

ANDREA SANDROCK

Vertragswidrigkeit der Sachleistung

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

104

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

104

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Andrea Sandrock

Vertragswidrigkeit der Sachleistung

Eine Untersuchung
zum europäischen Privatrecht

Mohr Siebeck

Andrea Sandrock, geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaften in Bielefeld und Berlin; 1998–99 Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin; 1999–2001 Graduiertenkolleg Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Humboldt-Universität zu Berlin; 2002 Promotion; zur Zeit Referendarin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, Humboldt-Universität zu Berlin.

978-3-16-158395-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148119-4

ISSN 0720-1147 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2003 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Januar 2002 berücksichtigt, einschließlich der Änderungen im deutschen und österreichischen Schuldrecht zum 1. Januar 2002.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Axel Flessner, LL.M. Während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl an der Humboldt-Universität ist die Idee für diese Arbeit entstanden. Er hat mein Interesse für das europäische Privatrecht geweckt und mich in allen Phasen der Promotion freundlich und engagiert unterstützt.

Weiterhin danke ich Prof. Dr. Robert Rebhahn für das Interesse, das er der Arbeit und der Thematik entgegengebracht hat, und für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat die Entstehung der Arbeit über das „Graduiertenkolleg für Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht“ an der Humboldt-Universität zu Berlin gefördert. Das Stipendium hat es mir ermöglicht, mich mit ganzem Einsatz der Dissertation zu widmen. Der Austausch mit den anderen Kollegiaten war in fachlicher und persönlicher Hinsicht stets wertvoll. Ihnen, den Professoren des Graduiertenkollegs und der DFG sei an dieser Stelle gedankt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, danke ich für die freundliche Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe, Frau Irene Heinrich für die redaktionellen Anmerkungen.

Herzlicher Dank gebührt Frau Katja Eisenberg für die orthographische Korrektur und Frau Nina Scherber für die kritische Durchsicht des ersten Entwurfs. Herr Christian Bornhorst, LL.M., hat mich in allen Phasen der Arbeit geduldig unterstützt.

Schließlich danke ich herzlich meinen Eltern, die mir immer mit Rat und Tat zur Seite stehen.

Berlin, im März 2003

Andrea Sandrock

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
§ 1 Das Konzept des Sachleistungsvertrages	5
I. Bedürfnis für vertragsübergreifende Grundsätze	5
II. Bedeutung der EG-Richtlinie zum Verbraucherkauf	28
III. Zwischenergebnis	39
IV. Probleme einer vertragsübergreifenden Behandlung	39
V. Methode der Untersuchung	43
VI. Ergebnis	46
§ 2 Voraussetzungen der Haftung	47
I. Vertragswidrigkeit der Sache	47
II. Ausschluss der Haftung	95
III. Abgrenzung zu anderen privatrechtlichen Fragen	156
IV. Zusammenfassung	164
§ 3 Rechtsfolgen der Haftung	165
I. Systematik	166
II. Herstellung der Vertragsmäßigkeit durch Sachschuldner	170
III. Ersatzvornahme	190
IV. Herabsetzung der Gegenleistung	209
V. Auflösung des Vertrages	237
VI. Schadensersatz	291
VII. Ergebnis zu den Rechtsfolgen der Haftung	321
Schlussbetrachtung	322
I. Fazit zu den Voraussetzungen der Haftung	322
II. Fazit zu den Rechtsfolgen der Haftung	325
III. Fazit zum Konzept des Sachleistungsvertrages	327
IV. Schluss	331
Literaturverzeichnis	333
Sachregister	355

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
§ 1 Das Konzept des Sachleistungsvertrages	
I. Bedürfnis für vertragsübergreifende Grundsätze	5
1. Besonderes Vertragsrecht	5
a) Haftung für Vertragswidrigkeit als Gegenstand des besonderen Vertragsrechts	8
b) Sonderrolle Englands?	9
c) Sonderrolle Österreichs	12
d) Ergebnis	13
2. Privatautonomie	14
3. Schnittstellen, Abgrenzungsprobleme und ihre Lösungen	14
a) Ausgangspunkt: Kaufvertrag	15
b) Werkvertrag	15
c) Endgültige oder vorübergehende Leistung	20
d) Gegenleistung	23
aa) Entgeltliche und unentgeltliche Vereinbarungen	23
bb) Art der Gegenleistung	25
e) Ergebnis	26
4. Ergebnis	27
II. Bedeutung der EG-Richtlinie zum Verbraucherkauf	28
1. Bedeutung für das europäische Vertragsrecht	28
2. Bedeutung für die Vertragstypen	33
a) Umsetzung in Deutschland, Frankreich und den Niederlanden	34
b) Umsetzung in England	36
c) Umsetzung in Österreich	36
3. Bedeutung für die Schnittstellen zwischen Vertragstypen	36
4. Ergebnis	38
III. Zwischenergebnis	39
IV. Probleme einer vertragsübergreifenden Behandlung	39
1. Dauerschuldverhältnis	39
a) Unzufriedenheit wegen des anfänglichen Zustands der Sache	40
b) Unzufriedenheit wegen des späteren Zustands der Sache	41
2. Spezialisierung des Mietrechts	41
3. Probleme des englischen Rechts	42
4. Ergebnis	42
V. Methode der Untersuchung	43
1. Vertragsübergreifende Behandlung	43
2. Beschränkung auf Haftung für vertragswidrige Sachen	44
3. Erfasste Vertragsgegenstände	44
4. Leistungszeit	46
VI. Ergebnis	46

§ 2 Voraussetzungen der Haftung

I.	Vertragswidrigkeit der Sache	47
1.	Parteivereinbarung	48
a)	Rechtsverbindlichkeit	49
b)	Eigenschaften	53
aa)	Verbale Vereinbarungen	54
(1)	„Zusicherung“ im deutschen Recht	56
(2)	„Non-conformité“ und „vice caché“ im französischen Kaufrecht	57
bb)	Non-verbale Vereinbarungen	60
cc)	Ergebnis	61
c)	Gebrauchszweck	61
aa)	Bedeutung einer Zweckvereinbarung	62
bb)	Rechtsverbindlichkeit	63
d)	Ergebnis	70
2.	Gewöhnlicher Zustand	70
3.	Regeln der Technik	75
4.	Falschliefereung / Quantitätsfehler	76
a)	Rechtsordnungen mit Abgrenzungsproblemen	76
aa)	Falschliefereung	77
bb)	Quantitätsfehler	79
b)	Rechtsordnungen ohne Abgrenzungsprobleme	80
c)	Ergebnis	82
5.	Bagatellschwelle	82
6.	Zeitpunkt	85
a)	Endgültige Überlassung	86
b)	Zeitweise Überlassung	90
7.	Ergebnis der vertragsübergreifenden Behandlung	93
8.	Rechtsvergleichendes Ergebnis	94
II.	Ausschluss der Haftung	95
1.	Vertragliche Vereinbarung	95
a)	Individuelle Vertragsklauseln	97
aa)	Generelle Beschränkungen der Vertragsfreiheit	97
bb)	Personenbezogene Beschränkungen der Vertragsfreiheit	99
b)	Formularmäßiger Ausschluss	104
aa)	Erfasste Personenkonstellationen	105
bb)	Grundsatz	106
cc)	Listen	107
(1)	Vertragsmäßigkeit der Leistung	108
(2)	Fristen	108
(3)	Schadensersatz	109
(4)	Sonstige Ansprüche	109
c)	Insbesondere: Haftungsausschluss durch Abtretung	110
d)	Insbesondere: Modifikationen durch Standardverträge	113
e)	Ergebnis	116
2.	Verhalten des Sachgläubigers	117
a)	Verantwortlichkeit des Sachgläubigers	117
aa)	Vertragswidriger Gebrauch	117
bb)	Materiallieferung	118
cc)	Montage	121
dd)	Ergebnis	122
b)	Kommunikationsdefizit	122
aa)	Vertragsschluss	123
bb)	Empfang der Sache	130

(1) Abnahme, réception und aanvaarding der Werkleistung	130
(2) Folge des Kommunikationsdefizits	132
(3) Kein Haftungsausschluss durch Entgegennehmen der Werkleistung	134
(4) Deutsches Kauf- und Mietrecht	136
cc) Nach Empfang der Sache – Relative Fristen	137
(1) Kurze relative Fristen (Rügeobliegenheit)	138
(a) Art der Geschäfte	138
(aa) Kauf- und Werkvertrag	138
(bb) Mietvertrag	139
(b) Fristbeginn und -dauer	140
(aa) Kenntnis	140
(bb) Kennenmüssen	141
(cc) Auswirkungen der Verbraucherkaufrichtlinie	144
(c) Folge des Kommunikationsdefizits	145
(d) Ergebnis der vertragsübergreifenden Behandlung	146
(2) Lange relative Fristen – Verjährung	147
3. Absolute Fristen – Verjährung	149
a) Nur absolute Fristen	149
aa) Deutscher Rechtskreis	149
bb) Frankreich, England, Verbraucherkaufrichtlinie, Einheitliches Kaufrecht	152
b) Zusätzliche absolute Fristen	153
4. Ergebnis zu relativen und absoluten Fristen	154
5. Ergebnis zum Haftungsausschluss insgesamt	155
III. Abgrenzung zu anderen privatrechtlichen Fragen	156
1. Irrtum	156
a) Französisches und deutsches Recht – Vorrangverhältnis	157
b) Parallelität	158
2. Andere Vertragsverletzungstatbestände	160
3. Deliktsrecht	161
a) Französisches Recht – Vorrangverhältnis	162
b) Parallelität	162
4. Ergebnis	163
IV. Zusammenfassung	164
§ 3 Rechtsfolgen der Haftung	
I. Systematik	166
1. Kaufvertrag	167
2. Werkvertrag	168
3. Mietvertrag	169
4. Ergebnis	169
II. Herstellung der Vertragsmäßigkeit durch Sachschuldner	170
1. Anspruch	170
a) Erfüllungsanspruch allgemein	171
b) Erfüllungsanspruch als Folge einer vertragswidrigen Leistung	174
aa) Mietvertrag und Werkvertrag	175
bb) Kaufvertrag	176
cc) Englisches Immobilienmietrecht	179
c) Ergebnis	179
2. Ausschluss	180
a) Unmöglichkeit	180
b) Unverhältnismäßigkeit	181

