

CISG – Auslegung, Lückenfüllung und Weiterentwicklung*

Peter Schlechtriem

Vorbemerkungen

Das einheitliche UN-Kaufrecht, das CISG, ist 1980 auf einer Konferenz der Vereinten Nationen in Wien endgültig erarbeitet und beschlossen worden, aber Vorläufer und Vorarbeiten sind viel älter und reichen bis in die 30er Jahre des letzten Jahrhunderts und zu den ersten, von Ernst Rabel im Auftrag von UNIDROIT, dem Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom, vorgelegten Entwürfen zurück. So nimmt es nicht wunder, dass die Konvention wie auch nationale Kodifikationen Alterungserscheinungen und Defizite zeigt. Sie sind teils auf technische und wirtschaftliche Entwicklungen zurückzuführen, die von den Verfassern nicht vorausgesehen werden konnten wie etwa der elektronische Geschäftsverkehr, teils aber auch durch Fehleinschätzungen der praktischen Funktionsfähigkeit bestimmter Regelungen und ihrer Auswirkungen veranlasst. Insbesondere dürfte auch die Akzeptanzfähigkeit einzelner Regeln des CISG in Ländern mit anderen kaufrechtlichen Grundstrukturen überschätzt worden sein, sodass etwa der Widerstand in England gegen eine Ratifizierung, aber auch der in der Praxis häufige Ratschlag, das CISG abzubedingen, durch solche Fehleinschätzung der Akzeptanzfähigkeit einzelner Institute und ihrer Ausgestaltung in der Konvention (mit)bestimmt sein könnten.¹ Korrekturen oder Ergänzungen eines durch völkerrechtliche Konvention in die Welt gesetzten Regelwerks sind freilich noch schwerer als Reformen nationalen Rechts durch den nationalen Gesetzgeber, da auf der Konventionsebene eine Mitwirkung aller Vertragspart-

* Wegen der grossen Aktualität der in diesem Beitrag angesprochenen Fragen schien es dem Verfasser geboten, seinen Inhalt schon vor der Druckveröffentlichung im Internet auf der Schweizer Datenbank www.cisg-online.ch, die speziell Entscheidungen und wissenschaftliche Beiträge zum CISG aufnimmt, weltweit unter Hinweis auf den Vortrag, der auch für die Zitierung massgeblich ist, zugänglich zu machen.

1 Vgl. Tom *McNamara*, U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age? 2003 Colorado Lawyer, 10–22, 10f.

ner, d.h. der Vertragsstaaten, und ihrer Gesetzgebungsorgane, also ein Verfahren erforderlich ist, das man im Falle des CISG wohl als aussichtslos bewerten darf, wenn man die Länge und Schwere seiner Geburtswehen erinnert. So hält man Ausschau nach konventionsinternen Vorschriften, die Anpassung und Weiterentwicklung sowie einen Brückenschlag zu anderen Grundauffassungen ermöglichen, so wie im deutschen und im Schweizer Recht bestimmte Generalklauseln den festgeschriebenen und an sich starren Gesetzestext flexibel gehalten haben und so die Notwendigkeit des Eingreifens des Gesetzgebers lange vermieden werden konnte. Auch die juristisch-technischen Werkzeuge der erweiternden Auslegung des Textes und der Analogie haben es ermöglicht, Schwächen und Lücken des Gesetzes auszugleichen.

Im CISG ist es vor allem Art. 7, dessen beide Absätze die Last der Behebung von Defiziten und der Weiterentwicklung zu tragen haben. Die Grenze zwischen dem Anwendungsbereich von Abs. 1 und Abs. 2 kann dabei für Einzelfragen fließend sein: Ob ich etwa die Weiterentwicklung der Konvention hinsichtlich elektronischer Kommunikation von rechtserheblichen Erklärungen auf eine den Maximen des Art. 7 I verpflichtete Interpretation der einzelnen Vorschriften über Erklärungen – Offerte, Annahme, Widerrufserklärungen, Aufhebung, Minderung, Mängelrüge, usw. – stütze oder nach Art. 7 II eine lückenfüllende Regel zu formulieren suche, könnte zwar Anlass für tiefeschürfende theoretische Überlegungen sein, interessiert die Praxis aber weniger und sollte m. E. schon deshalb nicht überbewertet werden, weil Verständnis und Anwendung des CISG in anderen Ländern, insbesondere solchen des angelsächsischen Rechtskreises, weniger theoriegesteuert sind als bei uns. Vor allem aber kommt es immer auf die Einzelfrage an, und deshalb will und kann ich keine abstrakten Handreichungen geben, sondern einige Einzelfragen aufgreifen.

I. Auslegung der Konvention nach Art. 7 I und Dokumentenhandel (documentary sales contracts)

1. Im angelsächsischen Schrifttum wird in kritischen Analysen des CISG beklagt, dass die Konvention den Besonderheiten des *commodity trade* und dabei insbesondere dem Dokumentenhandel – *documentary sales of commodities* – nicht Rechnung trage,² was angesichts der Bedeutung dieser Transaktionsform – «*the volume*

of paper trading greatly exceeds the volume of dealings in the underlying goods»³ – ein großes Defizit des CISG sei. In diesem Zusammenhang wird auch bemängelt, dass die Regeln der Konvention zu nachsichtig im Falle von Vertragsbrüchen seien, was «*not might suit the harsher environment of international commodity sales*»,⁴ sie seien (insbesondere) unpassend für das Verlustrisiko auf Märkten mit stark fluktuierenden Preisen, das völlig anders liege als das Verlustrisiko aus Mängeln von Gütern wie Schuhe oder Maschinen.⁵ Schließlich hätten die CISG-Regeln zum Gefahrübergang *an upsetting effect* auf die Gefahrregelung in FOB und CIF-Verträgen im Handel mit *commodities*.⁶

