

# Allgemeines oder besonderes Gewährleistungsrecht Überlegungen zum Regelungsort der Gewährleistung

その他（別言語等） のタイトル	総則的あるいは各論的瑕疵担保法 瑕疵担保規定 の位置に関する考察
著者	Martin Schmidt-Kessel, 芦野 訓和（翻訳）
著者別名	Martin Schmidt-Kessel, ASHINO Norikazu ( ubersetzt von)
journal or publication title	TOYOHOGAKU
volume	63
number	3
page range	237-259
year	2020-03
URL	<a href="http://doi.org/10.34428/00011520">http://doi.org/10.34428/00011520</a>

《 講 演 》

## Allgemeines oder besonderes Gewährleistungsrecht — Überlegungen zum Regelungsort der Gewährleistung —

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel\*

In unseren nach wie vor am Kaufrechtsparadigma orientierten Privatrechtsordnungen<sup>(1)</sup> ist es nicht verwunderlich, daß Wandlungen der Mängelbegriffe regelmäßig vom Kaufrecht her beschrieben werden. Das gilt für das japanische Recht vor wie auch nach der Reform, wenn die Anforderungen an die Qualität der Kaufsache (Art. 570 jZGB a.F. und Art. 562 jZGB) schon kraft der Verallgemeinerung dieser — systematisch im Kaufrecht angesiedelten — Regelung durch Art. 559 jZGB (alter wie neuer Fassung) zu allgemeinen Regeln gemacht werden.

Es gilt aber auch für das deutsche Recht, wobei hier möglicherweise Wahrnehmung und Rechtsrealität auseinanderlaufen. Immerhin hat jedoch der Mangelbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1990/44/EG auch den werkvertraglichen Mangelbegriff sowie seit der Reform von 2017 auch den pauschalreiserechtlichen Mangelbegriff entscheidend mitgeprägt,<sup>(2)</sup> während der weitere Mängelbegriff des Mietrechts in der breiten schuldrechtlichen Diskussion bislang eher eine Randbedeutung hat. Allerdings

---

\* Professor an der Universität Bayreuth.

(1) *Schmidt-Kessel*, GPR 2007, 261; *Auer*, ZfPW 2019, 130, 133 f.; *Schmidt-Kessel*, Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer/Erler/Hartmann/Kramme/Müller/Pertot/Tuna/Wilke (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 7, 9.

(2) Der deutsche Gesetzgeber hat die sehr fragmentarische Regelung in Art. 3 Nr. 13 der neuen Pauschalreiserrichtlinie (EU) 2015/2302 in § 651i II BGB in offensichtlicher Anlehnung an §§ 434, 633 II BGB umgesetzt und dabei den Mangel in § 651i II 3 auch auf Fälle der Nichtleistung und der Verzögerung erstreckt.

sind die sich abzeichnenden Bedeutungsverluste des Kaufs<sup>(3)</sup> geeignet, vor allem den mietrechtlichen Mängelbegriff in seiner Bedeutung weiter hervorzuheben.

Auch sonst fällt auf, daß das deutsche Gewährleistungsrecht und mit ihm der Mängelbegriff in den letzten 20 Jahren mehrere fundamentale Änderungen erfahren hat, sodaß dieser an sich vergleichsweise stabile Regelungsbereich eine gesonderte Betrachtung verdient. Zusätzlichen legislatischen Anlaß für eine Betrachtung der Anforderungen an die Vertragsgemäßheit von Leistungen bietet zudem — erneut — das Recht der Europäischen Union: Hier ist unlängst mit der Warenhandelsrichtlinie 2019/771<sup>(4)</sup> eine vollständige und vollharmonisierende Neufassung des Verbrauchsgüterkaufrechts Gesetz geworden, die bis 1. 7. 2021 in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten umzusetzen und ab 1. 1. 2022 anzuwenden ist. Weit über das Kaufrecht hinaus hat der Unionsrechtsgesetzgeber zeitgleich — und mit denselben Umsetzungsfristen — zudem die sogenannte Digitale Inhalte Richtlinie 2019/770<sup>(5)</sup> erlassen, welche keine generellen Einschränkungen hinsichtlich der erfaßten Vertragstypen enthält und damit Mängelbegriffe und Gewährleistungsrecht für digitale Güter und digitale Dienstleistungen ganz allgemein festlegt.

Nach derzeitigen inoffiziellen Planungen des Bundesministeriums der Justiz und für

---

(3) *Schmidt-Kessel*, Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer/Erlar/Hartmann/Kramme/Müller/Pertot/Tuna/Wilke (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 7, 10. In diese Richtung bereits für digitale Inhalte *Zech*, Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, ZGE 5 (2013), 368 (386), *Stieper*, Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus, in Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl (Hrsg.), Festschrift für Helmut Kohler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 729 sowie *Auer*, ZfPW 2019, 130, 133 f.

(4) Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABIEU Nr. L 136 vom 22. 5. 2019, S. 28.

(5) Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABIEU Nr. L 136 vom 22. 5. 2019, S. 1.

Verbraucherschutz, ist eine Umsetzung dieser Richtlinien nur für Verbraucherverträge vorgesehen, sodaß eine erneute große Schuldrechtsreform nach nur 20 Jahren vermutlich ausbleiben wird. Rechtspolitisch ist hier das letzte Wort freilich nicht gesprochen und es erscheint auch kaum vorstellbar, daß die professionellen Kunden der Anbieter digitaler Inhalte und Dienstleistungen eine Nichtanwendung der zweiten Richtlinie im unternehmerischen Geschäftsverkehr für akzeptabel halten werden. Wir haben also zwei weitere spannende Schuldrechtsjahre vor uns.

Eine terminologische Klärung sei vorausgeschickt: Historisch weisen die Termini Gewährleistung, Konformität, Vertragswidrigkeit, Mangel und Fehler erhebliche dogmatische Konnotationen auf, die auf einen Irrweg der deutschen Dogmatik zurückgehen. Die — europaweit freilich nicht unbekannt — Vorstellung, die Verantwortlichkeit für schlechte Qualität sei — vor allem und häufig nur für den Kauf — von der Haftung für Nicht- oder Schlechterfüllung zu unterscheiden, darf heute jedenfalls für Deutschland als gänzlich überholt angesehen werden.