c) Anderer Rechtsbehelf genauso gut / besser geeignet	183
d) Ergebnis	184
3. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen	184
4. Durchführung	185
a) Inhalt des Erfüllungsanspruchs	185
b) Wahlrecht	187
c) Ausgleich für Vorteil bei Ersatzlieferung und Neuherstellung	189
5. Ergebnis	190
III. Ersatzvornahme	190
1. Rechtliche Grundlage	191
a) Vollstreckungsrecht	191
b) Materielles Zivilrecht	191
c) Insbesondere: Österreich	193
d) Schadensersatz	195
e) Ergebnis	195
2. Ausschluss	196
3. Vorrang der Naturalerfüllung	196
a) Abstrakter Vorrang	196
aa) Frist	197
bb) Ausnahmen	199
b) Konkreter Vorrang	201
c) Kein Vorrang	203
d) Ergebnis	205
4. Durchführung und Berechnung	205
a) Vorschuss	206
b) Berechnung	207
5. Ergebnis	208
IV. Herabsetzung der Gegenleistung	209
1. Rechtliche Grundlage	209
a) Spezieller Rechtsbehelf	209
b) Teilauflösung	210
c) Andere Möglichkeiten	212
d) Ergebnis	213
2. Vorrang der Erfüllung	213
a) Abstrakter Vorrang	214
aa) Frist	215
bb) Ausnahmen	216
b) Konkreter Vorrang	217
c) Kein Vorrang	218
d) Sonderfall Mietrecht	220
e) Ergebnis	221
3. Spezielle Voraussetzungen	221
4. Durchführung	222
5. Berechnung	225
a) Relative Berechnung	226
b) Absolute Berechnung	230
c) Untere Grenze der Minderung	232
d) Zeitpunkt der Berechnung	232
e) Ergebnis	235
6. Folgen	235
7. Ergebnis	236
V. Auflösung des Vertrages	237
1. Rechtliche Grundlage	237
2. Vorrang der Erfüllung	239

a)	Abstrakter Vorrang	240
b)	Konkreter Vorrang	241
aa)	Für Vorrang der Nacherfüllung im Einheitlichen Kaufrecht	241
bb)	Für Vorrang der Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufrecht	241
cc)	Stellungnahme	242
c)	Kein Vorrang	244
d)	Ergebnis	245
3.	Spezielle Voraussetzungen	245
a)	Intensität der Vertragsverletzung	246
aa)	Geringfügigkeitsschwelle	248
(1)	Niederlande	248
(2)	England	250
(3)	Schweizerisches Kaufrecht	252
(4)	Ergebnis	253
bb)	Wesentlichkeitsschwelle	253
cc)	Problematische Zuordnung	254
(1)	Verbraucherkaufrichtlinie	254
(2)	Französisches Recht	256
(3)	Ergebnis	257
dd)	Ursachen	257
ee)	Kriterien	260
(1)	Beeinträchtigung des Sachgläubigers durch Vertragsverletzung	261
(a)	Ausdrückliche Bedingung	261
(b)	Gebrauchsbeeinträchtigung	263
(c)	(Fehlende) Behebbarkeit	264
(d)	Vergleich mit anderen Ansprüchen	265
(e)	Vorsatz des Sachschuldners	266
(2)	Beeinträchtigung des Sachschuldners durch Vertragsauflösung	267
(a)	Rückabwicklungsprobleme	267
(b)	Unvorhersehbarkeit	268
ff)	Ergebnis	269
b)	Möglichkeit der Rückgabe der Sachleistung	270
4.	Durchführung	275
5.	Folgen für die Leistungspflichten	278
a)	Grundsätzlich: Befreiung bzw. Rückgewähr	279
aa)	Verträge über eine einmalige Leistung	279
bb)	Dauerschuldverhältnisse	281
b)	Ergebnis	282
c)	Insbesondere: Schicksal der Sachleistung	282
aa)	Interessen der Parteien	282
bb)	Folgen	284
(1)	Nutzungsersatz	285
(2)	Vergütung für andere als Sachleistungen	286
(3)	Rücknahmepflicht	288
6.	Ergebnis der vertragsübergreifenden Behandlung	290
VI.	Schadensersatz	291
1.	Rechtliche Grundlage	291
2.	Vorrang der Erfüllung	292
a)	Schadensersatz in Geld	293
b)	Schadensersatz in natura	294
c)	Ermessen des Richters	294
d)	Ergebnis	295
3.	Spezielle Voraussetzungen	295
a)	Garantiehftung	296

b) Besondere Umstände in der Person des Sachschuldners	297
aa) Gemeinsame Prinzipien für alle Sachleistungsverträge	298
bb) Unterschiede zwischen Vertragstypen	299
(1) Verschuldenshaftung	299
(2) Wissenshaftung	303
c) Vorhersehbarkeit	303
d) Ergebnis	304
4. Berechnung	305
a) Schadensersatz anstelle anderer Rechtsbehelfe	307
aa) Kosten einer Ersatzvornahme	307
bb) Geringerer Wert / geringere Gebrauchsfähigkeit der Sache	309
cc) „Großer Schadensersatz“	310
b) Schadensersatz zusätzlich zu anderen Rechtsbehelfen	311
aa) Gewährleistungsrecht und positive Forderungsverletzung	312
bb) Erfasste Schadensposten	315
c) Kombination	319
d) Einschränkung des Umfangs	320
e) Ergebnis zur Berechnung	320
5. Ergebnis zum Schadensersatz	320
VII. Ergebnis zu den Rechtsfolgen der Haftung	321
Schlussbetrachtung	
I. Fazit zu den Voraussetzungen der Haftung	322
1. Vertragswidrigkeit	323
2. Zeitpunkt	323
3. Individualvertraglicher Haftungsausschluss	324
4. Kommunikationsdefizit beim Empfang der Sache	324
5. Kommunikationsdefizit nach dem Empfang der Sache	325
II. Fazit zu den Rechtsfolgen der Haftung	325
1. Nacherfüllung durch den Sachschuldner	325
2. Herabsetzung der Gegenleistung	326
3. Vertragsauflösung	327
4. Schadensersatz	327
III. Fazit zum Konzept des Sachleistungsvertrages	327
1. Unterschiede zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag	328
2. Unterschiede zwischen Mietvertrag und Kauf- bzw. Werkvertrag	329
3. Ergebnis	331
IV. Schluss	331
Literaturverzeichnis	333
Sachregister	355

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AALR	Anglo-American Law Review
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AC	The Law Reports - Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (bis 31.12.2001)
AJCL	American Journal of Comparative Law
All ER	All England Law Reports
All ER Rep	All England Law Reports Reprint
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung)
BGB a.F.	Bürgerliches Gesetzbuch (in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BouwR	Bouwrecht
BT	Besonderer Teil
Build LR	Building Law Reports
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
Cciv	Code civil
Ccom	Code de Commerce
Cconsum	Code de Consommation
Ch	The Law Reports - Chancery Division
Ch.	Chapter
ChD	Chancery Division
chUWG	Schweizerisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
CLJ	Cambridge Law Journal
CISG	Convention on the International Sale of Goods (Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980)
Civ	Arrêt de la chambre civil de la Cour de cassation
Civ 1 ^{re}	Arrêt de la première chambre civil de la Cour de cassation

Civ 3 ^e	Arrêt de la troisième chambre civil de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
D	Dalloz
dBMJ	Deutsches Bundesministerium der Justiz
dBReg	Deutsche Bundesregierung
dHGB	Deutsches Handelsgesetzbuch
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKG	Haager Einheitliches Kaufgesetz (Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1964 für ein Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen)
EP	European Principles (Grundregeln des europäischen Vertragsrechts; "Lando-Prinzipien")
ERPL	European Review of Private Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
f(f)	(fort)folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewRÄG	Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz
GS	Gedächtnisschrift
HR	Hoge Raad
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JBL	Journal of Business Law
JBl	Juristische Blätter
JCP	Journal of Consumer Policy
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KB	The Law Reports - King's Bench Division
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lit.	litera
Lloyd's LR	Lloyd's Law Reports
LM	Lindenmaier-Möhring
Louisiana LR	Louisiana Law Review
LQR	Law Quarterly Review
Mich LR	Michigan Law Review
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MLR	Modern Law Review
Mon.NBW	Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ (D)	Neue Justiz
NJ (NL)	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NLJ	New Law Journal
NTBR	Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht

öHGB	Österreichisches Handelsgesetzbuch
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	Obligationenrecht
öRdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
QB	The Law Reports - Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer(n)
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RM Themis	Rechtsgeleerd magazijn Themis
RvA	Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Satz (im Zusammenhang mit Gesetzesangaben)
S.	Seite (im Zusammenhang mit Literaturangaben)
s(s)	section(s)
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Tulane LR	Tulane Law Review
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
UTCCR 1999	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WBI	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WLR	Weekly Law Reports
WM (Miete)	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
wv	wetsvoorstel
Yale LJ	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Die EG-Richtlinie zum Verbraucherkauf¹ hat den Blick auf ein klassisches Problem der Rechtswissenschaft gelenkt: die Haftung² des Verkäufers für die Vertragswidrigkeit der Kaufsache. Das europäische Privatrecht³ erhält damit Regeln für den Fall, dass der Verbraucher als Käufer mit der erworbenen beweglichen Sache nicht zufrieden ist und wegen dieser Unzufriedenheit Ansprüche an den professionell handelnden Verkäufer stellt. Die Anwendung dieser Regeln führt zu der Beurteilung, ob der Käufer berechtigterweise unzufrieden ist und welche Rechtsbehelfe ihm deshalb gegen den Verkäufer zur Verfügung stehen.

Die Frage nach der rechtlichen Behandlung einer vertragswidrigen Sachleistung tritt aber nicht nur in dem von der Verbraucherkaufrichtlinie erfassten Bereich auf. Zunächst ist sie nicht auf Verträge über bewegliche Sachen beschränkt, sondern sie stellt sich ebenso bei Verträgen über Immobilien. Weiterhin kann auch der professionell handelnde Käufer unzufrieden mit der Kaufsache sein oder der private Verkäufer sich Ansprüchen ausgesetzt sehen. Schließlich zeigt sich dieselbe Situation bei einer Vielzahl anderer Verträge, deren Gegenstand die Leistung einer Sache ist.⁴ Folglich muss das nationale Zivilrecht der Mitgliedstaaten Regeln enthalten, die diesen gegenüber der Verbraucherkaufrichtlinie in dreifacher Hinsicht erweiterten Bereich der Haftung für die Vertragswidrigkeit erfassen. In vielen Rechtsordnungen ist das Vertragsrecht in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gegliedert. Im besonderen Teil ist geregelt, wann und wie beispielsweise der Verkäufer, der Vermieter oder der Werkhersteller für eine Vertragswidrigkeit haften.

