

Im Einklang von Recht und Musik

2021

ISBN 978-3-406-78008-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Auf der Suche nach dem Sinn des Art. 48 CISG

I. Einleitung

Ist auf einen Kaufvertrag das UN-Kaufrecht (CISG) anwendbar¹ und liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so hat der Käufer nach Art. 46 CISG ein Recht auf Nacherfüllung; gleichzeitig hat der Verkäufer nach Art. 48 CISG unter den dort genannten Voraussetzungen ein Recht zur Nacherfüllung. Damit wird den unterschiedlichen Situationen Rechnung getragen, dass auf der einen Seite der Verkäufer sich nicht zur Nacherfüllung bereitfindet und auf der anderen Seite der Käufer dem erfüllungsbereiten Verkäufer dazu keine Gelegenheit einräumen will. Anders als das deutsche unvereinheitlichte Kaufrecht, welches dem Käufer in dessen Interesse ein Nacherfüllungsrecht gibt (§ 439 BGB), gleichzeitig aber durch Fristsetzungserfordernisse dessen Vorrang zugunsten des Verkäufers vor anderen Rechtsbehelfen anordnet (§§ 281, 323, 441 BGB), begreift das CISG diese Frage also als eine doppelte, welche nicht alleine durch das Erfordernis einer Fristsetzung (und der Bestimmung von Ausnahmen davon) zu lösen ist. Mit dieser Regelungstechnik kommt deutlicher als im BGB zum Ausdruck, dass das Nacherfüllungsrecht (auch) ein Recht des Verkäufers sein kann: Vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002 konnte der Käufer im Falle einer Schlechtlieferung sofortige Wandelung erklären (§ 462 BGB aF);² dieses Recht wurde dem Käufer durch die Schuldrechtsmodernisierung genommen und diese Verschlechterung seiner Rechtsposition im Fristsetzungserfordernis des § 323 BGB „versteckt“.³ Ob die Technik des CISG, das Recht des Käufers auf Nacherfüllung und das Recht des Verkäufers zur Nacherfüllung getrennt zu regeln letztlich besser ist, kann freilich bezweifelt werden. Denn während die Vorschrift des Art. 46 CISG relativ unproblematisch ist, ranken sich um die Auslegung des Art. 48 CISG viele Unklarheiten und Streitfragen, denen im Folgenden nachgegangen wird.

¹ Dazu, dass dies verhältnismäßig selten der Fall ist → *Bachert*, S. 11.

² Im amerikanischen Recht besteht nach wie vor dieser Zustand, welchen man „perfect tender rule“ nennt; siehe UCC § 2–601. Buyer’s Rights on Improper Delivery: Subject to the provisions of this Article on breach in installment contracts (Section 2–612) and unless otherwise agreed under the sections on contractual limitations of remedy (Sections 2–718 and 2–719), if the goods or the tender of delivery fail in any respect to conform to the contract, the buyer may (a) reject the whole; or (b) accept the whole; or (c) accept any commercial unit or units and reject the rest. Dazu eingehend *Travalio* 53 *University of Cincinnati Law Review* 931 ff.

³ Dazu *Ehmann/Sutschet*, *Modernisiertes Schuldrecht*, 2002, 199 ff.

In seiner Beschäftigung mit der Lieferung mangelhafter Ware unter dem UN-Kaufrecht erwähnt der *Jubilar* die hier analysierte Vorschrift des Art. 48 CISG nicht.⁴ Der Grund dafür liegt sicher darin, dass die Bedeutung der Vorschrift für die praktische Abwicklung nicht recht ersichtlich wird. Wenn nämlich Verkäufer und Käufer sich auf die Nacherfüllung geeinigt haben, gilt diese Einigung (ohne dass dafür eine gesetzliche Erlaubnis vonnöten wäre);⁵ wenn der Käufer Nacherfüllung verlangt, gilt hierfür Art. 46 CISG. Es bleibt für Art. 48 CISG praktisch also nur der Fall, dass der Verkäufer nacherfüllen, der Käufer solche Nacherfüllung aber nicht annehmen will. Das bedeutet aber wiederum, dass dann der Käufer in der Regel entweder Ersatzlieferung statt Nachbesserung verlangt, was in Art. 46 Abs. 3 CISG, oder Vertragsaufhebung erklären möchte, was in Art. 49 Abs. 1 lit. a, 25 CISG geregelt ist. In diesen Konstellationen also ergibt sich die Rechtslage ohne weiteres aus anderen Grundsätzen und Vorschriften, ohne dass Art. 48 CISG in Erwägung gezogen werden müsste. Hat der *Jubilar* also Art. 48 CISG zu Recht nicht erwähnt, weil die Vorschrift eben nicht erwähnenswert ist?

