

DIE HAFTUNG DES VERKÄUFERS
FÜR RECHTSMÄNGEL GEM. ART. 41, 42 CISG

Erschienen in:
**Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
(RabelsZ), Band 73 (2009), Seite 842 - 865**

*Axel Metzger**

* Dr. iur. (München und Paris), LL.M. (Harvard), o. Professor an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik. Alle zitierten Webseiten wurden zuletzt am 30.10.2009 abgerufen.

Abgekürzt werden zitiert: *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG) (2000); *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch² (2007) (zitiert: *Bamberger/Roth [-Bearb.]*); *Ruth M. Janal*, The Seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property Rights under the Vienna Sales Convention, in: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, FS Kritzer (2008) 203-231; *Münchener Kommentar zum BGB III*⁵ (2008) (zitiert: *Münch. Komm. BGB [-Bearb.]*); *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch VI*² (2007) (zitiert: *Münch. Komm. HGB [-Benicke.]*); *Christian Rauda/Guillaume Etier*, Garantie en cas d'éviction et propriété intellectuelle dans la vente internationale, *ZeUP* 2001, 66-92; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴ (2005); *Peter Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht⁴ (2007); *Slechtriem/Schwenzler*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) (zitiert: *Slechtriem/Schwenzler [-Bearb.]*); *Steven Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004); *Allen M. Shinn*, Liabilities under Article 42 of the U.N. Conventions on the International Sale of Goods, 2 *Minn. J. Global Trade* 115-142 (1993); *v. Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearb. 2004/2005 (zitiert: *Staudinger [-Bearb.]*); *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, Official Records, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat (1981) 14-66 (zitiert: *Sekretariatskommentar*); *Alexandre Vida*, Garantie du vendeur et propriété industrielle – les vices juridiques dans la vente internationale de marchandises (convention de vienne), *RTD com.* 47 (1994), 21-36.

I. Einleitung	2
II. Allgemeines zur Rechtsmängelhaftung im CISG	3
1. Systematik und Geschichte der Rechtsmängelhaftung im CISG	3
2. Voraussetzungen der allgemeinen Rechtsmängelhaftung nach Art. 41 CISG	5
3. Rechtsbehelfe bei der Rechtsmängelhaftung	7
<i>a) Nacherfüllung bei Rechtsmängeln</i>	8
<i>b) Minderung bei Rechtsmängeln?</i>	8
<i>c) Schadensersatz bei Rechtsmängeln</i>	8
<i>d) Vertragsaufhebung bei Rechtsmängeln</i>	9
III. Haftungsbeschränkung bei Schutzrechtsverletzungen	10
1. Haftung nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Verkäufers	10
<i>a) Stand der Diskussion zum Haftungsmaßstab</i>	10
<i>b) Ökonomische Skizze zum effizienten Haftungsmaßstab</i>	13
<i>c) Rechtsvergleichende Argumente</i>	16
2. Territorial begrenzte Haftung des Verkäufers	18
<i>a) Stand der Diskussion zur territorialen Begrenzung</i>	18
<i>b) Ökonomische Skizze zur territorial beschränkten Haftung</i>	20
<i>c) Kaum Hinweise aus der Rechtsvergleichung</i>	20
3. Keine Haftung bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers	21
<i>a) Stand der Diskussion zum Haftungsausschluss</i>	21
<i>b) Ökonomische Skizze zum Haftungsausschluss</i>	23
<i>c) Rechtsvergleichende Gesichtspunkte</i>	24
IV. Abgrenzung von Art. 41 und 42 CISG	25
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	26
Summary: Warranties against third party claims under Article 41, 42 CISG	27

I. Einleitung

Der Modellcharakter des Einheitsrechts für die nationale und europäische Rechtsentwicklung hat schon früh das Interesse *Jürgen Basedows* geweckt und gehört seit den ersten Veröffentlichungen zu einem wiederkehrenden Motiv seiner Arbeiten.¹ Auffälligstes Beispiel für diesen Modellcharakter ist die Übernahme zentraler Grundsätze des CISG² in die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft aus dem 1999,³ welche schließlich den Anstoß zur Modernisierung des Kaufmängelgewährleistungsrechts in Deutschland im Jahr 2002 und einer weitgehenden Angleichung an das Regelungsmodell des CISG gab.⁴ Bei

¹ Vgl. bereits *Jürgen Basedow*, Der internationale Schadensprozess nach Seeschiffskollisionen - Zu den §§ 738 ff. HGB: VersR 1978, 495. Aus den späteren Beiträgen vgl. bspw. *ders.*, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988) 51 ff. (53); Münch. Komm HGB (-*ders.*) VII (1997) Einleitung CMR Rz. 28 ff.; *ders.*, Zur weltweiten Konvergenz des Leistungsstörungenrechts – Der Einfluss des CISG, FS. Georgiades (2006) 801; *ders.*, Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration - General Report: ULR 2003, 31, 40.

² Wiener Übereinkommen über den internationalen Kauf beweglicher Sachen v. 11.4.1980, BGBl. 1989 II 588 (CISG).

³ Richtlinie 1999/44 (ABl. L 171, 12) Hierzu eingehend mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Stefan Grundmann*, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtsrichtlinie so ähnlich?: AcP 202 (2002), 40 ff.; *Grundmann/Bianca* (-*Grundmann*), EU-Kaufrechtsrichtlinie, Kommentar (2002) Einl. Rz. 6 ff.

⁴ *Peter Schlechtriem*, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie

näherer Betrachtung betrifft die Angleichung jedoch nur die Sachmängelhaftung sowie die weitgehende Gleichbehandlung der Rechtsbehelfe bei Sach- und Rechtsmängeln. Diese Gleichbehandlung hatte *Jürgen Basedow* schon 1988 in einem Gutachten des *Max-Planck-Instituts* gefordert.⁵ Der Gesetzgeber ist dieser Forderung schließlich, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Gutachten, mit der Schuldrechtsreform nachgekommen.⁶ Dagegen sind bei den Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung nach wie vor erhebliche Divergenzen zwischen CISG und deutschem Kaufrecht festzustellen. Zudem fehlt es im deutschen Recht an einer speziellen Regelung zur Rechtsmängelhaftung bei einer Belastung der Ware mit Schutzrechten Dritter, wie sie sich in Art. 42 findet. Die Vorschrift schränkt die Einstandspflicht des Verkäufers für den Fall entgegenstehender Patent-, Urheber- oder sonstiger geistiger Eigentumsrechte ein. Die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Differenzierung ist von gewisser Aktualität, hat Art. 42 in den letzten Jahren doch die Gerichte mehrfach beschäftigt, darunter auch den österreichischen *Obersten Gerichtshof*⁷ und die französische *Cour de Cassation*.⁸ Der folgende Beitrag untersucht schwerpunktmäßig die Unterschiede zwischen allgemeiner und spezieller Rechtsmängelhaftung nach dem CISG und fragt, ob sich das CISG auch insoweit als „moderne“ Kaufrechtskodifikation mit Modellcharakter anbietet.

II. Allgemeines zur Rechtsmängelhaftung im CISG

1. Systematik und Geschichte der Rechtsmängelhaftung im CISG

Die Regeln zur Rechtsmängelhaftung finden sich im III. Teil des CISG („Warenkauf“, Art. 25 ff.) und dort im Kapitel über die Pflichten des Verkäufers („Vertragsgemäßheit der Ware sowie Rechte oder Ansprüche Dritter“, Art. 35 ff.). Der Verkäufer hat Ware zu liefern, die „frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter“ ist. Verstößt er gegen diese Pflicht, so sind die – ebenfalls für die Sachmängelhaftung maßgeblichen – Rechtsbehelfe der Art. 45-52 eröffnet, dies freilich mit gewissen Abweichungen gegenüber der Sachmängelhaftung. Art. 42 beschränkt die Haftung des Verkäufers für den Sonderfall der Verletzung geistiger Eigentumsrechte. Hier

zum Verbrauchsgüterkauf, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, hrsg. von *Ernst/Zimmermann* (2001) 205 ff.

⁵ *Jürgen Basedow*, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988) 51 ff. (53).

⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucksache 14/6040, 217.

⁷ OGH 12.9.2006, IHR 2007, 39 = CISG-online Nr. 1364.

⁸ Cass. civ. 19.3.2002, JCP 2003 II, 10016 mit Anm. *Raynard* = CISG-online Nr. 662.

kommt es für Haftung des Verkäufers auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der entgegenstehenden Rechte an, zudem ist die Einstandspflicht territorial begrenzt und kann bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers entfallen.

Die Differenzierung zwischen allgemeinen Rechtsmängeln und Schutzrechtsverletzungen war dem Haager Einheitlichen Kaufgesetz von 1964⁹ (EKG) noch unbekannt. Art. 52 EKG enthielt lediglich eine Vorschrift zur allgemeinen Rechtsmängelhaftung, welche erkennbar auf das fehlende (oder durch dingliche Rechte beschränkte) Sacheigentum des Verkäufers zugeschnitten war („Übertragung des Eigentums“). Die herrschende Meinung in Deutschland und auch das *OLG Düsseldorf* plädierten gleichwohl für die uneingeschränkte Anwendung der Vorschrift auch bei Schutzrechtsverletzungen.¹⁰ Im Zuge der UNCITRAL-Vorarbeiten zum CISG¹¹ wurde zunächst erwogen, die Verletzung von Schutzrechten vom Anwendungsbereich des Übereinkommens gänzlich auszunehmen, weil die Frage als zu komplex für eine Regelung im CISG empfunden wurde.¹² Erst kurz vor Abschluss der Arbeiten auf der 10. UNCITRAL-Sitzung 1977 in Wien wurde eine Sonderarbeitsgruppe eingesetzt, welche im Ergebnis für die Einbeziehung von Schutzrechtsverletzungen, aber zugleich für die Beschränkung der Haftung des Verkäufers plädierte.¹³ Dieser Vorschlag wurde mit geringen redaktionellen Änderungen angenommen und fand schließlich Eingang in den endgültigen Vertragstext von 1980.