¹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, abgedruckt u.a. in NJW 1999, 2421 ff.

² Der Begriff „Haftung“ bezeichnet häufig nur Schadensersatz für schuldhafte Pflichtverletzungen; vgl. *Schwartze*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, S. 26, Fn. 5. Hier wird der Begriff im einem weiteren Sinn, als „Einstehen für etwas“ verwendet.

³ Das „europäische Privatrecht“ umfasst das durch Verordnungen und Richtlinien der EG geschaffene gemeinschaftsrechtliche Privatrecht, das international vereinheitlichte Recht wie z.B. das Einheitliche Kaufrecht sowie das gemeineuropäische Privatrecht, d.h. diejenigen Rechtsgrundsätze, die die innere Einheit des europäischen Privatrechts zum Vorschein bringen; vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, S. V; *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht, AcP 200 (2000), 456 f.

⁴ *Köhler*, Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JuS 1979, 267 f; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 239.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, inwiefern die Haftung für die Vertragswidrigkeit der Sachleistung einheitlichen Grundsätzen unterliegt, unabhängig davon, welche Art von Vertrag die Parteien abgeschlossen haben, obwohl das Vertragsrecht diese Frage systematisch getrennt behandelt. Ausgangspunkt ist die These, dass eine einheitliche, vertragsübergreifende Behandlung des Themas möglich und geboten ist, da sich bei verschiedenen Arten von Verträgen dieselben Sachprobleme ergeben, deren Lösung sich an denselben Grundsätzen orientiert.

In § 1 wird zunächst ausführlich dargelegt, warum ein Bedürfnis für vertragsübergreifende Prinzipien der Vertragswidrigkeitshaftung besteht und welche Rolle die Verbraucherkaufrichtlinie in diesem Zusammenhang spielt. Weiterhin werden mögliche Probleme dieser Sichtweise erörtert und schließlich der von der Arbeit untersuchte Bereich genau eingegrenzt. § 2 behandelt die Voraussetzungen, die für eine Haftung des Sachschuldners gegeben sein müssen, und dabei insbesondere die Fragen, wann die Unzufriedenheit des Sachgläubigers berechtigten Anlass zu einem Vorgehen gegen den Sachschuldner bietet, wann eine eigentlich begründete Haftung ausgeschlossen ist und welche Überschneidungen sich zu anderen Rechtsbereichen ergeben. Mit den verschiedenen Rechtsbehelfen, die dem Sachgläubiger bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen zustehen, und mit ihren zusätzlichen besonderen Voraussetzungen befasst sich § 3. Die Schlussbetrachtung stellt die gewonnenen Erkenntnisse zusammen und bewertet sie.

Die Arbeit versteht sich als ein Beitrag zum europäischen Privatrecht. Grundlage der Untersuchung sind exemplarisch für den gesamten europäischen Rechtsraum zunächst die Mutterrechtsordnungen der drei großen Rechtskreise⁵ Deutschland, England⁶ und Frankreich, darüber hinaus das nationale Recht Österreichs, der Schweiz und der Niederlande. Der hier untersuchte Bereich ist außerdem Gegenstand von mindestens drei internationalen Regelwerken, nämlich des Einheitlichen Kaufrechts (CISG⁷) und der Verbraucherkaufrichtlinie (RiL) sowie der von der Kommission

⁵ Zur Rechtskreislehre vgl. *Zweigert, Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, S. 62 ff.

⁶ *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung², S. 97, zitiert *John Galsworthy*, „The Forsyte Saga“, das englische Recht habe einen „smell of fine old cheese“; tatsächlich heißt es dort (S. 260 der Ausgabe Oxford University Press, Oxford 1999) leider nur: „the savour, like nothing but the emanation of a refined cheese, so indissolubly connected with the administration of British justice“.

⁷ Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980. Es ist mittlerweile in zwölf EG-Staaten in Kraft (nicht im Vereinigten Königreich, Irland, Portugal) und verkörpert insofern europäisches Privatrecht. Im Vereinigten Königreich ist die Frage der Ratifikation „under continuing review“; vgl. *Bridge*, Curing defective performance, FS Lando, S. 83.

für europäisches Vertragsrecht entwickelten Grundregeln des europäischen Vertragsrechts („Lando-Prinzipien“, EP⁸). Da alle drei auf rechtsvergleichenden Überlegungen basieren, erlangen sie für eine europäisch angelegte Untersuchung besondere Bedeutung.

So weit wie möglich wird im Folgenden darauf verzichtet, die einzelnen Rechtsordnungen und Regelwerke isoliert zu betrachten, es werden keine Länderberichte verfasst. Vielmehr erfolgt die Darstellung entsprechend dem Ziel einer europäisch ausgerichteten Privatrechtswissenschaft länderübergreifend. So stehen am Ende der Arbeit vertragsübergreifende Haftungsgrundsätze des europäischen Privatrechts, die in ihrer Gesamtheit in keiner Rechtsordnung gelten, sondern als eine Niederschrift der ansonsten ungeschriebenen, „virtuellen“⁹ europäischen Rechtsgrundsätze zu verstehen sind.

⁸ *Lando, Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law* (übersetzt in ZEuP 2000, 675 ff).

⁹ *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht I*, S. VI.

§ 1 Das Konzept des Sachleistungsvertrages

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist die These, dass der Haftung für vertragswidrige Sachen einheitliche Prinzipien zugrunde liegen, unabhängig davon, bei welchem Vertragstyp sie problematisch wird. Zunächst ist zu klären, warum die Erarbeitung solcher Prinzipien sinnvoll ist und bei welchen Vertragstypen dieses Problem auftreten kann.

I. Bedürfnis für vertragsübergreifende Grundsätze

Ein Bedürfnis für vertragsübergreifende Prinzipien ist aus zwei Gründen anzunehmen: Zum einen führt die bisher übliche, nach Vertragstypen getrennte Behandlung der Haftung zu vermeidbaren Problemen, die im Folgenden dargestellt sind. Zum anderen wird die Umsetzung der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf zu einer Veränderung der bisher gültigen Kriterien zur Abgrenzung von Vertragstypen führen müssen (dazu II.).

1. Besonderes Vertragsrecht

Ein Grundpfeiler des europäischen Vertragsrechts ist die Freiheit der Rechtssubjekte, einen Vertrag mit fast beliebigem Inhalt abschließen zu können.¹ Ihre Privatautonomie wird nicht dadurch eingeschränkt, dass ein Vertrag einem gesetzlich vorgesehenen Vertragstyp entsprechen muss.² Im Gegensatz zum Sachenrecht gibt es im Vertragsrecht keinen *numerus clausus*, keine begrenzte Anzahl von Typen, aus denen sich die Parteien den Vertrag aussuchen müssen, der ihren Bedürfnissen am nächsten kommt. Vielmehr sind sie grundsätzlich — innerhalb der insbesondere

¹ *Drobnig*, Ein Vertragsrecht für Europa, FS Steindorff, S. 1148: „höchste Maxime des Vertragsrechts“; *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht, AcP 200 (2000), 485: „zentrales Prinzip des Obligationenrechts der europäischen Zivilgesetzbücher“; *Asser-Hartkamp*, Verbintenissenrecht II¹¹, Rn. 34; vgl. auch Art. 1:102 I EP; *Lando, Beale* (Hrsg.), Principles, S. 99: „The freedom of the parties to make the contract and provide the contract terms they wish, is recognized in all the member states.“

² Vgl. z.B. § 1107 I Cciv; *David, Grivart de Kerstrat*, Contrats en Droit Anglais, S. 71; *Lawson, Anton, Neville Brown*, Amos and Walton's Introduction to French Law, S. 151; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 15; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 5; *MünchKomm-Thode*³, § 305, Rn. 3, 35 ff; *OR-Schluelp/Amstutz*², Einl Art. 184 ff, Rn. 1; *Mark*, Chalmers' Sale of Goods Act, 1979¹⁸, S. viii f; *Sealy* in: Benjamin's Sale of Goods⁵, § 1-013; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, S. 7; *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht², S. 47.

zum Verbraucherschutz gezogenen Grenzen — frei, ihren Vertrag individuell zu gestalten.³

Dennoch enthalten die kontinentaleuropäischen Kodifikationen ebenso wie einige englische statutes Vorschriften über bestimmte Vertragstypen. Eine erschöpfende Aufzählung aller Arten von Verträgen ist damit aber weder beabsichtigt, noch ist sie überhaupt möglich oder wünschenswert.⁴ Der der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Gedanke ist es, einen Grundstock an Normen zur Verfügung zu stellen, aus denen die Rechte und Pflichten hervorgehen, die durch den Abschluss besonders typischer Verträge begründet werden. Gerade bei den typischen Verträgen des täglichen Lebens finden keine Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien statt, um den Inhalt des Vertrages über die Festlegung von Leistung und Gegenleistung hinausgehend zu bestimmen. Stattdessen kann auf das gesetzlich niedergelegte Vertragsrecht zurückgegriffen und so bestimmt werden, welchen genauen Inhalt der abgeschlossene Vertrag hat und welche Rechte und Pflichten sich für die Parteien daraus ergeben:

„[H]et is wenselijk voor veel voorkomende typen van overeenkomsten, waarvan partijen slechts de hoofdtrekken voor ogen plegen te hebben, regels van aanvullend recht op te nemen“.⁵

Außer zur Ergänzung dienen die Vorschriften des besonderen Vertragsrechts zur Kontrolle von Verträgen, indem sie zum Teil zwingenden Charakter haben oder als Maßstab für eine ausgewogene Pflichtenverteilung dienen, an dem abweichende Vereinbarungen zu messen sind.⁶

Der Blick in die nationalen Rechtsordnungen zeigt, dass weitgehend dieselben Vertragstypen eine gesetzliche Ausprägung gefunden haben. Einen herausragenden Platz nimmt überall der Kaufvertrag ein, er steht zu meist am Anfang des Vertragsrechts der kontinentaleuropäischen Kodifikationen, und auch im englischen Recht war der Sale of Goods Act 1893

³ Honsell, DiskE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, sieht aufgrund des „übertriebenen und überzogenen“ EU-Konsumentenschutzmodells die Privatautonomie als „beseitigt“ an.