II. Kann der Käufer Vertragsaufhebung erklären, wenn der Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht hat?

Das zunächst behandelte Problem stand im Zentrum der Beratungen des Art. 48 CISG.⁶ Geprägt war die Diskussion durch das Ringen um folgende Frage: soll der Käufer, wenn zwar ein schwerer Mangel vorliegt, dieser sich aber unschwer beseitigen lässt, ein sofortiges Recht auf Vertragsaufhebung haben? Hierzu gab es durchaus kontroverse Standpunkte; insbesondere wurde einerseits vertreten, der Käufer solle in solchen Fällen kein Recht zur Vertragsaufhebung haben und dies müsse im Text zum Ausdruck gebracht werden;⁷ der Käufer solle in solchen Fällen kein Recht zur Vertragsaufhebung haben, dies brauche aber deshalb nicht in Art. 48 CISG zum Ausdruck gebracht zu werden, weil es sich schon aus Art. 25 CISG ergebe;⁸ andererseits wurde aber auch vertreten, dass die Versagung des Rechts zur Vertragsaufhebung in einem solchen Fall eine nicht sinnvolle Beschränkung der Rechte des Käufers sei.⁹

Die letztlich beschlossene Fassung begnügt sich mit der Statuierung des Vorrangs der Vertragsaufhebung in Art. 48 CISG und verweist die Frage damit in den Bereich der Auslegung des Art. 25 CISG. Dementsprechend ist die Beobachtung richtig, dass bei Beurteilung der Frage, ob eine zur Vertragsaufhebung berechtigende we-

⁴ Zum Ganzen *Güllemann*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Kap. 9.

⁵ *Pier-Eiling*, Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art. 48 CISG, 2003, 194.

⁶ Vgl. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/Meeting20.html, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/Meeting22.html und https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/Meeting37.html (jeweils zuletzt aufgerufen am 11.6.2021).

⁷ Dies war die Position von zB Deutschland und Ungarn.

⁸ Dies war die Position von zB Vereinigtes Königreich und Argentinien.

⁹ Dies war die Position von zB Indien und Chile; ähnlich Schweden.

sentliche Vertragsverletzung vorliegt, berücksichtigt werden muss, ob dem Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht gem. Art. 48 CISG im Übrigen zustünde.¹⁰

Ist also die Kernfrage, nämlich die Austarierung zwischen Vertragsaufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers somit in Art. 25 CISG „ausgelagert“, bleibt für Art. 48 CISG noch die Frage, ob ein bestehendes Vertragsaufhebungsrecht nur dann vorgeht, wenn die Vertragsaufhebung schon vor dem Angebot der Nacherfüllung erklärt wurde oder auch noch danach (→ V. 1.).

Die eingehende Diskussion der erwähnten Kernfrage in den Beratungen dürfte dazu geführt haben, dass den weiteren Bestimmungen des Art. 48 CISG, insbesondere dem Kommunikationsmechanismus der Absätze 2 bis 4, nur wenig Beachtung geschenkt wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass gerade diese Bestimmungen viele Unschärfen enthalten, welche bislang ungeklärt sind.