2. Voraussetzungen der allgemeinen Rechtsmängelhaftung nach Art. 41 CISG

Gem. Art. 41 hat der Verkäufer Ware zu liefern, „die frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter ist, es denn, dass der Käufer eingewilligt hat, die mit einem solchen Recht oder Anspruch behaftete Ware zu nehmen.“ Damit ist zunächst klargestellt, dass es sich bei der allgemeinen Rechtsmängelhaftung um eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers handelt. Es kommt

⁹ Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.7.1973, BGBl. I 856.

¹⁰ So die herrschende Meinung in der Literatur s. *Hans-Joachim Mertens/Eckard Rebbinder*, Internationales Kaufrecht (1975) Art. 52 Rz. 5; *Dölle(-Neumayer)*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht (1976) Art. 52, Rz. 10 m.w.N. Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, 20.1.1983 in: *Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG*, hrsg. v. *Schlechtriem/Magnus* (1987) Art. 52 Nr. 1.

¹¹ Zur Vorgeschichte eingehend *Martin Prager*, Verkäuferhaftung und ausländische gewerbliche Schutzrechte (1987) 121-138.

¹² Art. 7 Abs. 2 des Genfer Entwurfs von 1976, YB VII (1976), S. 89, 90.

¹³ YB VIII (1977) S. 30, 40 f. S. auch die Stellungnahmen der Regierungen YB VIII (1977), S. 110, 115, 116, 121, 130.

grundsätzlich nicht darauf an, ob er vom Rechtsmangel wusste oder hätte wissen müssen. Einzig für den Schadensersatzanspruch gem. Art. 45 Abs. 1 lit. b), 74 steht dem Verkäufer die Entlastungsmöglichkeit des Art. 79 („Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners“) offen.¹⁴

Typische Konstellationen der allgemeinen Rechtsmängelhaftung betreffen entgegenstehende dingliche Rechte und hier insbesondere das Eigentum beim Verkauf fremder Sachen.¹⁵ Wer Eigentümer ist und ob ein gutgläubiger Erwerb des Käufers stattgefunden hat, ist gem. Art. 4 S. 2 lit. b) nach dem vom internationalen Privatrecht des Forums berufenen Sachrecht zu entscheiden, also in der Regel nach der *lex rei sitae*. Gleiches gilt für den Bestand dinglicher Besitz-, Verwertungs- oder Sicherungsrechte von Gläubigern oder Dritten einschließlich gesetzlicher Pfandrechte, beispielsweise von Lagerhaltern und Frachtführern.¹⁶ Als Rechte oder Ansprüche Dritter kommen zudem obligatorische Rechte in Frage, welche dem Besitz oder der Nutzung der Kaufsache entgegenstehen, etwa das Zurückbehaltungsrecht des Mieters beim Verkauf einer vermieteten Sache.¹⁷

Schwierigkeiten bereitet die rechtliche Einordnung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen. Scheitert die Lieferung der Ware an Export- oder Importverboten, so liegt eine Verletzung der Lieferpflicht gem. Art. 30 oder der Pflicht zur Abnahme der Ware gem. Art. 53 vor.¹⁸ Verstößt die Ware gegen öffentlich-rechtliche Beschränkungen im Verwendungsstaat, so kann es sich um einen Sachmangel gem. Art. 35 handeln.¹⁹ Ist die Ware mit Zöllen oder Abgaben belegt, die der Verkäufer zu tragen hat, und kommt es deswegen zu einer Beschlagnahme oder Pfändung, so ist Art. 41 jedenfalls analog heranzuziehen.²⁰ Um eindeutige Fälle der Rechtsmängelhaftung handelt es sich schließlich wenn die Ware aufgrund entgegenstehender privater Rechte Dritter durch öffentliche Stellen beschlagnahmt wird.²¹

¹⁴ Vgl. hierzu Münch. Komm HGB (-Benicke) Art. 41 CISG Rz. 9 f.

¹⁵ BGH, 11.1.2006, NJW 2006, 1343, 1344 = CISG-online Nr. 1200.

¹⁶ Münch. Komm BGB (-Gruber) Art. 43 CISG Rz. 4.

¹⁷ Münch. Komm BGB (-Gruber) Art. 43 CISG Rz. 4.

¹⁸ *Schlechtriem/Schwenzler* (-Schwenzler) Art. 41 Rz. 6 m.w.N.

¹⁹ Vgl. zur insoweit divergierenden Rechtsprechung *Schlechtriem* Rz. 139.

²⁰ Für die direkte Anwendung Münch. Komm HGB (-Benicke) Art. 41 CISG Rz. 4; *Schlechtriem/Schwenzler* (-Schwenzler) Art. 41, Rz. 7. A.A. Münch. Komm BGB (-Gruber) Art. 41 CISG Rz. 14.

²¹ BGH, 11.1.2006, IHR 2006, 82 ff. = CISG-online 1200 (Beschlagnahme gestohlener Ware). S. auch *Schlechtriem/Schwenzler* (-Schwenzler) Art. 41, Rz. 7 m.w.N.

In Abweichung vom deutschen Recht (§ 435 BGB) hat der Verkäufer nicht nur für tatsächlich bestehende „Rechte“ Dritter einzustehen, sondern auch für unbegründete „Ansprüche“. Selbst wenn sich die Ansprüche, die gegen den Käufer geltend gemacht werden, letztlich als unbegründet erweisen, können dem Käufer Kosten entstehen, insbesondere aus der rechtlichen Verteidigung gegen die Ansprüche und aus Sicherungsmaßnahmen. Diese Kosten sind von der Rechtsmängelhaftung umfasst. In vielen Fällen – insbesondere wenn die Ansprüche offensichtlich unbegründet²² sind oder es an einer näheren Substantiierung fehlt – wird es mit dem Schadensersatzanspruch der Art. 45 Abs. 1 lit. b), 74 sein Bewenden haben und eine Vertragsaufhebung mangels „wesentlicher Vertragsverletzung“ im Sinne des Art. 25 ausscheiden.²³ Da Art. 42 ebenfalls von „Rechten oder Ansprüchen“ spricht, umfasst die Verkäuferhaftung bei Ansprüchen wegen der Verletzung geistiger Eigentumsrecht auch die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.²⁴

Die Kenntnis des Käufers von dem entgegenstehenden Recht führt bei der allgemeinen Rechtsmängelhaftung nicht zu einer Entlastung des Verkäufers. Es fehlt an einer Art. 35 Abs. 3 oder 42 Abs. 2 lit. a) entsprechenden Vorschrift. Die allgemeine Rechtsmängelhaftung ist insoweit strenger ausgestaltet als die Haftung für Sachmängel oder Schutzrechtsverletzungen. Möglich ist aber die ausdrückliche oder konkludente Einwilligung in die Übernahme der belasteten Ware. Um die in den Vorschriften deutlich angelegten Unterschiede nicht einzuebnen, wird man es für die konkludente Einwilligung nicht ausreichen lassen können, wenn der Käufer die belastete Ware in Kenntnis der Umstände annimmt. Vielmehr kann erst dann von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden, wenn zusätzliche Indizien auf ein Einverständnis hindeuten.²⁵

²² Die Rechtsmängelhaftung bei offensichtlich unbegründeten Ansprüchen Dritter ist umstritten. Einige Autoren lehnen in diesem Fall jede Haftung ab, so bspw. *Secretariatskommentar* Art. 39 Rz. 4; *Soergel (-Lüderitz/Schüßler-Langeheine)* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹³ (2000) Art. 41 Rz. 7, während die in Deutschland herrschende Meinung eine Lösung bei den Rechtsbehelfen sucht und allenfalls Schadensersatz zusprechen will, sofern die Geltendmachung der Ansprüche für den Verkäufer gem. Art. 79 CISG vorhersehbar war, so etwa Münch. Komm HGB (-Benicke) Art. 41 CISG Rz. 8; *Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer)* Art. 41 Rz. 10; *Staudinger (-Magnus)* Art. 41 Rz. 17. Der BGH hat die Frage zuletzt ausdrücklich offen gelassen, s. BGH, 11.1.2006, NJW 2006, 1343, 1344 = CISG-online Nr. 1200. Da die beiden Lösungen in aller Regel zu übereinstimmenden Ergebnissen führen, sollte nicht ohne Not vom Wortlaut des Art. 41 CISG abgewichen und auch bei offensichtlich unbegründeten Ansprüchen jedenfalls dem Grunde nach die Haftung des Verkäufers bejaht werden.

²³ *Schlechtriem* Rz. 165; Münch. Komm HGB (-Benicke) Art. 41 CISG Rz. 8.

²⁴ Allgemeine Ansicht, s. OGH, 12.9.2006, IHR 2007, 39 = CISG-online Nr. 1364; *Staudinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 12 m.w.N.

²⁵ Münch. Komm BGB (-Gruber) Art. 41 CISG Rz. 20.