⁴ Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht II¹¹, Rn. 47; *OR-Schluelp/Amstutz*², Einl Art. 184 ff, Rn. 5; *Staudinger-Mayer-Maly*¹³, Einl §§ 433 ff, Rn. 4; *MünchKomm-Thode*³, § 305, Rn. 1; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht AT², S. 16. Auch im englischen Recht erfüllt die gesetzliche Exponierung bestimmter Vertragstypen nicht die Funktion der Beschränkung der Rechtssubjekte auf eben diese Typen. Trotz der Vielzahl der Einzelgesetze sind nicht alle denkbaren Vertragsarten gesetzlich erfasst; vgl. *Palmer*, Supply of Goods and Services Act 1982, (1983) 46 MLR 621 f; *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht², S. 82.

⁵ *van der Horst*, Het nieuwe huurrecht, NTBR 1999, 80.

⁶ Vgl. z.B. § 307 II Nr. 1 BGB (früher § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz); *Staudinger-Emmerich*¹³, Vor §§ 535, 536, Rn. 278; *van der Horst*, Het nieuwe huurrecht, NTBR 1999, 80.

Vorbild für spätere Gesetze im Bereich des law of contract.⁷ Die charakteristische Leistung⁸ eines Kaufvertrages ist die Sachleistung. Aber auch andere Verträge erhalten ihr typisches Gepräge dadurch, dass ein Vertragspartner dem anderen eine Sache leistet. Zu nennen sind hier Miete von Waren oder Immobilien⁹ sowie das Herstellen, Anfertigen oder auch Reparieren von beweglichen Sachen und das Errichten von Gebäuden. Neben dem Kaufvertrag sind auch Mietvertrag und Werkvertrag als wichtige und wirtschaftlich bedeutende Sachleistungsverträge in den nationalen Rechtsordnungen gesetzlich geregelt. Darüber hinaus gibt es weitere Vertragstypen, die eine Sachleistung zum Inhalt haben, nämlich Tausch, Schenkung und Leihe. Der Tauschvertrag erlangt wirtschaftliche Bedeutung vor allem in Zeiten von Währungsinstabilität¹⁰, während Schenkung und Leihe als unentgeltliche Rechtsverhältnisse in dieser Hinsicht einen geringeren Stellenwert einnehmen.¹¹ Nicht in die Kategorie der Sachleistungsverträge fallen dagegen jene, bei denen die Leistung der Sache an den anderen nur im Interesse des Leistenden erfolgt.¹² Beispielsweise bei einer Verwahrung hat der Verwahrer kein eigenes Interesse an der Sache, die er verwahren soll.¹³ Die Leistung, die den Vertrag charakterisiert, ist dann auch nicht die in der Rückgabe der Sache durch den Verwahrer liegende „Sachleistung“, sondern die tatsächliche Verwahrung, also eine Dienstleistung.¹⁴ Ebenso

⁷ *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Bd. 1, S. 19: „[D]as allgemeine Vertragsrecht [ist] zum überwiegenden Teil im Hinblick auf den Kaufvertrag entwickelt worden und die Regeln über gegenseitige Verträge [finden] noch heute praktisch bei diesem Geschäftstyp ihr Hauptbeispiel“; *Wiedemann*, System der Leistungsstörungen, FS 600 Jahre Uni Köln, S. 378; *Ehrenzweig-Mayrhofer*, Schuldrecht AT³, S. 408; *Honsell*, Obligationenrecht BT⁵, S. 6; *Mogelvang-Hansen*, Contracts and Sales in Denmark, in: *Dahl, Melchior, Rehof* (Hrsg.), Danish law in a European Perspective, S. 230; *Law Commission No. 95*, Supply of Goods, § 27. Zur Law Commission: *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht⁶, S. 46 f; *Zweigert, Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, S. 207 f.

⁸ Der Begriff der „charakteristischen Leistung“ ist europaweit bekannt und gebräuchlich, vgl. Art. 4 II des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ).

⁹ Zur Bedeutung des Mietvertrages *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 3 A.

¹⁰ *Smith*, Exchange or Sale?, (1974) 48 Tulane LR 1034; *Law Commission No. 95*, Supply of Goods, § 49; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 34; *Asser-Hijma*, Bijzondere overeenkomsten I⁶, Rn. 9; *Staudinger-Mader*¹³, § 515, Rn. 4; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 24 f; *Aebersold*, Tausch nach schweizerischem Obligationenrecht, S. 24 f.

¹¹ Dennoch „sind die rechtlichen Probleme innerhalb der Leihe interessant und vielfältig“; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 5 A I.

¹² *Law Commission No. 95*, Supply of Goods, § 78.

¹³ *Thompson*, Unfair Contract Terms Act 1977, § 91; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 520.

¹⁴ *McKendrick* in: *Chitty on Contracts*, Vol. 2²⁸, § 33-037; *Gschnitzer*, Österreichi-

ist es bei der Hingabe von Mobiliarsicherheiten, die insofern im Interesse des Sicherungsgebers erfolgt, als er ohne sie den gewünschten Kredit nicht erhalten würde.

Bei jedem Sachleistungsvertrag kann sich die Situation ergeben, dass die eine Vertragspartei mit der ihr geleisteten Sache unzufrieden ist und deshalb gegen die andere Vertragspartei vorgehen möchte, also der Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche wegen dieser Unzufriedenheit erhebt, der Mieter gegen den Vermieter, der Werkbesteller gegen den Werkhersteller etc.

„La garantie des vices cachés est attachée à tous les contrats relatifs à une chose: vente, commodat, bail et certains contrats d'entreprise. Serait-ce l'amorce d'un type de contrat nouveau: le contrat ou le groupe de contrats relatifs à une chose?“¹⁵

Damit im Folgenden nicht wiederholt von Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, Werkbesteller und Werkhersteller die Rede sein muss, werden die beteiligten Personen fortan weitgehend als Sachgläubiger und Sachschuldner bezeichnet.¹⁶ Derjenige, der die Sache durch den Vertrag erhalten soll, also der Käufer, Mieter oder Werkbesteller, ist der Sachgläubiger, derjenige, der die Sache zu leisten hat, dementsprechend der Sachschuldner.

a) *Haftung für Vertragswidrigkeit als Gegenstand des besonderen Vertragsrechts*

Mit Ausnahme Österreichs ist im jeweiligen besonderen Vertragsrecht der einzelnen Länder geregelt, wann die Unzufriedenheit des Sachgläubigers mit der geleisteten Sache dazu führt, dass er tatsächlich Ansprüche gegen den Sachschuldner hat, anders ausgedrückt, wann der Sachschuldner für die Leistung einer vertragswidrigen Sache haftet. Dieser Problemkomplex wird mit national geprägten Rechtsbegriffen wie „Gewährleistung wegen Mängeln der Sache“, „garantie des défauts de la chose vendue“ oder „conformité“ bezeichnet.¹⁷ So regelt beispielsweise das schweizerische Obligationenrecht (OR) diese Haftung des Verkäufers in Art. 197 ff OR, des Vermieters in Art. 258 ff OR und des Werkherstellers in Art. 367 ff OR.

sches Schuldrecht BT², S. 13; *Ferid, Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 K 406; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 293.

¹⁵ *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 43.

¹⁶ Diese Terminologie findet sich auch bei *Gruber*, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften (s. z.B. Rn. 79).

¹⁷ §§ 459 ff BGB a.F.; §§ 922 ff ABGB; Art. 197 ff OR; Art. 1641 ff Cciv; Art. 7:17 f BW; außerdem ss 13—15 Sale of Goods Act 1979; *Brüggemeier*, Reform des deutschen Kaufrechts, JZ 2000, 530; *Faber*, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf, JBl 1999, 414; *Jud*, Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf, ÖJZ 1997, 441.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das niederländische Burgerlijk Wetboek (BW) und der französische Code civil (Cccv) sind ähnlich aufgebaut.¹⁸ In einem System wie dem deutschen, schweizerischen, französischen und niederländischen kann also erst dann beurteilt werden, ob der Sachgläubiger einen Anspruch gegen den Sachschuldner wegen einer möglichen Vertragswidrigkeit hat, wenn festgestellt worden ist, um welchen Typ von Vertrag es sich handelt und welche Regeln des besonderen Vertragsrechts damit auf ihn Anwendung finden. Der betroffene Vertrag muss also in eine Kategorie eingeordnet, unter die Definition eines bestimmten Vertragstyps subsumiert werden. Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Vertragstypen ist allerdings teilweise schwierig¹⁹ und die Subsumtion unter die Begriffe daher nicht immer eindeutig möglich.²⁰ Die Regelung des Gewährleistungsrechts im besonderen Vertragsrecht der kontinentaleuropäischen Kodifikationen erschwert also die materielle Entscheidung über das Bestehen einer Sachmängelhaftung.

b) Sonderrolle Englands?

Das englische Vertragsrecht allerdings scheint durch größere Homogenität gekennzeichnet zu sein. Nicht nur, dass es keine umfassende privatrechtliche Kodifikation besitzt, das common law kennt angeblich kein besonderes Vertragsrecht (law of specific contracts), sondern nur ein general law of contract, also nur allgemeine Rechtsgrundsätze, die gleichermaßen für alle Verträge gelten.²¹ Die Haftung für eine vertragswidrige Sache als

¹⁸ Grundmann, European sales law, ERPL 2001, 248; Collart Dutilleul, *Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 561. Die seit über 50 Jahren andauernde Grunderneuerung des BW hat mittlerweile zu einer Neuregelung wichtiger Vertragstypen geführt. Seit 1992 ist das Kaufrecht in Kraft (koop, Art. 7:1 ff BW). Miet- und Werkvertragsrecht sind Bestandteil aktueller Gesetzesentwürfe: huur, Art. 7:201 ff BW, wetsvoorstel 26089, im April LR 1033; Tweede Kamer angenommen; aanneming van werk, Art. 7:12.1 ff BW, wetsvoorstel 23095, noch in Behandlung durch die Tweede Kamer. Dagegen sind Mietkauf (huurkoop, Art. 7A:1579 h ff BW), Schenkung (schenking, Art. 7A:1703 ff BW), Leihe (bruikleening, Art. 7A:1777 ff BW) und Darlehen (verbruikleening, Art. 7A:1791 ff BW) noch nicht erneuert.

¹⁹ Zu den Abgrenzungsproblemen ausführlich unten 3.

²⁰ Schlechtriem, Schuldrecht BT⁵, Rn. 359; Smith, Exchange or Sale?, (1974) 48 Tulane LR 1033; MünchKomm-Westermann³, § 515, Rn. 2; Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht AT², S. 16; Malaurie, Aynès, Contrats spéciaux¹², S. 60; Ferid, Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 G 155, 909, 2 K 103; Asser-Kleijn, Bijzondere overeenkomsten IV^{4/5}, Rn. 61, 91.

