehr“); 1995 Habilitation („Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht“); Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Anatol Dutta, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford; 2006 Promotion („Die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch deutsche Gerichte“); 2012 Habilitation („Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung“); Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

ISBN 978-3-16-155886-3 / eISBN 978-3-16-156235-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion Pro gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Rabels Einfluss auf das CISG und die europäische Kaufrechtsentwicklung

Ulrich Magnus

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	89
II.	Rabels Einfluss auf das CISG	90
	1. Zum CISG	90
	2. Rabels persönliche Beteiligung an der Kaufrechtsvereinheitlichung	90
	3. Rabels inhaltlicher Einfluss	92
III.	Rabels Einfluss auf die europäische Kaufrechtsentwicklung	102
	1. Stand der europäischen Kaufrechtsentwicklung	102
	2. Einfluss des CISG auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	103
	3. Einfluss des CISG auf CESL	106
	4. Einfluss des CISG auf die Richtlinienentwürfe zu Verträgen über digitale Inhalte	107
IV.	Rabels Einfluss auf das deutsche Recht	108
V.	Würdigung	109

I. Einleitung

Ernst Rabel lebte von 1874 bis 1955. Er gehört zu den weltweit einflussreichsten Juristen des 20. Jahrhunderts.¹ Am bedeutsamsten und nachhaltigsten ist sein Einfluss auf das Weltkaufrecht, das sog. CISG, gewesen. Das CISG hat sich freilich als eine Urmutter für nationale und übernationale Regelungen des Kaufrechts, aber auch des allgemeinen Schuldvertragsrechts sowie für modellhafte Prinzipienwerke erwiesen und damit Rabels Einfluss vervielfacht. Im Folgenden will ich zunächst den Einfluss Rabels auf das CISG und sodann seinen Einfluss auf die europäische Kaufrechtsentwicklung untersuchen. Schließlich darf ein kurzer Blick auf Rabels

¹ S. seine Würdigung insbesondere durch *Coester-Waltjen*, Ernst Rabel, in: Landau/Nehlsen (Hrsg.), *Große jüdische Gelehrte an der Münchener Juristischen Fakultät* (2001) 77 ff.; *Drobnig*, Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung, Zum 50. Todestag von Ernst Rabel, *ZEuP* 2005, 821 ff.; *Kegel*, Ernst Rabel – Werk und Person, *RabelsZ* 54 (1990) 1 ff.; *Utermark*, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel* (2005).

Einfluss auf das deutsche Schuldvertragsrecht nicht fehlen, bevor sich eine Würdigung anschließt.

II. Rabels Einfluss auf das CISG

1. Zum CISG

Zu Beginn einige Worte zum CISG oder UN-Kaufrecht: Damit ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf gemeint.² Es regelt den Abschluss internationaler Warenkaufverträge sowie die Rechte und Pflichten aus solchen Verträgen. Heute gilt es in 87 Staaten; darunter sind fast alle großen Handels- und Industrienationen dieser Welt. 24 der 28 EU-Staaten haben es ratifiziert. Nur Großbritannien, Irland, Malta und Portugal sind in der EU nicht Vertragsstaaten, wobei für Großbritannien erwähnt werden muss, dass es noch immer Mitglied des Haager Einheitskaufrechts³ ist, das der Vorläufer des CISG war.⁴ Auch in der Praxis setzt sich das CISG mehr und mehr durch, wie eine ständig wachsende Zahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen belegt. Das CISG ist 1980 aus der Taufe gehoben worden, 25 Jahre nach Ernst Rabels Tod. In welcher Weise hat Rabel es noch beeinflusst?

2. Rabels persönliche Beteiligung an der Kaufrechtsvereinheitlichung

Für den Grund von Rabels Einfluss müssen wir zeitlich weit zurückgehen, an den Anfang der internationalen Kaufrechtsvereinheitlichung im Jahr 1928. Rabel war da gerade zwei Jahre zuvor Gründungsdirektor des Berliner Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, des heutigen Hamburger Max-Planck-Instituts, geworden. Er gehörte ferner dem Beirat des Instituts für Privatrechtsvereinheitlichung (UNIDROIT) in Rom an, das der Völkerbund im Jahr 1926 gegründet hatte und das noch heute besteht. In dieser Eigenschaft schlug er dem Präsidenten von UNIDROIT die Vereinheitlichung des Kaufrechts als Arbeitsprojekt vor. Rabel untermauerte seinen Vorschlag alsbald mit einem eingehenden

² BGBl. 1989 II 588, berichtigt BGBl. 1990 II 1699.

³ Das Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 1.7.1964 (BGBl. 1973 II 886) (in Deutschland als EKG abgekürzt) und das Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 1.7.1964 (BGBl. 1973 II 919) (in Deutschland als EAG abgekürzt)

⁴ In der Praxis haben die englischen Gerichte das Haager Kaufrecht nie angewendet, da England den Vorbehalt eingelegt hatte, dass es nur bei ausdrücklicher Wahl durch die Parteien gelten sollte. Von diesem Opt-in ist jedoch nie Gebrauch gemacht worden. Dagegen wenden englische Gerichte das CISG an und legen es aus, wenn es nach IPR das auf den Vertrag anwendbare Recht ist; vgl. *Kingspan Environmental Ltd & others v. Borealis A/s & another* [2012] EWHC 1147 (Comm.) para. 617 ff.

den Bericht, dem sog. Blauen Bericht,⁵ den er mit seinen Berliner Institutsmitarbeitern in kurzer Zeit erarbeitet hatte und 1929 vorlegte. Der Bericht skizziert auf rechtsvergleichender Basis die Grundlinien des Vorhabens. UNIDROIT nahm den Vorschlag auf und setzte für das Projekt eine Kommission ein, die einen Entwurf ausarbeiten sollte. Ihr gehörte Rabel als Generalreferent an, daneben zwei Franzosen (Capitant, Hamel), zwei Engländer (Gutteridge, Hurst) und zwei Schweden (Bagge, Fehr). Damit waren im Wesentlichen die Rechtskreise der damaligen Zeit vertreten. Schriftführer war wiederum ein Deutscher (Ficker). 1935 legte diese Gruppe einen Entwurf zum materiellen Kaufrecht vor.⁶ Die ausführliche Begründung zu diesem Entwurf hat Rabel selbst verfasst.⁷ 1936 folgte ein weiterer Entwurf zum Vertragsschlussrecht für internationale Warenkaufverträge. 1936 erschien auch der erste Band von Rabels wohl berühmtestem Werk: „Das Recht des Warenkaufs“,⁸ das exemplarisch die Methode der funktionalen Rechtsvergleichung für das Gebiet des Kaufrechts verwendet und aus der Sichtung aller Rechtsordnungen versucht, die für den jeweiligen Problembereich angemessenste und praktikabelste Lösung herauszudestillieren. An dem Werk waren wiederum seine Berliner Mitarbeiter beteiligt, ein Kreis illustrierter Namen. Schon 1937 entzogen die Nazis Rabel aber wegen seiner jüdischen Abkunft seine Stellung als Institutsdirektor. Ob ihm auch der Zugang zur Bibliothek seines Instituts versagt wurde oder als sog. „besondere Gunst“ noch offiziell gestattet war, ist unklar.⁹ 1939 emigrierte er gerade noch rechtzeitig als 65-Jähriger in die USA, wo er vor allem in Ann Arbor Förderung und Unterkommen fand, die zum Überleben reichten. Gleichwohl war Rabel auch in diesen Jahren in einer kleinen Kommission mit Bagge und Hamel für UNIDROIT mit der Revision des Kaufrechts-Entwurfs von 1935 beschäftigt, die 1939 zu einem überarbeiteten Entwurf führte.¹⁰ Erst 1951 konnte dieser neue Entwurf auf einer diplomatischen Konferenz in Den Haag eingehend erörtert werden.¹¹ An der Konferenz nahm auch Rabel teil¹² ebenso wie er bis zu seinem Tod im Jahr 1955

⁵ Rapport sur le droit comparé en matière de vente par l'Institut für ausländisches und internationales Privatrecht“ de Berlin; abgedruckt in Rabel, Gesammelte Aufsätze Bd. III (1967) 381 ff.

⁶ Projet d'une loi internationale sur la vente, abgedruckt in RabelsZ 9 (1935) 8 ff.

⁷ Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935) 1 ff., 45 ff.

⁸ Rabel, Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung Bd. I (1936); Bd. II (1958, unter Mitwirkung von v. Dohnanyi und Käser); s. dazu Rösler, Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel, RabelsZ 70 (2006) 793 ff.

⁹ Von einem Zutrittsverbot berichten *Rheinstein*, In Memory of Ernst Rabel, Am. J. Comp. L. 5 (1956) 185 ff. (194) und *Thieme*, Ernst Rabel (1874–1955) Schriften aus dem Nachlaß, Einführung, RabelsZ 50 (1986) 251 ff. (264 und Fn. 65); von der „besonderen Gunst“ der privaten Nutzung der Bibliothek dagegen *Kunze*, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 1926–1945 (2004) 166, 168 und *Drobnig*, Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung – Zum 50. Todestag von Ernst Rabel, ZEuP 2005, 821 ff. (822).

¹⁰ Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels; abgedruckt in Rabel, Das Recht des Warenkaufs Bd. II 395 ff.

¹¹ S. dazu Rabel, The Hague Conference on the Unification of Sales Law, Am J Comp L 1 (1952) 58 ff.

¹² S. seinen Bericht: Rabel, RabelsZ 17 (1952) 212 ff.

