

maintenant.

Or, outre cette première méthode juridique, selon Saleilles, le juriste non seulement établit une règle au premier niveau sur l'observation matérielle mais constitue, également, juridiquement une règle au deuxième niveau. Nous pouvons ainsi déduire que la méthode de Saleilles est doublement juridique. Selon lui, avec cette deuxième méthode juridique, d'un côté, nous pouvons aborder les problèmes sociaux, grâce à l'observation matérielle, et d'un autre côté, nous pouvons éliminer l'arbitraire et l'obscurité, grâce à la construction juridique. De plus, nous avons déjà vu Saleilles, en construisant les conceptions de sujet de droit, d'acte juridique, et de volonté, exposer le monde juridique fondé sur la valeur d'autonomie. Nous pouvons donc conclure que la construction juridique en général permet aux juristes d'exposer leurs conceptions du monde juridique. Ces significations de la construction juridique semblent mériter d'être considérées même aujourd'hui au Japon, où des juristes sont poussés à reconsidérer la raison d'être de la science de droit.

## Beiträge zum deutschen Kaufrecht: Rechtentwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur

*Koji TANAKA*

### 1. Zweck

Der vorliegende Vortrag basiert auf meinem zweiten Buch: „Beiträge zum deutschen Kaufrecht“, Shinzansha Verlag, Tokyo, 2021, xxix, 515, xix Seiten, ISBN 978-4-7972-6834-8 und behandelt fünf Streitpunkte.

### 2. „Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf“

#### a. Fragestellung — der Fall

*K* sucht ein Möbelhaus auf, um einen Tisch und einen Stuhl zu kaufen. Den gewünschten Tisch erhält er nach Bezahlung an der Warenausgabe, indem er dort einen im Ausstellungsraum erstellten und dann an der Kasse quittierten Computerausdruck vorlegt. Den gewünschten Stuhl nimmt er selbst aus dem Regal, trägt ihn zur Kasse und bezahlt. Der Kauf des Tisches ist unstreitig ein Gattungskauf, aber ist der Kauf des Stuhls ein Gattungskauf oder ein Stückkauf?

#### b. Lösung

Auf die Äußerlichkeit, ob die Kaufsache beim Vertragsschluss physisch präsent ist oder nicht, kommt es für den Vertragsinhalt nicht an. Deshalb ist der Kauf des Stuhls auch ein Gattungskauf. Sollte der Stuhl mangelhaft sein, hat *K*, wie bei einem Mangel des Tisches, aus §439 Abs.1 BGB einen Anspruch auf Lieferung eines anderen mangelfreien Exemplars.

### 3. „Falschlieferung“

#### a. Fragestellung — der Fall

*K* kauft beim Gebrauchtwagenhändler *V* einen VW Golf. Es wird vereinbart, dass das Fahrzeug am nächsten Tag zum Haus des *K* gebracht werden soll. Auf Grund eines Versehens im Betrieb des *V* wird dort angenommen, *K* habe einen BMW 318 i gekauft und ihm wird deshalb dieses Fahrzeug übergeben. *V* verlangt Rückgabe des gelieferten

BMW, während *K* das Fahrzeug behalten will, weil es ihm besser gefällt und es auch wertvoller ist als der VW.

b. Lösung

Da die Falschlieferung einem Sachmangel durch §434 Abs.3 BGB gleichgestellt ist, kann *K* die ihm als Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache zustehenden Recht geltend machen und von *V* die Lieferung des VW Golfs Zug um Zug gegen die Rückgabe des gelieferten BMW verlangen. Grundsätzlich steht es im Belieben des Inhabers eines Rechts, ob er von seinem Recht Gebrauch macht. Daher scheint es nach einem einflussreichen Argument dem *K* gestattet zu sein, von seinem Nacherfüllungsrecht nicht Gebrauch zu machen und den wertvolleren BMW zu behalten (*Musielak* NJW 2003, 89, 89). Nach einer anderen Ansicht jedoch kann *V* den BMW nach §812 Abs.1 BGB als Kondiktion von *K* zurückfordern, weil die Tatsache, dass §434 Abs.3 BGB die Falschlieferung einem Sachmangel gleichstelle, keinen Rechtsgrund i. S. v. §812 Abs.1 BGB schaffe (*Medicus/Lorenz*, BT, Rn.276).