²¹ Beatson, Anson's Law of Contract²⁷, S. 15; von Bernstorff, Einführung in das englische Recht², S. 82; Gutachten Max-Planck-Institut, in: dBMJ, Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 59; Carter, Breach of Contract², S. 5; David, *Grivart de Kerstrat*, Contrats en Droit Anglais, S. 55 f, 71, 248; Halsbury's Laws, Vol. 9 (1)⁴, § 619; Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, S. VIII; Nicholas, Rules and Terms — Civil Law and

Hauptanwendungsfall der Vertragsverletzung (breach of contract)²² wäre demnach unabhängig davon zu beurteilen, um welchen Vertragstyp es sich handelt, Einordnungs- und Abgrenzungsprobleme könnten nicht auftreten und die Entscheidung über die Haftung erschweren.²³ Gerade im Bereich des Sachmängelrechts aber ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Der Blick auf einzelne Gesetze und die einschlägige Rechtsprechung zeigt, dass auch im englischen Recht zwischen einzelnen Vertragstypen unterschieden wird, die jeweils gesondert geregelt sind.²⁴ Vom Gesetzgeber wurden die Weichen für diese „Fragmentarisierung“²⁵ des Vertragsrechts mit dem Sale of Goods Act 1893²⁶ gestellt.²⁷ Dieses Gesetz enthält unter anderem Regeln über den Inhalt eines Kaufvertrages (ss 10–15, „implied terms“).²⁸ Nur wenn ein Vertrag sich unter die Definition des Kaufvertrages in s 2(1) Sale of Goods Act 1979 subsumieren lässt, gelangt das Gesetz zur Anwendung.²⁹ Vor dem Hintergrund des subsidiär anwendbaren allgemeinen Vertragsrechts des common law³⁰ steht das Warenkaufgesetz dem-

Common Law, (1974) 48 Tulane LR 950; *ders.*, Fault and Breach of Contract, in: *Beatson, Friedmann* (Hrsg.), Good Faith, S. 342; *Triebel, Hodgson, Kellenter u.a.*, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*², Rn. 61, 63 f.

²² *Giesen*, Zur Konstruktion englischer Vertragsvereinbarungen, JZ 1993, 23; *Basedow*, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 14; *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, S. 38; *Biolek*, Schadensersatzpflicht des Verkäufers und des Herstellers mangelhafter Waren nach englischem Recht, S. 13.

²³ *Beatson*, Anson's Law of Contract²⁷, S. 15; *Carier*, Breach of Contract², S. 5; *David, Grivart de Kerstrat*, Contrats en Droit Anglais; S. 71, 316. Das wäre ein Beleg für die häufig geäußerte Ansicht, dass sich das Vertragsrecht Englands von dem des Kontinents grundlegend unterscheidet; *Giesen*, Zur Konstruktion englischer Vertragsvereinbarungen, JZ 1993, 23; *Lando*, Why codify the European law of contract, ERPL 1997, 528; *Staudinger-J. Schmidt*¹³, Einl §§ 241 ff, Rn. 103.

²⁴ *Cooke, Oughton*, Common Law of Obligations², S. 421: „Assuming the goods supplied under the contract are defective, the transferee's action for breach of the implied term will depend on the type of contract entered into“; *Nicholas*, Rules and Terms — Civil Law and Common Law, (1974) 48 Tulane LR 949 f; *Schmidt-Kessel*, Implied Terms, ZVgIRWiss 1997, 114; *Whittaker* in: Chitty on Contracts, Vol. 1²⁸, § 1-027.

²⁵ „Fragmentation“, *McKendrick*, Regulation of Long-term Contracts, in: *Beatson, Friedmann* (Hrsg.), Good Faith, S. 306.

²⁶ Nunmehr Sale of Goods Act 1979, abgedruckt in *Halsbury's Statutes*, Vol. 39⁴, S. 68 ff.

²⁷ *Teeven*, A History of the Anglo-American Law of Contract, S. 220: „a watershed event“; *Bridge*, Curing defective performance, FS Lando, S. 85 f.

²⁸ *David, Grivart de Kerstrat*, Contrats en Droit Anglais; S. 72; *Nicholas*, Rules and Terms — Civil Law and Common Law, (1974) 48 Tulane LR 949; *ders.*, Fault and Breach of Contract, in: *Beatson, Friedmann* (Hrsg.), Good Faith, S. 342.

²⁹ *Sealy* in: Benjamin's Sale of Goods⁵, § 1-030.

³⁰ S 62(2) Sale of Goods Act 1979; *Sealy* in: Benjamin's Sale of Goods⁵, § 1-007; *Mark*, Chalmers' Sale of Goods Act, 1979¹⁸, S. 275.

nach am Anfang der Entwicklung eines besonderen Vertragsrechts.³¹ Diese fand ihre Fortsetzung in der späteren gesetzlichen Regelung weiterer Vertragstypen wie hire-purchase³², transfer of property in goods, hire of goods³³ sowie der Grundstücksrente (landlord and tenant³⁴).³⁵ Auch die Rechtsprechung zum Vertragsrecht lässt trotz gegenteiliger Beteuerungen („Sale of goods law is but one branch of the general law of contract“³⁶) auf die Existenz eines besonderen Vertragsrechts schließen. Englische Richter haben bereits vor dem Inkrafttreten des Sale of Goods Act 1893 in vertragsrechtlichen Fällen zunächst beurteilt, welchem Typ der streitige Vertrag zuzuordnen ist, um daraus abzuleiten, welche Rechte den Parteien zustehen und welche Pflichten ihnen obliegen. Es wird geprüft, ob es sich bei dem fraglichen Vertrag um einen „contract of a defined type“³⁷ handelt, weil für bestimmte Vertragstypen, die seit jeher immer wieder vor die Gerichte kommen³⁸, sogenannte implied terms³⁹ entwickelt wurden und diese

³¹ *Mark, Chalmers' Sale of Goods Act, 1979*¹⁸, S. 1; *Sealy* in: *Benjamin's Sale of Goods*⁵, § 1-007; *Law Commission No. 156, Supply of Services*, S. 4.

³² Ss 8-15 Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973; abgedruckt in *Halsbury's Statutes*, Vol. 11⁴, S. 8 ff; *Sealy* in: *Benjamin's Sale of Goods*⁵, § 1-019; *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*¹², S. 139 f.

³³ Ss 1-5A bzw. ss 6-10A Supply of Goods and Services Act 1982; abgedruckt in *Halsbury's Statutes*, Vol. 39⁴, S. 132 ff.

³⁴ Landlord and Tenant Act 1985, abgedruckt in *Halsbury's Statutes*, Vol. 23⁴, S. 345 ff.

³⁵ *Guest, Harris* in: *Chitty on Contracts*, Vol. 2²⁸, § 43-010; *Sealy* in: *Benjamin's Sale of Goods*⁵, § 1-031; *Cooke, Oughton*, *Common Law of Obligations*², S. 421; *Henrich*, *Einführung in das englische Recht*², S. 68; *Sealy*, *Unfair Contract Terms Act 1977*, (1978) 37 CLJ 17: „It is now necessary to look up five statutes in order to know what the law is - the Sale of Goods Act 1893, Misrepresentation Act 1967, Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973, Consumer Credit Act 1974, and this Act. What a shocking example of 'legislation by reference'! – seitdem sind Supply of Goods and Services Act 1982, Sale and Supply of Goods Act 1994 sowie Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 hinzugekommen.

³⁶ *Reardon Smith Line v. Hansen Tangen* [1976] 3 All ER 570, HL, *Lord Wilberforce* (576).

³⁷ *Phang*, *Implied Terms Revisited*, (1990) 34 JBL 406.

³⁸ *Carter*, *Breach of Contract*², S. 30: „[P]articulare types of contracts are frequently before the courts“; *Cooke, Oughton*, *Common Law of Obligations*², S. 195: „[T]he legal system has developed model contracts in the areas which involve recurring relationships and problems“; *Esso Petroleum Co. v. Mardon* [1976] 2 All ER 1196, CA, *Lord Denning*: „relationships which are of common occurrence“; *Beatson*, *Anson's Law of Contract*²⁷, S. 146: „cases concerning a common relationship, for example sale, carriage, landlord and tenant, or employment“.

³⁹ Grundsätzlich ist zwischen terms implied in fact und terms implied in law zu unterscheiden; *Treitel*, *Law of Contract*¹⁰, S. 183 ff. Die Abgrenzung ist jedoch unklar, je nach Richter, je nach Entscheidung wird sie anders vorgenommen; *Palmer*, *Conditions and Warranties in English Contracts of Hire*, (1975) 4 AALR 231: „[C]onfusion and fine

„implied terms have become standardized“.⁴⁰ Damit werden dieselben Funktionen wahrgenommen, die das kodifizierte dispositive Recht Kontinentaleuropas erfüllt: Implied terms legen fest, welchen grundsätzlichen Inhalt ein Vertrag hat, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, und dienen als Kontrollmaßstab zur Überprüfung der Gültigkeit vorhandener abweichender Vereinbarungen⁴¹:

„[T]he parties can exclude or modify the obligation by express words; but unless they do so, the obligation is a legal incident of the relationship which is attached by the law itself“.⁴²

Sie sind somit ein Modell dessen, was von Gesetzgeber oder Rechtsprechung als gerechter Ausgleich zwischen den Interessen der Vertragsparteien angesehen wird.⁴³ Das Vorhandensein von unterschiedlichen Vertragstypen mit unterschiedlichen implied terms bedingt dann auch im englischen Recht, dass nicht immer eindeutige Abgrenzungen möglich sind und es folglich zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen kann.⁴⁴

c) Sonderrolle Österreichs

Das österreichische Recht dagegen hat einen anderen Weg gewählt. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) enthält zwar auch ein beson-

distinctions exist between the two“; *Phang*, Implied Terms, (1993) 37 JBL 244 f. Terms implied in fact dienen zur Auslegung und Lückenfüllung entsprechend dem wirklichen Willen der Parteien; *Phang*, Implied Terms Revisited, (1990) 34 JBL 411: „...’terms implied in fact’ ... give effect to the presumed intention of the parties“.

⁴⁰ *Beatson*, Anson’s Law of Contract²⁷, S. 146; diese wurden später gesetzlich fixiert; *ders.*, a.a.O.: „Some of these standardized terms have subsequently been codified by statute.“

⁴¹ Vgl. z.B. s 3 Misrepresentation Act 1967 (*Halsbury’s Statutes*, Vol. 29⁴, S. 978 ff); s 6(2), (3) Unfair Contract Terms Act 1977; *Howard Marine and Dredging Co. v. A. Ogden & Sons (Excavations)* [1978] 1 QB 574, CA, *Lord Denning* (594); *Law Commission No. 156*, Supply of Services, S. 18.