Mitglied einer neuen Kaufrechtskommission war, die schließlich 1956 einen endgültigen Entwurf vorlegte. Dieser bildete die Grundlage des schon erwähnten Haager Kaufrechts, das 1964 auf einer diplomatischen Konferenz in Den Haag beschlossen wurde und ab 1972 in schließlich neun Staaten, darunter Deutschland, in Kraft trat. Das Haager Kaufrecht bildete seinerseits die Blaupause für das UN-Kaufrecht von 1980. Die Grundstruktur des Haager Kaufrechts und seine zentralen Lösungen blieben im CISG erhalten. Viele Bestimmungen und Formulierungen des Haager Rechts und der frühen Entwürfe finden sich im CISG wörtlich wieder.

Zusammengenommen war Ernst Rabel damit der Anreger der internationalen Kaufrechtsvereinheitlichung; er legte mit seinen umfassenden vergleichenden Studien zum Kaufrecht die Grundlagen für die Vereinheitlichung, wobei der Anteil seiner Mitarbeiter nicht vergessen werden darf. Bis zu seinem Tod war Rabel ferner persönlich ganz maßgeblich an der Erarbeitung der ersten Kaufrechtsentwürfe beteiligt. Für die Sitzungen der Kaufrechtskommissionen, an denen er beteiligt war, legte er häufig eigene Entwürfe vor, die oft vollständig oder nur mit redaktionellen Änderungen übernommen wurden.¹³ Den Fortgang der Arbeit an der Kaufrechtsvereinheitlichung begleitete er regelmäßig publizistisch in Deutsch, Englisch und Französisch mit informierenden oder für das Projekt werbenden Beiträgen, die aber auch nicht mit Kritik sparten, wenn er seine Vorschläge nicht durchsetzen konnte.¹⁴

3. Rabels inhaltlicher Einfluss

Wie lässt sich Rabels inhaltlicher Einfluss auf die Kaufrechtsrechtsvereinheitlichung ermitteln und bewerten? Die stärkste Prägung durch Rabel haben die ersten Entwürfe von 1935/36 und 1939 erfahren, auf die Rabel wegen seiner persönlichen

¹³ S. exemplarisch seine Beteiligung an der Ausarbeitung der Schadensersatzregelung des Einheitskaufrechts; eingehend geschildert bei *Faust*, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG) (1996) 50 ff.; ferner die zahlreichen Verbesserungsvorschläge in: Rabel, Gesammelte Aufsätze Bd. III (1967) 662 ff. Aufschlussreich ist *Rabels* Bemerkung: „Da ich in der anstrengenden Arbeitswoche, in der die letzte Hand an den Entwurf gelegt werden musste, nicht mehr anwesend war, sind einige meiner besonderen Wünsche nicht befriedigt worden. Darunter gehörte auch ein Antrag auf einen anderen Aufbau des Entwurfs, wodurch insbesondere die Grundsätze der Haftung auf Schadensersatz ein einziges Mal für alle Anwendungsfälle erfaßt worden wären. Ich muß dies bemerken, weil der erste Anblick des Entwurfs den Leser vielleicht noch nicht recht erkennen läßt, wie klar und einfach er im Grunde angelegt ist.“ (*Rabel*, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, *RabelsZ* 9 (1935) 7). Die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Schadensersatzrechts ist dann freilich entsprechend Rabels Wunsch in den späteren Entwürfen zum Einheitskaufrecht nachgeholt worden.

¹⁴ Ein Beispiel ist Rabels von 1948 stammende Bemerkung über den Vergleich des UCC-Entwurfs mit dem UNIDROIT-Entwurf von 1939: „Both are unafraid of repetitions and a certain clumsiness caused by the desire for completeness.“ abgedruckt in: *Rabel*, The Drafts of an International Sales of Goods Act and of a „Revised Uniform Sales Act“, *RabelsZ* 50 (1986) 331 ff. (334) sowie *Rabels* Bemerkung in der vorigen Fn.

Beteiligung, seiner hervorgehobenen Stellung in der vorbereitenden Kommission und bis 1937 auch wegen der *manpower* seines Instituts besonders einwirken konnte. Für die Gesamtstruktur einflussreich war auch der schon erwähnte Blaue Bericht von 1929, der die Grundlinien des Vorhabens fixierte. Diese ersten Schritte zur Vereinheitlichung seien im Folgenden mit dem CISG, dem endgültigen Ergebnis der Entwicklung, verglichen, um – leger gesagt – zu sehen, wieviel Rabel im heutigen CISG steckt.

a) Gesamtanlage der Vereinheitlichung

Die Gesamtanlage des Vereinheitlichungsvorhabens hatte schon der Blaue Bericht von 1929 ganz weitgehend vorgezeichnet. So schlägt Rabel hier als Form ein internationales Gesetz vor, das in verbindliches nationales Recht transformiert werden muss. Ein bloßes Modellgesetz wie den UCC oder ein Prinzipienwerk, wie es heute die Principles of International Commercial Contracts oder die Principles of European Contract Law sind, hat er wohl nicht einmal erwogen. Das CISG als internationale Konvention in Gesetzesform, die ratifiziert werden muss, dann aber auch geltendes Recht ist, entspricht damit ganz Rabels Ausgangsvorstellung.

Zugleich umschreibt der Blaue Bericht bereits den grundsätzlichen materiell-rechtlichen Anwendungsbereich des Vorhabens, der sich auch im Weiteren durchgesetzt hat: Es soll nur das Kaufrecht für den internationalen Warenhandel vereinheitlicht werden. Damit erfasst das Projekt den professionellen, übernationalen Warenkauf. Es soll gelten, wenn die Vertragsparteien zum einen ihre Niederlassung in unterschiedlichen Staaten haben und der Kauf zum andern, grob gesagt, über die Grenze geht.¹⁵ Letztere Voraussetzung hat das CISG aufgegeben und dadurch ersetzt, dass die Parteien entweder in unterschiedlichen Vertragsstaaten niedergelassen sein müssen oder dass das IPR zum Recht eines Vertragsstaats führt.¹⁶ An grenzüberschreitende Verbraucherkäufe war zu Rabels Zeiten noch kaum zu denken; sie miteinzuschließen, war von vornherein nicht beabsichtigt. Auch das entspricht im Wesentlichen der Regelung im heutigen CISG, das Verbraucherkäufe, soweit sie als solche erkennbar sind, vom Anwendungsbereich ausnimmt.¹⁷ Ferner versteht schon der Blaue Bericht unter Waren bewegliche Sachen, so dass der Kauf von Rechten und Immobilien – wie im heutigen CISG – nicht in den Anwendungsbereich fällt. Schließlich hat sich Rabel sehr frühzeitig dafür ausgesprochen, die Vereinheitlichung auf die schuldrechtlichen Aspekte des Kaufs zu begrenzen.¹⁸ Auch diese Grundentscheidung hat das Einheitskaufrecht strikt beibehalten.¹⁹

¹⁵ S. Art. 6 Entwurf 1935 und Art. 6 und 7 Entwurf 1939; s. auch *Rabel*, „The Drafts of an International Sales of Goods Act and of a “Revised Uniform Sales Act”“ vom 29.10.1948, abgedruckt in *RabelsZ* 50 (1986) 331 ff. (333) mit Einleitung von *Thieme*, *RabelsZ* 50 (1986) 251 ff.

¹⁶ Art. 1 Abs. 1 CISG.

¹⁷ S. Art. 2 lit. a CISG.

¹⁸ Auch darauf weist *Rabel* in dem Redemanuskript vom 29.10.1948 (s. Fn. 14) hin, s. *RabelsZ* 50 (1986) 332 f. hin.

¹⁹ S. Art. 4 lit. b CISG.

Von Anfang an war es ferner für die Kaufrechtsvereinheitlichung unumstritten, dass dem Parteiwillen durchgehend der Vorrang einzuräumen sei. Die Regeln des Einheitsrechts stellen nur „default rules“ dar, die eingreifen, wenn die Parteien nichts anderes vorgesehen haben. Schon der Blaue Bericht von 1929 folgte diesem Grundprinzip ebenso wie der Entwurf von 1935.²⁰ Es findet sich in gleicher Weise im CISG in dessen Art. 6, der den Parteien nicht nur erlaubt, die Konvention im Ganzen abzuwählen, sondern auch von jeder ihrer Bestimmungen abzuweichen oder ihre Wirkungen zu ändern. Einzige Ausnahme im CISG ist, dass ein Vertragsstaat von der zulässigen Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch macht, für den Vertragsschluss Schriftform zu verlangen.²¹ Diesen Vorbehalt haben zum Glück nur wenige CISG-Staaten genutzt.²²

Der größte und wichtigste Vereinheitlichungsschritt, der Rabel zu verdanken ist, betrifft das kaufrechtliche Haftungssystem. Die römischrechtlich geprägten, kontinentalen Rechtsordnungen trennten zwischen der allgemeinen Vertragshaftung, die Verschulden voraussetzte, und der besonderen Gewährleistungshaftung, die schuldunabhängig ist und bei Fehlern der Kaufsache die Vertragsauflösung (Wandlung) oder Kaufpreisminderung vorsieht. Die Römer hatten diese besonderen Behelfe der Marktpolizei entwickelt, wenn gekaufte Sklaven oder Vieh nachträglich Mängel aufwiesen. Das Common Law sieht die Lieferung mangelhafter Ware dagegen als einen allgemeinen Fall der Vertragsverletzung an, der zu Schadensersatz und nur in schwerwiegenden Fällen zur Vertragsauflösung berechtigt. Allgemeine Vertragshaftung und besondere Mängelhaftung laufen hier nicht auf unterschiedlichen Bahnen. Auf Verschulden kommt es zudem nicht an. Nur wenn unkontrollierbare äußere Ereignisse die korrekte Vertragserfüllung verhindern, entfällt im Common Law die Schadensersatzpflicht. Dieses Modell hat Rabel für das Einheitskaufrecht im Grundsatz übernommen und „the merger of the remedies for breach of warranty with those for breach of contract“ in einer Rede von 1948 selbst als besondere „innovation“ hervorgehoben.²³ Schon der Entwurf von 1935 folgt diesem grundsätzlichen Haftungsmuster. Es liegt auch dem CISG zugrunde und überwindet die römischrechtliche Trennung zwischen allgemeiner Vertragshaftung und besonderer kaufrechtlicher Gewährleistungshaftung. Freilich hat der Entwurf von 1935 – ebenso wie heute das CISG²⁴ – den Rechtsbehelf

²⁰ S. Rapport (Fn. 5) 388f. und Art. 9 Entwurf 1935.