Die Stossrichtung dieser kritischen Stellungnahmen zur Tauglichkeit des CISG muss überraschen, waren doch für Ernst Rabel bei der Erarbeitung der Grundlagen für die Rechtsvereinheitlichung des grenzüberschreitenden Warenkaufs in seinem *magnum opus* «Recht des Warenkaufs»⁷ der Rohstoffhandel und die dabei verwendeten Formulare und Kontrakttypen wie CIF oder FOB-Vertrag stets gegenwärtig.⁸ Bei Verwendung des Begriffs «Ware» hatte sich Rabel an englischen S. G. A. und dem alten (US) Unif. S. A. orientiert,⁹

- 2 Vgl. Alastair Mullis, Avoidance for Breach under the Vienna Convention. A Critical Analysis of some of the Early Cases, in: Andreas & Jarborg (Hrsg.), Anglo-Swedish Studies in Law, Lustus Forlag (1998), S. 326 ff.
- 3 Mullis (vorige Fn.), S. 329, eine Studie von Bridge zitierend.
- 4 Bridge, The International Sale of Goods: Law and Practice, Oxford University Press 1999, Rn. 2.41.
- 5 Mullis (oben Fn. 2), S. 328.
- 6 Bridge (oben Fn. 4).
- 7 Ernst Rabel, Recht des Warenkaufs, Bd. 1 1936, Bd. 2 1958.
- 8 Vgl. Rabel (vorige Fn.), Bd. 1, S. 38 ff., der – vor allem in Auseinandersetzung mit dem schon damals vor allem von Grossmann-Doerth in seinem berühmten «Das Recht des Überseekaufs», Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930 vorgebrachten Argument, der Welthandel mit Rohstoffen habe sich sein eigenes, in Musterformularen festgeschriebenes Kaufrecht geschaffen – den hier bereits im Text zitierten Besonderheiten des Warenhandels vermittels Dokumenten, die angeblich einer Rechtsvereinheitlichung entgegenstünden, Rechnung getragen hat. Generell ist hier daran zu erinnern, dass Rabel die von Grossmann-Doerth – auch in seiner Monographie «Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung», Marburg 1934 – zusammengetragenen und ausgewerteten Erkenntnisse zum internationalen Rohstoffhandel und den Folgen vertragswidriger *tender* (Andienung) von Ware oder Dokumenten (dazu unten im Text) ausführlich verwertet hat; die Beschäftigung mit den angelsächsischen Kritikern des CISG mutet deshalb zuweilen wie die Fortsetzung des zwischen Rabel und Grossmann-Doerth geführten Dialogs an.
- 9 S. Rabel (oben Fn. 7), Bd. 1, S. 55.

die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Einheitskaufrechts auf – z. B. – speziell angefertigte Maschinen war demgegenüber eher eine Ergänzung.¹⁰ Auch dürften die Experten aus dem angelsächsischen Rechtskreis von H. C. Gutteridge bis Sonja Mentschikoff, Barry Nicholas, John Honnold und Allan Farnsworth, die die Kaufrechtsvereinheitlichung bis zur Wiener Konferenz 1980 wesentlich mitbestimmt haben, diese Formen des internationalen Warenhandels und die Besonderheiten ihrer eigenen Rechtsordnungen in diesem Bereich kaum ignoriert haben; der Bericht des UNCITRAL-Sekretariats zur Vorbereitung der Wiener Konferenz erwähnt ausdrücklich, dass *documentary sales of goods* von der Konvention erfasst werden sollen, «*though in some legal systems such sales may be characterized as sales of commercial papers.*» Soweit eine Diskrepanz zu INCOTERM-Klauseln bemängelt wird, liegt wohl eine Verkenntung des Art. 6 und des in dieser Vorschrift statuierten Vorrangs von Parteivereinbarungen vor: Natürlich gehen die in Klauseln wie FOB oder CIF festgelegten Vertragsinhalte, insbesondere zur Gefahrtragung, den Vorschriften des CISG vor;¹¹ ähnlich ist auch das besondere Verlustrisiko aus starken Preisfluktuationen auf den internationalen Rohstoffmärkten,¹² wenn schon nicht durch die normierten Regeln des CISG ausdrücklich berücksichtigt, so doch in entsprechenden Vertragsklauseln zu regeln oder aus ihrer sachangemessenen Auslegung nach Art. 8 II, III, zu entnehmen, etwa, dass (Lieferung durch) Übergabe der Dokumente zu einem festbestimmten Termin als «*of the essence*» für den Käufer sein soll.

10 Vgl. *Rabel* (oben Fn. 7), Bd. 1, S. 44.

11 Vgl. auch hierzu schon *Rabel* (oben Fn. 7), Bd. 1, S. 46f; Niemand beabsichtige, die Autonomie der Parteien zu beschneiden, ferner Einzelheiten zum Vorrang von Handelsklauseln S. 56ff.; s. auch *McNamara* a. a. O. (Fn. 1), S. 18, der eine Auslegungsregel im CISG vermisst. Als Beispiele für den problemlosen Umgang mit einer CIF-Klausel in einem CISG-Vertrag s. etwa den US-amerikanischen Fall *St. Paul Guardian Insurance Co. and Travellers Insurance Co. v. Neuomed Medical Systems & Support, GmbH*, S. D. N. Y. 26. 5. 2002, *cisg-online.ch* Nr. 615, sowie – besonders interessant, weil einen *commodity sale* betreffend – OLG Hamburg v. 28. 2. 1997, *www.cisg-online.ch* Nr. 261: CIF-Klausel als Auslegungsindiz für Fixgeschäftcharakter, massgeblicher Zeitpunkt für Deckungsgeschäft.