⁴² *Shell U.K. v. Lostock Garage* [1977] 1 All ER 481, CA, *Lord Denning* (487). Laut *Rakoff*, Implied Terms, in: *Beatson, Friedmann* (Hrsg.), Good Faith, S. 195 f: „by far the sharpest judicial statement of the matter“. Vgl. auch *Treitel*, Law of Contract¹⁰, S. 2; *Atiyah*, Introduction to the Law of Contract⁵, S. 201; *Beatson*, Anson’s Law of Contract²⁷, S. 146; *Carter*, Breach of Contract², S. 23; *Cooke, Oughton*, Common Law of Obligations², S. 118; *Halsbury’s Laws*, Vol. 4(2)⁴ - Building Contracts, § 335; *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] AC 239, HL, *Lord Fraser* (270), *Lord Cross* (257); *Schmidt-Kessel*, Implied Terms, ZVglRWiss 1997, 116; *Zamir*, Toward a General Concept of Conformity, (1991) 52 Louisiana LR 69.

⁴³ *Phang*, Implied Terms Revisited, (1990) 34 JBL 410; *Phang*, Implied Terms, (1993) 37 JBL 249; *Hondius* in: *Chorus, Gerver, Hondius u.a.* (Hrsg.), Introduction to Dutch Law³, Ch. 13, § 2, Rn. 4; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, S. 10, 62 ff.

⁴⁴ *Rakoff*, Implied Terms, in: *Beatson, Friedmann* (Hrsg.), Good Faith, S. 212; *Smith*, Exchange or Sale?, (1974) 48 Tulane LR 1033; *Law Commission No. 95*, Supply of Goods, §§ 30 f; *Halsbury’s Laws*, Vol. 9(1)⁴ - Contract, § 619.

deres Vertragsrecht mit speziellen Regeln für einzelne Vertragstypen, zieht jedoch die Normen zur Mängelgewährleistung gleichsam vor die Klammer und regelt sie in den §§ 922—933b ABGB gemeinsam für sämtliche Verträge, die eine entgeltliche Sachleistung beinhalten.⁴⁵ Allerdings werden diese allgemeinen Regeln für den Mietvertrag durch einige Sonderregeln bezüglich der Rechtsbehelfe ergänzt.⁴⁶ Das hier verfolgte Konzept eines für alle Sachleistungsverträge geltenden Gewährleistungsrechts findet sich also auch im österreichischen Recht nicht in letzter Konsequenz wieder. Denn um beurteilen zu können, ob ein Vertrag unter diese Normen fällt, ist immer noch eine Abgrenzung zwischen Mietvertrag und sonstigen Verträgen nötig. Inwiefern Sonderregeln für das Mietrecht ihre Berechtigung haben, kann an dieser Stelle noch nicht beurteilt werden, da zunächst im Einzelnen zu untersuchen ist, welche inhaltlichen Unterschiede es überhaupt gibt.

d) Ergebnis

Bevor die Frage entschieden werden kann, ob der Sachgläubiger gegen den Sachschuldner vorgehen kann, weil er mit der ihm geleisteten Sache unzufrieden ist, muss in allen untersuchten Rechtsordnungen mit Ausnahme des österreichischen Rechts der in Rede stehende Vertrag einem bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Vertragstyp zugeordnet werden, um die anwend-

⁴⁵ *Ehrenzweig-Mayrhofer*, Schuldrecht AT³, S. 408 f; *Gschntzer*, Österreichisches Schuldrecht AT² S. 129; *Jeloschek*, Transposition into Austrian Law, ERPL 2001, 166, 168; *Basedow*, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 16. In den BGB-Vorentwürfen war die Mangelhaftung ebenfalls einheitlich für alle „Sachveräußerungsverträge“ im allgemeinen Schuldrecht geregelt; vgl. §§ 381 ff des Entwurfs, *Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. 2, Mot. 117, 124. Dies wurde jedoch in den Beratungen wieder verworfen. Auf dem Gebiet des Kaufs lägen die „Hauptanwendungsfälle“, und „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes“ würden durch eine auf den Kauf beschränkte Regelung gewinnen (Prot. 646). Der Entschluss, „demnächst“ zu überprüfen, „ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtssätze auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszudehnen seien“, da dem „in systematischer Beziehung der Vorzug zu geben sei“ (Prot. 646), wurde offenbar in der Folgezeit nicht verwirklicht. Lediglich § 493 BGB a.F. war von einem einheitlichen Gewährleistungsrecht übrig geblieben. Diese Norm wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung abgeschafft; „selbstverständlich“ sei auf kaufähnliche Verträge Kauf-, auf mietähnliche Verträge Miet- und auf werkvertragsähnliche Verträge Werkvertragsrecht anwendbar: „Die Regel kann deshalb als entbehrlich entfallen“, *dBReg*, RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S. 203, 207. Auch das Recht der DDR normierte die Pflicht zur Gewährleistung vertragsübergreifend; vgl. *dBReg*, RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S. 212.

⁴⁶ §§ 1096, 1117 ABGB. *Faber*, Auswirkungen des GewRÄG auf Bestandverhältnisse, *immolex* 2001, 247. Die werkvertragliche Sonderregel des § 1167 ABGB wurde durch die Gewährleistungsreform zum 01.01.2002 abgeschafft; vgl. *öBMJ*, Erläuterungen zum GewRÄG (07/2000), S. 7, 42 f.

baren Vorschriften zu bestimmen. Nach dem ABGB ist eine Abgrenzung zwischen Miet- und sonstigen Verträgen erforderlich. Dieser — möglicherweise unnötige — Zwischenschritt kann Schwierigkeiten bereiten, zum einen, wenn die Parteien ihren Vertrag sehr individuell gestaltet haben (dazu sogleich, 2.), zum anderen, wenn ein Vertrag sich an der Schnittstelle zwischen zwei Typen befindet (dazu unten, 3.).

2. *Privatautonomie*

Ein System, das die Mängelgewährleistung als Teil des besonderen Vertragsrechts versteht, wird durch die Gestaltungsfantasie der Vertragsparteien, die von ihrer Privatautonomie Gebrauch machen, regelmäßig vor Probleme gestellt. Wie bereits festgestellt, steht es den Rechtssubjekten frei, Verträge abzuschließen, die nicht gesetzlich vorgegeben sind. Bei der rechtlichen Beurteilung solcher Verträge können die im besonderen Vertragsrecht benannten Verträge zwar hilfreich sein, wenn gewisse ihrer Eigenschaften in dem Individualvertrag enthalten sind und daher eine Übertragbarkeit einiger Regeln möglich ist. Da aber dem Erfindungsgeist der Parteien keine Grenzen gesetzt sind, ist es denkbar, dass auch Verträge geschlossen werden, die keinem bekannten Typ ähneln und daher auch nicht an bestehenden Regeln gemessen werden können.⁴⁷ Auch ist es möglich, dass die Parteien einen Vertrag schließen, der Elemente verschiedener bekannter Vertragstypen enthält, sodass nicht eindeutig festgelegt werden kann, welche der vorgegebenen Regelungen gelten sollen. Bei einem Vertrag, der den überkommenen Typen nicht zugeordnet werden kann, stellt sich die Frage, welches Recht für die Haftung für Sachmängel gelten soll. Als beispielsweise Leasing immer häufiger als Vertragstyp auftrat, wurde vom Bundesgerichtshof erst nach und nach festgelegt, dass auf ihn in erster Linie Mietrecht anzuwenden ist.⁴⁸

3. *Schnittstellen, Abgrenzungsprobleme und ihre Lösungen*

Der Kaufvertrag ist der Prototyp eines Sachleistungsvertrages.⁴⁹ Ihm wird zugeschrieben, der Vertrag zu sein, der am häufigsten abgeschlossen wird, mit dem die größten Summen bewegt werden und mit dem Juristen am

⁴⁷ *OR-Schluerp/Amstutz*², Einl Art. 184 ff, Rn. 2.

⁴⁸ *MünchKomm-Habersack*³, Leasing, Rn. 21; *BGH* 04.07.1990, *BGHZ* 112, 71; *BGH* 08.11.1989, *WM (Wirtschaft)* 1990, 23 f. Zur Entwicklung des Leasing *Gitter*, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, § 11 A I; allgemein: *Palandt-Weidenkaff*⁶⁰, Einf v § 535, Rn. 27 ff. In Frankreich ist Leasing im Gesetz vom 02.07.1966 geregelt; *Ferid, Sonnenberger*, *Französisches Zivilrecht*, Bd. 2², Rn. 2 G 807.

⁴⁹ *Malaurie, Aynès, Contrats spéciaux*¹², S. 53; *Gschnitzer*, *Österreichisches Schuldrecht BT*², S. 25.

häufigsten zu tun haben.⁵⁰ In den Rechtsordnungen Europas stand das Kaufvertragsrecht Modell für die Regelung anderer Vertragsarten. Ausgehend vom Kaufvertrag werden im Folgenden die verschiedenen Arten von Sachleistungsverträgen dargestellt, ihre Schnittstellen und Abgrenzungsprobleme aufgezeigt sowie die europäische Rechtslage bei der Lösung dieser Probleme behandelt.

a) *Ausgangspunkt: Kaufvertrag*

Unter einem Kaufvertrag (*vente, koop, contract for the sale of goods / sale of land*) wird in allen europäischen Rechtsordnungen ein Vertrag verstanden, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme eine Sache endgültig zu überlassen und ihm das Eigentum daran zu verschaffen.⁵¹

Die entstehenden Probleme bei der Abgrenzung des so definierten Vertragstyps zu anderen Vertragstypen sind ebenso europaweit einheitlich. An erster Stelle ist die Schnittstelle zum Werkvertrag zu nennen. Aber auch bei der Unterscheidung zwischen Kauf, Leasing und Miete, Kauf und Tausch sowie Kauf und Schenkung ergeben sich Streitfragen.⁵²

b) *Werkvertrag*

Der Begriff des Werkvertrages (*contrat d'entreprise*⁵³, *aanneming van werk, contract for work and materials / supply of services*) umfasst eine

⁵⁰ *Palandt-Putzo*⁶⁰, Einf v § 433, Rn. 1; *Brox*, Schuldrecht BT²⁰, Rn. 1; *Medicus*, Schuldrecht BT⁷, Rn. 15; *Reich*, Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, NJW 1999, 2398; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT⁵, Rn. 1; *Gschmitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 25; *Asser-Hijma*, Bijzondere overeenkomsten I⁶, Rn. 1; *Hondius*, Kroniek van het consumentenrecht, NJB 1999, 466; *Lando*, Contracts, IECL III, Ch. 24, Rn. 233. *Atiyah* verwirft diese Kriterien als nicht messbar; *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, in: *ders.*, Essays on Contract, S. 18.