²¹ S. Art. 6 CISG, der Art. 12 unberührt lässt, der seinerseits auf die Vorbehaltsmöglichkeit des Art. 96 hinweist.

²² Form-Vorbehaltsstaaten sind Argentinien, Armenien, Chile, Paraguay, Russland, Ukraine und Weissrussland. China, Estland, Lettland, Litauen und Ungarn hatten ihn zunächst ebenfalls eingelegt, haben ihn aber inzwischen zurückgenommen.

²³ S. das Redemanuskript „The Draft of an International Sales of Goods Act and of a Revised Uniform Sales Act“ vom 29.10.1948, abgedruckt in *RabelsZ* 50 (1986) 331 ff. (331) mit Einleitung von *Thieme*, *RabelsZ* 50 (1986) 251 ff.

²⁴ S. Art. 50 CISG.

der Preisminderung nicht etwa beseitigt, sondern ihn beibehalten²⁵ und damit römisches Recht und Common Law in diesem Punkt versöhnt.

Schon der Entwurf von 1935 folgt auch dem Konzept des Common Law, dass sich kaufrechtliche Schadensersatzansprüche in ihrem Umfang auf das begrenzen, was die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als Folge eines künftigen Vertragsbruchs voraussehen und demgemäß in die Kalkulation der Vertragsrisiken einbeziehen konnte.²⁶ Dieses Voraussehbarkeitskriterium übt eine ähnliche haftungsbegrenzende Funktion aus wie die Verschuldensvoraussetzung in den kontinentalen Rechten. Es ist auch in nahezu gleichlautender Formulierung in das CISG übernommen worden.²⁷ Dabei geht es auf Rabel zurück, dass die Regeln für Schadensersatzansprüche des Käufers und des Verkäufers, die der Entwurf 1935 noch getrennt behandelte, im Entwurf 1939 einheitlich zusammengefasst wurden,²⁸ wie das auch im heutigen CISG der Fall ist.²⁹

Die bis heute gültige Grundstruktur der kaufrechtlichen Haftung im Einheitskaufrecht folgt also ganz weitgehend dem Common Law und es dürfte nicht übertrieben sein, diese Kernentscheidung Rabel zuzuschreiben. Obwohl er selbst römischrechtlich geprägt war, hat Rabel das unglückliche Nebeneinander von allgemeinem Vertragsrecht und besonderem Gewährleistungsrecht in den kontinentalen Rechten nicht verteidigt, sondern seine Nachteile klar erkannt und überwunden. An die Stelle des Nebeneinanders ist das Konzept der einheitlichen Figur der Vertragsverletzung getreten. Doch ist Rabel dabei nicht dogmatisch vorgegangen, sondern hat Erhaltenswertes, wie den Rechtsbehelf der Kaufpreisminderung, weiterhin beibehalten.

b) Erfüllungsansprüche

Eine weitere wichtige Grundsatzentscheidung betraf die Frage, ob das Einheitskaufrecht den Parteien Erfüllungsansprüche einräumen sollte.³⁰ Das Common Law gewährt einen solchen Anspruch, sog. *specific performance*, nur ausnahmsweise, wenn ein bloßer Schadensersatzanspruch dem Interesse des Gläubigers nicht vollständig gerecht wird, wie das etwa bei einem Kaufvertrag über ein Unikat

²⁵ S. Art. 51 Nr. 2 und Art. 55 Entwurf 1935.

²⁶ S. Art. 38 und 78 Entwurf 1935.

²⁷ S. Art. 74 CISG; eingehend zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung Faust (Fn. 13) 50 ff.

²⁸ S. Art. 85 und 89 Entwurf 1939 (der Entwurf trennte für die Schadensberechnung in seinen Vorschriften allerdings noch jeweils deutlich zwischen der Situation, dass der Vertrag aufgelöst war und dass er fortgesetzt wurde; der Sache nach spielt diese Trennung auch im CISG noch eine Rolle, wie die Art. 75 und 76 CISG zeigen; doch sind die Vorschriften zur Schadensberechnung im CISG zusammengefasst und nicht mehr auf zwei eigenständige Abschnitte verteilt; Rabel hatte diese Trennung im Entwurf 1939 selbst moniert; s. *Rabel* (Fn. 14) 334; s. ferner *Rabels* Verbesserungsvorschläge in *Rabel*, Gesammelte Aufsätze Bd. III (1967) 662 ff.; s. auch *Faust* (Fn. 12) 58 f.

²⁹ S. Art. 74–76 CISG.

³⁰ Rechtsvergleichend zum Erfüllungsanspruch *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2015) 289 ff.

der Fall sein kann. Die kontinentalen Rechte sehen einen Anspruch auf Erfüllung dagegen als Regel vor. Auf Rabel geht die Lösung des Einheitskaufrechts zurück, dass Gerichte zu Erfüllung in Natur nur dann verurteilen sollen, wenn sie das auch nach ihrem Landesrecht täten. Diese Lösung ist bis heute im Einheitskaufrecht erhalten geblieben.³¹ In der Begründung des Entwurfs 1935 schrieb Rabel hierzu, dass „eine für das anglo-amerikanische und die sonstigen Rechte zugleich annehmbare Lösung unauffindbar (sei). Diese entgegengesetzten Grundauffassungen lassen sich nicht ausrotten und nicht verschmelzen. Um die englische und amerikanische Zustimmung zu erreichen, muss man die Klage auf Erfüllung beschränken, sooft vor englischen oder amerikanischen Gerichten geklagt wird, gleichviel wer die Prozessparteien sein mögen.“³² Im Hinblick auf Erfüllungsansprüche kann also jeder Vertragsstaat nach seiner Façon selig werden. Wie klug und weitsichtig der salomonische Verzicht auf Vereinheitlichung in diesem Punkt war, wird deutlich, wenn man sich anschaut, wie oft der scheinbar so massive Unterschied in der Gerichtspraxis zum CISG bisher eine Rolle gespielt hat. Die Antwort ist: so gut wie keine. Von den ca. 3.200 Entscheidungen, die die Datenbank der Pace University in New York zum CISG verzeichnet, berühren lediglich acht die entsprechende CISG-Vorschrift (Art. 28).³³ Nur eine dieser acht Entscheidungen, ein Zürcher Schiedsspruch, schließt einen Erfüllungsanspruch des Käufers aus einem langfristigen Liefervertrag aus, da das anwendbare russische Recht einen solchen Anspruch nicht gewähre.³⁴ In den übrigen sieben Entscheidungen war die unterschiedliche nationale Haltung zu Erfüllungsansprüchen für das Ergebnis ohne Belang.

c) Vertragsbeendigung

Die einseitige Vertragsbeendigung ist gewöhnlich das schärfste Schwert einer Vertragspartei; denn sie macht alle Erfüllungsanstrengungen und -erwartungen der anderen Partei zunichte. Deshalb verdient es besonderes Interesse, wann eine Kaufrechtsordnung – oder allgemeiner eine Vertragsrechtsordnung – diesen Rechtsbehelf gewährt.

Das römische Recht und mit ihm die kontinentalen Rechte gestatteten den einseitigen Rücktritt vom Kaufvertrag (die frühere Wandlung) bei jedem, nicht ganz unbedeutenden Sachmangel und im Übrigen bei Vertragsverletzungen, die letztlich zur Nichterfüllung führen.³⁵ Im Common Law ist die Vertragsbeendigung im Grundsatz nur dann möglich, wenn die Vertragsverletzung einen erheblichen Schweregrad erreicht. Dazu hatte der englische Sale of Goods Act schon in seiner

³¹ S. Art. 23 Abs. 1 Entwurf 1935; Art. 28 CISG.

³² Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935) 69.

³³ S. die Zusammenstellung der Datenbank cisg.law.pace.edu zu Art. 28 CISG.

³⁴ Schiedsgericht der Handelskammer Zürich vom 31.5.1996, YB Comm. Arb. XXIII (1998) 128.