Diese Veraltung und Abirrung ist freilich technisch-dogmatischer Natur, während die damit verbundenen Sachfragen etwa nach Sinn und Zweck eines Nacherfüllungsanspruchs oder eines Rechts zur zweiten Andienung rechtspolitisch durchaus diskutabel erscheinen. Diese Sachfragen und die zugehörigen Sachentscheidungen sind freilich bei Konformitätsstörungen und Vertragswidrigkeiten nahezu ausschließlich auf der Rechtsbehelfsseite anzusiedeln und sollen hier außen vor bleiben. Zugleich sind sie — jedenfalls für das deutsche Recht, aber vielleicht künftig auch für das japanische — ihrer technischen Bedeutung (wie sie jedenfalls einige Autoren vertreten haben) weitestgehend entkleidet, sodaß ich im Folgenden die Begriffe Vertragswidrigkeit, Konformitätsdefizit, Fehler und Mangel synonym verwenden werde und mit Gewährleistungsrecht lediglich den Komplex der Sachfragen der Haftung des Leistenden für entsprechende Qualitätsdefizite meine.

Bekanntlich kennt das deutsche Recht (bislang) kein Allgemeines Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Schuldrecht. Anders als §§ 381–411 des ersten Entwurfs zum

BGB, wo ähnlich den §§ 922 ff. ABGB eine allgemeine Sachmängelgewährleistung vorgesehen war, haben die Verfasser des deutschen BGB die Gewährleistungsregeln schließlich auf die einzelnen Vertragstypen aufgeteilt und dabei auch unterschiedlich ausgestaltet. Auch eine Verweisungsnorm nach Art des Art. 559 jZGB, welche etwa die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung zur allgemeinen Regel hätte erheben können, sucht man im BGB vergebens.

## I. Qualitätsstandards im allgemeinen Schuldrecht?

Sucht man trotz der bisherigen Grundstruktur des BGB nach Spuren von Qualitätsstandards im Allgemeinen Schuldrecht, lassen sich solche durchaus entdecken. Das gilt — seit der Schuldrechtsreform von 2002 — zunächst einmal für die Rechtsfolgenseite: Mit der Rede von einer Leistung, die „nicht wie geschuldet“ erbracht respective bewirkt wird (§§ 281 I 1 und 3 BGB) sowie mit der Formulierung, eine Leistung sei „nicht vertragsgemäß“ (§§ 323 I, V 2 BGB) hat die Gewährleistung (im weiteren Sinne) zumindest auf der Rechtsfolgenseite Einzug in das Allgemeine Schuldrecht gehalten.<sup>(6)</sup>

Aber auch jenseits dieser Rechtsbehelfsbestimmungen bietet das BGB — und bot es bereits seit 1900 — Ansatzpunkte zur Entwicklung einer allgemeinen Nichterfüllungshaftung für Qualitätsdefizite. Für die Qualitätsbestimmungen selbst lassen sich aus der etablierten Kriterientrias (Vereinbarung, Verwendungszweck und Üblichkeit) zumindest für zwei der Kriterien Ansatzpunkte finden: Angesichts der Verneinung eines Typenzwangs durch § 311 I BGB ist dies für vereinbarte Qualitätsanforderungen ohnehin eine Selbstverständlichkeit.

Aber auch für die üblichen Qualitätsstandards und deren Abbildung im Rahmen einer Vertragsinhaltsbestimmung finden sich wichtige Anhaltspunkte: Das gilt zunächst selbst-

---

(6) Daß die Rechtsprechung zumindest die Formulierung in § 323 I BGB weit auslegt (s. BGH NJW 2010, 2503 [Täuschung durch Vorlage einer falschen Übernahmebestätigung]), ändert an dieser Grundausrichtung der Vorschriften auf eine Integration der Gewährleistungsrechtsbehelfe in die schuldrechtliche Systematik nichts.

stverständlich für den Verweis auf die Verkehrssitte im Rahmen der Vertragsauslegung nach § 157 BGB. Die damit berufenen „Sozialnormen, die von einer gemeinsamen Pflichtvorstellung der Angehörigen einer Gruppe von Rechtsgenossen getragen sind“<sup>(7)</sup> erfassen das gesamte Leistungsverhalten<sup>(8)</sup> und damit auch Fragen der Qualität der Leistung.<sup>(9)</sup>

Erheblich deutlicher wird der Qualitätsbezug noch beim ausdrücklichen Verweis auf die mittlere Art und Güte in § 243 I BGB und § 360 HGB. Beide Vorschriften beziehen sich dem Wortlaut nach lediglich auf Sachen respective Waren, sodaß im Kern vor allem Kaufrecht abgebildet wird, weshalb die Vorschriften wenig praktische Bedeutung haben. So wird § 243 I von den speziellen Regeln der §§ 434 I, 524 II, 535, 600, 633 II, 651i BGB verdrängt.<sup>(10)</sup> Und dasselbe gilt für § 360 HGB. Eigenständige Bedeutung kann § 243 I BGB etwa im Rahmen von § 536 BGB<sup>(11)</sup> erlangen. Auf Allgemeines Schuldrecht sieht sich schließlich der Rechtsanwender auch dort verwiesen, wo es — wie etwa beim Dienstvertrag — an einer allgemeinen Regelung von Qualitätsstandards respective qualitätsbezogenen Ergänzungsmechanismen fehlt. Allerdings sind die Qualitätsanforderungen bei Dienstleistungen — jedenfalls außerhalb der Relevanz von Dienstleistungsnormen — für die §§ 611 ff. BGB bislang völlig unterentwickelt, sodaß ein eigener dienstleistungsbezogener Qualitätsstandard sich bislang nur dort hat entwickeln können, wo eine Qualifikation des Vertrages oder einzelner Vertragspflichten als werkvertraglich mit geschuldetem Erfolg möglich ist.

---

(7) So die bekannte Definition von *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970, 62.

(8) *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972, 82 f.

(9) BGHZ 172, 346, Rn. 36; *Busch*, NJW 2010, 3061, 3066 (im Hinblick auf Dienstleistungsnormen).

(10) *PWW/Kramme* § 243 Rn. 6.

(11) BGH NJW 2010, 2877, Rn. 18 (Vorinstanz LG München I, NJW 2010, 161, 162) ; *PWW/Kramme* § 243 Rn. 6.