III. Setzt das Nacherfüllungsrecht ein Angebot des Verkäufers voraus?

Die nächste Frage lautet: Hat der Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht schon dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG vorliegen oder erst dann, wenn er bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Nacherfüllung gem. Art. 48 Abs. 2 CISG anbietet? Weil das CISG die Voraussetzungen des Nacherfüllungsrechts in Art. 48 Abs. 1 CISG aufführt und eine Aufforderung nach Art. 48 Abs. 2 CISG nicht dazugehört, sollte man auf den ersten Blick annehmen, dass das Nacherfüllungsrecht von einer solchen Mitteilung an den Käufer nicht abhängig ist. Jedoch hat der BGH den gegenteiligen Standpunkt bezogen. In seiner Entscheidung vom 24.9.2014¹¹ führt er zunächst aus, dass der Käufer nur Nacherfüllung verlangen kann, aber nicht muss und fährt dann fort:

„Stattdessen gewährt das UN-Kaufrecht in Art. 48 Abs. 1 CISG umgekehrt dem Verkäufer ein Recht zur Nacherfüllung („kann beheben“). Der Verkäufer, der von diesem Recht Gebrauch machen will, hat den Käufer aber über seine Absicht und Bereitschaft, den Mangel in angemessener Zeit auf seine Kosten zu beheben, in Kenntnis zu setzen. Dies ist in Art. 48 Abs. 1 CISG zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber als Obliegenheit aus dem in Art. 7 Abs. 1 CISG verankerten Grundsatz von Treu und Glauben (MünchKommBGB/Huber, aaO, Art. 48 Rn. 8a). Kommt der Verkäufer dieser Obliegenheit nicht nach, verliert er sein Nacherfüllungsrecht nach Art. 48 Abs. 1 CISG (MünchKommBGB/Huber, aaO).“

Damit gibt der VIII. Zivilsenat dem Art. 48 CISG folgende Deutung: Indem der Verkäufer, soweit er nach Art. 48 Abs. 1 CISG ein Nacherfüllungsrecht hat, nach

¹⁰ Huber in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), 2. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 16; ähnlich Müller-Chen/Pair Liber Amicorum Bergsten 2011, 671 ff.

¹¹ BGH ZfBR 2015, 36 (die hier interessierende Stelle ist in der Parallelfundstelle NJW 2015, 867 nicht abgedruckt).

Art. 48 Abs. 2 CISG gehalten sei, dem Käufer seine Nacherfüllungsbereitschaft mitzuteilen, stelle das Gesetz insoweit eine Obliegenheit des Verkäufers auf, deren Versäumnis zur Folge habe, dass das Nacherfüllungsrecht verloren gehe.

Diese Sichtweise ist aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zunächst kann dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 2 CISG der normative Gehalt, den die Vorschrift in der Sichtweise des BGH haben soll, nicht entnommen werden. Dort heißt es nicht, dass der Verkäufer sein ihm nach Art. 48 Abs. 1 CISG zustehendes Recht nur ausüben könne, wenn er dem Käufer eine entsprechende Mitteilung gemacht habe; es heißt dort auch nicht, dass er sein Recht nach Art. 48 Abs. 1 CISG wieder verliere, wenn er die Mitteilung nicht mache. Dem Wortlaut nach geht es in Art. 48 Abs. 2 CISG überhaupt nicht um das Fortbestehen oder den Verlust des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers, sondern vor allem nur um das Fortbestehen eines etwaigen Vertragsaufhebungsrechts des Käufers.

Zweitens lässt sich die Sichtweise des BGH schlecht mit den Anforderungen des Art. 7 CISG vereinbaren, wonach bei der Auslegung des CISG dessen internationaler Charakter und die Notwendigkeit, seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern, zu berücksichtigen sind. Dass andere Gerichte in anderen Ländern in die Vorschrift des Art. 48 Abs. 2 CISG etwas hineinlesen, was dort nicht steht, ist schon deswegen nicht ersichtlich, weil die Vorschrift ohne dieses Hineinlesen nicht sinnentleert ist, sondern eine sinnvolle Funktion erfüllt; jedenfalls wenn man – wie unter → IV. 3. ausgeführt – der Theorie der suspendierenden Wirkung folgt.¹²

Weiter verstößt der BGH mit seiner Argumentation gegen das Verbot, das CISG nicht auf der Schablone des heimischen Rechts zu interpretieren:¹³ das dogmatische Konzept der Obliegenheit ist eine Frucht deutscher Zivilrechtsdogmatik¹⁴ und den meisten anderen Rechtsordnungen fremd.

Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass die Sichtweise des BGH aus der Perspektive des Normzwecks geboten erschiene. Ersichtlich soll doch durch Art. 48 Abs. 2 CISG dem Verkäufer eine Möglichkeit gegeben werden, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob er nacherfüllen kann, ohne eine zwischenzeitliche Vertragsaufhebung des Käufers gewärtigen zu müssen. Damit bleibt es dem Verkäufer

¹² Soweit *Geiben* in jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Bd. 6, CISG Art. 48 Rn. 12 Fn. 33 behauptet, die „Cour d’appel Bordeaux“ habe in der Entscheidung vom 25.2.2016 – 14/06947 (CISG-online 2699) denselben Standpunkt eingenommen wie der BGH, lässt sich das nicht verifizieren. In der französischen Entscheidung heißt es an der sich mit Art. 48 CISG auseinandersetzenden Stelle: „Qu’il n’est pas non plus établi que, conformément à l’article 48 alinéa 2 à 4 de la Convention de Vienne, WINE M aurait notifié à D le délai dans lequel elle envisageait d’exécuter son obligation de mise à disposition, alors que les alinéas 3 et 4 de l’article 48 prévoient que, lorsque le vendeur notifie à l’acheteur son intention d’exécuter ses obligations dans un délai déterminé, il est présumé demander à l’acheteur de lui faire connaître sa décision; que, de surcroît, une demande ou une notification faite par le vendeur à ce titre n’a d’effet que si elle est reçue par l’acheteur“. Das lässt die von *Geiben* vorgenommene Interpretation nicht zu. In der weiteren von *Geiben* (juris PK-BGB, 9. Aufl. 2020, Bd. 6, CISG Art. 48 Rn. 12 Fn. 33) angeführten Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts Lausanne 18.5.2009 – 4A_68/2009 – ging es an keiner Stelle um das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 CISG.

¹³ Dazu eingehend → *Bachert*, S. 11.

¹⁴ Siehe insbesondere *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953.

unbenommen, diesen Weg nicht zu gehen, trotzdem aber die Nacherfüllung durchzuführen, und, falls der Käufer den Nacherfüllungsversuch durch Vertragsaufhebung vereitelt, im Nachgang über das Bestehen des Vertragsaufhebungsrechts (oder eines sonstigen Rechtsbehelfs) des Käufers zu streiten.

Huber, auf dessen Ansicht sich der BGH stützt, sieht die Mitteilung des Verkäufers nach Art. 48 Abs. 2 CISG deswegen als unverzichtbar an, weil ansonsten der Käufer während des Laufs der Nacherfüllungsfrist keinen Schadensersatz verlangen, den Kaufpreis nicht mindern und nicht Vertragsaufhebung erklären könne; die Nacherfüllungsfrist könne er nicht seinerseits durch eine Fristsetzung gem. Art. 47 CISG abkürzen, und dies stehe in Widerspruch zu den Anforderungen von Gewissheit und Schnelligkeit im internationalen Handel.¹⁵