³⁵ S. etwa Art. 1184 franz. Code civil.

ursprünglichen Form vorgesehen, dass der Käufer den Vertrag einseitig beenden kann, wenn der Verkäufer eine sog. condition, also eine grundlegende Vertragsbedingung verletzt hat.³⁶ Bei Verletzung einer sog. warranty gibt es dagegen nur Schadensersatz.³⁷ Wann eine Vertragsbedingung eine condition ist und wann eine warranty, richtet sich im Common Law generell nach den Absprachen der Parteien.³⁸ Der Sale of Goods Act legt allerdings fest, dass folgende Bestimmungen als sog. implied terms im Zweifel sowohl Vertragsinhalt als auch conditions sind: dass der Verkäufer zur Verfügung über die Kaufsache berechtigt ist;³⁹ dass die gelieferte Ware ihrer vertraglichen Beschreibung entspricht;⁴⁰ dass die Kaufsache von hinreichender Qualität und für bekannt gegebene Zwecke geeignet ist;⁴¹ dass die gelieferte Kaufsache beim Kauf nach Muster der Qualität des Musters entspricht.⁴² Der Käufer darf bei Verletzung dieser implied terms den Vertrag auflösen, es sei denn, die Verletzung ist so leicht, dass die Auflösung unangemessen (unreasonable) ist.⁴³

Das Einheitskaufrecht hat die allgemeine Grundlösung des Common Law übernommen, die einseitige Vertragsbeendigung nur bei wesentlichen Vertragsverletzungen zuzulassen. Die Kasuistik der warranties and conditions im englischen Kaufrecht hat es freilich vermieden. Es dürfte auch diese Grundentscheidung vor allem Rabel zuzuschreiben sein. Allerdings tragen die Entwürfe von 1935 und 1939 noch insoweit Spuren der alten, besonderen Gewährleistungshaftung, als sie die Vertragsaufhebung bei Sachmängeln stets zulassen, sofern die Mängel nicht bloß unerheblich sind.⁴⁴ Alle sonstigen Vertragsverletzungen wie insbesondere der Lieferverzug sollen dagegen nur dann zur Vertragsaufhebung berechtigen, wenn sie wesentlich (essentiell) sind.⁴⁵ Das CISG hat diese letztgenannte Regel generalisiert. Auch im Fall von Sach- und Rechtsmängeln kann der Käufer den Vertrag nur dann beenden, wenn der Mangel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt.⁴⁶ Die Rechtsprechung zum CISG sieht die einseitige Vertragsaufhebung darüber hinaus als „ultima ratio“ an,⁴⁷ die ohne besondere Absprache nur in wirklich gravierenden Fällen zur Verfügung steht. Das hat man z.B. angenommen, wenn der Verkäufer

³⁶ S. sec. 11 (3) Sale of Goods Act 1979; für Verbraucherkäufe ist heute in England freilich der Consumer Rights Act 2015 zu beachten, der die Bestimmungen des Sale of Goods Act 1979 insoweit verdrängt hat.

³⁷ S. sec. 11 (3) Sale of Goods Act 1979.

³⁸ S. sec. 11 (3) Sale of Goods Act 1979.

³⁹ Sec. 12 (1) iVm (5A) Sale of Goods Act 1979.

⁴⁰ Sec. 13 (1) iVm (2) Sale of Goods Act 1979.

⁴¹ Sec. 14 (2), (3) iVm (6) Sale of Goods Act 1979.

⁴² Sec. 15 (2) iVm (3) Sale of Goods Act 1979.

⁴³ Sec. 15 (A) Sale of Goods Act 1979.

⁴⁴ S. Art. 51 iVm Art. 42 Entwurf 1935, Art. 47 iVm Art. 37 Entwurf 1939.

⁴⁵ S. Art. 28, 29, 31, 61, 80 Entwurf 1935; Art. 28, 30, 31, 32, 55, 64, 70 Entwurf 1939.

⁴⁶ Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG.

⁴⁷ S. insbesondere BGHZ 132, 290; OGH IHR 2012, 114 (116); *Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG) (Bearb. 2012) Art. 49 Rn. 4; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG) (6. Aufl. 2013) Art. 48 Rn. 2.

Ware mit erheblichen, irreparablen Mängeln liefert, z.B. verbotswidrig gezuckerten Wein⁴⁸ oder Mehl mit krebserregenden Beimengungen.⁴⁹

Der Entwurf 1939 hatte die wesentliche Vertragsverletzung bereits abstrakt definiert, allerdings nur für andere Pflichtverletzungen des Verkäufers als Verzug und Schlechtlieferung: Der Entwurf forderte den Verstoß gegen eine Pflicht, ohne deren Erfüllung die Partei den Vertrag nicht geschlossen hätte.⁵⁰ In der Formulierung unterscheidet sich das deutlich von Art. 25 CISG, der heute die wesentliche Vertragsverletzung für das CISG allgemein definiert und um dessen Fassung auf der Diplomatischen Konferenz von 1980 lange gerungen wurde. Art. 25 CISG fordert im Kern, dass der Partei durch die Vertragsverletzung „im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen.“ In der Sache dürften beide Formulierungen aber weitgehend dasselbe meinen, nämlich, dass die Vertragsverletzung so gravierend sein muss, dass die verletzte Partei – in objektiver Sicht berechtigterweise – ihr Interesse am Vertrag verloren hat.

Aufgegeben hat das CISG allerdings die Rechtsfigur der Vertragsaufhebung von Gesetzes wegen (sog. ipso facto avoidance). Sie war vom Entwurf 1935 bis zum Haager Kaufrecht im Einheitskaufrecht enthalten. Der Vertrag endete danach automatisch, wenn der Verkäufer innerhalb einer gesetzten Nachfrist nicht lieferte.⁵¹ Das Haager Kaufrecht sah die automatische Vertragsaufhebung sogar stets vor, wenn der Lieferverzug eine wesentliche Vertragsverletzung war und der Käufer nicht rechtzeitig erklärte, am Vertrag festhalten zu wollen.⁵² Diese Regel hat das CISG zu Recht beseitigt, weil sie zu Unklarheiten führte, ob und wann der Vertrag aufgehoben war, und der Vertrag selbst dann aufgehoben war, wenn keine Partei das wollte.

d) Fehlerbegriff

Für die Sachmängelhaftung spielt der Fehlerbegriff eine zentrale Rolle. Im Grundansatz besteht zwischen den ersten Entwürfen und dem heutigen Text Übereinstimmung, dass die Kaufsache dann fehlerhaft ist, wenn sie nicht die Eigenschaften hat, die der Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend verlangt.⁵³ Ein Sachmangel ist es ferner, wenn die Sache nicht für ihren üblichen Gebrauchszweck taugt.⁵⁴ Im Übrigen zeigt sich eine Entwicklung hin zu deutlicherer Formulierung und etwas strengerer Verkäuferhaftung: so findet sich erst im CISG die Bestimmung, dass das

⁴⁸ S. franz. Cour de cassation D. 1996.334 m. Anm. Witz = IPRax 1996, 126 m. Aufs. Schlechtriem (132).

⁴⁹ S. *Hofs-Gravenhage* IHR 2004, 119.

⁵⁰ Art. 55 Abs. 3 Entwurf 1939: „Une obligation du vendeur est une condition essentielle du contrat lorsqu’il résulte de circonstances que sans elle l’acheteur n’aurait pas conclu le contrat.“

⁵¹ S. Art. 27 Abs. 2 Entwurf 1935, Art. 29 Abs. 2 Entwurf 1939.

⁵² S. Art. 26 Abs. 1 und 2 EKG. Unter bestimmten Umständen führte auch die Lieferung am falschen Ort zur automatischen Vertragsaufhebung (Art. 30 Abs. 1 und 2 EKG).

⁵³ S. Art. 42 Nr. 3 Entwurf 1935, Art. 37 lit. c Entwurf 1939, Art. 35 Abs. 1 CISG.

⁵⁴ Art. 42 Nr. 1 Entwurf 1935, Art. 37 lit. a Entwurf 1939, Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG.

Fehlen üblicher bzw. angemessener Verpackung einen Sachmangel darstellt.⁵⁵ Andererseits beseitigt auch erst das CISG die ausdrückliche Regel aller Vorläuferregelungen, unerhebliche Mängel für irrelevant zu erklären.⁵⁶ Gänzlich unerhebliche Sachmängel, z.B. leichte Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Farbe bei Kfz, dürften freilich auch unter dem CISG unbeachtlich sein. Denn es würde dem Gutgläubensprinzip des Art. 7 Abs. 1 CISG widersprechen, in solchen Fällen Rechtsbehelfe zu gewähren.

e) Mängelrüge

Aus dem deutschen Recht hat das Einheitskaufrecht schon in seinen ersten Entwürfen das Institut der Mängelrüge übernommen.⁵⁷ Der Käufer muss die Kaufsache nach Empfang untersuchen und etwaige Mängel rügen. Tut er das nicht, verliert er alle Rechte, die sonst aus der Mangelhaftigkeit folgen. Viele Rechtsordnungen, etwa das englische und französische Recht, kennen keine derartig strikte Rügeobliegenheit. Es erscheint ja auch nicht als selbstverständlich, dass der Käufer zu bestimmtem Tun aufgerufen ist, wenn der Verkäufer schlechte Ware geliefert hat. Indessen muss der Käufer sich ohnehin melden, wenn er die Ware reklamieren will, und im kaufmännischen Verkehr lässt sich durchaus erwarten, dass er dies zügig tut. Rabel hatte in den ersten Entwürfen noch die strenge Regel des deutschen Rechts verankert, wonach die Untersuchung und die Rüge jeweils „unverzüglich“ zu erfolgen haben.⁵⁸ Auch im Haager Kaufrecht war die Ware „promptly“ zu untersuchen und Fehler waren „promptly“ zu rügen.⁵⁹ Im CISG ist diese Regel nach sehr kontroversen Diskussionen gemildert worden. Die Untersuchung muss jetzt zwar immer noch „within as short a period as is practicable in the circumstances“ erfolgen.⁶⁰ Für die Mitteilung der Rüge gilt dann aber „a reasonable time“,⁶¹ für deren Länge sich vielfach ein Monat als ungefähre Daumenregel eingebürgert hat.⁶² In der Praxis hat die Mängelrüge ganz erhebliche Bedeutung. Bei ihr hat sich Rabels Lösungsvorschlag im Kern durchgesetzt, ist aber in seiner Schärfe abgemildert worden. Ferner zeigt sie beispielhaft, wie Rabel aus dem Rechtsvergleich Lösungen einzelner nationaler Rechte sozusagen herausdestilliert und im Einheitskaufrecht zu einem harmonischen Ganzen zusammengefügt hat.