## II. Mangelbegriffe im besonderen Schuldrecht

Ausformulierte Mangelbegriffe kennt das deutsche Recht für den Kaufvertrag (§ 434 BGB), den Mietvertrag (§ 536 BGB), den Werkvertrag (§ 633 II BGB) und den Reisevertrag (§ 651i II BGB), wobei sich die Grundstrukturen dieser Mangelbegriffe immer stärker angeglichen haben. Sie sind für das Kaufrecht und das Reisevertragsrecht europarechtlich vorgegeben<sup>(12)</sup> und auch hinsichtlich des Werkvertragsrechts über die weitgehend wortgleiche Übernahme von § 434 I 1 und 2 in § 633 II 1 und 2 BGB europarechtlich präformiert. Allein das Mietvertragsrecht fällt — auch in der Sache — ein wenig aus dem Rahmen.

Alle vier Mängelbegriffe weisen weitestgehend dieselbe Grundstruktur auf, wenn die vereinbarte Beschaffenheit respective Eigenschaft, ein konkreter Verwendungszweck sowie die Üblichkeit von Beschaffenheit oder Eigenschaften respective Verwendungszwecken zu zentralen Kriterien erhoben werden. Für Kauf-, Miet- und Werkvertrag werden die Mängelbegriffe zudem durch eigene Anforderungen an die Freiheit von störenden Rechten Dritter flankiert (§§ 435, 536 III, 633 III BGB).

Diese grundsätzlich dreiteilige Struktur läßt sich in zwei Richtungen lesen, die zugleich zwei grundlegend verschiedene Perspektiven auf die Mängelbegriffe offenbaren: Aus der Perspektive der Privatautonomie ist die vereinbarte Qualität nach §§ 434 I 1, 633 II 1, 651i II 1 BGB respective die zugesicherte Eigenschaft nach § 536 II BGB der Ausgangspunkt; die Vertragsparteien bestimmen die Standards der Qualität prinzipiell selbst. Sehr nah am Parteiwillen ist sodann der individuelle Verwendungszweck und zwar unabhängig davon, wie er im Einzelnen zu bestimmen ist und für die Parteien verbindlich wird (§§ 434 I 2 Nr. 1, 536 I 1, 633 II 2 Nr. 1, 651i II 2 Nr. 1 BGB). Hier wird aus dem zum Vertragsgegenstand erhobenen Verwendungszweck sehr nah am Parteiwillen auf die geschuldete Qualität geschlossen. Dem Parteiwillen hingegen vor

---

(12) Siehe oben Fn. 2 sowie zur künftigen Determinierung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs Fn. 4.

allem über Verkehrsschutzerwägungen verbunden ist schließlich die Anknüpfung an die übliche Beschaffenheit respective die gewöhnliche Verwendung in §§ 434 I 2 Nr. 2, 633 II 2 Nr. 2, 651i II 2 Nr. 2 BGB, die für das Mietrecht durch § 536 I 1 BGB nur partiell, nämlich für die übliche Verwendung ausdrücklich abgebildet wird.<sup>(13)</sup> Diese sich immer weiter vom feststellbaren Parteiwillen entfernende Hierarchie der Vertragsinhaltsbestimmungen läßt sich aber auch — etwa aus einer prozessualen Perspektive — umdrehen: Ausgangspunkt sind dann übliche Beschaffenheit und gewöhnliche Verwendung, deren Erhebung zur vertraglich geschuldeten Qualität nicht des Nachweises durch den Leistungsempfänger bedarf. Auch die Vorausgesetztheit oder Vereinbarung des individuellen Verwendungszwecks wird für den Leistungsempfänger erheblich leichter nachzuweisen sein als Abreden über eine spezifische Eigenschaft oder Beschaffenheit der Leistung respective des Leistungsgegenstandes. Welche der beiden Perspektiven die bessere ist, läßt sich theoretisch lange und ohne zwingende Ergebnisse diskutieren, weil die Reihenfolge der Kriterien gerade von der Funktion abhängt und damit perspektivabhängig ist.

Während damit die Grundstruktur der Mängelbegriffe im Besonderen Schuldrecht damit weitestgehend gemeinsamen Regeln folgt, finden sich vor allem beim Kauf- aber auch beim Werkvertrag Bestimmungen zu Sonderfällen, die teilweise gesonderte Kommunikation, teilweise Erweiterungen des Vertragsgegenstandes und teilweise Abgrenzungsprobleme zur allgemeinen Nichterfüllungshaftung betreffen.

Ersteres zielt auf die Haftung für öffentliche Äußerungen und insbesondere Werbeaussagen, wie sie das deutsche Recht nur für den Kauf in § 434 I 3 BGB vorsieht.

---

(13) Die Frage, ob bei der Miete trotz Fehlen einer ausdrücklichen Regelung auch die nicht funktionalen Erwartungen in die übliche Beschaffenheit nach Art der §§ 434 I 2 Nr. 2 Alt. 2, 633 II 2 Nr. 2 Alt. 2, 651i II 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB geschützt werden, wird abstrakt kaum erörtert, vgl. MüKoll/Häublein § 536 Rn. 4 und BeckOGK/Bieder § 536 Rn. 32. Konkrete Anwendungsfälle finden sich aber in großer Zahl, etwa BGH NJW 2019, 507 (üblicher Wohnstandard); LG Dresden NZM 2015, 250 (Kellerfeuchte im Altbau); OLG Düsseldorf, NZM 2002, 737, 738 (übliche Einbruchsicherheit von Türen).



Sondersituationen durch Erweiterung des Gegenstandes respective des Verwendungszwecks betreffen die Regeln über die unsachgemäße (geschuldete) Montage nach § 434 II 1 BGB, welche den klassischen Leistungsgegenstand des Kaufs um die Montagedienstleistung erweitert und auch die Qualitätserwartungen auf diese Dienstleistung ausweitet. In eine ähnliche Richtung weist die berühmte Ikea-Klausel des § 434 II 2 BGB, welche für den Fall der Eigendienstleistung des Käufers deren Vorbereitung durch eine sachgemäße Montageanleitung in den Qualitätsbegriff miteinbezieht — die Montageanleitung wird durch diese Klarstellung zum Gegenstand der allgemeinen Qualitätsanforderungen. Vor allem historisch zu erklären und heute nur noch von begrenzter Funktion sind sodann die Regeln über die Aliud- und Mankolieferung in §§ 434 III, 633 II 3 BGB, deren Bedeutung durch die Integration des Gewährleistungsrechts beider Vertragstypen in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht drastisch reduziert worden ist. Eine andere — ebenfalls die Abgrenzung vom Allgemeinen Leistungsstörungenrecht betreffende — Konstellation erfaßt § 651i II 3 BGB, welche Leistungsverspätungen in die Qualitätsstandards beim Reisevertrag integriert.