Zuzugestehen ist, dass der Käufer zunächst in der Phase der Ungewissheit nicht mindern und auch nicht den Schaden selbst beseitigen lassen kann, um sodann die Kosten der Selbstvornahme als Schadensersatz zu verlangen (→ VI.). Jedoch stellt Art. 48 Abs. 1 CISG das Nacherfüllungsrecht unter den Vorbehalt der Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Falls also die Schlechtlieferung zu einem Recht zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG geführt haben sollte, kann der Käufer dieses ausüben, solange der Verkäufer die Nacherfüllung weder bewirkt noch gem. Art. 48 Abs. 2 CISG angekündigt hat. Der Käufer ist also keineswegs alternativlos zum Abwarten gezwungen. Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Käufer die Möglichkeit haben sollte, die Nacherfüllungsfrist „abzukürzen“. *Huber* sieht hier richtig, dass dem Käufer die Möglichkeit des eigenen Tätigwerdens nach Art. 47 CISG offensteht; warum aber sollte ihm noch eine andere, bessere, schnellere Möglichkeit zustehen müssen? Das CISG bringt doch mit dieser Regelung gerade zum Ausdruck, dass der Käufer, der in Ermangelung einer wesentlichen Vertragsverletzung kein Recht zur sofortigen Vertragsaufhebung hat, eben den Weg über die Nachfrist beschreiten muss. Darin liegt ein klarer und gerechter Ausgleich der Interessen: bei Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung darf der Käufer sofort Vertragsaufhebung erklären; in Ermangelung einer wesentlichen Vertragsverletzung muss dem Verkäufer zunächst die Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben werden (sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG vorliegen). Diese wird zeitlich fixiert und begrenzt entweder durch eine Mitteilung des Verkäufers nach Art. 48 Abs. 2 CISG oder durch eine Fristsetzung seitens des Käufers nach Art. 47 Abs. 1 CISG. Einen „schnelleren Weg“ über eine Mitteilungsobliegenheit des Verkäufers zu eröffnen hieße, diese Wertung des CISG beiseite zu schieben.

Die Sichtweise des BGH und eines Teiles der Literatur ist aus diesen Gründen abzulehnen.

¹⁵ *Huber* in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG), 2. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 13ff.

IV. Entsteht ein Nacherfüllungsrecht durch Schweigen des Käufers nur dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG vorliegen?

1. Die Auffassung Saengers

Saenger erkennt in der Vorschrift folgenden Sinn:

„Eine Nacherfüllung kommt [...] nur in Betracht, wenn der Mangel der Erfüllung nicht bereits zur Vertragsaufhebung durch den Käufer wegen wesentlicher Vertragsverletzung geführt hat. Auch muss die Nacherfüllung dem Käufer zumutbar sein. Dies wird der Verkäufer häufig nicht ohne weiteres beurteilen können. Deshalb sieht das Gesetz in Abs. 2 bis 4 vor, dass er sich durch eine entsprechende Mitteilung über seine Absicht zur Nacherfüllung, welcher der Käufer unverzüglich widersprechen muss, Gewissheit über seine Berechtigung hierzu verschaffen kann.“¹⁶

Hinsichtlich der Rechtsfolgen führt Saenger indessen aus:

„Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 vor und hat der Käufer auch eine Aufforderung des Verkäufers nach Abs. 2 und 3 erhalten, sich über seine Annahmefähigkeit zu erklären, welche er un widersprochen hingenommen hat, vermag er innerhalb der vom Verkäufer bestimmten Frist für die Nacherfüllung keine Rechte wegen Vertragsverletzung geltend zu machen.“¹⁷

Damit beschränkt Saenger die Wirkung des Art. 48 Abs. 2 CISG also auf den Fall, in welchem dem Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht nach Art. 48 Abs. 1 CISG tatsächlich zusteht. Gleichzeitig ergibt sich im Umkehrschluss, dass nach dieser Ansicht ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers dann nicht besteht, wenn die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG nicht vorliegen, und zwar auch dann nicht, wenn der Käufer auf die Mitteilung des Verkäufers gem. Art. 48 Abs. 2 CISG geschwiegen hat. Man kann sich fragen, inwieweit diese Beschränkung des Art. 48 Abs. 2 CISG mit der Zielrichtung der Vorschrift zusammenpasst. Wenn es darum geht, dass der Verkäufer sich Gewissheit verschaffen können soll, so erreicht er das nach dieser Ansicht ja nur in den Fällen, in welchen ihm ein Nacherfüllungsrecht auch tatsächlich zusteht. Wenn er also ein Nacherfüllungsrecht hat und eine Mitteilung nach Art. 48 Abs. 2 CISG macht, kann der schweigende Käufer nicht mehr die Vertragsaufhebung erklären. Wenn der Verkäufer aber kein Nacherfüllungsrecht hat (weil die Nacherfüllung eine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht oder dem Käufer unzumutbare Unannehmlichkeiten oder Ungewissheit über die Erstattung seine Auslagen durch den Verkäufer verursacht), dann tritt auch nach einer Mitteilung nach Art. 48 Abs. 2 CISG und Schweigen hierauf durch den Käufer keine Änderung dieser Rechtslage ein. Für den Verkäufer bedeutet diese Ansicht also: Wenn er die Unsicherheit über das Bestehen eines Rechts zur Vertragsaufhebung beseitigen will, dann kann er eine Mitteilung nach Art. 48 Abs. 2 CISG mit der Wirkung