⁵¹ S 2(1) Sale of Goods Act 1979, § 433 BGB, § 1053 S. 1 ABGB, Art. 184 I OR, Art. 1582 I Cciv, Art. 7:1 BW. *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 1 CISG, Rn. 13; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 41, Rn. 1; *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Bd. 1, S. 54.

⁵² Dazu unten c) und d).

⁵³ Der *contrat d'entreprise* kann unterteilt werden, in solche Verträge, die die Herstellung eines Werks zum Gegenstand haben (*contrat portant sur un ouvrage*; Unterfall Bauvertrag, *contrat de construction*), und andere, die zu einer Dienstleistung verpflichten (*contrat portant sur un service*); vgl. *Rép. civ. Dalloz IV*, *Contrat d'entreprise* (1994), Rn. 48, 52, 61; *Huet*, *Principaux contrats spéciaux*, Rn. 32253. Bei diesem Dienstleistungsvertrag kann weiter danach unterschieden werden, ob eine körperliche oder eine geistige Leistung erbracht werden soll (*prestation matérielle/prestation intellectuelle*); vgl. *Huet*, *Principaux contrats spéciaux*, Rn. 32273. Als Sachleistungsverträge im hier gebrauchten Sinne sind also diejenigen einzuordnen, die un ouvrage oder une prestation matérielle betreffen.

heterogene Masse von Vertragstypen.⁵⁴ Mit diesem Vertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer gegenüber seinem Vertragspartner zu einer Werkleistung. In allen Rechtsordnungen, außer der niederländischen, kann nicht nur ein körperliches, sondern auch ein unkörperliches, geistiges Werk Vertragsgegenstand sein.⁵⁵ Die Frage nach einer möglichen Haftung des Werkherstellers für Sachmängel kann sich aber nur ergeben, wenn ein körperliches, ein sogenanntes Sachwerk zu erbringen ist, also nur in der Situation, die das niederländische Recht als Werkvertrag im Sinne des Art. 7.12.1 BW ansieht und die auch Leitbild der gesetzlichen Regelung im deutschen Recht ist.⁵⁶ Die persönliche Arbeitsleistung ist dabei nicht selbstständiger Vertragsinhalt, sondern lediglich Mittel zum Zweck.⁵⁷ Das Sachwerk kann sowohl das Bearbeiten einer bereits existierenden, dem Werkbesteller gehörenden Sache, als auch das Anfertigen einer neuen Sache sein.⁵⁸ In letzterem Fall stellt sich aber die Frage, ob es sich nicht

⁵⁴ *Weyers*, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), 60 ff: „über einhundert“ Beziehungen, die unter den Begriff fallen; *Ballerstedt*, Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, FS Larenz, S. 718; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 339, 404; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 571, 590, 593; *van Hecke*, Systematiek van de Contracttypes, TvP 1966, 343; *Staudinger-Peters* (2000), Vor §§ 631 ff, Rn. 1, 3; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 47, Rn. 2.

⁵⁵ *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 63, 403; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 558 f; *Rép. civ. Dalloz IV*, Contrat d'entreprise (1994), Rn. 4 f; *Ferid, Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 K 102, 105; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 47, Rn. 2; *van Hecke*, Systematiek van de Contracttypes, TvP 1966, 345; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, *RabelsZ* 17 (1952), 527 ff.

⁵⁶ § 631 II BGB. *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 42, 487; *Weyers*, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), 62 f; *Staudinger-Peters* (2000), Vor §§ 631 ff, Rn. 5. Nicht zutreffend daher *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 9: „De ‚Werkvertrag‘ is identiek aan onze aanneming van werk.“

⁵⁷ *Koziol, R. Welsch*, Grundriß, Bd. 1¹⁰, S. 402; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, *RabelsZ* 17 (1952), 527; *Peters*, Werkvertragsrecht, in: *Schmidt* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 237; auch das französische Recht hat sich in den 80er Jahren davon abgewandt, dass für einen Werkvertrag die Arbeits- die Lieferungsleistung überwiegen muss; *Niggemann*, Haftung bei Werk- und Anlageverträgen, *RIW* 1998, 194.

⁵⁸ Im englischen und französischen Recht wird das Bearbeiten einer Sache eher als Vertrag über eine Dienstleistung angesehen (contrat de service/contract for the supply of services). Der hier verwendete Werkvertragsbegriff ist also einerseits enger als der in den europäischen Rechtsordnungen gebräuchliche, indem wie im niederländischen Recht eine Beschränkung auf körperliche Werke erfolgt, andererseits aber weiter als der in England und Frankreich verwendete Begriff. Vgl. *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 488; *van Hecke*, Systematiek van de Contracttypes, TvP 1966, 345; *Gschntzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 232; *Koziol, R. Welsch*, Grundriß, Bd.

vielleicht statt um einen Werk- um einen Kaufvertrag handelt, dessen Gegenstand eine noch nicht existierende, zukünftige Sache ist.⁵⁹ Es bedarf also einer näheren Betrachtung, welche Kriterien zur Abgrenzung der beiden Vertragstypen verwendet werden. Dabei rückt nun auch der Anwendungsbereich des Einheitlichen Kaufrechts in das Blickfeld.

Um einen Werkvertrag handelt es sich sowohl nach den einzelnen nationalen Privatrechten (mit Ausnahme des seit 01.01.2002 geltenden deutschen Rechts) als auch nach dem Einheitlichen Kaufrecht ganz eindeutig dann, wenn die neue Sache aus Materialien anzufertigen ist, die ganz oder überwiegend vom Besteller bereitgestellt werden.⁶⁰ Sobald allerdings der Werkunternehmer hauptsächlich eigene Materialien verwendet, wird die Abgrenzung zum Kauf problematisch.⁶¹ Nationale Gesetzesvorschriften,

¹¹⁰, S. 402; *W. Lorenz*, Contracts for Work on Goods and Building Contracts, IECL VIII, Ch. 8, Rn. 1; *Triebel, Hodgson, Kellenter u.a.*, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht², Rn. 206; *Cooke, Oughton*, Common Law of Obligations², S. 452, 456 f; *Carter, Breach of Contract*², S. 31; *McKendrick* in: Chitty on Contracts, Vol. 2²⁸, § 33-085 ff; *Palmer*, Supply of Goods and Services Act 1982, (1983) 46 MLR 629; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 63, 403; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 558 f; *Ferid, Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 K 102, 105.

⁵⁹ Vgl. s 5 Sale of Goods Act 1979; *Schwartz*, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa, ZEuP 2000, 552; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, RabelsZ 17 (1952), 535; *W. Lorenz*, Contracts for Work on Goods and Building Contracts, IECL VIII, Ch. 8, Rn. 1 f; *Young and Marten v. McManus Childs* [1968] 2 All ER 1169, HL, *Lord Upjohn* (1176), *Lord Wilberforce* (1178 f); *Hyundai Heavy Industries Co. v. Papadopoulos* [1980] 2 All ER 29, HL, *Viscount Dilhorne* (33 ff), *Lord Fraser* (42 ff); *Guest, Harris*, in: Chitty on Contracts, Vol. 2²⁸, § 43-014; *James*, Introduction to English Law¹², S. 356; *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht², S. 83 f; *Staudinger-Peters* (2000), Vor §§ 631 ff, Rn. 4, 16; *Peters*, Werkvertragsrecht, in: *Schmidt* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 238; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 62; *Ferid, Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 G 164 f; *Koziol, R. Welsner*, Grundriß, Bd. 1¹⁰, S. 402; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 233; *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 491, 493 mit Rspr-Beispielen; *Asser-Hartkamp*, Verbintenissenrecht II¹¹, Rn. 48; *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 1 CISG, Rn. 34; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 47, Rn. 6; *OR-Koller*², Art. 184, Rn. 14.

⁶⁰ *Guest, Harris* in: Chitty on Contracts, Vol. 2²⁸, § 43-014; *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 491; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 233; *Koziol, R. Welsner*, Grundriß, Bd. 1¹⁰, S. 402; *Schwimmann-Rebhahn*², § 1165, Rn.10; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, RabelsZ 17 (1952), 535; *Rép. civ. Dalloz IV*, Contrat d'entreprise (1994), Rn. 16; *Ferid, Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. 2², Rn. 2 K 113; *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 3 CISG, Rn. 6; *Honsell-Siehr*, Art. 3 CISG, Rn. 3. Ebenso auch das bis 31.12.2001 geltende deutsche Recht, § 651 II BGB a.F.; *MünchKomm-Soergel*³, § 651, Rn. 6; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT⁵, Rn. 405; *Staudinger-Peters* (2000), § 651, Rn. 37 ff;

⁶¹ *Guest, Harris* in: Chitty on Contracts, Vol. 2²⁸, § 43-014; *James*, Introduction to English Law¹², S. 356.

die dieses Problem zu lösen versuchen, gibt es in der Schweiz, Österreich und Frankreich. Dem Wortlaut nach scheint Art. 365 I OR die Haftung des Sachschuldners, der die Leistung mit eigenen Materialien erbringt, Kaufrecht zu unterstellen. Ganz allgemein wird die Norm jedoch so verstanden, dass den Sachschuldner hinsichtlich des zu liefernden Materials ebenso wie einen Verkäufer die Einstandspflicht für Rechtsmängel trifft.⁶² Die Gewährleistung für Sachmängel richtet sich dagegen nach Werkvertragsrecht. Bei der Einordnung, wann ein Vertrag, bei dem der Sachschuldner das Material liefert, als Kaufvertrag und wann er als Werkvertrag anzusehen ist, hilft Art. 365 I OR also nicht weiter. Vielversprechender scheint § 1166 ABGB, nach dessen Wortlaut generell einer kaufrechtlichen Lösung der Vorzug zu geben ist. Allerdings handelt es sich lediglich um eine Zweifelsregelung, die erst nach erfolgloser Erwägung anderer, gesetzlich nicht geregelter Abgrenzungskriterien den Ausschlag für den Kaufvertrag geben kann.⁶³ In Frankreich sind die Art. 1792-1 Nr. 2, 1646-1 Cciv nur auf das Errichten eines Bauwerks auf einem Grundstück des Bauunternehmers anwendbar; die Normen bezeichnen dies als Kaufvertrag (*vente d'immeubles à construire*), lösen aber die Gewährleistungsfragen nach Werkvertragsrecht.⁶⁴

Das bis Ende 2001 geltende deutsche Recht führte durch § 651 I BGB a.F. für die Abgrenzungsfrage einen weiteren Vertragstyp ein, den Werklieferungsvertrag, und unterwarf ihn teils Kauf-, teils Werkvertragsrecht.⁶⁵ Die Formulierung der Norm wurde zwar allgemein als wenig glücklich angesehen⁶⁶, sie enthielt jedoch mit der Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen den Rechtsgedanken, den auch die übrigen nationalen Rechte als letztlich maßgebend für die Entscheidung zwischen Kauf- und Werkvertrag ansehen: die Individualität

⁶² *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 47, Rn. 7; *OR-Zindel/Pulver*², Art. 363, Rn. 21.