Auch diese Sonderfälle ändern jedoch nichts daran, daß die gemeinsamen Grundstrukturen durchaus verallgemeinerungsfähig wären. Vor diesem Hintergrund ließe sich durchaus auch für das deutsche Recht vorstellen, allgemeine Mängelregelungen und Qualitätsanforderungen in das Allgemeine Schuldrecht zu integrieren. Damit ließen sich etwa auch möglicherweise die rudimentär-kryptischen Sonderregeln für unentgeltliche Leistungen in §§ 523, 524, 600 BGB sowie deren Fehlen bei der unentgeltlichen Dienstleistung des Auftragsrechts möglicherweise besser organisieren. Eine solche ganz große Schuldrechtsreform wird derzeit freilich — zumindest im politischen Raum — nicht erwogen.

### III. Digitale Inhalte: Die Rückkehr zum ersten Entwurf zum BGB durch „besonderes Allgemeines Schuldrecht“

Mit der Digitale Inhalte Richtlinie 2019/770 hat der europäische Gesetzgeber seinen

bislang vertragstypenbezogenen Grundansatz für die Regulierung des Leistungsstörungsrechts bewußt verlassen. Angesichts der vielfachen Gestaltungen bereits von Softwareverträgen aber auch von Verträgen über mediale Inhalte und erst recht von digitalen Dienstleistungen haben sich die beteiligten Organe der Europäischen Union offenbar gezwungen gesehen, auf die Definition eines einzelnen Vertragstyps zu verzichten. Das war bereits im Entwurf der Kommission der Fall<sup>(14)</sup> und stand im Gesetzgebungsverfahren offenbar nie wirklich in Frage.

Stattdessen wird mit der „Bereitstellung digitaler Inhalte“ der Anwendungsbereich sehr breit gezogen und zusätzlich um bestimmte digitale Dienstleistungen insbesondere solcher mit Cloud-Elementen und Social Media-Aspekten ergänzt.<sup>(15)</sup> Auch diese Regelung ist freilich nicht frei von Differenzierungen nach Typen, ohne daß diese freilich stärker konkretisiert werden. Die Richtlinie differenziert allerdings immerhin an verschiedenen Stellen zwischen Verträgen mit „fortlaufender Bereitstellung“ über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum und Verträgen über eine „einmalige Bereitstellung“ digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. Letzteren ordnet die Richtlinie an mehreren Stellen auch wiederkehrende Bereitstellungen einzelner Dienstleistungen zu und erfaßt so etwa elektronische Zeitungsabonnements oder Verträge über wiederkehrende Programmaktualisierungen. Abgesehen von dieser Grunddifferenzierung, die in der einsetzenden Analytik des Schrifttums auch noch nicht völlig in den Einzelheiten geklärt ist, und komplizierten Ausnahmetatbeständen vor allem im Dienstleistungsbereich setzt die Richtlinie letztlich Allgemeines Vertragsrecht.

Für den Umsetzungsgesetzgeber stellt sich damit die Frage nach dem richtigen Ort der Umsetzung. Theoretisch wäre es möglich, die Umsetzungsregelung auf die klassischen Vertragstypen zu verteilen und gleichlautende Mängelbegriffe beim Kauf, beim Mietvertrag und beim Werkvertrag zu etablieren. Allerdings käme man bei diesem Ansatz

---

(14) Dazu bereits etwa *Schmidt-Kessel/Erlers/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 2, 54, 61 ff.

(15) Siehe Art. 2 Nr. 1 und 2 der Richtlinie.

ohne eine Auffangbestimmung mit der Funktion eines Allgemeinen Teils nicht aus, weil durch die skizzierte Verteilung nicht alle Vertragstypen insbesondere nicht alle des Dienstleistungsbereichs erfaßt würden und unionsrechtswidrige Lücken verblieben. Dies ließe sich zwar durch eine Verweisungsregel etwa nach Art von Art. 559 jZGB beheben, würde aber der bisherigen Grundwahrnehmung der Funktion der Vertragstypen nicht entsprechen.

Dabei darf zwar nicht übersehen werden, daß auch sonst vereinzelt Vorschriften des Besonderen Vertragsrechts die Funktion einer Norm Allgemeinen Schuldrechts übernehmen — wohl bekanntestes Beispiel sind die Querverweisungen aus § 326 I 1, III 2 BGB auf die Berechnungsregelung für die Minderung des Kaufpreises in § 441 III BGB<sup>(16)</sup> —, so daß ein derartiger Ansatz jedenfalls nicht völlig außerhalb der Erfahrung des BGB-Gesetzgebers läge. Ein solches Vorgehen wäre allerdings nicht nur sehr unüblich, sondern im Hinblick auf systematische Argumentationsformen — nicht nur *lex specialis*-Argumente — auch nicht unproblematisch.

Für die geplante Umsetzung zeichnet sich daher nach ersten Äußerungen verantwortlicher Mitarbeiter im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine andere Lösung ab: Geplant ist offenbar die Integration des Umsetzungsrechts zur Mangelhaftigkeit digitaler Inhalte und Digitalisierung im Allgemeinen Schuldrecht und zwar vermutlich in neuen §§ 327 ff. BGB. Die damit verbundenen systematischen Problemlagen etwa beim Zusammenspiel „besonderen Allgemeinen Schuldrechts“ mit „allgemeinem Besonderen Schuldrecht“ einzelner Vertragstypen, werden sicher Gegenstand breiter Erörterungen sein. Ob diese und ähnliche Schwierigkeiten durch eine großangelegte Schuldrechtsreform vermieden werden könnten, darf allerdings bezweifelt werden: Zu vieldimensional sind die Querverbindungen der verschiedenen Qual-