Die Geltendmachung von Ansprüchen setzt schließlich eine Rüge innerhalb angemessener Frist nach Kenntniserlangung von dem Rechtsmangel voraus, Art. 43 CISG. Hierzu hat der *Bundesgerichtshof* im Jahr 2006 festgestellt, dass eine Rüge zwei Monaten nach Kenntniserlangung vom fortbestehenden Eigentum eines Dritten verspätet ist.²⁶ Im Einzelfall, insbesondere wenn der Dritte bereits rechtliche Schritte eingeleitet hat oder diese unmittelbar bevorstehen, können aber auch wesentlich kürzere Fristen angemessen sein.²⁷

3. Rechtsbehelfe bei der Rechtsmängelhaftung

Die Rechtsbehelfe der Art. 46-52 sowie der Schadensersatzanspruch gem. Art. 74 gelten grundsätzlich auch bei der Rechtsmängelhaftung. Bei näherer Betrachtung ergeben sich hier allerdings einige Probleme und ungeklärte Fragen, weil die Rechtsbehelfe primär auf die Sachmängelhaftung zugeschnitten sind und nicht ohne Weiteres im Bereich der Rechtsmängel herangezogen werden können.

a) Nacherfüllung bei Rechtsmängeln

Der Käufer kann bei der Belastung der Ware mit Rechten Dritter zunächst (Nach-)Erfüllung gem. Art. 46 Abs. 1 verlangen, was bei der Rechtsmängelhaftung auf die Befreiung des Käufers von den entgegenstehenden Rechten oder Ansprüchen Dritter hinausläuft, sei es, dass der Verkäufer die Genehmigung des Rechtsinhabers einholt oder die für den rechtsmangelfreien Vertrieb der Ware erforderlichen Rechte erwirbt (bspw. durch Abschluss eines Lizenzvertrags), sei es, dass er andere, nicht belastete Ware liefert. Insoweit kommt dem Verkäufer ein Wahlrecht zu.²⁸ Art. 46 Abs. 2 und 3, die dem Käufer unter den jeweiligen Voraussetzungen die Wahl zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung lassen, verweisen allein auf die „Vertragsgemäßheit“ der Ware im Sinne von Art. 35 und finden bei Rechtsmängeln keine Anwendung.²⁹

b) Minderung bei Rechtsmängeln?

Probleme bereitet die Anwendung der Minderung des Kaufpreises gem. Art. 50 im Bereich der Rechtsmängelhaftung. Der Wortlaut der Vorschrift („nicht

²⁶ BGH, 11.1.2006, NJW 2006, 1343, 1344 = CISG-online Nr. 1200

²⁷ Münch. Komm HGB (-Benicke) Art. 43 CISG Rz. 3.

²⁸ Münch. Komm BGB (-Peter Huber) Art. 46 CISG Rz. 9 und 22.

²⁹ Eingehend *Schlechtriem/Schwenzler* (-Schwenzler) Art. 42 Rz. 25 f. m.w.N.

vertragsgemäß“) spricht dafür, das Minderungsrecht allein auf die Sachmängelhaftung gem. Art. 35 zu beziehen. Für die Rechtsmängelhaftung bliebe dem Käufer dann nur der Ausweg, die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen die Kaufpreisforderung zu erklären. Diese Lösung dürfte meistens zu ähnlichen Ergebnissen führen, ist für den Käufer aber mit dem Nachteil verbunden, dass dem Verkäufer die Entlastungsmöglichkeit des Art. 79 eröffnet ist. Im Interesse der international einheitlichen Auslegung sollte hier dennoch einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Vorzug gegeben und die Minderung bei Rechtsmängeln verneint werden.³⁰ Dies gilt umso mehr, als der Befreiungstatbestand des Art. 79 bei Rechtsmängeln ohnehin nur in Ausnahmefällen eingreift (hierzu nunmehr unter c).

c) Schadensersatz bei Rechtsmängeln

Neben den anderen Rechtsbehelfen kann der Käufer bei Rechtsmängeln einen Schadensersatzanspruch gem. Art. 45 Abs. 1 lit. b), 74 geltend machen. Insoweit steht dem Verkäufer allerdings die Entlastungsmöglichkeit des Art. 79 offen.³¹ Kann er beweisen, dass die Ursachen der Pflichtverletzung für ihn weder beherrschbar noch voraussehbar waren, so schuldet er keinen Schadensersatz. Eine solche Entlastung wird allerdings nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein. Höhere Gewalt oder sonstige Ursachen, die nicht aus dem Einflussbereich des Verkäufers stammen, sind bei Rechtsmängeln nur schwer vorstellbar.³²

Ist der Schadensersatzanspruch dem Grunde nach gegeben, so umfasst er im Bereich der Rechtsmängelhaftung vor allem die Aufwendungen, die dem Käufer durch eine etwaige Ablösung von Drittrechten entstehen; daneben können die Kosten einer angemessenen Rechtsverteidigung geltend gemacht werden.³³ Beim Scheitern eines Weiterverkaufs handelbarer Ware wegen entgegenstehender Rechte kann zusätzlich der entgangene Gewinn aus dem nicht durchgeführten Geschäft verlangt werden.³⁴ Gefordert werden können schließlich auch die Aufwendungen für die Beschaffung von Ersatz für eine nicht nutzbare Kaufsache, beispielsweise Mietkosten für eine Ersatzmaschine bis zur Klärung von Patentstreitigkeiten.³⁵

³⁰ Überzeugend *Schlechtriem* Rz. 145 f. m.w.N.

³¹ Münch. Komm BGB (-*Peter Huber*) Art. 79 CISG Rz. 3.

³² Ebenso *Schlechtriem* Rz. 292; Münch. Komm BGB (-*Peter Huber*) Art. 79 CISG Rz. 19 f. jeweils m.w.N. Vgl. hierzu auch OLG Dresden, 21.3.2007, CISG-online Nr. 1626.

³³ Vgl. Münch. Komm BGB (-*Gruber*) Art. 41 CISG Rz. 22.

³⁴ Vgl. Münch. Komm BGB (-*Peter Huber*) Art. 74 CISG Rz. 36.

³⁵ Vgl. Münch. Komm BGB (-*Peter Huber*) Art. 74 CISG Rz. 46 (Schadensminderungs- und beseitigungskosten).

d) *Vertragsaufhebung bei Rechtsmängeln*

Der Käufer kann schließlich als *ultima ratio* die Vertragsaufhebung gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a) verlangen, dies allerdings nur, wenn es sich bei dem Rechtsmangel um eine „wesentliche Vertragsverletzung“ im Sinne von Art. 25 handelt. Das CISG knüpft die Vertragsaufhebung bekanntlich an strenge Voraussetzungen, um eine kostspielige Rückabwicklung im internationalen Warenverkehr zu vermeiden. Gleichwohl dürfte das Vorliegen von Rechtsmängeln vielfach zugleich eine wesentliche Vertragsverletzung bedeuten. Dies ist insbesondere in den Fällen indiziert, in denen der Käufer die Kaufsache an den Eigentümer herausgeben muss oder sie wegen entgegenstehender Rechte Dritter, etwa Patent- oder Urheberrechte, nicht bestimmungsgemäß benutzen darf. Eine wesentliche Vertragsverletzung kann auch vorliegen, wenn der Käufer eine für den Weiterverkauf bestimmte Ware aufgrund entgegenstehender Rechte nicht veräußern kann. Maßgebliches Kriterium für die Beurteilung der Wesentlichkeit ist in diesen Fällen die Behebbarkeit des Rechtsmangels, das heißt die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die entgegenstehenden Rechte vom Verkäufer oder vom Käufer selbst erworben, abgelöst oder lizenziert werden können. Auch die Belastung mit Sicherungs- und Verwertungsrechten können zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führen. Hier dürfte noch vor der Frage der Behebbarkeit als Kriterium zu beachten sein, in welcher Höhe der Gegenstand belastet ist und wie wahrscheinlich der Eintritt des Sicherungsfalls ist.

Die erleichterte Vertragsaufhebung nach erfolgloser Nachfrist gem. Art. 47, 49 Abs. 1 lit. b) scheidet bei Rechtsmängeln dagegen aus, weil es sich bei der Lieferung einer mit Rechtsmängeln behafteten Kaufsache nicht um einen Fall der „Nichtlieferung“ im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit b) handelt.³⁶

III. Haftungsbeschränkung bei Schutzrechtsverletzungen

Art. 42 sieht eine dreifache Beschränkung der Haftung des Verkäufers vor. Der Verkäufer haftet nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Schutzrechtsverletzung (1.) und nur in territorial begrenztem Umfang (2.). Bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers ist die Haftung ausgeschlossen (3.).

³⁶ Vgl. Münch. Komm BGB (-Peter Huber) Art. 49 CISG Rz. 48.

1. Haftung nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Verkäufers

a) Stand der Diskussion zum Haftungsmaßstab

Gem. Art. 42 Abs. 1 haftet der Verkäufer nur für Belastungen der Ware mit solchen Schutzrechten, die er „bei Vertragsschluss kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte.“ Da dem Käufer der Nachweis der positiven Kenntnis des Verkäufers nur selten gelingen wird,³⁷ beschäftigen sich Praxis und Wissenschaft vor allem mit der Frage, anhand welcher Maßstäbe das Kennenmüssen des Verkäufers zu bestimmen ist.

Der Sekretariatskommentar hatte hierzu festgestellt, dass der Verkäufer jedenfalls über solche Schutzrechte nicht in Unkenntnis sein kann, für die im Bestimmungsland eine veröffentlichte Anmeldung oder Registrierung vorliege. Dagegen liege keine vorwerfbare Unkenntnis vor, wenn es sich um Schutzrechte handele, bei denen es an einer Veröffentlichung fehle.³⁸ Eine auch in Deutschland verbreitete Meinung folgert hieraus, dass den Verkäufer bei registrierten Schutzrechten eine Erkundigungspflicht treffe. Er müsse sich bei den Patent- und Markenämtern nach Schutzrechten erkundigen, die durch den Vertrieb der Ware verletzt werden können.³⁹ Für nicht registrierte Schutzrechte, insbesondere für das Urheberrecht, treffe den Verkäufer dagegen keine positive Erkundigungspflicht. Mangels Register sei eine Recherche für den Verkäufer nicht zu bewerkstelligen.⁴⁰

Diese Ansicht ist allerdings nicht unumstritten. Einige Autoren, insbesondere im US-amerikanischen Schrifttum, lehnen eine Erkundigungspflicht des Verkäufers generell und damit auch für die Verletzung registrierter Rechte ab.⁴¹ Folgt man diesen Stimmen, so gibt der Sekretariatskommentar die Entstehungsgeschichte nicht vollständig wieder, weil die vom Sekretariat postulierte Erkundigungspflicht auf der Wiener Konferenz unter anderem von der ICC in Frage gestellt wurde und die

³⁷ Die Beweislast für die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Verkäufers liegt beim Käufer, s. OGH, 12.9.2006, IHR 2007, 39 = CISG-online Nr. 1364; Gerichtshof Arnhem, 21.5.1996, NIPR 1996, Nr. 398 = CISG-online Nr. 1290 sowie *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 29 m.w.N.