12 Auch insoweit schon *Grossmann-Doerth*, Überseekauf (oben Fn. 8), S. 259ff.; *ders.*, Vertragswidrige Andienung (oben Fn. 8), S. 104ff. und S. 185ff.: Kernpunkt des Problems der Abwägung zwischen Aufhebung und zweiter Andienung seien die Marktschwankungen im Rohstoffhandel.

Bedenken verdient m. E. allein der Hinweis, dass für Kaufleute im internationalen Rohstoffhandel oft gar nicht die Ware als solche, d. h. die physischen Rohstoffe, im Vordergrund des Geschäfts stehen, sondern die Dokumente über und aus Kontrakten, die oft der erste Verkäufer – etwa der Produzent – geschlossen hat,¹³ sodass – nach den oben zitierten Ausführungen im Bericht des UNCITRAL-Sekretariats – in manchen Rechtssystemen nicht ein Warenkauf, sondern ein Kauf der Dokumente angenommen wird.

M. E. muss man insoweit – in den Kategorien unseres Rechtskreises – verschiedene juristische Formen unterscheiden: Erstens kann die Ware verkauft und für ihre Lieferung ein Übergabesurrogat vereinbart sein in Form eines Dokuments, das Ansprüche auf Auslieferung verbrieft. Zweitens kann ein solches Dokument selbst Gegenstand des Kaufvertrages sein. Gehandelt werden dann m. a. W. nicht 100'000 *barrels* Rohöl der Sorte *West Texas Intermediate*, sondern Dokumente, die die Lieferung dieser Menge dieses Rohstoffes aus einer im einzelnen bezeichneten Gattung verbrieften – in Papierform oder in elektronischer Form –, vor allem also *Warendokumente* i. S. des § 925 ZGB¹⁴. Und diese Dokumente werden oft in *string transactions* durchgehandelt, d. h. mehrfach verkauft und übertragen, bis schließlich der Endkäufer die physische Ware ausgeliefert bekommt. Die Pflichten des Verkäufers und seine Haftung für richtige Vertragserfüllung knüpfen in solchen Verträgen nicht mehr primär an den physischen Zustand der Ware – sofern der Kaufvertrag nicht hierzu weitere Konkretisierungen enthält¹⁵ – und ihre Auslieferung an, sondern an die rechtzeitige Übertragung der Dokumente und ihre Konformität mit den Festlegungen der Verkäuferpflichten im Kaufvertrag. Weisen die Dokumente die auszuliefernde Ware entsprechend ihrer Bezeichnung und Beschreibung im Kaufvertrag aus, dann hat der Verkäufer erfüllt, denn er hat dem Käufer Zugriffsansprüche auf Ware «*of the quantity, quality and description required by the contract*» – Art. 35 I – verschafft und deshalb vertragsgemäß geliefert. Diskrepanzen zwischen der phy-

13 Zu den insoweit bei einem CISG-Vertrag möglichen Konstellationen informativ *Bridge* (oben Fn. 4), Rn. 5.05.

14 Hierzu und zum folgenden im Schweizer Recht Honsell/Koller, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 184 Rn. 56.

15 Vgl. die bei *Bridge* (oben Fn. 4) in Appendix 1 und 2 abgedruckten Vertragsmuster für Kaufverträge FOSFA Contract No. 53 (Vegetable and Marine Oil – FOB) und GAFTA Contract No. 100 (Feedingstuffs in Bulk – CIF).

sischen Beschaffenheit der Ware und ihrer Beschreibung im Dokument können dann Haftung des aus dem Dokument zur Herausgabe verpflichteten Ausstellers – Lagerhalter, Frachtführer, usw. – auslösen, nicht aber des Verkäufers, soweit nicht der Kaufvertrag zusätzlich Qualitätszusagen hinsichtlich der physischen Ware selbst enthält¹⁶ oder Sonderfälle des Betrugs oder anderen fraudulösen Verhaltens vorliegen.

Die Dokumente, die ein solches «Durchhandeln» ermöglichen, können dabei in den nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt sein, und sie können ihrem berechtigten Inhaber unterschiedlich «starke» Rechte einräumen: Sog. Traditionspapiere – in der Rechtssprache unserer Rechtsordnung – «repräsentieren» den Besitz,¹⁷ und ihre Übertragung in der vom maßgeblichen Recht vorgesehenen bzw. erlaubten Form verschafft dem Erwerber Besitz: Ihre Übertragung ist die «Lieferung», zu der sich der Verkäufer verpflichtet hat, und sie kann natürlich mehrfach stattfinden, bevor der letzte Abnehmer physischen Besitz der Ware selbst verlangt. Auch andere als Traditionspapiere erlauben ein Durchhandeln, ohne dass die Zwischenerwerber unmittelbaren Besitz an der Ware erlangen, etwa sog. Lieferscheine, d.h. kaufmännischen Anweisungen an einen Lagerhalter, bei dem der erste Verkäufer eingelagert hat, und der an den Letzterwerber gegen Zahlung des Preises herausgibt. Auch hier geht es ungeachtet aller juristisch-technischen Details des Wertpapierrechts, für die das die Papiere beherrschende nationale Recht zuständig ist, letztlich um «Lieferung» vermittelt Übertragung von in Dokumenten verbrieften Rechten auf Auslieferung, ggfs. bereits um den Eigentumsübergang an der physischen Ware, auch wenn der juristische Laie nicht wahrnimmt, dass das Dokument, sei es Konnossement, Lagerschein, Lieferschein usw., zunächst nur Rechte auf Auslieferung der Ware verbrieft und erst im wirtschaftlichen Ergebnis der Transaktion Zugriff auf die physische Ware durch Erwerb des Dokuments verschafft wird.