---

(16) Weitere Beispiele ergeben sich etwa beim Verweis ins Kaufrecht durch § 523 II 2 BGB oder bei der Regelung des Gattungsvermächnisses, wo § 2182 BGB für die Rechtsmängelhaftung ebenfalls ins Kaufrecht verweist. Weniger ausdrücklich finden sich entsprechende Verweise in §§ 524, 2183 BGB für Sachmängel bei Schenkungen und Gattungsvermächnis.

itätsbegriffe aber auch der Rechtsfolgenseiten.<sup>(17)</sup>

In gewisser Weise und begrenztem Ausmaß wird damit das BGB zur Tradition seines ersten Entwurfs zurückkehren und künftig einen — voraussichtlich auf digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen beschränkten — Mangelbegriff im Allgemeinen Schuldrecht vorhalten. Damit wären dann auch bislang nicht mit eigenem Gewährleistungsrecht ausgestattete Vertragstypen wie das Dienstvertragsrecht, das Verwaltungsrecht oder das Maklerrecht nunmehr mit Qualitätsstandard versehen.

#### IV. Zusammenfassung: Entdogmatisierung des Gewährleistungsrechts

Insgesamt läßt sich nach dem Vorstehenden sowohl hinsichtlich der großen Linien als auch hinsichtlich der behandelten Einzelfälle von einer Entdogmatisierung des Gewährleistungsrechts und insbesondere des Mangelbegriffs sowohl für den Kauf als auch für die an Bedeutung diesem gegenüber erheblich an Bedeutung gewinnenden sonstigen Vertragstypen sprechen.

Der Mangelbegriff entwickelt sich zunehmend zur Regelung der Vertragsergänzung hinsichtlich der geschuldeten Qualität und verliert an systematischer Bedeutung. Dies ist sowohl eine Folge der Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht als auch — was wenig gesehen wird — der Übernahme der *implied terms*-Figur des anglo-amerikanischen Rechts.

Schließlich sollte deutlich geworden sein, daß es in Deutschland eine Tendenz zu einem allgemeinen Gewährleistungsrecht gibt. Diese Tendenz wird durch die zu erwartende Umsetzung der Digitale Inhalte Richtlinie noch verstärkt. Allerdings dürfte es hier — vor allem bei den großen Dienstleistungsberufen — erheblich Widerstände geben, so daß mit der Entwicklung einer allgemeinen Regel — etwa durch den Gesetzge-

---

(17) *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex: Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, AcP 200 (2000) 445, 482 f.

Allgemeines oder besonderes Gewährleistungsrecht [Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel]

ber nach Art von Art. 559 jZGB oder durch Richterrecht im Wege einer Gesamtanalogie — vorläufig nicht zu rechnen ist.

—Martin Schmidt-Kessel, Professor an der Universität Bayreuth—

《 講 演 》

## 総則的あるいは各論的瑕疵担保法

### —瑕疵担保規定の位置に関する考察—

マーティン・シュミット＝ケッセル\*

翻訳：芦野訓和

依然として売買契約法のパラダイムに基づいているドイツ私法秩序<sup>(1)</sup>においては、瑕疵概念の変更が売買法の視点から秩序だって描写されていることは驚くことではない。このことは、日本法においても、体系的には売買法に位置する一売買目的物の品質に関する要件（日本民法旧570条および新562条）が、559条（新旧とも）によるこの規定の一般化によって、一般的規律となるのであるならば、法改正後も依然として当てはまる。

このことはドイツ法にも当てはまるが、その際には感覚と法的現実がずれるかもしれない。しかし、消費動産売買指令（1990/44/EC）の瑕疵概念は2017年の改正以後の請負契約上の瑕疵概念にもパック旅行法上の瑕疵概念にも重大な影響を与えたが<sup>(2)</sup>、広範な債務法上の議論における貸借法の多様な瑕疵概念は、今日まではむしろ周辺の（限定的）な意味を有しているにすぎない。もちろん、売買の意義のひととき目立つ喪失<sup>(3)</sup>が、とりわけ貸借法上の瑕疵概念をその意味においてさらに強調したことは適切である。

---

\* バイロイト大学教授

(1) *Schmidt-Kessel*, GPR 2007, 261; *Auer*, ZfPW 2019, 130, 133 f.; *Schmidt-Kessel*, Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer/Erler/Hartmann/Kramme/Müller/Pertot/Tuna/Wilke (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 7, 9.

(2) ドイツの立法者は、新たなパック旅行 EU 指令 (2015.2302) 3 条13号の非常に断片的な規定を、BGB434条、633条2項を明らかな範として BGB651i 条2項に組み入れ、そして、その際、651i 条2項3文の瑕疵概念を不履行および遅滞の場合にも及ぼしている。

さらに、ドイツ瑕疵担保法およびそこでの瑕疵概念がこの20年間に様々な根本の変更を受けたことも注目に値することから、この比較的安定した秩序領域は別個に考察する価値がある。それに加えて、給付の契約適合性要件の考察に関する追加の法的根拠を、一あらたな—EU法が提供する。この点については、近時、商品売買指令（*Warenhandelsrichtlinie*）（2019/771）<sup>(4)</sup>と完全に調和する消費動産売買法の新しいバージョンが法律となった。それは、2021年7月1日までに加盟国において国内法化され、2022年1月1日から適用されなければならない。EU議会は、さらに売買法に加え、いわゆるデジタル・コンテンツ指令（2019/770）<sup>(5)</sup>を一その国内法への組入期間とともに—同時に公布した。それは対象となる契約類型に関しては何ら一般的な制限を含んでおらず、それとともに、デジタル商品およびデジタル・サービス給付に関する瑕疵概念および瑕疵担保法を非常に一般的に規定している。

ドイツ連邦司法・消費者保護省の現時点での非公式な計画によれば、これらの指令の国内法化は消費者契約のみを対象としているため、あらたな債務法大改正は、おそらくは20年後にも生じていないだろう。もちろん、債務法の大改正という言葉は法政策上述べられていないし、デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス・プロバイダーのプロの顧客が、企業間取引での2番目の指

---

(3) *Schmidt-Kessel*, *Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050*, in: Beyer/Erler/Hartmann/Kramme/Müller/Pertot/Tuna/Wilke (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft*, *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019*, Baden-Baden 2020, 7, 10. In diese Richtung bereits für digitale Inhalte *Zech*, *Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter*, *ZGE* 5 (2013), 368 (386), *Stieper*, *Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus*, in Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Kohler zum 70. Geburtstag*, München 2014, S. 729 sowie *Auer*, *ZfPW* 2019, 130, 133 f.