⁵⁵ S. Art. 35 Abs. 2 lit. d CISG.

⁵⁶ Art. 42 S. 2 Entwurf 1935, Art. 37 S. 2 Entwurf 1939 und auch Art. 33 Abs. 2 EKG.

⁵⁷ Art. 47 und 48 Entwurf 1935, Art. 43 und 44 Entwurf 1939, Art. 38 und 39 EKG, Art. 38 und 39 CISG.

⁵⁸ Mit „unverzüglich“ hatte *Rabel* das französische Original „bref délai“ in Art. 47 und 48 Entwurf 1935 übersetzt.

⁵⁹ S. Art. 38 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 EKG.

⁶⁰ Art. 38 Abs. 1 CISG.

⁶¹ Art. 39 Abs. 1 CISG.

⁶² S. etwa BGH Transp-IHR 2000, 1 (2) mit Anm. Taschner.

f) Entlastungsgründe

Von Beginn der Kaufrechtsvereinheitlichung an war klar, dass die Parteien und insbesondere der Verkäufer für die Erfüllung aller Pflichten grundsätzlich strikt haften sollten. Es war aber auch klar, dass es objektive Entlastungsgründe geben musste. Die Haftung jedenfalls auf Schadensersatz kann nicht gänzlich unabhängig davon sein, welche Gründe die Pflichtverletzung ausgelöst haben. Äußere Umstände, die eine Partei nicht beeinflussen kann, sollten von der Haftung entlasten. Der Entwurf von 1935 sieht – noch in vier verschiedenen Vorschriften, aufgeteilt auf Käufer und Verkäufer und Haupt- und sonstige Pflichten – eine Entlastung von Schadensersatzansprüchen vor, wenn die Nicht- oder Schlechterfüllung des Schuldners durch ein „unüberwindliches Hindernis verursacht ist, das er bei Vertragsschluß nicht voraussehen brauchte.“⁶³ Die Beweislast für ein solches Hindernis trägt nach ausdrücklicher Anordnung des Entwurfs der Schuldner.⁶⁴ Rabel hat in der Begründung zum Entwurf 1935 im Wesentlichen Fälle höherer Gewalt (Naturkatastrophen etc.) als unüberwindliche Hindernisse angesehen.⁶⁵ Der Entwurf 1935 sah allerdings noch weiter vor, dass das Landesrecht ergänzend bestimmen sollte, „inwieweit andersgeartete Ereignisse ... vom Schadensersatz befreien.“⁶⁶ Der Entwurf 1939 enthielt dann nur noch eine einzige einheitliche Entlastungsvorschrift, die ebenfalls Befreiung von Schadensersatz bei einem unüberwindlichen und unvermeidlichen Erfüllungshindernis vorsieht und den Schuldner zum Nachweis verpflichtet.⁶⁷ Das Landesrecht sollte daneben nicht mehr zum Zug kommen. In der Sache entspricht die Regelung ganz der jetzigen Entlastungsvorschrift des CISG (Art. 79) und ähnelt ihr auch schon sehr in der Formulierung. Die Straffung und stärkere Abstraktion gegenüber dem ersten Entwurf dürfte vor allem Rabels Einfluss zuzuschreiben sein.

g) Lückenfüllung durch allgemeine Grundsätze

Schon der Entwurf von 1935 sieht eine Vorschrift zur Ausfüllung von Lücken vor, die sich bis heute jedenfalls im Grundsatz im Einheitskaufrecht erhalten hat. Art. 11 Entwurf 1935 lautet in Rabels eigener Übersetzung des französischen Originaltextes: „Regelt dieses Gesetz einen Fall nicht ausdrücklich und hat es nicht in aller Form die Anwendung eines Landesrechts vorgesehen, so entscheidet das Gericht nach den allgemeinen Grundsätzen, denen dieses Gesetz folgt.“ Rabel hielt diese Lösung für zwingend, um „die gemeinsamen Entscheidungsgrundlagen“ und eine

⁶³ S. Art. 59 Abs. 1, Art. 61 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1, 83 Abs. 1 Entwurf 1935.

⁶⁴ S. die entsprechende Formulierung („... wenn er beweist, daß...“) in Art. 59 Abs. 1, Art. 61 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1, 83 Abs. 1 Entwurf 1935, die ebenso im heutigen Art. 79 Abs. 1 CISG auftaucht.

⁶⁵ Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935) 61.

⁶⁶ Art. 59 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2, Art. 74 Abs. 2, 83 Abs. 2 Entwurf 1935.

⁶⁷ S. Art. 77 Abs. 1 Entwurf 1939.

einheitliche Rechtsprechung sicherzustellen.⁶⁸ Der Entwurf 1939 übernahm diese Regel,⁶⁹ die sich ebenso im Haager Einheitskaufrecht wiederfand.⁷⁰ Auch das CISG enthält dieselbe Regel. Es hat aber als Hilfsregel den Verweis auf das IPR hinzugefügt, wenn es an „allgemeinen Grundsätzen, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen,“ mangelt. Dem heutigen Art. 7 CISG wird vor allem das Gebot der autonomen Interpretation entnommen, das Rabels Postulat gemeinsamer Entscheidungsgrundlagen und einheitlicher Rechtsprechung zu verwirklichen sucht.

h) Weitere, auf Rabel zurückgehende Besonderheiten

Es gibt eine ganze Reihe besonderer Rechtsregeln, die sich im Rechtsvergleich in einigen, aber keineswegs in allen Kaufrechten finden. Rabel erschien einige dieser Regeln als praktisch so wichtig, dass er ihre Aufnahme in das Einheitskaufrecht durchsetzte. Ich will zwei Beispiele herausgreifen: Das right to cure und die Pflicht zur Erhaltung der Kaufsache.

- Das sog. right to cure ist das Recht des Verkäufers, eine zunächst mangelhafte Leistung noch nachzubessern und auf den vertraglich geschuldeten Stand zu bringen. Der Verkäufer kann damit noch den Vertragspreis verdienen; der Käufer darf die Nacherfüllung nur bei Unzumutbarkeit zurückweisen. Das right to cure stammt aus dem Recht der USA.⁷¹ Der Entwurf 1935⁷² sah es ebenso wie der Entwurf 1939 vor.⁷³ Auch das CISG gibt dem Verkäufer das Recht, selbst nach dem Liefertermin eine mangelhafte Leistung noch zu korrigieren, sofern das den Käufer nicht unzumutbar belastet.⁷⁴
- Eine Pflicht zur Erhaltung der Kaufsache kennen die verschiedenen nationalen Kaufrechtsgesetze zum Teil gar nicht oder nicht in gleichem Umfang.⁷⁵ Es ist die Pflicht, für die Kaufsache zu sorgen, die die eine Vertragspartei in der Hand hat, obwohl rechtlich die andere Partei für die Kaufsache verantwortlich ist, etwa wenn der Käufer den Vertrag zu Recht aufgehoben, der Verkäufer die Kaufsache aber noch nicht zurückgeholt hat. Die Entwürfe von 1935 und 1939 regeln diese Pflicht eingehend in mehreren Vorschriften;⁷⁶ dem folgt auch das CISG, das der Erhaltungspflicht vier Bestimmungen widmet.⁷⁷ Sachlich bestehen zwischen den Entwürfen und dem CISG keine relevanten Unterschiede.

⁶⁸ S. Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935) 54.

⁶⁹ Art. 11 Abs. 2 Entwurf 1939.

⁷⁰ Art. 17 EKG.

⁷¹ S. 3 2–508 UCC.

⁷² S. Art. 49 und 56 Abs. 1 S. 2 Entwurf 1935.

⁷³ Art. 45 Entwurf 1939.

⁷⁴ S. Art. 48 CISG. Für Nachbesserungen, wenn vor dem Ablauf des Liefertermins mangelhaft geleistet wurde, gilt Gleiches: Art. 34 S. 2 und 37 S. 1 CISG.

⁷⁵ Der englische Sale of Goods Act enthält keine Pflicht, die Ware für die andere Seite ggfs. zu verwahren oder bei drohendem Verderb zu veräußern. § 379 HGB sieht eine Pflicht zur Aufbewahrung bzw. zum Notverkauf nur für den Käufer vor, der die Ware beanstandet hat.

⁷⁶ Art. 92–96 Entwurf 1935; Art. 94–98 Entwurf 1939.

⁷⁷ Art. 85–88 CISG.

i) Bewertung

Insgesamt zeigt der Vergleich des CISG mit den Entwürfen von 1935 und 1939, dass die wesentlichen Grundentscheidungen und auch viele Einzellösungen bereits im Anfangsstadium der Kaufrechtsvereinheitlichung getroffen und dann beibehalten wurden. Die nachfolgende Entwicklung im Haager und UN-Kaufrecht führte gelegentlich zu Verfeinerungen, wie etwa das Beispiel der abgemilderten Mängelrüge belegt, auch zu Textstraffungen (keine Trennung mehr nach einzelnen Vertragsverletzungen) oder Präzisierungen (z.B. die ausdrückliche Aufnahme von Verpackungsfehlern). Nur selten sind frühere Entscheidungen korrigiert worden (etwa die Beseitigung der Vertragsaufhebung kraft Gesetzes). Die frühen Entwürfe haben damit einen zwar mittelbaren, aber ganz entscheidenden Einfluss auf die Entwicklung des CISG gehabt. Für die frühen Entwürfe lässt sich weiter ohne Übertreibung sagen, dass Rabel sie maßgeblich beeinflusst hat. Er war zwar nicht ihr alleiniger Urheber. Seine Beiträge waren aber grundlegend. Er war, wie Großfeld und Winship das ausgedrückt haben, „the master mind behind the Draft Uniform International Sales Law”.⁷⁸ Sein Einfluss hat das CISG in erheblichem Umfang geprägt. Um die Ausgangsfrage zu beantworten: Es steckt sehr viel Rabel im CISG.