³⁸ *Sekretariatskommentar* Art. 40 Rz. 6.

³⁹ *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 14; *Staudinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 22; *Bamberger/Roth (-Saenger)* Art. 42 Rz. 11; *Münch. Komm BGB (-Gruber)* Art. 42 CISG Rz. 19; *Randa/Etier* 80; *Vida* 28 f.

⁴⁰ So *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 14; *Randa/Etier* 81; *Vida* 29; vgl. auch *Staudinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 22; *Bamberger/Roth (-Saenger)* Art. 42 Rz. 11, *Münch. Komm BGB (-Gruber)* Art. 42 CISG Rz. 19, die aber in Einzelfällen eine Ermittlungspflicht des Verkäufers auch in diesem Fall anerkennen.

⁴¹ So insb. *John Honnold*, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention³ (1999) Art. 42 Rz. 270; *Shinn* 126 f.

Erwägungen der Delegierten nicht dokumentiert seien.⁴² In Übereinstimmung mit der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 müsse auch im Rahmen des Art. 42 eine grobfahrlässige Unkenntnis des Verkäufers von dem Schutzrecht vorliegen, damit die Haftung bejaht werden könne.⁴³ Die Verkäuferhaftung sei in Fällen eröffnet, in denen entweder positives Wissen festgestellt werden kann oder die Feststellung des positiven Wissens an Beweisschwierigkeiten scheitert, obwohl Indizien auf ein solches Wissen hindeuten.⁴⁴

Eine dritte Ansicht schließlich lehnt eine pauschale Bejahung oder Verneinung von Erkundigungspflichten sowohl für registrierte als auch für nicht-registrierte Schutzrechte ab.⁴⁵ Entscheidend seien die Umstände des Einzelfalls. Handele es sich bei dem Verkäufer nicht um den Hersteller, sondern um einen Wiederverkäufer, so können umfangreiche Patent- oder Markenrecherchen unzumutbar sein. Gleiches gelte für den Fall, in dem der Käufer den Verkäufer auffordert, entsprechende Ware herzustellen und zu liefern oder dem Verkäufer nur kurze Zeit lässt, ein Angebot zu machen und der Verkäufer entsprechende Ware noch nicht in den Bestimmungsstaat vertrieben hat. Umgekehrt könnten auch bei nicht-registrierten Rechten Erkundigungspflichten des Verkäufers zu bejahen sein, etwa wenn er regelmäßig in den Bestimmungsstaat liefert, wenn er der Hersteller der Ware ist und besondere Sachkunde in dem betreffenden Gebiet hat.

Da Wortlaut, Systematik, Telos und – die bei der Auslegung von Einheitsrecht ohnehin nur subsidiär zu beachtende – Entstehungsgeschichte kein eindeutiges Ergebnis im Hinblick auf die Pflichten des Verkäufers ergeben, liegt es nahe nach anderen „autonomen“ Auslegungskriterien im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Ausschau zu halten.⁴⁶ Im Folgenden sollen für diese Aufgabe ökonomische und rechtsvergleichende Argumente herangezogen werden.

⁴² *Shinn* 124 m.w.N. Ebenso *Janal* 213 f.

⁴³ Interessanterweise findet sich die Auslegung des Haftungsmaßstabs im Sinne grober Fahrlässigkeit auch in Stellungnahmen, die eine Pflicht des Verkäufers zur Recherche registrierter Schutzrechte annehmen und bei einer Verletzung dieser Pflicht die Haftung des Art. 42 CISG ohne Weiteres eingreifen lassen wollen, so etwa *Staudinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 22; *Münch. Komm BGB (-Gruber)* Art. 42 CISG Rz. 18. Dies erscheint als wenig überzeugend, denn der bloße Verstoß gegen eine etwaige Erkundigungspflicht bedeutet noch keine evidente oder gröbliche oder auf sonstige Weise gegenüber einem einfachen Pflichtverstoß qualifizierte Form der Verletzung dieser Pflicht. Vgl. hierzu auch *Janal* 213 f.

⁴⁴ Konsequent *Shinn* 127.

⁴⁵ So insb. *Achilles* Art. 42 Rz. 8 ff.; *Münch. Komm HGB (-Benicke)* Art. 42 CISG Rz. 15 ff.; *Janal* 215 ff.

⁴⁶ Zur autonomen Auslegung von Einheitsrecht s. *Urs Peter Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts* (2004) 80 ff.; *Axel Metzger*, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (2009) 506 ff. m.w.N.

b) *Ökonomische Skizze zum effizienten Haftungsmaßstab*

Die Verkäuferhaftung für schutzrechtsverletzende Ware stellt sich aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts als ein Problem der Rekonstruktion des unvollständigen Vertrags dar.⁴⁷ Die Aufgabe des dispositiven Vertragsrechts besteht darin, diejenige Risikoordnung vorzunehmen, die die Parteien eines vollständigen Vertrags vorgenommen hätten. Rationale Vertragsparteien würden bei Vertragsschluss das Risiko der Schutzrechtsverletzung derjenigen Partei zuordnen, die den Eintritt der Verletzung mit geringerem Aufwand vermeiden kann (*cheapest cost avoider*). Die daraus resultierenden Preisauf- oder -abschläge würden auf diese Weise minimiert, zugleich wäre die Eintrittswahrscheinlichkeit der Schutzrechtsverletzung vermindert.⁴⁸ Von dieser Grundkonstellation ist ein zweites Szenario zu unterscheiden. Ist die Ermittlung von Schutzrechten für den Verkäufer kostengünstiger als für den Käufer, aber teurer als der Erwartungswert des Risikos,⁴⁹ so macht es auch für den Verkäufer keinen Sinn, entsprechende Vermeidungskosten aufzuwenden. Dies kann bei Schutzrechten durchaus der Fall sein, weil die Kosten einer umfassenden Patentrecherche erheblich sein können. Der Verkäufer fährt in diesem Fall besser, wenn er die Ermittlungen nicht anstellt und das Risiko der Schutzrechtsverletzung sehenden Auges eingeht. Gleichwohl kann es auch hier sinnvoll sein, den Verkäufer mit dem Risiko entgegenstehender Schutzrechte zu belasten, und zwar dann, wenn er das Risiko besser versichern kann (was bei Schutzrechtsverletzungen mangels eines Markts für entsprechende Versicherungsprodukte ausscheiden dürfte⁵⁰) oder wenn aus anderen Gründen der überlegene Risikoträger (*superior risk bearer*)⁵¹ ist. Welche Vertragspartei das Risiko besser tragen kann, hängt dabei von zwei Faktoren ab, erstens von den Informationskosten, die die jeweilige Partei aufwenden muss, um das Risiko zu erkennen und zweitens von der Möglichkeit des Unternehmens, etwaige Verletzungsfälle im Einzelfall wegen der großen Zahl der getätigten Geschäfte

⁴⁷ So die im Folgenden zugrunde gelegte h.M., s. *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law*⁷ (2007) 96 f.; *Schäfer/Ott* 403; *Shavell* 299 ff. Einen aktuellen Überblick über den Meinungsstand in der Rechtsökonomik bieten *Hannes Unberath/Johannes Czjupka*, *Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts*, in: *AcP* 209 (2009), 37-83.

⁴⁸ So *Schäfer/Ott* 412. Die Situation stellt sich anders dar, wenn beide Parteien Maßnahmen ergreifen müssen, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern, vgl. hierzu *Shavell* 182 ff. und 189 f. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass nur eine Partei eine Schutzrechtsrecherche durchführen sollte, um unnötige Mehrkosten zu vermeiden.

⁴⁹ Dies sind die erwarteten Kosten aus der Schutzrechtsverletzung mal der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Verletzung.

⁵⁰ *Schäfer/Ott* 412.

⁵¹ *Schäfer/Ott* a.a.O.

ausgleichen zu können.⁵²

Legt man diesen Maßstab an, so ist es immer dann sinnvoll, dem Verkäufer die Haftung für Schutzrechtsverletzungen aufzubürden, wenn für ihn die Kosten einer Recherche geringer sind als für den Käufer der Ware. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich beim Verkäufer um den Hersteller der Ware mit Sachkunde in der betreffenden Branche handelt. Für eine Pflicht des Verkäufers spricht des Weiteren, wenn er in seiner Betriebsorganisation ein entsprechendes Recherchewesen etabliert hat, sei es, dass er regelmäßig durch eigene Mitarbeiter Schutzrechtsrecherchen vornehmen lässt, sei es, dass er hierfür auf die Dienste externer Dienstleister (bspw. Patentanwälte) zurückgreift. Dies ist für größere Hersteller von Industrieprodukten durchweg der Fall. Diese prüfen vor der Vermarktung von Produkten entgegenstehende Patent- und Markenrechte, so dass entsprechende Pflichten im Rahmen des Art. 42 als zumutbar erscheinen. Hat der Verkäufer bislang keine Patent- oder Markenrecherche für den Bestimmungsstaat durchgeführt, so muss er dies nachholen und die Kosten über den Preis amortisieren. Kann er die Kosten nicht bei einem Kunden abwälzen, so muss er entweder auf den Abschluss weiterer Verträge setzen oder von dem Geschäft Abstand nehmen. Dies gilt allerdings nur unter Prämisse, dass die Nachforschung für den Verkäufer günstiger durchzuführen ist als für den Käufer. Ist ausnahmsweise der Käufer hierzu besser in der Lage, so greift der Haftungsausschluss gem. Art. 42 Abs. 2 ein (hierzu sogleich unter 3).