16 S. die Beispiele in der vorstehenden Fn.

17 Auf die unterschiedlichen rechtsdogmatischen Erklärungen dieser «Repräsentationswirkung» muss und kann hier nicht eingegangen werden, vgl. zum Schweizer Recht Honsell/Koller, Art. 925 ZGB, Rn.17; zum deutschen Theorienreichtum Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl., C.H. Beck, München 1987; MünchKomm/Dubischar, HGB Bd. 7 (Transportrecht), C.H. Beck, München 1997, § 450 HGB, Rn. 2.

Diese Handelsformen, obwohl sie durch Übertragung verbriefter Rechte abgewickelt werden und deshalb entsprechende Verpflichtungen des Verkäufers voraussetzen, sind bei Auslegung des CISG nach den Richtlinien des Art. 7 I (dazu noch unten) von seinen Regeln – s. insbesondere Artt. 30 und 34 – erfasst, auch wenn das Haager Einheitliche Kaufgesetz – EKG – insoweit deutlicher war, vor allem hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Verletzung der diesbezüglichen Verkäuferpflichten, vgl. Artt. 18, 50, 51 EKG¹⁸. Insbesondere sind solche Handelsformen und Kaufobjekte nicht aufgrund Art. 2 d) vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen.¹⁹ Die kritischen Vorbehalte gegen das CISG, es regle in erster Linie «*consignments of shoes ... or sales of tractors*» und passe deshalb nicht für auf den internationalen Rohstoffmärkten üblichen Dokumentenhandel,²⁰ haben m. E. ebenso wie die zahlreichen Ratschläge, das CISG (deshalb) als unpassend abzubedingen, ihren Grund in mangelnder Vertrautheit mit der Konvention und den Möglichkeiten, die sie der parteiautonen Gestaltung von Verträgen einräumt. Freilich ist zuzugestehen, dass die deutschsprachige Literatur dem Dokumentenhandel oft nicht die detailreiche Analyse widmet, die er erfordert,²¹ und sich vor allem auf die Funktion von Warenpapieren als Übergabesurrogate beschränkt,²² die Rückwirkungen der Vereinbarung eines Dokumentenkaufs auf das Pflichtenprogramm des Verkäufers aber vernachlässigt.²³

18 Zu den Gründen für diese Verknappung s. Honnold, Uniform Law for International Sales, Kluwer International, 3. Aufl. 1999, Rn. 219: «*The first sentence of the present article was included to provide a simpler and less cluttered text*» anstelle von «*many references to delivery by documents*».

19 Statt aller Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 4. Aufl., C. H. Beck München 2004, Art. 2, Rn. 34; ebenso schon Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, Mohr (Siebeck), Tübingen 1980, S. 15 mit Hinweis auf den Bericht des UNCITRAL-Sekretariats S. 40 sub 8.

20 Mullis (oben Fn. 2), S. 328.

21 Eine ausgezeichnete Behandlung bietet jedoch der Kommentar von Witz/Salger/Lorenz, Internationales Einheitliches Kaufrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2000; manche Kommentare enthalten dagegen nicht einmal im Stichwortverzeichnis einen Hinweis auf den Dokumentenhandel.

22 Ausführlich insoweit viele, vgl. etwa Piltz, Internationales Kaufrecht, C. H. Beck, München 1993, § 3, Rn. 76 ff.

23 Diese Fragen werden allerdings in der Behandlung des Problems angesprochen, ob der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Dokumente rügen muss, vgl. dazu Staudinger/Magnus, Art. 34, Rn. 18; Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, a. a. O. (Fn. 19) Art. 34, Rn. 5 – hier genügt m. E. nicht ein Hin-

Zweifelhaft kann der dritte denkbare Fall sein, dass nicht (nur) Handelspapiere und damit «Aus»lieferungsansprüche, d. h. Ansprüche des Dokumenteninhabers auf Aushändigung durch Einräumung des unmittelbaren Besitzes an der Ware, sondern ein Lieferkontrakt als solcher, juristisch genauer: Lieferansprüche, also die Ansprüche eines Käufers auf Verschaffung von Besitz und Eigentum, verkauft werden. Ein Verkauf eines solchen Kontraktes beinhaltet also unter der Lupe der Juristen den Verkauf von Forderungsrechten, die eigentlich vom Anwendungsbereich der CISG ausgeschlossen sind.²⁴ Aber sind sie es wirklich? Hierzu ist die Konvention auszulegen, und vor allem für diese Konstellation, d. h. den Kauf von Kontrakten, haben die Auslegungsmaximen in Art. 7 I Bedeutung.