III. Rabels Einfluss auf die europäische Kaufrechtsentwicklung

1. Stand der europäischen Kaufrechtsentwicklung

Europäische Kaufrechtsentwicklung meint die Entwicklung eines Kaufrechts auf EU-Ebene, nicht die Entwicklung der einzelnen nationalen Kaufrechte in Europa. Der Stand der europäischen Entwicklung ist – im Vergleich etwa zum Uniform Commercial Code der USA – derzeit wenig ermutigend. Gegenwärtig gibt es in der EU nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999,⁷⁹ die einige Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs regelt, sowie die Verbraucherrechterichtlinie,⁸⁰ die ebenfalls einige, hier aber zu vernachlässigende Vorschriften zum Kaufrecht enthält.⁸¹ Geplant war darüber hinaus ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR oder CESL nach seiner geläufigeren englischen Abkürzung für Common European Sales Law). Die EU-Kommission hatte hierzu einen Entwurf vorgelegt, der freilich vor allem Kritik erntete. Insbesondere war nicht recht erfindlich, weshalb der Entwurf auch

⁷⁸ *Großfeld/Winship*, *The Law Professor Refugee*, *Syracuse J. Int. L. & Comm.* 18 (1992) 11.

⁷⁹ Richtlinie 1999/44/EG vom 7.7.1999, *ABl. EG* 1999 Nr. 171, S. 12 ff.

⁸⁰ Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011, *ABl. EU* 2011 Nr. L 304, S. 64 ff.

⁸¹ S. insbesondere Art. 17–22 Verbraucherrechterichtlinie; hier wird vor allem eine – abdingbare – Lieferfrist von 30 Tagen und ein Rücktrittsrecht bei Nichtlieferung trotz Nachfrist oder Wesentlichkeit der Verzögerung festgelegt (Art. 18), ferner der Gefahrübergang im Grundsatz auf den Zeitpunkt der Inbesitznahme der Ware fixiert (Art. 20). Ersteres entspricht dem CISG (Art. 49 Abs. 1 lit. a und b CISG); die Gefahr geht dagegen unter dem CISG im Zweifel über, sobald die Ware dem ersten selbständigen Beförderer übergeben ist (Art. 67 CIG).

den professionellen Handelskauf regeln sollte, für den in 24 der 28 EU-Staaten, wie erwähnt, das CISG gilt. 2015 hatte die neue Junker-Kommission den CESL-Kaufrechtsentwurf „schubladiert“, ihn also ad acta gelegt. Stattdessen legte sie im Dezember 2015 zwei Richtlinienentwürfe für Verträge über digitale Inhalte vor.⁸² Ein einheitliches Kaufrecht wird es in Europa, vom CISG abgesehen, deshalb in absehbarer Zeit nicht geben. Vielmehr setzt Europa den Weg der piecemeal-Gesetzgebung fort, die einzelne Aspekte für einzelne Vertragstypen regelt. Für die europäischen Rechtsakte steht indessen immer wieder das CISG Pate. Damit wirkt Rabels Einfluss zwar indirekt, aber nachhaltig in Europa fort. Das sei für die europäischen Rechtsakte kurz exemplifiziert.

2. Einfluss des CISG auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stammt von 1999. Sie regelt nur, wann ein Verbrauchsgut mangelhaft ist und welche Rechte, von Schadensersatz abgesehen, der Käufer in diesem Fall hat. Die Regelung der Schadensersatzansprüche bleibt dagegen dem nationalen Recht überlassen.⁸³ Sowohl für die Bestimmung des Verbrauchsgutes als auch für den Fehlerbegriff und die Rechtsbehelfe hat sich die Richtlinie stark am CISG orientiert. So definiert sie Verbrauchsgüter als „bewegliche körperliche Gegenstände,“ auch wenn sie erst herzustellen oder zu erzeugen sind.⁸⁴ Das entspricht ganz dem Begriff, der dem Einheitskaufrecht seit Beginn zugrunde liegt. Ferner folgt die Fehlerdefinition in Art. 2 der Richtlinie in ihrer Struktur und zum erheblichen Teil auch im Wortlaut der Fehlerdefinition in Art. 35 CISG. Beide Vorschriften verlangen, dass die Kaufsache mit den Abmachungen des Vertrags übereinstimmen muss,⁸⁵ dass sie einer vorgelegten Probe oder einem vorgelegten Muster entsprechen muss;⁸⁶ außerdem müssen sich die Ware bzw. die Verbrauchsgüter „für die Zwecke eignen, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird“⁸⁷ bzw. „für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.“⁸⁸ Nicht ganz identisch sind in beiden Rechtsakten die Anforderungen an die Eignung für besondere Zwecke, die der Käufer dem Verkäufer zur Kenntnis gebracht hat. Die Richtlinie verlangt hier zusätzlich die volle Zustimmung des Verkäufers, die freilich auch stillschweigend erfolgen kann.⁸⁹ Damit dürfte kaum an-

⁸² Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9.12.2015 (COM(2015) 634 final); Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9.12.2015 (COM (2015) 635 final).

⁸³ Art. 8 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁸⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; Art. 35 Abs. 1 CISG.

⁸⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. a Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; Art. 35 Abs. 2 lit. c CISG.

⁸⁷ Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG.

⁸⁸ Art. 2 Abs. 2 lit. c Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁸⁹ S. Art. 2 Abs. 2 lit. b Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

deres gemeint sein als die Einigung auf eine besondere Zweckeignung.⁹⁰ Das CISG setzt dagegen neben dem Zur-Kennntnis-Bringen als weiteres Element voraus, dass der Käufer auf die höhere Sachkunde des Verkäufers vertrauen durfte.⁹¹ Doch es scheint, dass sich dieser Unterschied in der Anwendungspraxis kaum auswirken dürfte. Wenn der Käufer dem Verkäufer beispielsweise mitgeteilt hat, dass er den gekauften Trevirastoff bedrucken wolle, und der Verkäufer nach ersten Problemen zum Weiterdruck geraten hat,⁹² dann dürfte das Ergebnis sowohl beim CISG-Kauf als auch bei einem Verbraucherkauf dasselbe sein: der Verkäufer muss für den Mangel haften, weil er zumindest stillschweigend damit einverstanden war, dass der Stoff bedruckt werden könne, aber auch weil der Käufer auf die höhere Sachkunde des Verkäufers vertrauen durfte.

Allein die Richtlinie statuiert eine Haftung für Sacheigenschaften, „die der Käufer vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden.“⁹³ Die praktische Wirksamkeit dieser Haftung für öffentliche Werbeäußerungen scheint, gemessen an der Zahl einschlägiger Entscheidungen,⁹⁴ eher gering. Zudem dürften auch unter dem CISG öffentliche Werbeäußerungen (z.B. über den Kraftstoffverbrauch etc.) die Erwartungen im Hinblick auf den gewöhnlichen Nutzungszweck der Kaufsache beeinflussen. Die Abweichung vom CISG ist damit eher äußerlich als inhaltlich-sachlich. Das gilt auch für die sog. „IKEA-Klausel“ der Richtlinie, nach der der Verkäufer für eigene Montagefehler sowie falsche Montageanleitungen einzustehen hat.⁹⁵ Auch wenn das CISG keine entsprechende ausdrückliche Regel enthält, dürfte die Lösung unter dem CISG nicht anders sein.

Die Richtlinie sieht wie das CISG und wie schon Rabel die Lieferung mangelhafter Ware als einen Fall der einheitlich verstandenen Vertragsverletzung an⁹⁶ und beseitigt damit eine besondere, vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht abgetrennte Gewährleistungshaftung. Sie vollzieht sozusagen für Europa den Abschied vom römischen Kaufrecht. Auch das römischrechtliche Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung steht dem Käufer nach der Richtlinie nicht mehr frei zur Verfügung. Der Käufer muss vielmehr zunächst Nacherfüllung (Reparatur oder Ersatzlieferung) verlangen; er kann nur wandeln oder mindern, wenn die Nacherfüllung

⁹⁰ In diesem Sinn *Pfeiffer*, in NomosKommentar BGB, Bd 2/1 (3. Aufl. 2016) Anhang VII zu §§ 433–480 Art. 2 VerbrGK-RL Rn. 17.

⁹¹ Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG.

⁹² *S. Schmitz-Werk GmbH & Co v. Rockland Industries, Inc.*, Court of Appeals (4th Cir., USA) IHR 2003, 292.

⁹³ Art. 2 Abs. 2 lit. d Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Doch schränkt Art. 2 Abs. 4 die Haftung für öffentliche Werbeaussagen wieder erheblich ein.

⁹⁴ S. etwa die Nachweise bei Weidenkaff, in: Palandt, BGB (75. Aufl. 2016) § 434 Rn. 31 ff.

⁹⁵ Art. 2 Abs. 5 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁹⁶ S. auch *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht (2015) 244.

unmöglich, ihm unzumutbar oder unverhältnismäßig ist.⁹⁷ Diese Rechtsbehelfe entsprechen jenen des CISG bis auf das Schadensersatzrecht, das die Richtlinie im Gegensatz zum CISG ja nicht regelt, sondern dem nationalen Recht überlässt.