(4) Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABIEU Nr. L 136 vom 22. 5. 2019, S. 28.

(5) Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABIEU Nr. L 136 vom 22. 5. 2019, S. 1.

令の不適用を受け入れられないと感ずるだろうとはほとんど想像できない。われわれの前には、2年のさらにははらする債務法の年月がある。

あらかじめ専門用語を明確化しよう。瑕疵担保 (Gewährleistung)、適合性 (Konformität)、契約違反 (Vertragswidrigkeit)、瑕疵 (Mangel)、そして欠陥 (Fehler) という用語は、歴史的に相当概念的な含意 (Konnotationen) を持ち、それらはドイツドグマの誤った方法に由来する。不適切な品質に対する責任は一特にそしてしばしば売買に関してのみ不履行あるいは不完全履行と区別されるべきであるという考え方は、一もちろんヨーロッパ全体では未知のものではないが一、いずれにせよ今日のドイツにとって完全に時代遅れであるとみなすことができる。

もちろん、この旧式化と逸脱は技術的かつ概念的な本性であるが、それと結びつく問題は、たとえば追完請求権 (Nacherfüllungsanspruch) や第二の提供の権利 (Recht zur zweiten Andienung) の意義と目的に応じて、法政策上まさに議論の余地があるように見える。この問題およびそれに含まれる判断は、適合性の欠如および契約違反の際にほとんど例外なく法的救済の側に位置づけられるべきであり、ここでは除外されるべきである。それに加えて、それらは一少なくともドイツ法に関して、そして、おそらくはこれからの日本法に関して一その技術的な意義を (少なくとも何人かの著者が主張していたように) 最大限に取り除かれていることから、以下では、契約違反 (Vertragswidrigkeit)、適合性の欠如 (Konformitätsdefizit)、欠陥 (Fehler) そして瑕疵 (Mangel) の概念は同義に用い、瑕疵担保法 (Gewährleistungsrecht) に関しては、単に適合すべき品質の欠如に関する債務者の責任の事実的問題の集合体を意味することにする。

周知の通り、ドイツ法は (これまでのところ) 債権総則 (一般債務法) に総則的瑕疵担保法を有していない。オーストリア民法922条以下と同様に、一般的な物の瑕疵担保責任が定められていたドイツ民法第一草案の381条~411条と異なり、ドイツ民法典の起草者は瑕疵担保規定を個々の契約類型に分割し、それぞれに別々に構築した。あるいは売買法の瑕疵担保を一般規定に昇格し得るだろう日本民法559条の方法による準用もドイツ民法においては無益だった。



## I. 債権総則（一般債務法）における品質基準？

ドイツ民法典の従来の基本構造にもかかわらず、債権総則（一般債務法）に品質基準の帰責を探求するならば、それは確かに見つけ出すことができる。このことは—2002年の債務法改正以来—とりあえずは法的効果の面に該当する。すなわち、「債務にしたがって履行されなかった」という文言（BGB281条1項1文および3文）、および「履行が契約に適合していない」という表現（323条1項、5項2文）で、（広義の）瑕疵担保は、少なくとも法的効果の面では債権総則（一般債務法）に含まれている<sup>(6)</sup>。

しかし、これらの法的救済規定の向こう側にも、ドイツ民法典は—すでに1900年以来—品質の欠如に関する一般的不履行責任の発展の手がかりを提供している。品質決定自体については、確立された三つの基準 {Kriterientrias}（合意、使用目的、通常性 (Üblichkeit)）のうち少なくとも二つの基準について手がかりを見つめることができる。BGB311条1項による形式強制の否定にかんがみれば、合意された品質要件に関してはこのことはいずれにせよ当然のことである。

通常の品質基準と契約内容決定の枠内でのその描写に関しても重要な手がかりがある。もちろんこのことは、BGB157条による契約解釈における取引慣行 (Verkehrssitte) の参照にも当てはまる。その際に引用される、「ある法的集団構成員の共通の義務観念により支えられている社会規範 (Sozialnormen, die von einer gemeinsamen Pflichtvorstellung der Angehörigen einer Gruppe von Rechtsgenossen getragen sind)」という定義<sup>(7)</sup>は、給付関係全体に<sup>(8)</sup>、それとともに給付の品質の問題にも<sup>(9)</sup>あてはまる。

---

(6) 判例が少なくとも BGB323条1項の表現を広く解釈していることは（虚偽の受領確認書の提示による詐欺の事例 BGH NJW 2010, 2503を参照）、債務法制度における瑕疵担保法上の救済の統合に関する規定のこの基本的方向性を変更しない。

(7) ゾンネンベルガーによる有名な定義である。Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970, 62.

(8) Rummel, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972, 82 f.

(9) BGHZ 172, 346, Rn. 36; Busch, NJW 2010, 3061, 3066 (im Hinblick auf Dienstleistungsnormen).

BGB243条1項およびHGB（ドイツ商法典）360条における中等の種類および品質の明文による参照の際にも、品質との関係（Qualitätsbezug）はいっそう明らかになる。これら二つの規定は単に物というよりは商品に関係するため、核心においてはとりわけ売買法が対象とされており、そのために、その規定は実務的な意味はほとんどない。それゆえ、BGB243条1項は、434条1項（売買目的物の瑕疵に関する規定）、524条2項（贈与目的物の瑕疵に関する規定）、535条（使用貸借当事者の債務に関する規定）、600条（使用貸借目的物の瑕疵に関する規定）、633条2項（請負の仕事の瑕疵に関する規定）、651i条（旅行契約の瑕疵に関する規定）という特別規定により排除されている<sup>(10)</sup>。HGB360条も同様である。BGB243条1項は、たとえばBGB536条の範囲において独自の意味を有する<sup>(11)</sup>。

法適用者は、一たとえば雇用契約のような一品質基準のもしくは品質の補充メカニズムの一般規定が欠けている場合にも、結局は債権総則（一般債務法）を参照させるようにもみえる。もちろん、BGB611条以下（雇用などの役務提供契約に関する規定）の役務給付に関する品質要件は一すくなくとも役務給付基準の関連性以外では一これまでまったく展開されておらず、それゆえ役務給付に関する固有の品質基準は、契約の性質決定、あるいは請負契約上義務づけられた仕事の成果という、個々の契約義務の性質決定が可能である場面でのみ展開することが可能であった。

## II. 債権各論における瑕疵概念

ドイツ法は、売買契約（434条）、賃貸借契約（536条）、請負契約（633条2項）、そして旅行契約（651i条2項）に関し定式化された瑕疵概念を有しており、その際には、この基本構造はこれらの瑕疵概念により強く順応していた。それらは、売買法および旅行法に関してはEU法上すでに定められており<sup>(12)</sup>、

---

(10) PWW/Kramme § 243 Rn. 6.