2. Art. 7 I gibt – in einer Standardformel, die inzwischen in vielen anderen Übereinkommen zur Rechtsvereinheitlichung verwendet wird²⁵ – drei Auslegungsrichtlinien vor:

- a) Eine Auslegung der Konvention soll «*its international character*» berücksichtigen. Das meint die sog. autonome Auslegung, also ein Verständnis und eine Auslegung der Konvention, die sich vom nationalen Vorverständnis der verwendeten Begriffe lösen muss. Das wird oft propagiert, aber ebenso oft auch vernachlässigt, weil es nur natürlich ist, dass der Leser, Interpret oder Anwender der Konvention, sein am eigenen Recht ausgebildetes Vorverständnis einbringt. Schon das gebotene «internationale Verständnis» lässt Zweifel aufkommen, ob die feingesponnene Unterscheidung von Kauf der Ware als solcher, d. h. einem Sachkauf über «goods» und eine aus diesem Kaufvertrag resultierende Verpflichtung, zur «Lieferung» u. U. verbrieft Ansprüche auf Herausgabe des Besitzes zu übertragen, einerseits, und einem

weis auf analoge Anwendung der Artt. 38, 39, sondern der Gegenstand der – verletzten – Verkäuferpflicht wäre genauer zu bestimmen.

²⁴ Vgl. aus der Kommentarliteratur zum Ausschluss von Kaufverträgen über Rechte und ihre Verschaffung statt aller Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, a. a. O. (Fn. 19) Art. 1, Rn 36.

²⁵ Vgl. Convention on Agency in the International Sale of Goods vom 8. Februar 1983 (Genf), Art. 6 I; UNIDROIT Convention on International Factoring vom 28. Mai 1988 (Ottawa), Art. 6 I; UN Convention on International Financial Leasing, 20. Mai 1988, (Ottawa), Art. 6 I; UN-Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 12. Dezember 2001, Art. 7 I; s. ferner UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts, 2004, Art. 1.6.

Kauf der Lieferansprüche, also einem Forderungskauf andererseits, in die Anwendungsvoraussetzungen hineingelesen werden kann. Einem Nichtjuristen, der auf dem Markt für *commodities* handelt und – vielleicht – spekuliert, dürfte sie jedenfalls nicht gegenwärtig und wohl auch schwer zu erklären sein. Das spricht für Gleichbehandlung.

- b) Auch der Maxime in Art. 7 I «*to promote uniformity in its* (d. h. der Konvention) *application*» wird wohl besser entsprochen, wenn man die Konvention auf alle *documentary sales* anwendet unabhängig davon, ob die zu liefernden Vertragsdokumente Ansprüche auf *Lieferung* der Ware verbriefen oder auf ihre *Auslieferung*. Diese Auslegungsrichtlinie ist im übrigen ein interessanter Anker für ein internationales Präjudizienrecht, auch wenn eine voll entwickelte Doktrin der *stare decisis* nicht zu erwarten und auch nicht wünschenswert ist. Aber die gebotene Berücksichtigung von Entscheidungen der Gerichte in anderen Vertragsstaaten, insbesondere einer gefestigten Rechtsprechung, durch später mit der gleichen Sachfrage befasste Gerichte, und die Ausbildung einer Technik des *distinguishing* dürfte ihre konventionsinterne Grundlage in dieser Auslegungsrichtlinie haben.
- c) Schließlich spricht auch die in Art. 7 I als Dritte festgeschriebene Richtlinie «*to observe good faith in internaional trade*», wie unsicher auch immer die Konkretisierung des guten Glaubens im internationalen Handel sein mag,²⁶ dagegen, die Konvention so auszulegen, dass zwar der Verkauf unter Vereinbarung von Übergabesurrogaten in Form verbrieft Herausgabeansprüche gegen Frachtführer oder Lagerhalter in ihren Anwendungsbereich fällt, nicht aber der Kauf eines Kaufkontrakts und der darin festgeschriebenen Lieferansprüche.

Tatsächlich werden die Bedenken gegen die Anwendung des CISG auf den Handel mit Rohstoffkontrakten von den Kritikern letztlich auch nicht auf die hier nachgezeichnete juristische Grenzziehung

²⁶ Zu den Fragen, ob diese Formel dem deutschrechtlichen Prinzip von «Treu und Glauben» entspricht, und ob es sich nicht nur um ein Prinzip für die Auslegung der Konvention handelt, sondern auch um eine direkt die Beziehungen der Vertragsparteien regelnde Massgabe ist, vgl. *meine* Kommentierung in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Clarendon Press, 2. Aufl. Oxford 2004, Art. 7, Rn. 17f.

zwischen Sachkauf und Forderungskauf gestützt, sondern ohne wirklich konkrete Substantiierung auf die Behauptung, die Regelung der Rechte und Pflichten der Parteien in der Konvention entspreche nicht den Notwendigkeiten und Usancen des oft spekulativen Handels auf Rohstoffmärkten. Das ist zu bestreiten und wäre durch eine genaue Analyse zu widerlegen, doch muss hier der bereits oben gebrachte Hinweis genügen, dass den angeblichen Besonderheiten des Rohstoffhandels durch entsprechende Vertragsgestaltungen entsprochen werden kann (und wird). Soweit im Handel mit bestimmten Rohstoffen bereits internationale Usancen bestehen oder doch die Parteien entsprechende Gepflogenheiten etabliert haben, gehen die daraus folgenden sachnäheren Regeln nach Art. 9 I und II ohnehin den Vorschriften der CISG vor.

II. Lückenfüllung

1. Abgrenzungen

Lückenfüllung nach Art. 7 II – auch diese Vorschrift ist zur Standardformel in Rechtsvereinheitlichungskonventionen geworden – gebietet die Behebung von Regelungsdefiziten für konventionsinterne Sachfragen – *matters governed by this Convention* – durch Ausbildung einheitsrechtlicher Regeln auf der Grundlage von Prinzipien, die der Konvention zugrundeliegen; erst wenn diese Lückenfüllung mangels tragfähiger Prinzipien versagt – oder es sich um Materien handelt, die entweder nicht Kaufrechtsmaterie oder von den Verfassern der Konvention bewusst unregelt gelassen worden sind wie Verjährung oder Zinshöhe –, soll über das IPR des Forums Rückgriff auf unvereinheitlichtes nationales Recht erfolgen.