⁶³ *Koziol, R. Welser*, Grundriß, Bd. I¹⁰, S. 402; *Gschntzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 233.

⁶⁴ *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 560 f; *Niggemann*, Haftung bei Werk- und Anlageverträgen, RIW 1998, 193; *Rép. civ. Dalloz IV*, Contrat d'entreprise (1994), Rn. 404. Auch im deutschen und schweizerischen Recht beurteilt sich der Kauf schlüsselfertiger Häuser nach Werkvertragsgewährleistungsrecht; vgl. *MünchKomm-Westermann*³, Vor § 433, Rn. 25; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 42, Rn. 22, § 47, Rn. 7; *OR-Honsell*², Art. 205, Rn. 5; im englischen Recht dagegen nach Kaufrecht; vgl. *Uff, Hughes* in: Chitty on Contracts, Vol. 2²⁸, § 37-072; *Schaub*, Haftung und Konkurrenzfragen bei mangelhaften Produkten und Bauwerken im deutschen und englischen Recht, S. 168.

⁶⁵ Zum seit 2002 geltenden deutschen Recht s.u. II. 2. a).

⁶⁶ *Peters*, Werkvertragsrecht, in: *Schmidt* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 238: „stilllegungsbedürftiger Rangierbahnhof“; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT⁵, Rn. 404; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, *RebelsZ* 17 (1952), 572.

oder Austauschbarkeit der anzufertigenden Sache. Äußert der Kunde spezielle Wünsche bezüglich des Vertragsgegenstandes, sodass dieser nach seinen persönlichen Bedürfnissen angefertigt wird, handelt es sich um einen Vertrag, auf den hauptsächlich Werkvertrags- und nur teilweise Kaufrecht, z.B. für Eigentumsübertragung und Rechtsmängel, anzuwenden ist; wenn dagegen eine standardisierte, in Serie produzierte Sache verlangt wird, so liegt ein reiner Kaufvertrag vor.⁶⁷ Demgegenüber erfasst der Anwendungsbereich des Einheitlichen Kaufrechts sämtliche Verträge über die Lieferung neu herzustellender Waren, sofern der Hersteller auch den wesentlichen Teil des benötigten Materials beisteuert.⁶⁸ Wesentlich ist der Anteil des gelieferten Materials dann, wenn der Hersteller wertmäßig mehr zu liefern hat als der Besteller.⁶⁹ Zwischen individuell hergestellten oder serienmäßig angefertigten Waren wird nicht differenziert.⁷⁰

Das autonome nationale Recht der untersuchten Länder bedient sich im Ergebnis desselben Kriteriums, um den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Kauf zukünftiger Sachen und Herstellung eines neuen Sachwerks zu

⁶⁷ *Rép. civ. Dalloz IV*, Contrat d'entreprise (1994), Rn. 20; *Malaurie, Aynès*, Contrats spéciaux¹², S. 64; *Collart Dutilleul, Delebecque*, Contrats civils et commerciaux⁴, S. 562; *Niggemann*, Haftung bei Werk- und Anlageverträgen, RIW 1998, 194 f; *Com* 04.07.1989, Bull.civ. IV, N° 210; *Rémy*, Anm. zu *Com*. 04.07.1989, Rev.trim.dr.civ. 1990, 105 f; *Riezler*, Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, *RabelsZ* 17 (1952), 572 ff; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT⁵, Rn. 405; *Medicus*, Kaufvertrag und Werkvertrag, *JuS* 1992, 274 f; *MünchKomm-Soergel*³, § 651, Rn. 2 f, 9; *Staudinger-Peters* (2000), Vor §§ 631 ff, Rn. 16; § 651, Rn. 19 ff, 31 ff; *OGH* 14.05.1987, *JB1* 1987, 662 f; *Koziol, R. Welsner*, Grundriß, Bd. 1¹⁰, S. 402; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT², S. 233 f; *Schwimann-Rebhahn*², § 1166, Rn. 2; *Asser-Thunnissen*, Bijzondere overeenkomsten III⁷, Rn. 491; *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*¹², S. 181; *Cooke, Oughton*, Common Law of Obligations², S. 452; *James*, Introduction to English Law¹², S. 357; *Lee v. Griffin* [1861-73] All ER Rep 193, QB; *OR-Zindel/Pulver*², Art. 363, Rn. 9. Im schweizerischen Recht wird zwar als Hauptkriterium zur Abgrenzung die Möglichkeit des Sachgläubigers herangezogen, auf den Herstellungsprozess Einfluss zu nehmen; vgl. *OR-Zindel/Pulver*², Art. 363, Rn. 23; *Guhl, A. Koller*, Obligationenrecht⁹, § 47, Rn. 6. Damit werden jedoch dieselben Ergebnisse erreicht; denn bei einer serienmäßigen Herstellung hat der Sachgläubiger regelmäßig keine Einflussmöglichkeit, während ihm bei individueller Anfertigung mehr Mitspracherechte zur Verfügung stehen werden.

⁶⁸ Art. 3 CISG, *Niggemann*, Haftung bei Werk- und Anlageverträgen, RIW 1998, 193; *Honsell-Siehr*, Art. 3 CISG, Rn. 3; *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 3 CISG, Rn. 6; *OR-Zindel/Pulver*², Vor Art. 363, Rn. 24. So kann z.B. auch ein Bauvertrag unter das Einheitliche Kaufrecht fallen, wenn die Lieferung des Baumaterials im Vordergrund steht; vgl. *Hök*, Französisches Individualbaurecht, *ZfBR* 2000, 81.

⁶⁹ *Honsell-Siehr*, Art. 3 CISG, Rn. 3; nach *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 3 CISG, Rn. 8, muss auch ein „qualitatives Element bei der Bestimmung der Wesentlichkeit Berücksichtigung finden“, sodass auch 15 % der Materialien den „wesentlichen Teil“ darstellen könnten.

⁷⁰ *Schlechtriem-Ferrari*³, Art. 3 CISG, Rn. 5; *Hök*, Französisches Individualbaurecht, *ZfBR* 2000, 81; *OR-Zindel/Pulver*², Vor Art. 363, Rn. 25.

begegnen, während das vereinheitlichte internationale Kaufrecht einen anderen Weg wählt.

c) *Endgültige oder vorübergehende Leistung*

Neben der Berührung mit dem Werkvertragsrecht weist das Kaufrecht Schnittstellen mit dem Mietvertragsrecht auf. Beim Kaufvertrag ist das Ziel die endgültige Sachüberlassung und Eigentumsübertragung, sodass den Käufer folglich keinerlei Rückgabepflicht bezüglich der Kaufsache oder einer anderen Sache trifft.⁷¹ Einer solchen endgültigen Sachleistung stehen diejenigen Vertragstypen gegenüber, bei denen der Sachgläubiger die Sache lediglich für einen begrenzten Zeitraum erhält. Das kann entweder durch bloße Besitzeinräumung geschehen, wie bei Miete, Pacht oder Leihe⁷², aber auch durch zusätzliche Eigentumsübertragung, wenn diese, wie bei einem Sachdarlehen, mit der Verpflichtung verbunden wird, am Vertragsende das Eigentum an einer anderen, gleichartigen Sache auf den Sacht Schuldner (Darlehensgeber) zu übertragen.⁷³

Problematisch wird die Einordnung als endgültige oder vorübergehende Sachleistung jedoch, wenn dem Sachgläubiger der Vertragsgegenstand zunächst zeitlich begrenzt überlassen, ihm im Vertrag jedoch eine Option auf Eigentumsübertragung und damit auf die endgültige Sachüberlassung eingeräumt wird, wie dies bei Leasing- und Mietkaufverträgen häufig der Fall ist.

Die rechtliche Qualifikation von Mietkauf und Leasingvertrag variiert in den Rechtsordnungen, sodass sie in einer gesamteuropäischen Betrachtung nicht eindeutig als endgültige oder vorübergehende Sachleistungen eingeordnet werden können. In Frankreich (*location-vente / crédit-bail*⁷⁴) und den Niederlanden (*huurkoop*⁷⁵) handelt es sich nach den gesetzlichen Regelungen beim Mietkauf um eine Unterart des Kaufvertrages, bei dem der Eigentumsübergang durch die vollständige Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingt ist.⁷⁶ Der französische und niederländische Mietkauf hat also

⁷¹ *OR-Weber/Zihlmann*², Vor Art. 253, Rn. 4.

⁷² Zu beachten ist, dass es im Verlauf von Verträgen wie Miete zweimal zu einer Sachleistung kommt: Zunächst die Hingabe der Sache an den Mieter, bei Vertragsende sodann die Rückgabe derselben Sache an den Vermieter. Erhält dieser eine beschädigte oder sonst veränderte Sache zurück, wird er gegen den Mieter vorgehen wollen. Diese Sachleistung ist jedoch nicht die für den Vertrag charakteristische Leistung, und eine eventuelle Haftung des Mieters unterliegt anderen Regeln.

⁷³ *Gitter*, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, § 5 A IV 3. Das Sachdarlehen ist ein Anwendungsfall des § 493 BGB; vgl. *BGH* 27.03.1985, *NJW* 1985, 2418.

⁷⁴ *Crédit-bail* ist ein reiner Unternehmervertrag, an einer *location-vente* ist ein Verbraucher beteiligt; *Huet*, *Principaux contrats spéciaux*, Rn. 23003.

⁷⁵ Geregelt in Art. 7A:1576h ff BW und *Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken*.

⁷⁶ *Collart Dutilleul, Delebecque*, *Contrats civils et commerciaux*⁴, S. 283; *Malaurie*,