Aus ökonomischer Sicht macht es dabei keinen Unterschied, ob es sich um registrierte oder nicht-registrierte Rechte handelt. Auch bei nicht-registrierten Rechten wird der Hersteller von Produkten mit der Schutzrechtslage in seiner Branche vielfach besser vertraut sein als sein Abnehmer. So muss beispielsweise der Hersteller von Tonträgern dafür Sorge tragen, dass die Urheberrechte an den Musikaufnahmen geklärt sind. Er wird dies vielfach besser und günstiger bewerkstelligen können als ein Käufer, der die Tonträger lediglich veräußern will. Dies gilt in noch stärkerem Maße für den Softwareproduzenten, der in der Regel überhaupt als einziger weiß, welche Quelltexte („Codes“) seinen Produkten zugrunde liegen und wer die Urheberrechte hieran hält. Hat er in diesem Fall die urheberrechtlichen Fragen für den Bestimmungsstaat nicht bereits im Vorfeld

⁵² Vgl. zur parallelen Frage der ökonomischen Analyse der Sachmängelgewährleistung Schäfer/Ott 478, Shavell 220 ff. sowie vertiefend Klaus Werth, Warranties, in: Encyclopedia of Law and Economics III hrsg. von Bouckaert/De Geest (2000) 179-199.

geklärt, so erscheint es als zumutbar, ihn mit einer entsprechenden Pflicht zu belegen und ihn bei einer Verletzung dieser Pflicht haften zu lassen.

Anders kann sich die Lage bei einfachen Wiederverkäufern oder Zwischenhändlern von Waren darstellen. Beim Verkauf durch Nicht-Hersteller wird man nicht ohne Weiteres unterstellen können, dass der Verkäufer die Ermittlung von Schutzrechten günstiger durchführen kann als der Käufer. Hier kommt es auf die Nähe der Parteien zum Herstellungsvorgang und zum Vertriebssystem des Herstellers sowie auf die Kenntnisse der Branche an.⁵³ Dagegen kann es keine Rolle spielen, ob der Abschluss auf Anregung des Käufers zustande kommt, ob dem Verkäufer genügend Zeit für die Abgabe eines geprüften Angebots bleibt oder ob er bereits in das Bestimmungsland geliefert hat. Sind seine Informationskosten geringer als die des Käufers, so können ihn diese Umstände nicht entlasten.⁵⁴

Liegt das Haftungsrisiko beim Verkäufer, weil er die Schutzrechtsrecherche kostengünstiger durchführen kann als der Käufer, so macht es aus ökonomischer Sicht kaum einen Unterschied, ob er nur bei einer Pflichtverletzung haftet oder ob die Regel als Garantiehafung ausgestaltet ist. Im ersten Fall obliegt es dem Richter, ein effizientes Maß an Sorgfalt zu definieren und dem Verkäufer nur solche Nachforschungspflichten aufzubürden, die in der Summe zu niedrigeren Gesamtkosten aus dem Erwartungswert des Risikos und den Informationskosten führen. Im zweiten Fall wird der Verkäufer selbst ein entsprechendes Maß an Sorgfalt wählen.⁵⁵ Insoweit spricht einiges für die Garantiehafung, weil der Verkäufer im Zweifel besser geeignet ist, ein effizientes Maß an Sorgfalt zu definieren. Zwar wird man Art. 42 nicht im Sinne einer Garantiehafung umdeuten dürfen. Es sprechen aber gute Gründe dafür, die Sorgfaltspflichten eher höher anzusetzen, weil dies faktisch zum gleichen Ergebnis führt. Trägt der Verkäufer das Haftungsrisiko und legt man ihm die Pflicht zur Schutzrecherche auf, so wird er diese gleichwohl unterlassen, wenn sie ineffizient ist, weil der Erwartungswert des Risikos geringer ist. Befreit man dagegen den Verkäufer pauschal von jeder Nachforschungspflicht, so wird er auch dann keine Recherche vornehmen, wenn diese an sich effizient wäre, weil die Kosten unterhalb des Erwartungswertes liegen. Dieses unerwünschte Ergebnis kann im Rahmen des Art. 42 nur durch die Annahme strenger

⁵³ Ebenso *Achilles* Art. 42 Rz. 8 f.

⁵⁴ Kritisch zu diesen Gesichtspunkten auch Münch. Komm BGB (-*Gruber*) Art. 42 CISG Rz. 19.

⁵⁵ Vgl. hierzu eingehend *Shavell* 176 ff., insb. 181. Diese Annahme gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer risikoneutral ist, s. hierzu *Shavell* 260 f.

Sorgfaltspflichten verhindert werden.

c) Rechtsvergleichende Argumente

Die Tendenz zu einem eher strengen Haftungsmaßstab wird auch durch die Rechtsvergleichung gestützt. Die vertragliche Haftung für Belastungen durch Schutzrechte Dritter ist weithin als Garantiehafung ausgestaltet. Dies trifft zunächst für das deutsche Recht zu, für welches die herrschende Meinung annimmt, dass es sich bei entgegenstehenden Schutzrechten um Rechtsmängel handelt, welcher der Garantiehafung der §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB unterfallen.⁵⁶ Auch das französische Vertragsrecht geht gem. Art. 1625, 1626 Code Civil von einer Garantie des Verkäufers im Hinblick auf die Freiheit von „besitzstörenden“ Rechten einschließlich geistiger Eigentumsrechte aus.⁵⁷ Der Uniform Commercial Code stellt in § 2-312 (2) die Haftung für die Freiheit von entgegenstehenden Schutzrechten der allgemeinen Garantiehafung für Rechtsmängel gleich, sofern der Verkäufer regelmäßig mit Waren der gleichen Art handelt.⁵⁸ Auch im englischen Sale of Goods Act (Section 12 Abs. 1 und 2)⁵⁹ werden entgegenstehenden Schutzrechte nach Maßgabe der allgemeinen Garantiehafung für Rechtsmängel behandelt. Bereits dieser kurze Überblick deutet darauf hin, dass die Forderung nach Kenntnis oder Kennenmüssen der Schutzrechte in Art. 42 im internationalen Vergleich eine ungewöhnlich verkäuferfreundliche Regelung darstellt.

Verstärkt wird dieser Gesichtspunkt durch ein weiteres Argument. Der Verkäufer, der schutzrechtsverletzende Ware an einen Käufer liefert, begeht durch diese Handlung regelmäßig eine Verletzung des betreffenden Schutzrechts und wird sich gegenüber

⁵⁶ BGH NJW 1973, 1545, 1546; Staudinger(-*Matuschke-Beckmann*) § 435 Rz. 17 m.w.N.; Palandt (-*Weidenkaff*), Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁸ (2009) § 435, Rz. 9. A.A. *Bamberger/Roth* (-*Faust*) § 435 Rz. 11 m.w.N. (Sachmangel, allerdings handelt es sich auch dann um eine Garantiehafung).

⁵⁷ Die allgemeine Rechtsmängelhaftung der Art. 1625, 1626 Code Civil findet auch bei entgegenstehenden Schutzrechten Anwendung, vgl. Cass., 10.05.1995, Bull. Civ. I, N° 203 und *Vida* 22. Die neuere Rechtsprechung geht bei markenverletzender Ware allerdings von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags aus, sofern der Käufer selbst vorsätzlich das Markenrecht verletzt, s. Cass., 24.9.2003, Bull. Civ. IV, N° 147 und hierzu *Paul-Henri Antonmattei/Jacques Raynard*, *Droit civil: contrats spéciaux*⁴ (2004) Rz. 196 und 111; *Joanna Schmidt-Szalewski/Jean-Luc Pierre*, *Droit de la propriété industrielle*⁴ (2007) Rz. 633.

⁵⁸ Vgl. hierzu und zu den Unterschieden zu Art. 42 CISG *Joseph J. Schwerha*, *Warranties against Infringement in the Sale of Goods: A Comparison of U.C.C. s 2-312(3) and Article 42 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 16 *Mich. J. Int'l L.* 441, 474-480 (1995).

⁵⁹ S. Section 12 des Sale of Goods Act 1979, welcher ebenfalls auf entgegenstehende Schutzrechte angewendet wird, so ausdrücklich in einem markenrechtlichen Fall *Niblett v. Confectioners' Materials C Ltd* (1921) 3 K.B. 387 (zum Sales of Good Act 1893) und hierauf verweisend *A. G. Guest/F.M.B. Reynolds/D.R. Harris*, *Sale of Goods*, in: *Chitty on Contracts II Specific Contracts*²⁹ (2004) Rz. 43-063.

dem Inhaber des Rechts schadensersatzpflichtig machen.⁶⁰ Insoweit ist von Interesse, dass die Sorgfaltsanforderungen im Hinblick auf bestehende Schutzrechte in vielen Ländern sehr streng sind. In Deutschland gilt der Grundsatz, dass jedenfalls von größeren Unternehmen die Kenntnis der für das jeweilige Fachgebiet einschlägigen Patente und Patentanmeldungen erwartet wird („Patente muss man kennen.“).⁶¹ Sie müssen die Anmeldungen verfolgen und regelmäßig die Patente der Wettbewerber prüfen. Nur bei kleineren Unternehmen und nicht-spezialisierten Händlern sind die Anforderungen niedriger. Ähnlich wird auch im Urheberrecht ein strenger Maßstab angelegt. So trifft beispielsweise den Verleger die Pflicht, das Vorliegen einer Einwilligung oder eines Nutzungsrechts zu prüfen, bevor er einen Beitrag veröffentlicht. Gleiches gilt für andere professionelle Medienunternehmen.⁶² Ähnlich strenge Maßstäbe legt die englische Rechtsprechung an.⁶³ In den USA gehen Copyright Act (Section 504 lit. b) und Patent Act (Section 284) von einem verschuldensunabhängigen Anspruch auf kompensatorischen Schadensersatz aus. Auch in Frankreich verlangt die Rechtsprechung für die Zuerkennung von Schadensersatz keinen positiven Nachweis des Verschuldens.⁶⁴ Die hohen Anforderungen an die Sorgfalt im Immaterialgüterrecht sind im hiesigen Zusammenhang in zweifacher Hinsicht von Interesse. Erstens muss der Verkäufer aus der Sicht des Immaterialgüterrechts ohnehin nach entgegenstehenden Schutzrechten suchen; dies schwächt das Argument, entsprechende Nachforschungen seien ihm nicht zuzumuten. Zweitens erschiene es als Wertungswiderspruch, den Verkäufer in der vertraglichen Sonderbeziehung weniger streng haften zu lassen als im deliktsrechtlichen Verhältnis zum Inhaber des Schutzrechts. Zugespitzt gesagt: Wenn man davon ausgeht, dass Nachforschungen immaterialgüterrechtlich zumutbar sind, muss dies erst recht im Verhältnis zum Vertragspartner gelten.