- a) Wie erwähnt, kann die Grenze zwischen expansiver Auslegung nach Art. 7 I und Lückenfüllung fließend sein; m. E. ist zunächst eine erweiternde Auslegung zu versuchen, bevor neue – einheitsrechtliche – Regeln entwickelt werden.
- b) Auch die Abgrenzung zwischen der dem Juristen aus unserem Rechtskreis vertrauten Analogie und dem Lückenfüllungsverfahren nach Art. 7 II ist manchmal als schwierig, oft aber auch als theoretisch²⁷ bezeichnet worden; man versucht mit dem

²⁷ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2003, Rn. 47.

Begriffspaar «Prinzip das nur in einer Norm des CISG festgeschrieben ist: dann Analogie – Prinzip, das mehreren Normen zugrunde liegt – dann Lückenfüllung»²⁸ Ordnung zu schaffen, doch geht es insoweit wohl um ein theoretisch-methodisches Problem, das hier nicht zu verfolgen ist.

2. Lücken und Grundsätze

Die Feststellung einer konventionsinternen Lücke, die nicht schon durch liberale Auslegung einer nahe liegenden Vorschrift geschlossen werden kann, ist der erste Schritt. Eine abstrakte Auflistung derartiger Lücken kann hier nicht erfolgen. Im zweiten Schritt ist dann ein Prinzip, auf dem die Konvention beruht, zu finden, d. h. eine der Konvention zugrundeliegende Wertung, die Entwicklung einer neuen, dieser Wertung entsprechenden Regel erlaubt. Die Kommentare rezitieren lange Listen solcher Prinzipien,²⁹ doch ist der Wert dieser Auflistung beschränkt; entscheidend ist immer die konkrete Sachfrage und die insoweit bestehende Lücke. Auch wird in der Auflistungen von Prinzipien und ihrer Verwendung nicht immer klar unterschieden zwischen zu schließenden Lücken in der Konvention und solchen in individuellen Verträgen. Insbesondere die Behauptung, «Treu und Glauben» sei eines der Grundprinzipien, auf denen die Konvention basiert, verführt in Übertragung deutscher Überzeugungen und Praktiken oft dazu, im konkreten Fall als erwünscht gesehene Vertragsergänzungen auf das Prinzip von Treu und Glauben zu stützen.³⁰

3. Lückenfüllung – Beispiel 1:

Zusätzliche Verkäuferpflichten (Nebenpflichten)

In einem konkreten – hier leicht veränderten – Fall hatte eine deutsche Firma an ein Schweizer Unternehmen jahrelang medizinische Geräte geliefert, die von der Schweizer Käuferin an Krankenhäuser und Arztpraxen weiterveräußert worden waren. Ein entsprechender Rahmenvertrag – *supply and distribution agreement* – war aus-

²⁸ Ferrari, a. a. O. (Fn. 19) Art. 7, Rn. 47 (ebenso schon Herber in den Voraufgaben dieses Kommentars).

²⁹ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, a. a. O. (Fn. 19) Art. 7, Rn. 48–56.

³⁰ Vgl. etwa Kock, Nebenpflichten im UN-Kaufrecht. Dargestellt am Beispiel der Pflichten des Verkäufers, Hamburger Diss. 1995, S. 30f., 175 ff.; dagegen zutreffend Najork, Treu und Glauben im CISG, Kölner Diss. 2000, S. 52 ff., 61, je m. w. Nachweisen.

gelaufen, aber die Belieferung war aufgrund mündlicher Bestellungen auch nach dem Auslaufen des Rahmenvertrages, das die Parteien offenbar gar nicht bemerkt hatten, fortgesetzt worden; Rechtsgrundlage der einzelnen Lieferungen war das CISG. Sachfrage war, ob die deutsche Verkäuferin auch die Lieferung von Zubehör – «Zugehör» in der Terminologie des ZGB – sowie von Ersatzteilen schuldet und diese vorhalten musste. Das CISG schweigt zu solchen zusätzlichen Leistungspflichten – in der Terminologie unserer gemeinsamen Rechtssprache «Nebenpflichten» –; insbesondere enthält es keine § 311c BGB entsprechende Vermutung, dass der Veräußerer einer Sache auch zur Lieferung des Zubehörs – oder von *Zugehör* i. S. des Art. 644 ZGB³¹ – verpflichtet ist. Die Lücke ist durch eine Regel zu füllen, die aus einem aus verschiedenen Vorschriften des CISG – insbesondere Artt. 30, 34 hinsichtlich der auf die Ware bezogenen und für ihre Nutzbarkeit erforderlichen Dokumente, aber auch auf Art. 35 II lit d) hinsichtlich der Verpackungspflichten sowie lit a) und b) hinsichtlich ihrer Eigenschaften – zu entnehmende Prinzip zu entwickeln ist, dass der Verkäufer nicht nur die «blanke» Sache als solche schuldet, sondern auch alles, was Voraussetzung ihrer bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit ist. Zubehör oder Zugehör gehört dazu schon *per definitionem*.