Gewisse Unterschiede zwischen beiden Instrumenten gibt es jedoch im Hinblick auf das Recht des Käufers, den Vertrag einseitig zu beenden. Ähnlich wie das CISG sieht die Richtlinie die Vertragsauflösung nur als nachrangigen Behelf vor. Zwar ist er nicht wie im CISG „ultima ratio“. Aber er rangiert doch erst nach der Erfüllung. Bei „einer geringfügigen Vertragswidrigkeit“ hat der Verbraucher schließlich keinerlei Anspruch auf Vertragsauflösung.⁹⁸ Der BGH hat hierzu bekanntlich judiziert – allerdings ohne den EuGH einzuschalten –, dass Mängel dann geringfügig sind, wenn der Aufwand für ihre Beseitigung 5% des Kaufpreises nicht übersteigt.⁹⁹ Bei höherem Beseitigungsaufwand darf der Verbraucher den Vertrag dagegen stets auflösen. Im CISG gibt es keine solche formale Erheblichkeitsschwelle; doch wird der Rücktritt, vor allem um die Transportkosten nicht zu frustrieren, generell in engeren Grenzen als unter der Richtlinie zugelassen.

Nimmt man im CISG freilich das Recht des Verkäufers hinzu, Mängel noch zumutbar zu beheben und so dem Käufer das Aufhebungsrecht aus der Hand zu schlagen, dann zeigt sich auch hier eine deutliche Tendenz zum Vorrang der Vertragserfüllung vor anderen Behelfen, insbesondere vor der Vertragsaufhebung. Der Abstand zwischen Richtlinie und CISG ist, was die Rechtsbehelfe mit Ausnahme des Schadensersatzes angeht, im Ganzen gering.

Die Richtlinie sieht anders als das CISG keine Obliegenheit des Verbrauchers vor, Ware auf Mängel zu untersuchen und etwaige Mängel zu rügen. Überraschenderweise erlaubt die Richtlinie aber den Mitgliedstaaten, eine solche Rügeobliegenheit für den Verbraucherkauf einzuführen.¹⁰⁰ Die Mitgliedstaaten müssen dann jedoch eine mindestens zweimonatige Rügefrist vorschreiben, nach deren Ablauf der Verbraucher die Mängelrechte verliert.¹⁰¹ Gegenüber der üblich gewordenen Monatsfrist des CISG ist das nur ein mäßig verlängerter Zeitraum, dem Verbraucher damit ähnlich wie Kaufleute unterworfen werden können. Der Richtliniengeber sah es mithin als vertretbar an, auch Verbraucher mit der Rügeobliegenheit zu belasten.

Überhaupt muss der Befund überraschen, dass eine Verbraucherregelung sich der Regeln für den internationalen Handelskauf als Modell bedient und sich an ihnen zu einem beachtlichen Teil wörtlich ausrichtet. Allerdings betreffen diese Regeln Grundfragen des Sachkaufs: die Definition der Kaufsache, den Fehlerbegriff, die Rechtsbehelfe. Es gibt keine Sachgesetzlichkeiten, die zu unterschiedlicher Behandlung dieser Fragen für Verbraucher- und Handelskäufe zwingen. Inso-

⁹⁷ S. Art. 3 Abs. 3 und Abs. 5 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁹⁸ Art. 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁹⁹ BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 m. Anm. Peters.

¹⁰⁰ Art. 5 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

¹⁰¹ S. Art. 5 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

weit beweist die Übernahme des Modells des CISG nur seine Eignung, überzeugende Antworten auf diese Grundfragen zu geben. Das CISG stellt für sie abgewogene, interessengerechte Lösungen zur Verfügung. Erinnern wir uns an Rabels maßgeblichen, wenn auch indirekten Einfluss auf das CISG, dann müssen wir hier auch seinen weiter mediatisierten, aber durchaus erheblichen Einfluss auf die Richtlinie und damit auf das Kaufrecht aller EU-Staaten konstatieren. Denn alle EU-Staaten hatten die Richtlinie von 1999 ja in das eigene Recht zu implementieren. Darauf ist bei der Erörterung von Rabels Einfluss auf das deutsche Recht noch zurückzukommen.

3. Einfluss des CISG auf CESL

Der Entwurf von 2011 für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (CESL) ist bedingt und bedarf hier deshalb keiner ausführlichen Behandlung. Er war die traurige, hastig zusammengestellte Essenz des so ambitionierten Draft Common Frame of Reference und sollte als optionales Instrument den Parteien eine eigene Kaufrechtsordnung zur Verfügung stellen, die sie hätten wählen können. In 186 Artikeln regelte er das Kaufrecht sowohl für Handels- als auch für Verbraucherkäufe. Es lässt sich pauschal sagen, dass das CESL sich in seiner Grundstruktur und vielen Einzelheiten stark am CISG orientierte. Nur wenige Punkte seien zum Beleg angeführt: CESL folgt dem grundsätzlichen Haftungsmodell des Einheitskaufrechts, das eine strikte Haftung für jede Vertragsverletzung vorsieht. Im Prinzip gibt es die Rechtsbehelfe des Erfüllungsanspruchs, der Minderung, der Vertragsaufhebung und des Schadensersatzes. Wie das CISG und wie im Grundsatz schon die ersten Kaufrechtsentwürfe gewährt CESL das Recht zur Vertragsaufhebung bei professionellen Käufen nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung, die es fast wortgleich mit dem CISG definiert.¹⁰² Von der Schadensersatzhaftung entlasten sowohl im CESL wie im Einheitskaufrecht unvermeidbare äußere Hindernisse.¹⁰³ Die Obliegenheit, die Ware auf Mängel zu untersuchen und entdeckte Mängel fristgerecht zu rügen, findet sich – wiederum nur für professionelle Parteien – auch im CESL.¹⁰⁴ Auch hierin folgt das CESL also, ebenso wie das Einheitskaufrecht auf allen seinen Stufen, der ursprünglichen Auswahlentscheidung Rabels. Das gilt ebenso für das right to cure des Verkäufers, mit dem das CESL den Spuren des CISG ebenfalls ganz weitgehend folgt.¹⁰⁵ Nicht verschwiegen werden darf, dass das CESL in einigen Beziehungen auch über den sachlichen Anwendungsbereich des CISG hinausgeht, indem es Vorschriften über Willensmängel, unfaire Vertragsbedingungen, vorvertragliche Informationspflichten (für Verbraucher) und Verjäh-

¹⁰² S. Art. 87 Abs. 2 lit. b CESL im Vergleich zu Art. 25 CISG.

¹⁰³ Art. 88 Abs. 1 CESL, Art. 79 Abs. 1 und 5 CISG.

¹⁰⁴ Art. 106 Abs. 2 lit. b, Art. 121, 122 CESL.

¹⁰⁵ S. Art. 109 CESL und Art. 48 CISG; s. auch oben unter II. 3. h).

nung enthält. Hierzu findet sich im CISG fast nichts,¹⁰⁶ so dass dann das anwendbare vereinheitlichte¹⁰⁷ oder nationale Recht einspringen muss.

Jedenfalls für den internationalen Warenkauf folgt CESL weitgehend dem CISG und damit Rabels Grundentscheidungen. Die große Nähe zum CISG erübrigte aber auch die Existenz des CESL für grenzüberschreitende Handelskäufe. Zu Recht hat Peter Mankowski gefragt: „CESL – who needs it?“ und die Frage praktisch mit „niemand“ beantwortet.¹⁰⁸

4. Einfluss des CISG auf die Richtlinienentwürfe zu Verträgen über digitale Inhalte

Im Dezember 2015 hat die Europäische Kommission zwei Richtlinienentwürfe vorgelegt, die sich mit Kaufverträgen im digitalen Markt beschäftigen. Der Vorschlag COM (2015) 634 final erfasst mit wenigen Ausnahmen¹⁰⁹ alle Verbraucher-Verträge, die die Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben. Der Vorschlag COM (2015) 635 final erfasst alle Verbraucherkäufe im Fernabsatz, insbesondere über das Internet. Beide Vorschläge berühren aber nur bestimmte Aspekte der erfassten Kaufverträge; die Vorschläge beabsichtigen keine Kodifikation, wie sie das CISG enthält und das CESL anstrebte. Ähnlich wie bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist deshalb auch nur ein partieller Vergleich mit dem Einheitskaufrecht möglich. Beide Vorschläge sehen Bestimmungen zur Vertragsmäßigkeit und zu den Rechtsbehelfen für ihren Bereich vor. Weitgehend sind dies wortreichere Umschreibungen der entsprechenden Regeln in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Wie jene Richtlinie orientieren sich die beiden Entwürfe in der Sache an der Grundstruktur des CISG, weichen im Wortlaut jedoch deutlicher von ihm ab. Beide Entwürfe sehen insbesondere eine Rangordnung der Rechtsbehelfe vor, nach der die Erfüllungsbefehle grundsätzlich vor der Preisminderung und der Vertragsaufhebung rangieren.¹¹⁰ Allerdings enthalten sie auch einige Modifikationen gegenüber den Lösungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und des zugrundeliegenden CISG. Zunächst ist dem Entwurf COM (2015) 634 final freilich zu entnehmen, dass der Erwerb digitaler Inhalte als Kauf zu qualifizieren sein kann¹¹¹ und dass Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte jedenfalls im Wesentlichen wie Kaufverträge behandelt werden sollen.¹¹² In beiden Entwürfen fehlt im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Ausschluss des Aufhebungsrechts für

¹⁰⁶ Zum Irrtum über die abgegebene Erklärung, über Eigenschaften der Ware und über die Bonität des Vertragspartners enthält das CISG freilich eigene Regeln (Art. 27, 45 und 71 CISG), die den Rückgriff auf das anwendbare nationale Recht ausschließen.