Natürlich darf auch dieser Befund nicht zu einer Umdeutung von Art. 42 in eine Garantiehafung verleiten. Im Rahmen der autonomen Auslegung sollte es aber

⁶⁰ Auf diesen Gesichtspunkt verweist auch *Janal* 216.

⁶¹ BGH, 14.1.1958, GRUR 1958, 288, 290 - *Dia-Räbmchen*; BGH, 3.3.1977, GRUR 1977, 598, 601 - *Autoskooter-Halle*. Zum Ganzen *Benkard* (-*Rogge/Grabinski*), Patentgesetz¹⁰ (2006) § 139 Rz. 47 ff.

⁶² Eingehend m.w.N. *Schricker* (-*Wild*), Urheberrecht³ (2007) § 97 Rz. 52 ff.

⁶³ *Lancer Boss v. Henley Fork-Lift* (1975) R.P.C. 307; *Byrne v. Statist* (1914) 1 K.B. 622. S. zum Ganzen auch *William R. Cornish/David Llewelyn*, Intellectual Property⁶ (2007) Rz. 2-42.

⁶⁴ Für das Urheberrecht: Cass., 10.5.1995, Bull. civ. I, N° 203; kritisch hierzu *André Lucas/Henri-Jacques Lucas*, Traité de la propriété littéraire et artistique³ (2006) Rz. 979. Für das Patentrecht s. *Jean-Christophe Galloux*, Droit de propriété industrielle² (2003) 209, für das Markenrecht s. *André R. Bertrand*, Droit de Marques² (2005) 264 f.

gestattet sein, unter Hinweis auf die internationalen Standards einen strengen Sorgfaltsmaßstab im Rahmen des Art. 42 anzunehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier vertreten – Rechtsvergleichung und ökonomische Analyse in die gleiche Richtung weisen. Damit soll nicht gesagt sein, dass der internationale Warenkauf wie ein nationaler Kaufvertrag zu behandeln ist. Die Besonderheiten des internationalen Kaufvertrags liegen auf der Hand und sind zu berücksichtigen. Die richtige Stellschraube für diesen Gesichtspunkt bietet aber nicht der Sorgfaltsmaßstab, sondern die territoriale Beschränkung der Haftung des Verkäufers, worauf nunmehr einzugehen ist.

2. Territorial begrenzte Haftung des Verkäufers

a) Stand der Diskussion zur territorialen Begrenzung

Die praktisch bedeutsamste Einschränkung der Verkäuferhaftung bei Belastungen durch Schutzrechte Dritter findet sich in Art. 42 Abs. 1 lit. a) und b). Danach haftet der Verkäufer nur für Schutzrechtsansprüche (a.) nach dem Recht des Staates, in dem die Ware weiterverkauft oder in dem sie in anderer Weise verwendet wird, wenn die Parteien bei Vertragsschluss in Betracht gezogen haben, dass die Ware dort weiterverkauft oder verwendet werden wird, oder (b.) in jedem anderen Falle nach dem Recht des Staates, in dem der Käufer seine Niederlassung hat. Die Vorschrift setzt auf der Vorstellung territorial begrenzter geistiger Eigentumsrechte auf und möchte es dem Verkäufer ersparen, Schutzrechtsrecherchen auch für solche Staaten durchzuführen, in denen der Käufer die Ware gar nicht zu verkaufen oder zu verwenden gedenkt.⁶⁵ Den Interessen des Käufers wird dadurch Genüge getan, dass er den Kreis der Verwendungsstaaten nicht vertraglich vereinbaren muss; vielmehr genügt es, wenn die für ihn relevanten Staaten bei Vertragsschluss „in Betracht gezogen“ werden. Die nähere Bestimmung des oder der Verwendungsstaaten knüpft damit an die Vertragsverhandlungen an. Haben die Parteien bei Vertragsschluss die Staaten in Betracht gezogen, in denen die Ware verkauft oder verwendet werden soll, so beschränkt sich die Verkäuferhaftung auf Schutzrechtsbelastungen in diesen

⁶⁵ Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit spricht dafür, die Vorschrift (wie auch sonst üblich bei einheitsrechtlichen Verweisungsvorschriften, vgl. *Jan Kropholler*, Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: FS Henrich [2000] 393-402) als Sachnormverweisung zu verstehen und die Weiterverweisung nicht zuzulassen. So auch Staudinger (-*Magnus*) Art. 42 Rz. 15. Anders aber Bamberger/Roth (-*Saenger*) Art. 42 Rz. 7a; Münch. Komm BGB (-*Gruber*) Art. 42 CISG Rz. 12. Im Übrigen würde das Kollisionsrecht des Verwendungsstaates für die hier maßgeblichen Fragen ohnehin auf das eigene Sachrecht als *lex loci protectionis* verweisen; dies ist für die europäische Gemeinschaft nunmehr in Art. 8 Abs. 1 der Verordnung 864 /2007 („Rom II“, Abl. L 199, 40) kodifiziert.

Staaten. Dabei kann es sich wohlgerne auch um mehrere Staaten handeln, in denen der Käufer die Ware weitervertreiben möchte zuzüglich weiterer Staaten, in denen die Ware durch den Käufer oder seine Kunden verwendet werden soll.⁶⁶ Dies gilt allerdings nur, sofern die Parteien diese Staaten bei Vertragsschluss „in Betracht gezogen“ haben, was jedenfalls bei einem entsprechenden Hinweis des Käufers zu bejahen ist. Gleiches sollte für den Fall gelten, dass die Ware vereinbarungsgemäß in einen anderen Staat als den Niederlassungsstaat des Käufers versendet wird, weil die Versendung als solches bereits eine Schutzrechtsverletzung darstellen kann.⁶⁷ Dagegen wird man die bloße Kenntnis des Verkäufers von der Geschäftstätigkeit des Käufers in bestimmten Staaten nicht ausreichen lassen können, es sei denn, die bei Vertragsschluss erkennbaren Umstände legen den Schluss auf eine dortige Verwendung nahe.⁶⁸ Für den Fall, dass die Vertragsparteien keinen bestimmten Staat in Betracht gezogen haben, verweist lit. b.) subsidiär auf das Recht des Niederlassungsstaates des Käufers, welcher gem. Art. 10 zu bestimmen ist.⁶⁹

b) Ökonomische Skizze zur territorial beschränkten Haftung

Legt man das skizzierte ökonomische Modell zur Zuweisung von Haftungsrisiken (siehe oben 1 b) als Maßstab zugrunde, so erweist sich die territoriale Beschränkung der Haftung als effiziente Regelung. Im Hinblick auf Verletzungen von Schutzrechten in Staaten, die bei Vertragsschluss nicht als Verwendungsstaaten erkennbar waren, dürfte regelmäßig der Käufer und nicht der Verkäufer *cheapest cost avoider* (oder *superior risk bearer*) sein. Der Grund hierfür liegt auf der Hand. Der Verkäufer müsste eine Schutzrechtsrecherche für alle oder jedenfalls sehr viele Staaten durchführen, um sicher zu stellen, dass die spätere Verwendung der Ware in Drittstaaten nicht zu Problemen führt. Dies würde erhebliche Kosten verursachen. Demgegenüber kann der Käufer in dem Moment, in dem er sich für die Verwendung der Ware in einem anderen Staat entscheidet, gezielt für diesen Staat Nachforschungen anstellen. Dies wird, verglichen mit einer weltweiten Recherche des Verkäufers, der weniger kostenintensive Weg sein. Stellt man den Käufer vor die Wahl, einen höheren Preis für eine weltweit geprüfte Ware oder einen niedrigeren

⁶⁶ Für die h.M. s. *Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer)* Art. 42 Rz. 10 m.w.N. Anders aber *Shinn* 128-130.

⁶⁷ *Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer)* Art. 42 Rz. 11; *Janal* 221; tendenziell enger *Standing* (-*Magnus*) Art. 42 Rz. 17; Anders aber *Bamberger/Roth (-Saenger)* Art. 42 Rz. 8.

⁶⁸ Großzügiger *Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer)* Art. 42 Rz. 11.

⁶⁹ Zur Haftung für Schutzrechtsverletzungen oder Beschlagnahme in Transitstaaten vgl. *Schlechtriem/Schwenzer (-Schwenzer)* Art. 42 Rz. 13a; *Vida* 27 f.