¹⁶ Saenger in Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 1.

¹⁷ Saenger in Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 14.

machen, dass ein nicht bestehendes Recht zur Vertragsaufhebung auch weiterhin nicht besteht, ein bestehendes Recht zur Vertragsaufhebung hingegen weiterhin bestehen bleibt. Die Mitteilung des Verkäufers ändert also nichts; wenn er zuvor im Ungewissen darüber war, ob der Käufer die Vertragsaufhebung erklären kann, so ist er es nach der Mitteilung immer noch.

Festhalten lässt sich also zunächst: Wenn man annimmt, dass die in Art. 48 Abs. 2 CISG vorgesehene Kommunikation nur dann zu einem „Verlust“ des Rechts zur Vertragsaufhebung führt, wenn ohnehin keines besteht, dann bietet dieser Kommunikationsweg dem Verkäufer keine Möglichkeit, eine zuvor bestehende Ungewissheit zu beseitigen.

2. Exkurs: Vom Wesen der Norm in rechtsvergleichender Betrachtung

Die dargestellte Theorie führt also dazu, dass Art. 48 Abs. 2 CISG jeglicher Funktion beraubt zu sein scheint, denn die „Rechtsfolge“ der Vorschrift ist zufolge dieser Auslegung bei Lichte betrachtet keine. Ist das alleine ein Argument gegen diese Auffassung? Anders gewendet: Ist es ein Gebot der Auslegung, einer Vorschrift eine Funktion beizulegen oder kann man es ebenso gut hinnehmen, dass eine „Vorschrift“ nichts vorschreibt, also keine rechtliche Funktion hat?

Nach deutscher Auffassung wird eine Vorschrift vor allem teleologisch interpretiert.¹⁸ Dabei wird vorausgesetzt, dass sie einen Zweck verfolgt. Dass eine Vorschrift nur das ausspricht, was ohnehin gilt, ist zwar auch möglich und kommt gelegentlich vor, war aber insbesondere in den Beratungen zum BGB immer wieder das Argument dafür, bestimmte Vorschriften nicht in das BGB aufzunehmen, nach dem Motto: Selbstverständlichkeiten sind der Tinte nicht wert.

Dass nun eine Vorschrift wie Art. 48 Abs. 2 CISG so ausgelegt werden sollte, dass die Mitteilung des Verkäufers keine Rechtsfolge auslöst, vielmehr also in dieser Vorschrift nur ein Hinweis darauf enthalten ist, dass man sich ja auch verständigen könne, ist dem deutschen Rechtsdenken eher fremd. Schon von einem Rechtsberater würde man nicht erwarten, dass er, anstatt die Rechtslage zu prüfen, dazu rät, sich mit dem Gegner zu verständigen; das kann der Mandant ja auch ohne anwaltliche Hilfe. Erst recht würde man von einem Gesetz, das seiner Natur nach zur Regelung der Rechtsbeziehungen geschaffen ist, erwarten, dass es genau das tut – die Rechte und Pflichten der Parteien festzulegen, nicht aber sie auf eine Verständigung zu verweisen.¹⁹

¹⁸ Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 163ff.