4. „Selbstvornahme der Reparatur“

a. Fragestellung—der Fall

*V* verkauft *K* einen neuen VW Golf für 6.700 Euro. *K* zahlt den Kaufpreis, übernimmt das Fahrzeug aber stellt nach einem halben Jahr fest, dass der Motor nicht richtig funktioniert. Er lässt den Defekt in einer Werkstatt für 2.506 Euro beheben, ohne dies dem *V* mitzuteilen. Kann *K*, der den Mangel der Kaufsache durch Selbstvornahme beseitigt, die vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für Mangelbeseitigung verlangen?

b. Lösung

Der BGH (2005) hat anerkannt, dass *K* seine Gewährleistungsrechte (§437 BGB) verliert, wenn er durch Selbstvornahme die Nacherfüllung des *V* verhindert. Anders als beim Werkvertrag hat *K* keinen Kostenerstattungsanspruch.

5. „Nutzungersatz bei Nachlieferung“

a. Fragestellung—der Fall

*K* bestellte bei *V* (Quelle AG) ein „Herd-Set“ zum Preis 524, 90 Euro. Die Ware wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 stellte *K* fest, dass sich an der Innenseite des zu dem „Herd-Set“ gehörenden Backofens die Emailleschicht abgelöst hatte. *V* tauschte den Backofen vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das ursprünglich gelieferte Gerät gab *K* zurück. Für dessen Nutzung verlangte *V* eine Vergütung von 119,97 Euro. Zu Recht?

b. Lösung

BGH (2006) war zuerst der Ansicht, dass *K* gemäß §439 Abs.5, 346 Abs.1 BGB neben der gelieferten mangelhaften Sache die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat. Aber nachdem der EuGH festgestellt hat, dass eine Verpflichtung zum Nutzungersatz für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (§§474ff. BGB) den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie widerspricht, hat der BGH die Regelung dort im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung unangewendet gelassen. Der Gesetzgeber hat darauf schnell durch die Einfügung des heutigen §475 Abs.3 BGB reagiert. Danach ist ein Anspruch auf Nutzungersatz im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher ausgeschlossen.

## 6. „Nacherfüllung nach Einbau“

### a. Fragestellung — der Fall

*K* kauft von *V* polierte Bodenfliesen zum Preis von 500 Euro. Nachdem *K* die Fliesen in seinem Haus hat verlegen lassen, stellt *K* auf der Oberfläche Schattierungen fest, die mit bloßem Auge zu erkennen sind. Dabei handelt es sich um feine Mikroschleifspuren, die nicht beseitigt werden können. *K* verlangt von *V* nicht nur die Nachlieferung von mangelfreien Fliesen, sondern auch die Kosten von 2.000 Euro für den Ausbau der mangelhaften und den Neueinbau der mangelfreien Fliesen. Zu Recht?

### b. Lösung

Zunächst war der BGH (2008) der Ansicht, dass eine solche Pflicht zum Wiedereinbau nicht im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs, sondern nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach §437 Nr. 3, 280 Abs.1 BGB als Schadensersatz in Betracht kommt. Aber da der EuGH (2011) entschieden hat, dass der Begriff der „Nachlieferung“ in der Verbrauchgüterkaufrichtlinie auch die Verpflichtung umfasse, die Sache auszubauen und die neu gelieferte Sache wieder einzubauen oder die entsprechenden Kosten zu tragen, hatte der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. 1. 2018 eine klarstellende Änderung des §439 Abs.3 Satz 1 BGB vorgenommen. Danach hat der Käufer, wenn er eine mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder sie an eine andere Sache angebracht hat, im Rahmen der Nacherfüllung gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache.

### 7. Ergebnis

Die Rechtentwicklungen des deutschen Kaufrechts in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur verdienen unsere Aufmerksamkeit. Sie können ein Vorbild sein, wenn wir das japanische neue Kaufrecht auslegen, das erst zum 1. 4. 2020 in Kraft getreten ist.

## La substitution fidéicommissaire de l'ancien droit français.

*Koshiro ADACHI*

Le but de ce rapport est de présenter des problèmes juridiques inhérents à la « substitution fidéicommissaire » de l'ancien droit français.