Preis für eine territorial begrenzt geprüfte Ware zu bezahlen, die aber für alle beim Vertragsschluss anvisierten Verwendungsstaaten „abgeklopft“ ist, so wird er sich für die zweite Alternative entscheiden. Die territoriale Beschränkung der Verkäuferhaftung ist deshalb ökonomisch sinnvoll.

c) Kaum Hinweise aus der Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung vermag zum besseren Verständnis der territorialen Haftungsbeschränkung nur wenig beizutragen. Soweit ersichtlich, wird die Frage nur in Deutschland diskutiert.⁷⁰ Einzelne Stimmen in der Literatur gelangen über die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses für den Fall der Verletzung ausländischer Immaterialgüterrechte zu ähnlichen Ergebnissen. Dies soll allerdings nur gelten, wenn nach den Umständen nicht mit einer Auslandsnutzung der Kaufsache zu rechnen war.⁷¹

3. Keine Haftung bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers

a) Stand der Diskussion zum Haftungsausschluss

Gem. Art. 42 Abs. 2 haftet der Verkäufer nicht, wenn der Käufer die Schutzrechtsbelastung bei Vertragsschluss kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (lit. a). Gleiches gilt, wenn der Käufer „technische Zeichnungen, Entwürfe, Formeln oder sonstige Angaben“ zur Verfügung gestellt und sich hieraus die Schutzrechtsverletzung ergeben hat (lit. b). Die Haftung für entgegenstehende Immaterialgüter steht damit der Sachmängelhaftung in Art. 35 näher als der allgemeinen Rechtsmängelhaftung in Art. 41 CISG, bei der nur die Einwilligung des Käufers zu einer Entlastung des Verkäufers führt.⁷²

Betrachtet man zunächst die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Käufers gem. lit. a) so liegt es aufgrund des identischen Wortlauts nahe, den Maßstab im Einklang mit Abs. 1 zu bestimmen, wo ebenfalls die Begriffe „kannte oder nicht in Unkenntnis sein konnte“ verwendet werden. Einen solchen Ansatz befolgen die französischen

⁷⁰ Art. 46 des Gesetzes über internationale Wirtschaftsverträge der DDR v. 5.2.1976 (GBl. DDR 1976 I 61 ff.) enthielt eine territorial beschränkte Rechtsmängelhaftung, die auch bei Immaterialgüterrechten Anwendung fand, vgl. *Josef Langenecker*, UN-Einheitskaufrecht und Immaterialgüterrecht (1993) 151 f. m.w.N. Der Repräsentant der DDR war Mitglied der UNCITRAL-Sonderarbeitsgruppe, die den Vorschlag für Art. 42 CISG formulierte, s. YB VIII (1977) 40.

⁷¹ *Staudinger (-Matuschke-Beckmann)* § 434 Rz. 17. Zu ähnlichen Ergebnissen bei abweichender Begründung gelangt auch *Bamberger/Roth (-Faust)* § 434 Rz. 11.

⁷² So bereits *Sekretariatskommentar* Art. 40 Rz. 9.

Gerichte, die sich in den letzten Jahren mehrfach mit den Sorgfaltspflichten des Käufers im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 zu befassen hatten. So lehnte die *Cour de Cassation* in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 die Haftung des Verkäufers bei Lieferung markenverletzender Sportschuhe ab, weil der Käufer als erfahrenes Unternehmen in der Branche die Markenverletzung erkennen und eine Schutzrechtsrecherche hätte durchführen müssen.⁷³ Den gleichen strengen Maßstab legte die *Cour d'Appel de Colmar* 2002 bei einer Verletzung von Geschmacksmustern durch den Bekleidungshändler H&M an. Ein Rückgriff gegen den in Deutschland niedergelassenen Verkäufer der Hemden wurde mit der Begründung abgelehnt, H&M habe als Unternehmen der Modebranche die Verletzung selbst erkennen müssen.⁷⁴ Ähnlich argumentierte zuletzt das *Tribunal de Grande Instance de Versailles*. Der Käufer habe als Fachhändler für Innenausstattung erkennen müssen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Möbeln um Kopien von Le Corbusier-Originalen handelt. Ansprüche aus Rechtsmängelhaftung wegen der verletzten Urheberrechte schieden deswegen aus.⁷⁵ Diese strenge Auslegung stößt nicht überall auf Zustimmung. Die herrschende Meinung in Deutschland möchte zwar ebenfalls den Maßstab für Kenntnis und Kennenmüssen bei Verkäufer und Käufer im Grundsatz gleich auslegen.⁷⁶ Gleichwohl werden Erkundigungspflichten des Käufers auch bei registrierten Schutzrechten abgelehnt.⁷⁷ Die Haftung des Verkäufers solle nur entfallen, wenn es sich um international bekannte Marken handelt oder wenn das entgegenstehende Patent oder sonstige Schutzrecht allgemein bekannt ist, etwa aus der Werbung des Rechtsinhabers.⁷⁸

Der Haftungsausschluss gem. Art. 42 Abs. 2 lit. b) setzt voraus, dass die Angaben des Käufers so präzise sind, dass dem Verkäufer kein Gestaltungsspielraum für die Lieferung schutzrechtskonformer Ware bleibt.⁷⁹ Ob der Käufer von den

⁷³ Cass. civ. , 19.3.2002, JCP 2003 II, 10016 mit Anm. *Raynard* = CISG-online Nr. 662.

⁷⁴ CA Colmar, 13.11.2002, D. 2003, jur. 2367 (Ls.) = CISG-online Nr. 792.

⁷⁵ TGI Versailles, 23.11.2004, CISG-online 953.

⁷⁶ Münch. Komm HGB (-*Benicke*) Art. 42 CISG Rz. 11 ff.; Münch. Komm BGB (-*Gruber*) Art. 42 CISG Rz. 22; *Staudinger* (-*Magnus*) Art. 42 Rz. 26. Vgl. auch *Shinn* 125. Anders aber *Rauda/Etier* 87; *Vida* 30.

⁷⁷ *Achilles* Art. 42 Rz. 11; Münch. Komm BGB (-*Gruber*) Art. 42 CISG Rz. 22; *Staudinger* (-*Magnus*) Art. 42 Rz. 26; *Bamberger/Roth* (-*Saenger*) Art. 42 Rz. 12; *Schlechtriem/Schwenzler* (-*Schwenzler*) Art. 42 Rz. 17.

⁷⁸ *Achilles* Art. 42 Rz. 11; *Bamberger/Roth* (-*Saenger*) Art. 42 Rz. 12; *Schlechtriem/Schwenzler* (-*Schwenzler*) Art. 42 Rz. 17. Vgl. auch *Vida* 31.

⁷⁹ *Achilles* Art. 42 Rz. 12; *Bamberger/Roth* (-*Saenger*) Art. 42 Rz. 13; *Schlechtriem/Schwenzler* (-*Schwenzler*) Art. 42 Rz. 19 f.; differenzierend *Staudinger* (-*Magnus*) Art. 42 Rz. 29.

Schutzrechten weiß, ist dagegen unerheblich.⁸⁰ Nach dem Sekretariatskommentar soll der Verkäufer allerdings auch bei entsprechenden Vorgaben des Käufers haften, wenn er von den Schutzrechten weiß und dem Käufer dennoch keinen Hinweis gibt.

81

b) *Ökonomische Skizze zum Haftungsausschluss*

Aus der Sicht der ökonomischen Analyse wird die Haftungsregelung des Art. 42 erst durch die Ausschlussgründe in Abs. 2 ausgewogen. Geht man – wie hier vertreten – davon aus, dass im Grundsatz diejenige Vertragspartei für die Freiheit von Belastungen durch Schutzrechte einstehen soll, die diese Schutzrechte günstiger ermitteln kann (siehe oben 1 b), so bedarf es einer Ausnahmegvorschrift von der Verkäuferhaftung für den Fall, in dem der Käufer die Recherche günstiger durchführen kann. Art. 42 Abs. 2 lit. a) kann hierfür herangezogen werden. In diesem Fall ist von einer Pflicht des Käufers zu Nachforschungen auszugehen.⁸² Es handelt sich dann um Schutzrechte, über die der Käufer „nicht in Unkenntnis sein konnte“. Entsprechende Fallgestaltungen sind durchaus denkbar, wenn es sich beim Käufer um ein größeres Unternehmen mit Fachkenntnis in der betreffenden Branche und Erfahrungen im Umgang mit den für die Branche bedeutsamen Schutzrechten handelt, während der Verkäufer ein bloßer Zwischenhändler ohne Spezialwissen ist. Ist die Schutzrechtsrecherche dagegen für beide Seiten mit denselben Informationskosten verbunden und kann auch nicht aus anderen Gesichtspunkten eine der Parteien als *superior cost bearer* identifiziert werden, etwa weil es als größeres Unternehmen das Risiko von Schutzrechtsverletzungen durch Preispolitik, Bildung von Rücklagen oder sonstige Vorsorgemaßnahmen besser verkraften kann, so spricht der Gesichtspunkt der Transaktionskosten dafür, die Verkäuferhaftung im Ergebnis auszuschließen.⁸³

Legt man dieses Modell zugrunde, so verdient zunächst die strenge Auffassung der französischen Gerichte von den Käuferpflichten Zustimmung. Sind beide Parteien in gleicher Weise in der Lage, eine Schutzrechtsverletzung festzustellen bzw. das Risiko einer Schutzrechtsverletzung zu tragen, so ist die Rechtsmängelhaftung zu verneinen.

⁸⁰ Siehe nur *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 20.

⁸¹ *Sekretariatskommentar* Art. 40 Rz. 10.

⁸² Hat der Käufer positive Kenntnis von den Schutzrechten und liegen seine Informationskosten bei null, so muss er das Risiko der Schutzrechtsverletzung ebenfalls tragen. Positive Kenntnis ist jedoch nur selten zu beweisen.

⁸³ So ausdrücklich *Schäfer/Ott* 413 f. u. 416.