Anders liegt es m. E. bei den Ersatzteilen und ihrer Vorhaltung: Eine generelle, d. h. normative für alle grenzüberschreitenden Kaufverträge geltende Regel, dass ein Verkäufer Ersatzteile – und wie lange? – vorhalten muss, lässt sich aus den Vorschriften des CISG nicht ableiten. Im deutschen Recht wird das zuweilen angenommen und dazu pauschal auf die §§ 242, 157 BGB verwiesen, was Versuchung sein könnte, das behauptete Grundprinzip von Treu und Glauben auch zu entsprechender Lückenfüllung des CISG einzusetzen. Das würde m. E. über das Ziel, im Einzelfall eine sachangemessene Lösung zu finden, weit hinausschießen. Grundlage der Einzelfalllösung kann nur die – ev. ergänzende – Auslegung des konkreten Vertrages sein, was in meinem Beispielfall unschwer in Anwendung des Art. 9 I möglich war, denn die Vorhaltung und Lieferung von Ersatzteilen auf Abruf war eine unter dem alten Rahmenabkommen etablierte und nach seinem Auslaufen fortgeführte Praxis der Parteien.

31 Zur Geltung auch für das Verpflichtungsgeschäft s. Honsell/Wiegand a. a. O. (oben Fn. 14), Art. 644 Rn. 25.

4. Lückenfüllung – Beispiel 2:

Verletzung von Dienstleistungspflichten aus Art. 3 II

Die normative «lückenfüllende» Begründung zusätzlicher Pflichten – im Unterschied zur vertragsergänzenden Erweiterung des Pflichtenprogramms der Parteien – ist freilich nur der erste Schritt. Die nächste Lücke tut sich auf, wenn wir nach den Rechtsfolgen einer Verletzung solcher zusätzlicher Pflichten fragen. Sie ist besonders groß im Falle zusätzlicher Dienstleistungspflichten, die bei gemischten Verträgen dem CISG unterfallen können, wenn der Fall des Art. 3 II vorliegt, die zusätzlichen Dienstleistungspflichten des Verkäufers also nicht den überwiegenden Teil seines Pflichtenprogramms darstellen. Wieder ein Beispiel, das einem vom deutschen BGH entschiedenen Fall nachgebildet ist³²: Eine deutsche Maschinenbaufirma hatte einer spanischen Bestellerin eine gebrauchte Maschine verkauft und sich verpflichtet, diese Maschine von einem eigenen Monteur «einfahren» zu lassen. Dem deutschen Monteur gelang es nicht, die elektronische Steuerung der Maschine richtig in Gang zu setzen. Welche Rechtsbehelfe hat die spanische Bestellerin?

- a) Werden die versprochenen Dienstleistungen nicht erbracht, dann müssen die Rechtsbehelfe des Käufers lückenfüllend auf der Grundlage der Rechtsbehelfe im Falle von Nichtlieferung der Ware ausgebildet werden.
- aa) Zu denken ist an einen Erfüllungsanspruch, dessen gerichtliche Durchsetzung in der Praxis freilich nicht nur aufgrund eingeschränkter Vollstreckungsmöglichkeiten – die auch von Land zu Land verschieden sein können – gefährdet ist, sondern schon an Art. 28 scheitern kann. Vor allem ist seine Durchsetzung viel zu zeitaufwendig.
- bb) Keine Schwierigkeiten dürfte ein Schadenersatzanspruch nach Art. 74 bereiten – der auch im erwähnten BGH-Fall eingeklagt worden war –, d. h. als Schadenersatzanspruch neben der weiterhin beanspruchten Hauptleistung. Ob sich der Lieferant nach Art. 79 I entlasten kann – etwa, wenn der Monteur auf der Reise nach Spanien tödlich verunglückt ist oder ihm die Einreise aufgrund – unbegrün-

32 BGH v. 31.10.2001, CISG-online Nr. 617 = NJW 2002, 370f.; *in concreto* ging es um Wirksamkeit einer formularmässigen Haftungsbeschränkung und die Wirksamkeit der (Einbeziehung) der Verkäufer-AGB.

deten – Terroristenverdachts verweigert wurde –, ist Tatfrage und hier nicht zu verfolgen.

- cc) Schwierig ist die Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Zunächst ist das aus Art. 51 I und Art. 73 I zu entnehmende Grundprinzip zu beachten, dass bei teilbaren Leistungen Vertragsaufhebung auf den jeweils betroffenen Leistungsteil zu beschränken ist, falls insoweit ein wesentlicher Vertragsbruch vorliegt. Das muss erst recht bei gemischten Verträgen gelten. Stellt die Nichterbringung oder nicht-rechtzeitige Erbringung der zu leistenden Dienste als solche einen wesentlichen Vertragsbruch dar – etwa wenn die Montage zu einem «fix» festgesetzten Termin zu erfolgen hatte –, kann der Dienstleistungsteil des Vertrages aufgehoben werden; der Käufer ist dann frei, die Dienstleistung anderswo einzukaufen und die (Mehr)kosten als Schadenersatz nach Art. 75 zu verlangen. Aus dem für Nichtlieferung, Nichtzahlung und Nichtabnahme geltenden Prinzip, die Vertragsaufhebungsschwelle auch durch Nachfristsetzung zu erreichen,³³ ist auch für unseren Fall eine lückenfüllende Regel zu bilden, dass jedenfalls nach vergeblichem Ablauf einer Nachfrist Aufhebung für den Dienstleistungsteil erklärt werden kann.

Schwieriger ist es, den ganzen Vertrag aufzuheben. Der Verkäufer mag aufgrund der Montageverzögerung, aber ev. auch aus anderen Gründen, das Interesse an der Maschine verloren haben, obwohl sie als solche einwandfrei ist. Hier hat die lückenfüllend zu bildende Regel die in Art. 51 II und Art. 73 III verschlüsselten Wertungen zu berücksichtigen, sodass die Dienstleistungen mit der Lieferung der Ware in einem solchen Zusammenhang stehen muss, dass die Nichterfüllung der Dienstleistungspflicht einen wesentlichen Bruch des gesamten Vertrages darstellt, in unserem Beispielfall also die Maschine überhaupt nicht mehr in Gang gesetzt werden könnte.