La substitution fidéicommissaire, dénommée aujourd'hui « libéralité graduelle » depuis la réforme de 2006, est une libéralité qui comporte une double charge pour le gratifié qui reçoit un ou plusieurs biens du défunt : le premier gratifié (« grevé ») doit d'une part, conserver les biens reçus sa vie durant et d'autre part les transmettre, à son décès, à une seconde personne (« appelé ») désignée par le *de cuius*.

Notre étude a pour objectif de prévenir les éventuels problèmes liés au legs graduel au Japon (« Atotsugi-izo » en japonais), qui présente des caractéristiques similaires à la substitution en France. La validité du legs graduel japonais n'est pas clairement définie parce qu'il n'y a ni disposition légale ni jurisprudence relative au legs graduel. Il est techniquement possible de constituer le legs graduel via le legs conditionnel ou le legs avec charge, tous deux étant permis dans le Code civil japonais. Cependant, pour per-

# SHIHO

(JOURNAL OF PRIVATE LAW)

April 2022

No.83

## CONTENTS

### Symposia

- Civil law and consumer law in transition:.....Reporters: Makinori Goto et al.  
 Contemporary Issues in Collateral Law: Toward a New Collateral Law System  
 .....Reporters: Hirotaka Tadaka et al.  
 Re-examination of disciplines determining corporate institutional design  
 .....Reporters: Shuya Nomura et al.

### Mini-Symposium

- 10 Years Since the Insurance Act's Entry into Force: Theoretical Issues and Prospects  
 .....Reporters: Noritaka Yamashita et al.

### Reports

- Weisungsbefolgungspflicht des Beauftragten bei Mandatsverträgen:  
 Im Mittelpunkt die Weisung des Auftraggebers gegenüber dem Anwalt  
 .....Shou Kurita  
 Multiple Standards of Contract Liability : Stimulated by the Study of  
 "Fault" in American Contract Law.....Akane Kido  
 Réflexion sur le consentement pour la disposition des droits de la personnalité  
 .....Tomohisa Ishio  
 La conception de volonté chez Raymond Saleilles : entre le fait et le droit.....Yuta Ikeda  
 Beiträge zum deutschen Kaufrecht : Rechtsentwicklungen in Rechtsprechung,  
 Gesetzgebung und Literatur.....Koji Tanaka  
 La substitution fidéicommissaire de l'ancien droit français.....Koshiro Adachi  
 Les origines multiples des règles d'usage et d'administration de  
 la chose indivise en droit français.....Yasunori Sato  
 Comparative study on the legal construction of the right to invoke prescription:  
 From the viewpoint of the ayant-cause notion in French law.....Gen Shimazu  
 Étude du régime du contrat d'exploitation commerciale  
 de l'image de la personne.....Rika Kumamoto  
 Auswechslung eines Beteiligten vom Schuldverhältnis und  
 Wirkungen des Vertrages zwischen ehemaligen Parteien.....Wataru Yamaoka  
 Duale Struktur des Aufwendungsersatzes und Verzögerungshaftung.....Takahiko Ueda  
 The Laws of Dismissal and Settlement of Shareholder Derivative Action.....Dandan Gu  
 The Liability Associated with the Exercise of Control by a Parent Company  
 in China : Comparison with Japanese law and U.S. law.....Xiaofei Lu  
 Possibilities and Limitations of Shareholder Autonomy in Companies.....Hajime Miyake  
 Duties and Liabilities of Bond Administrator under the situation of  
 the conflict of multiple obligations and the conflict of interests.....Toshiyasu Kito  
 Die Feststellung des eigentlich zustande gekommenen  
 Beschlusses einer Hauptversammlung.....Hajime Fujishima  
 Überlegungen zu Voraussetzungen für ein Verschmelzungsverbot  
 —aus der Perspektive der Entwicklung des deutschen Rechts.....Ayaka Kihara  
 Eine Studie über den Zweck von § 350 Gesellschaftsgesetz.....Yasue Takagi  
 Co-owned Stocks and Shareholders' Rights.....Takuma Naka  
 La nature juridique des crypto-actifs dans la comparaison entre le Japon  
 et la France.....Kenichi Hara  
 La notion de gage commun en droit civil.....Yuki Setoguchi

Published Annually by  
 NIHON SHIHOGAKKAI

(Japan Association of Private Law)

© Printed in Japan

定価 3,960 円 本体 3,600 円