Als weiteres Ergebnis ist festzuhalten, dass den Käufer im Einzelfall durchaus eine Pflicht zur Schutzrechtsrecherche treffen kann. Dies ist dann der Fall, wenn er die Recherche günstiger durchführen kann als der Verkäufer. Eine solche Auslegung steht im Einklang mit dem Wortlaut der Vorschrift, weil die Sorgfaltspflichten des Käufers nach den gleichen Grundsätzen bestimmt werden wie die Sorgfaltspflichten des Verkäufers nach Abs. 1. Der Umfang der Sorgfaltspflichten bestimmt sich für beide Parteien nach den jeweiligen Kenntnissen und Möglichkeiten.⁸⁴ Schließlich erscheint auch der Haftungsausschluss in lit. b) als effiziente Regelung zur Risikoverteilung. Liefert der Käufer die näheren Spezifikationen der Ware, so liegt die Vermutung nahe, dass für ihn das Risiko von Schutzrechtsverletzungen leichter beherrschbar ist als für den Verkäufer.

c) Rechtsvergleichende Gesichtspunkte

Die Rechtsvergleichung ist in zweifacher Hinsicht hilfreich für das bessere Verständnis der Haftungsausschlussregelungen. Zum einen entspricht der Ausschluss der Rechtsmängelhaftung bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers der Regelung in zahlreichen Jurisdiktionen, was die sorgfältige rechtsvergleichende Fundierung der Konvention bestätigt. Ein deutliches Beispiel bietet § 442 Abs. 1 BGB. Ähnlich stellt sich die Rechtslage in Frankreich,⁸⁵ England⁸⁶ und den USA⁸⁷ dar. Zum anderen lohnt sich der Blick in § 2-312 (2) UCC, welcher die Haftung ausschließt, wenn der Verkäufer entsprechend den „*specifications*“ des Käufers liefert. Die Vorschrift im UCC hat offenkundig als Vorbild für die Regelung in Art. 42 Abs. 2 lit. b) gedient.⁸⁸ Sie geht allerdings über die Regelung des CISG hinaus, weil sie nicht nur den Ausschluss der Verkäuferhaftung anordnet, sondern den Käufer darüberhinaus dazu verpflichtet, dem Verkäufer alle aus der Schutzrechtsverletzung herrührenden Schäden zu ersetzen.⁸⁹

⁸⁴ Überzeugend *Janal* 220.

⁸⁵ *Paul-Henri Antonmattei/Jacques Raynard* (Fn. 57) Rz. 196.

⁸⁶ Section 12 (2): „In a contract of sale (...) there is also an implied term that (a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance *not disclosed or known to the buyer* before the contract is made (...).“

⁸⁷ § 2-312 (3) UCC: „A warranty under this section may be disclaimed or modified by specific language *or by circumstances that give the buyer reason to know* that the seller (...) is selling subject to any claims of infringement of the like.“

⁸⁸ Dies wird an der englischen Fassung deutlicher („compliance with ... specifications“). Vgl. hierzu *Sekretariatskommentar* Art. 40 Rz. 2 Fn. 2 und *Langenecker* (Fn. 70) 213 f.

⁸⁹ *Schwerba* (Fn. 58) 461-466.

IV. Abgrenzung von Art. 41 und 42 CISG

Abschließend sind die beiden Regelungen zur Rechtsmängelhaftung abzugrenzen. Da Art. 41 auf alle Rechtsmängel Anwendung findet, die nicht der spezielleren Vorschrift des Art. 42 unterfallen, erfordert die Abgrenzung eine nähere Bestimmung des Anwendungsbereichs der letztgenannten Bestimmung. Dem Wortlaut nach gilt Art. 42 für Rechte und Ansprüche, die auf „gewerblichem oder anderem geistigen Eigentum beruhen“. Die besondere Erwähnung des gewerblichen Eigentums hat nach dem Sekretariatskommentar nur klarstellende Funktion.⁹⁰ Dort findet sich auch der Hinweis auf die Definition des Begriffs „geistiges Eigentum“ im Übereinkommen zur Errichtung der WIPO aus dem Jahr 1967,⁹¹ welche in Art. 2 (viii) das Urheberrecht, verwandte Schutzrechte, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster, Marken, Handelsnamen sowie den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb erfasst. Der Begriff des geistigen Eigentums in Art. 42 wird dementsprechend in Übereinstimmung mit der Begriffsverwendung in den internationalen Übereinkommen zum geistigen Eigentum weit verstanden.⁹² Umfasst ist nicht nur der Schutz von Immaterialgütern durch besondere registrierte oder nicht-registrierte Schutzrechte, sondern durch allgemein-zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen aus dem Delikts-, Bereicherungs- und Wettbewerbsrecht.⁹³ In Übereinstimmung mit Art. 30 TRIPS-Abkommen sollte auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen von Art. 42 umfasst sein.⁹⁴

Zustimmung verdient schließlich auch die in Deutschland verbreitete Auffassung, nach welcher Art. 42 analog auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder des Namensrechts angewendet werden kann.⁹⁵ Zwar handelt es sich bei diesen Rechten nicht um geistiges Eigentum im eigentlichen Sinn. Für eine analoge Anwendung der Norm spricht aber die vergleichbare Interessenlage. Auch bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts macht es Sinn, den Kreis der Verwendungsstaaten während den Vertragsverhandlungen zu bestimmen und den Verkäufer nur im Hinblick auf diese Staaten haften zu lassen. Weicht die Rechtslage

⁹⁰ Sekretariatskommentar Art. 40 Rz. 1.

⁹¹ Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum v. 14.7.1967, BGBl. 1970 II 295.

⁹² *Standinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 10; *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 4 m.w.N.

⁹³ *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 4 m.w.N.

⁹⁴ So auch i.E. *Achilles* Art. 42 Rz. 2; *Shinn* 122.

⁹⁵ So die wohl h.M. *Achilles* Art. 42 Rz. 2; *Bamberger/Roth (-Saenger)* Art. 42 Rz. 5; *Schlechtriem* Rz. 171; *Schlechtriem/Schwenzler (-Schwenzler)* Art. 42 Rz. 5. Für eine direkte Anwendung *Standinger (-Magnus)* Art. 42 Rz. 10. Gegen eine direkte oder analoge Anwendung *Rauda/Étier* 70; *Langenecker* (Fn. 70) 88 f.

in Drittstaaten ab und ergibt sich hieraus eine deliktische Haftung des Käufers, so sollte der Käufer das Risiko tragen. Für die Anwendung von Art. 42 spricht des Weiteren der flexible Haftungsausschluss in Abs. 2 lit. a): Wenn der Käufer von der Rechtsverletzung Kenntnis hatte oder ihn eine Sorgfaltspflichtverletzung trifft, dann sollte dies für einen Ausschluss der Verkäuferhaftung genügen. Die Regelung gestattet eine effiziente Zuordnung des Haftungsrisikos, weil sie es – im Gegensatz zur starren Einwilligungslösung in Art. 41 – erlaubt, den Käufer immer dann mit dem Risiko der Persönlichkeitsrechtsverletzung zu belegen, wenn er diese zu geringeren Kosten vermeiden kann.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Sach- und Rechtsmängel werden im CISG zwar weitgehend gleichbehandelt. Bei den Rechtsbehelfen des Käufers weichen die Regime aber voneinander ab. Das BGB ist mit der vollständigen Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängel über das Modell CISG hinausgegangen. Weitere Abweichungen zwischen BGB und CISG zeigen sich bei der Belastung der Ware mit geistigen Eigentumsrechten gem. Art. 42. Eine vergleichbare Einschränkung der Rechtsmängelhaftung bei entgegenstehenden Schutzrechten ist dem deutschen Recht unbekannt.

2. Die Spezialregelung zu geistigen Eigentumsrechten in Art. 42 bietet eine ausgewogene und moderne Lösung. Sie kann bei richtiger Auslegung einer Überprüfung am Maßstab der ökonomischen Analyse des Rechts und der Rechtsvergleichung weitestgehend Stand halten.

3. Geht man vom Modell des *cheapest cost avoider* aus, so sollte grundsätzlich die Partei das Risiko entgegenstehender Schutzrechte tragen, die eine Schutzrechtsrecherche zu geringeren Kosten durchführen kann. Dies dürfte oft der Verkäufer sein, insbesondere wenn er die Ware selbst herstellt und es sich um ein Unternehmen mit Branchenkenntnis handelt. Im Einzelfall kann jedoch auch der Käufer besser in der Lage sein, nach geistigen Eigentumsrechten zu forschen. Das Regelungsgefüge des Art. 42 Abs. 1 und 2 gestattet es, das Haftungsrisiko im Einzelfall in effizienter Weise zuzuordnen.

4. Die Sorgfaltsanforderungen sollten für die mit dem Risiko belastete Partei hoch

angesetzt werden. Schutzrechtsrecherchen sind grundsätzlich zumutbar, unabhängig davon, ob der Verkäufer oder der Käufer haftet. Die Pflicht zu Nachforschungen kann sowohl registrierte als auch nicht-registrierte Schutzrechte, insbesondere Urheberrechte, umfassen.

5. Die territoriale Begrenzung der Haftung für entgegenstehende Schutzrechte in Artikel 42 CISG ist ökonomisch sinnvoll. Sie ist als Modell für entsprechende Haftungsbeschränkungen in den nationalen Kaufrechten zu empfehlen.

Summary: Warranties against third party claims under Article 41, 42 CISG

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) provides two regimes for warranties against third party claims. The general rule of Article 41 establishes a strict liability rule for all third party claims not covered by Article 42. Article 42 limits the seller's liability for infringement claims based on intellectual property. A seller under CISG warrants only against third party intellectual property claims he "knew or could not have been unaware" at the time of the conclusion of the contract. In addition, his liability is territorially restricted to claims based on third party intellectual property rights in the countries contemplated by the parties at the conclusion of the contract. This article provides an overview of seller's warranties under Article 41, 42. It examines more specifically whether the limited scope of seller's warranties for third party intellectual property claims is efficient and whether it is expedient from a comparative law perspective. Under a traditional economic analysis of law approach, the party who can avoid third party claims cheapest should bear the risk of infringement claims. This will often be the seller especially if he has produced the goods or has specific knowledge of the industry. But it may also occur that the buyer is in the superior position to investigate intellectual property rights, e.g. if the buyer is a specialized player in the industry and the seller a mere vendor without specific knowledge in the field. Article 42 allows an efficient allocation of the risk by the court. The party charged with the risk, be it seller or buyer, should not only warrant against third party rights he knew but also for those he could have been aware of after investigation in the patent and trademark offices of the relevant countries or other resources. Such a duty to investigate may

also exist with regard to unregistered rights like copyrights. A strict interpretation of the seller's (or buyer's) duty is in accordance with international standards. Seller's warranties are strict liabilities rules in many countries with an exemption in case of bad faith of the buyer.