(11) BGH NJW 2010, 2877, Rn. 18 (Vorinstanz LG München I, NJW 2010, 161, 162) ; PWW/Kramme § 243 Rn. 6.

請負契約法に関しても434条1項1号および2号（売買目的物の瑕疵に関する規定）から633条2項1号および2号（請負の物の瑕疵および権利の瑕疵に関する規定）へのほとんど同じ文言での承継を通じてEU法的にあらかじめ整えられていた。賃貸借契約だけが—この点でも—少々枠外にある。

合意された性状（Beschaffenheit）もしくは性質（Eigenschaft）、特定の使用目的、ならびに性状もしくは性質の通常性、または使用目的が、中心的な基準に昇格される場合には、この四つの瑕疵概念はすべて全面的に同一の基本構造である。それにくわえて、売買、賃貸借、そして請負契約に関しては、瑕疵概念は、第三者の権利を侵害しないという固有の要件により補完されている（435条、536条3項、633条3項）。

この基本的第三者構造は二つの方向に理解することができ、同時に瑕疵概念に関する二つの根本的に異なる視点を明らかにする。すなわち、私的自治の観点からは、BGB434条1項1文、633条2項1文、651i条2項1文により、合意された品質、あるいは、536条2項により、保証された性質が発点である。というのは、契約当事者は品質の基準を原則として自ら決定するからである。つぎに、より当事者の意思に適合するのは個人的な使用目的であり、むしろ、その使用目的がどの程度詳細に決定され、そして当事者が拘束されるかには依存しない（BGB434条1項2文1号、536条1項1文、633条2項2文1号、651i条2項2文1号）。この場合、負うべき品質は、契約目的に昇格された当事者の意思により適合する使用目的から推定される。それとは反対に、BGB434条1項2文2号、633条2項2文2号、651i条2項2文2号においては、通常の性状あるいは通常の使用との接合が、とりわけ取引保護の考慮のもとで当事者意思と結びついているが、これは賃貸借法に関してはBGB536条1項1文によって部分的にのみ、すなわち、通常の使用に関してのみ明文化されている<sup>(12)</sup>。しかし、この認識可能な当事者意思から離れた契約内容決定のヒエラルキーは—たとえば訴訟上の観点から—反転することもできる。その場合の

---

(12) 前掲注(2)を、そして、売買法上の瑕疵概念の来たるべき確定については前掲注(4)をみよ。

出発点は、通常の性状 (*übliche Beschaffenheit*) および通常の使用 (*gewöhnliche Verwendung*) であり、その確認は契約上義務づけられており、給付受領者による証明は必要ない。また、個々の使用目的の前提とされたものあるいは合意は、給付受領者にとっては、給付あるいは給付の対象の特定の性質、または性状に関する取決めを証明するよりもかなり容易に証明することができるだろう。基準の序列はまさに機能に依存し、同時に視点に依存するため、二つの見解のいずれが優れているかは、ずっと、そして説得力のある結果なしに理論的に議論することができる。

それと同時に、債権各論における瑕疵概念の基本構造は共通規則に全面的に従う一方で、とりわけ売買契約の際に、あるいは請負契約の際にも、個別事例に関する諸規定がある。その規定の一部は個々の意思のやりとりに、一部は契約目的の拡張に、そして一部は一般債務不履行責任に関する境界問題に関係する。

第一の点は、ドイツ法がBGB434条1項3文で売買についてのみそれを規定しているように、公の表示とりわけ広告に関する責任をねらいとする。目的とりわけ使用目的の拡張による特別な状況は、買主の伝統的給付目的を組立て給付にまで拡張し、品質への期待をその役務給付にも拡張するBGB434条2項1文による事物適合的でない(負うべき)組立てに関する規律が当てはまる。購入者自身による組立ての場合に関し、事物適合的な組立説明書による購入者の準備を品質概念に組み入れる—その明確化により組立説明書が一般的品質要件の対象となる—有名なBGB434条2項のイケア条項は同じ方向を指している。とりわけそれに加えて、BGB434条3項、633条1項3文の異物給付および過

---

(13) 賃貸借の際に、明確な規定が欠けているにもかかわらず、BGB434条1項2文2号第2選択肢、633条2項2文2号第2選択肢、651i条2項2文2号第2選択肢による通常の性状において、機能に関係しない期待も保護されるかという問題は、概念的にはほとんど議論されていない。MüKo/Häublein § 536 Rn. 4 und BeckOGK/Bieder § 536 Rn. 32. を参照。しかしながら、具体的な適用事例については、非常に多く存在する。たとえば、BGH NJW 2019, 507 (通常の居住水準); LG Dresden NZM 2015, 250 (古い建物の地下室の湿気); OLG Düsseldorf, NZM 2002, 737, 738 (強盗の侵入に対する扉の通常の安全性) がある。

小給付に関する規定は、歴史的に説明することができるが、こんにちでは限定的な機能のみであり、その重要性は両契約類型の瑕疵担保法の一般給付障害法への統合により劇的に低下させられている。給付の遅滞を旅行契約の際の品質基準に統合する BGB651i 条 2 項 3 文は、一同様に一般給付障害法の境界の問題である—もうひとつの状況に該当する。

しかしながら、これらの特別な事例も、一般的基本構造が一般化できるであろうということに関してはまったく異ならない。このような背景に対して、一般の瑕疵規定および品質要件を債権総則（一般債務法）に統合することはドイツ法に関しても考えられるかもしれない。それにより、たとえば無償給付に関する BGB523 条、524 条、600 条の不完全であいまいな特別規定、ならびに委任の無償給付の際の瑕疵も、場合によってはより適切に組織化することができるかもしれない。しかし現時点では、そのような債務法の大改革は一少なくとも政治的な領域では一検討されていない。