¹⁹ Siehe aber § 278 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein soll. Die ebenfalls vorgesehene Güteverhandlung ist praktisch weitgehend bedeutungslos geblieben. Das Hinwirken auf eine Einigung hat eine sinnvolle Funktion dann, wenn der Ausgang des Rechtsstreits ungewiss ist; im Übrigen dürfte die Aussage, Schlichten sei besser als Richten (vgl. *Foerste* in Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 18. Aufl. 2021, ZPO § 278 Rn. 2a Fn. 4), im Großen und Ganzen unzutreffend sein. Freilich hat die Einigung für den Richter den Vorteil der Erledigung, ohne ein Urteil schreiben zu müssen, weshalb in der Praxis vielfach in ungeeigneten Fällen Vergleiche vorgeschlagen werden.

Andere Länder haben teilweise eine andere Rechtstradition. Ein Gesetz muss nicht präde, ernst und konzis sein und es braucht nicht notwendig Rechtsfolgen zu enthalten. Es kann stattdessen auch einfach hilfreich sein und praktische Alltags-tipps beinhalten. Ein Beispiel ist der britische Highway Code, eine Verordnung, welche auf Grundlage von sec. 37 Road Traffic Act 1972 weiterhin gilt. Der Highway Code sieht beispielsweise vor, dass man sich als Radfahrer womöglich sicherer fühlt, wenn man am *roundabout* absteigt und schiebt (*rule 77*), dass man beim Parken Wertgegenstände außer Sicht aufbewahren sollte (*rule 239*) und dass Fahrer im Winter gut daran tun, warme Stiefel anzuziehen und ein warmes Getränk mitzunehmen (*rule 228*).

Zieht man diese international unterschiedliche Auffassung davon in Betracht, was eine „Regelung“ eigentlich ist, so gibt es im Hinblick auf Art. 7 CISG keinen Grund dafür, Art. 48 Abs. 2 CISG so zu interpretieren, dass er eine rechtliche Funktion hat. Man kann ihn, wie es die hier dargestellte Auffassung tut, auch als funktionslosen Hinweis auf eine Verständigungsmöglichkeit begreifen.

3. Theorie der Suspendierung der Vertragsaufhebung

Eine andere Lage ergibt sich freilich, wenn man annimmt, dass das Schweigen des Käufers auf eine Mitteilung des Verkäufers nach Art. 48 Abs. 2 CISG auch und gerade dann zu einem vorübergehenden Verlust des Rechts zur Vertragsaufhebung führt, wenn die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG nicht vorliegen. In der Regel wird ja der Verkäufer nicht selbst abschließend beurteilen können, ob dem Käufer die Verzögerung durch die Nacherfüllung unzumutbar ist oder sonst unzumutbare Unannehmlichkeiten oder Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen entstehen. Wenn nun die Mitteilung nach Art. 48 Abs. 2 CISG dazu führt, dass das Schweigen des Käufers dem Verkäufer die Nacherfüllung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG gibt, dann hat der Kommunikationsmechanismus eine sinnvolle Funktion, denn dann – und nur dann – bewirkt er das, was auch die Gegenansicht²⁰ als sein Ziel ansieht: Die Beseitigung der Ungewissheit. Diese Ansicht ist die in Literatur²¹ und Rechtsprechung²² herrschende.

Diese Auffassung ist vorzugswürdig. Der Grund dafür liegt weniger darin, dass ihre Funktion in der Beschränkung von Rechten des Käufers liegt; entscheidend ist vielmehr, dass es dem CISG an dieser Stelle doch – unstrittig – um die Beseitigung einer Ungewissheit geht. Nur der Verlust etwaiger Rechtsbehelfe trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG vermag diese Beseitigung der Ungewissheit zu bewirken. Ein weiteres – wenn auch schwächeres – Argument

²⁰ Saenger in Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 1.

²¹ Huber in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, 2. Aufl. 2018, CISG Art. 48 Rn. 29 and 35; Benicke in MüKoHGB, Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, CISG Art. 48 Rn. 18; Geiben in jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Bd. 6, CISG Art. 48 Rn. 19; Müller-Chen/Pair Liber Amicorum Bergsten 2011, 674; Pier-Eiling, Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art. 48 CISG, 2003, 186 f.

²² AG Nordhorn BeckRS 1994, 11771.