¹⁰⁷ Das gilt für die Verjährung, soweit die UN-Verjährungskonvention von 1974 anwendbar ist (Deutschland ist kein Vertragsstaat).

¹⁰⁸ Mankowski, CESL – who needs it?, IHR 2012, 45 ff.

¹⁰⁹ S. Art. 3 Abs. 5 COM (2015) 634 final.

¹¹⁰ S. Art. 12 COM (2015) 634 final, Art. 9 COM (2015) 635 final.

¹¹¹ S. etwa Erwägungsgrund 3, 4, 6, 12 COM (2015) 634 final.

¹¹² S. insbesondere Art. 6 (Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte), Art. 10 (Haftung des Anbieters), Art. 12 COM (2015) 634 final (Abhilfen bei Vertragswidrigkeit).

Vertragswidrigkeiten, die bloß „geringfügig“ sind.¹¹³ Insoweit sind die Entwürfe verbraucherfreundlicher als die Richtlinie und weichen erst recht von der Einstellung des CISG ab, dass die Vertragsaufhebung „ultima ratio“ sein sollte. Ebenfalls sehr verbraucherfreundlich, aber wohl auch missbrauchsanfällig ist die Lösung der Entwürfe, dass der Verbraucher nach einem berechtigten Rücktritt keinerlei Ersatz für die Nutzung oder die Wertminderung durch normale Nutzung zu leisten hat.¹¹⁴ Unter dem CISG hat der Käufer diese Vorteile dagegen zu ersetzen.¹¹⁵

Es zeigt sich, dass die jüngsten Regelungsbemühungen für Verbraucherkäufe im digitalen Markt sich doch stärker vom CISG und seinen älteren Grundlagen entfernen. Freilich ist das vor allem dem angestrebten Verbraucherschutz und auch den Eigenarten digitaler Waren und Käufe geschuldet. Rabels Grundentscheidung, die Vertragswidrigkeit als allgemeine Vertragsverletzung zu behandeln, nehmen aber auch diese neuesten Ansätze auf.

IV. Rabels Einfluss auf das deutsche Recht

Auch der Einfluss Rabels auf das deutsche Recht ist mittelbar, aber nachhaltig.¹¹⁶ Als die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999 umzusetzen war, stand Deutschland vor der Wahl, in einer kleinen Lösung allein die Richtlinie zu implementieren oder in einer großen Lösung das Schuldrecht des BGB insgesamt entlang den grundlegenden Vorstellungen der Richtlinie zu modernisieren. Bekanntlich hat man sich mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2002 für letzteren Weg entschieden. Wie im CISG, das in erheblichem Maß Modell für die Modernisierung war, und wie schon in den ersten Entwürfen zur Kaufrechtsvereinheitlichung hat der deutsche Gesetzgeber die Sonderstellung des Gewährleistungsrechts im Wesentlichen beseitigt und die Lieferung schlechter Ware der Sache nach in das allgemeine Leistungsstörungenrecht mit seinem neuen Generalbegriff der Pflichtverletzung integriert.¹¹⁷ Die starke Differenzierung des früheren deutschen Rechts zwischen den einzelnen Arten der Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, positive Vertragsverletzung oder Schlechterfüllung) hat man zwar nicht gänzlich aufgegeben; sie hat aber doch an Bedeutung deutlich eingebüßt. Man hat sich Rabels Einsicht angeschlossen, dass dies alles nur Fälle der einheitlichen Vertrags- oder nunmehr Pflichtverletzung sind. Dem CISG und vor allem der Verbrauchsgü-

¹¹³ S. auch *Smits*, *New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts: Fit for Purpose?*, ZEuP 2016, 319 ff. (322); *Stiegler/Wawryka*, *Umbruch der Gewährleistungsrechte beim Fernabsatzverkehr? Der Richtlinienentwurf über vertragliche Aspekte des Inline-Warenhandels*, BB 2016, 903 ff (908 f.).

¹¹⁴ Art. 13 Abs. 4 COM (2015) 634 final; Art. 13 Abs. 3 lit. d COM (2015) 635 final.

¹¹⁵ S. Art. 84 Abs. 2 CISG.

¹¹⁶ S. auch *Rösler*, *70 Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel, Werk- und Wirkgeschichte*, RabelsZ 70 (2006) 793 ff. (803 ff.).

¹¹⁷ S. § 437 iVm §§ 439–441, 280, 281, 323, 326 BGB.

terkaufrichtlinie entspricht auch die Zurückdrängung des freien Rücktrittsrechts bei Lieferung mangelhafter Ware. Konnte der Käufer früher in einem solchen Fall stets wandeln, ist das jetzt bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen.¹¹⁸ Auch der grundsätzliche Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs, den das BGB in Übernahme der Richtlinie vorsieht,¹¹⁹ wirkt in die Richtung, den Kaufvertrag aufrechtzuerhalten. Allerdings ist das BGB dem CISG und seinen Vorentwürfen nicht darin gefolgt, die Schadensersatzhaftung der Parteien strikt auszugestalten. Vielmehr ist im BGB nach wie vor Verschulden Haftungsvoraussetzung für Schadensersatzansprüche. Allerdings wird das Verschulden nun ausdrücklich vermutet.¹²⁰ Der Unterschied zwischen vermutetem Verschulden und der Haftungsentlastung bei unkontrollierbaren äußeren Ereignissen ist freilich nicht allzu groß, zumal die deutsche Rechtsprechung einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff folgt und die Entlastung vom vermuteten Verschulden nicht leicht gewährt. Im Ergebnis hat die deutsche Schuldrechtsreform von 2002 das BGB dem Modell des CISG in den Grundentscheidungen erheblich angenähert. Es sind die Grundentscheidungen, die, wie wir gesehen haben, weitgehend auf Rabel zurückgehen. Über den Umweg des Einheitskaufrechts (CISG) und des davon beeinflussten europäischen Rechts (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) sind Rabels wesentliche, aus der Rechtsvergleichung gewonnene Ideen zum Kauf- und allgemeinen Schuldvertragsrecht in das Land zurückgekehrt, das ihn seinerzeit vertrieben hatte.

V. Würdigung

Rabel hat die bis zum CISG fortwirkende Entwicklung der Kaufrechtsvereinheitlichung angestoßen und maßgebend geprägt. Ihm ist im Wesentlichen das tragende Gerüst des Einheitskaufrechts zu verdanken, das aus Folgendem besteht: eine strikte Haftung für jede Vertragsverletzung einschließlich der Lieferung mangelhafter Ware; Haftung zumindest auf Ersatz des bei Vertragsschluss vorhersehbaren Schadens; eine Entlastung von der Haftung nur bei unbeherrschbaren äußeren Erfüllungshindernissen und grundsätzlich eine Entlastung nur von der Schadensersatzhaftung; grundsätzliche Gewährung von Erfüllungsansprüchen; Vertragsaufhebung nur bei wesentlicher Vertragsverletzung; ferner Minderungsanspruch des Käufers und right to cure des Verkäufers. Damit ist Rabel weitgehend, wie die Rügebliogenität zeigt, aber auch nicht in allem dem anglo-amerikanischen Vorbild gefolgt. Dieses Modell lässt sich nahezu unverändert auf die meisten Arten von Verträgen übertragen und es verwundert nicht, dass sowohl die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts als auch die Principles of European

¹¹⁸ S. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

¹¹⁹ S. § 440 BGB.

¹²⁰ S. § 437 Nr. 3 iVm § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Contract Law das CISG-Modell ganz weitgehend übernommen haben. Wie gesehen, haben sich auch die EU und der deutsche Gesetzgeber davon nachhaltig inspirieren lassen. Der Einfluss Rabels auf das CISG und auf die Entwicklung des Kauf- und Vertragsrechts in Deutschland, Europa und vielen außereuropäischen Ländern ist, wiewohl mittelbar, deshalb kaum zu überschätzen.

Die Überzeugungskraft der Rabelschen Ideen ist aus der intensiven Rechtsvergleichung erwachsen, die Rabel mit seinen Mitarbeitern betreiben konnte, und aus Rabels Fähigkeit, aus der Vielfalt der Erscheinungen das Wichtige herauszufiltern und zu einem ausgewogenen, gerechten Ganzen zu verbinden. Rabel hat das in einer Rede in den USA – wohl im Jahr 1940 – so ausgedrückt: „...comparison makes a great lot of historical national clothing of otherwise universal ideas disappear and also a still greater mass of accidental formalities and complications evoked by arbitrary law making. It is a trend which one likes the more, the older one grows; simplicity seems then so much wiser than acuteness.”¹²¹ Die “universal ideas” unter dem Gewand der historisch-nationalen Verkleidung zu entdecken und sie auf einfache und klare Weise auszudrücken, bedarf es aber der Gaben, die Rabel besaß.

Rabel selbst hat den Siegeszug ‘seines’ Einheitskaufrechts nicht mehr erlebt, aber wohl fest darauf vertraut und sich auch in den schlimmsten Phasen seines Lebens – nach dem Verlust seines Amtes und seiner Stellung – unverändert mit Nachdruck für die Kaufrechtsvereinheitlichung eingesetzt. Hierfür hat er bis heute unsere Bewunderung und unseren Respekt verdient.

¹²¹ S. RabelsZ 50 (1986) 302.