### Ⅲ. デジタル・コンテンツ：「特別債権総則（一般債務法）」によるドイツ民法第一草案への回帰

デジタル・コンテンツ指令（2019/770）により、欧州議会は一般給付障害法の規制に関するこれまでの契約類型に即した原則を意識的に放棄した。ソフトウェア契約、メディアコンテンツに関する契約、デジタル・サービス契約の多様な形態に直面し、EU の関係機関は単一契約類型の定義を放棄せざるを得なかったようである。これはすでに第一草案においてそうであり<sup>(14)</sup>、立法の手續においても実際に問題となったことはないようである。

その代わりに、「デジタル・コンテンツの配信」により、適用領域は非常に広く拡張され、一定のデジタル・サービス、とりわけクラウド要素やソーシャルメディアの側面をとともなうデジタル・サービスに関して追加的に補足されて

---

(14) この点に関しては、たとえばすでに *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 2, 54, 61 ff. で指摘している。

いる<sup>(15)</sup>。もっともこの規制も、類型による細分化はなく、しかしそれなしに非常に具体的に示された。ただし、指令は少なくとも様々な点において、デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの、一定期間あるいは期間の定めのない「継続的な提供」ともなう契約と、「一回だけの提供」に関する契約を分類する。指令は、後者を多くの箇所で個別のサービスの繰り返しの提供に分類し、たとえば電子新聞の購読や定期的なプログラム更新に関する契約などにも該当する。指令は最終的に、文献の初期分析では詳細には明らかにはなっていない、この基本的分類から除外された、複雑なとりわけ役務提供領域での例外的事情に、一般的契約法を設定する。

それにより、国内法化の正しい場所の問題を国内法化の立法者に提起する。組入規定を伝統的な契約類型に分配し、売買契約、賃貸借契約、請負契約に同じ瑕疵概念を創設することは理論的には可能である。しかし、これらの分類では、すべての契約類型とりわけ役務提供領域のすべてには当てはまらず、EU法違反の欠陥が残ることから、この方法では、総則部分の機能と解釈なしでは整わない。確かにこれは、たとえば日本民法559条の方法による準用規定により修正できるが、契約類型の機能のこれまでの基本認識とは一致しないだろう。

それとともに、契約各則上の散発的な規定も、債権総則（一般債務法）の規範の機能を受け継ぐことも忘れてはならない—おそらく最もよく知られている例はBGB326条1項1文、3項2文による、441条3項の売買価格の減額に関する計算規定の準用だろう<sup>(16)</sup>—。それゆえ、そのようなアプローチも完全にドイツ民法典の立法者の経験の外にあるわけではない。もちろん、そのようなやり方は非常に珍しいだけでなく、一単なる特別法の論証ではなく—体系的な論

---

(15) EU指令2条1号および同2号をみよ。

(16) さらに例としては、たとえばBGB523条2項2文（贈与に関する規定）による売買法の準用、あるいは、瑕疵のある場合に売買法の規定を準用するBGB2182条の種類遺贈<sup>?</sup>の規定の際に明らかになる。それほど明確ではないが、相当する準用が、贈与および種類遺贈の際の物の瑕疵に関する524条、2183条にある。

証形式に関しても問題がないわけではない。

したがって、連邦司法・消費者保護省の責任ある官僚の当初の説明によれば、国内法化に関しては異なる解決方法が描かれていた。すなわち、デジタル・コンテンツとデジタル・サービスの瑕疵責任のある状態に関する国内法化法の債権総則（一般債務法）への統合、詳細には、新 BGB327条以下への統合がどうやら計画されていたらしい。それにより、たとえば「特別債権総則（一般債務法）(besonder Allgemeine Schuldrecht)」と個々の契約類型の「一般債権各論 (allgemeiner Besondere Schuldrecht)」との相互作用の際に、関連する体系的な問題状況が最も広範な議論の対象と確実になるだろう。しかし、債務法の大規模な改正によって、これらのそしてその他の同様な困難を回避することができるかどうかはもちろん疑わしい。すなわち、様々な品質概念の相互の結びつきも、法的効果の側面の相互の結びつきも、非常に多次元であるからである<sup>(17)</sup>。

それとともに、ある意味では、そして限定的に、ドイツ民法典は第一草案の伝統にもどり、将来的には—おそらくデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスに限定した—瑕疵概念を、債権総則（一般債務法）に持つだろう。その場合には、雇用契約、行政法、あるいは仲介契約のように、これまで固有の瑕疵担保規定が整備されていなかった契約類型にも、品質基準が提供されるだろう。

#### IV. おわりに：瑕疵担保法のドグマからの離脱

これまで述べてきたとおり、大きな流れに関しても、取り上げた個別事例に関しても、売買、そしてそれと比して重要性を増してきている他の契約類型の両方について、瑕疵担保法、とりわけ瑕疵概念のドグマからの離脱を述べることができる。

---

(17) *Basedow, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex: Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, AcP 200 (2000) 445, 482 f.*

瑕疵概念は、義務づけられた品質に関し、契約補充の規定へとますます発展しており、体系的な意義を失っている。これは、一般給付障害法に瑕疵担保法が統合された結果でもあり、一わずかに見られるだけであるが—英米法の黙示条項 (*implied terms*) の継受の結果でもある。

最後に、ドイツにおいては一般的瑕疵担保法への傾向があることは明らかであろう。この傾向は、予想されるデジタル・コンテンツ指令の国内法化によってより強固となるだろう。むろん、—とりわけサービス業に関しては—、かなりの抵抗があるだろうし、そのため、—たとえば、立法者による日本民法559条の方式による、あるいは判例法による包括的類推適用の方法における—一般規定の発展を予期することはできない。

〔訳者後記〕

本稿は、2019年10月11日に東洋大学白山キャンパスにて開講された、バイロイト大学マーティン・シュミット＝ケッセル教授による講演会“*Allgemeines oder besonderes Gewährleistungsrecht—Überlegungen zum Regelungsort der Gewährleistung—*”の翻訳である。

本稿は2019年度 JSPS 科研費 JP17KO3477の研究成果の一部である。

—あしの のりかず・東洋大学法学部教授—