- dd) M. E. sollte auch Minderung entsprechend Art. 50 in Betracht kommen: Das Ausbleiben der Dienstleistung ist Minderleistung des Verkäufers und gleicht einer Minderlieferung nach Art. 35 I.
- ee) Wichtig, aber ungeregelt ist ein Recht des Käufers, eigene Leistungen ganz oder teilweise zurückzuhalten, insbesondere den Preis. Es ist als allgemeines Retentionsrecht zu entwickeln; dazu ist gesondert Stellung zu nehmen.

³³ Vgl. Artt. 49 I b), 64 I b).

- b) Ungeregelt sind auch die Rechtsfolgen und -behelfe im Falle, dass die geschuldeten Dienste mangelhaft erbracht werden. Bei der Ausbildung von Regeln auf der Grundlage der für vertragswidrige Beschaffenheit der Ware geltenden Vorschriften sind m. E. vor allem drei Sachfragen zu beantworten:
- aa) Rechtsbehelfe wegen Mängeln erfordern grundsätzlich rechtzeitige Rüge, Art. 39 I, und verfristen mangels Rüge in 2 Jahren, Art. 39 II. M. E. gilt das auch für Ansprüche wegen mangelhafter Dienstleistungen; die für den Fristbeginn wichtige Untersuchungsobliegenheit des Art. 38 sollte als Prüfungsobliegenheit des Käufers gelten, die Dienstleistung «in einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erfordern».
- bb) Schwierigkeiten bereitet die Ausbildung einer Regel zu Nacherfüllungsansprüchen des Käufers, da insoweit Art. 46 II und III für die Nacherfüllung bei Sachmängeln zwei Modalitäten – Ersatzlieferung oder Nachbesserung – mit sehr verschiedenen Voraussetzungen vorsieht. Bei Dienstleistungen ist aber die Grenze zwischen Nachbesserung und vollständiger Neuleistung – entsprechend einer Ersatzlieferung nach Art. 46 II – schwer zu ziehen, und die Entscheidung der Nacherfüllungsmodalität sollte zur Wahl der Dienstleistungspflichtigen stehen. Das kann aber nicht bedeuten, dass er sich für Neuleistung (= Ersatzlieferung) entscheidet und dann die (Nichterreichung der) Schwelle «wesentlicher Vertragsbruch» einwendet. Zur Lückenfüllung würde ich deshalb vorschlagen, dass der dienstleistungspflichtige Verkäufer sich gegenüber einem Nachleistungsvorgänger des Käufers nur auf die in Art. 46 III geregelte Unzumutbarkeit berufen kann.
- cc) Die Schwelle zur Vertragsaufhebung bei Mängeln ist bekanntlich hoch, und insbesondere die deutsche Rechtsprechung stellt an einen wesentlichen Vertragsbruch aufgrund von Mängeln extrem strenge Anforderungen.³⁴ Nach herrschender Auffassung kann diese Schwelle auch nicht durch das Nachfristmodell, d. h. eine vergeblich zu Mängelbeseitigung gesetzte Frist, herabgesetzt werden. Das muss auch für Mängel der erbrachten Dienstleistung gelten. Der auf den Blick überraschende Unterschied zum Fall völliger Nichterbringung der Dienstleistung, für den hier Anwendung des

³⁴ Vgl. hierzu Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem* (oben Fn. 19), Art. 25, Rn. 21 a.

Nachfristmodells befürwortet wurde, dürfte sich in der Praxis fast immer minimieren, sofern der Käufer nicht aus dem gesamten Vertrag «aussteigen» will und deshalb zunächst den Dienstleistungsteil aufheben können muss: Der Schaden, der nach Art. 74 oder 75 ersetzt verlangt werden kann, ist immer der Preis der Fremdleistung, mit der die nicht oder mangelhaft erbrachte Dienstleistung ersetzt wird. Dass der Käufer auf diesen Schaden im Regelfall verwiesen bleibt, entspricht der grundsätzlichen Lösung bei vertragswidriger Beschaffenheit der Ware.

5. Lückenfüllung – Beispiel 3: Retentionsrechte

a) *Lücke*

Hat der Käufer Ware oder Dokumente angedient, die nicht vertragskonform sind, dann fragt sich, ob der Käufer außer den geregelten Rechtsbehelfen, nicht jedenfalls temporär und bis er sich Klarheit über das weitere Vorgehen verschafft hat, seine Zahlung zurückhalten und vielleicht sogar seine Abnahmepflicht aussetzen kann; die ein Akkreditiv stellende Bank würde sich sogar ihrem Auftraggeber gegenüber schadenersatzpflichtig machen, wenn sie bei Vorlage eines nicht konformen, etwa eines «unreinen», Beschädigung der Ware verzeichnenden Dokuments auszahlt. Zurückbehaltungsrechte sind auch – wie oben erwähnt – zu erwägen, wenn Nebenleistungen oder Dienstleistungen, die nach Art. 3 II unter das CISG fallen, nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht werden.

b) *Vorschläge*

Die Literatur bejaht überwiegend, dass insoweit eine Lücke besteht und durch eine allgemeine Regel aufgrund eines Prinzips, für dessen Basis im CISG vor allem die Art. 58 und 71 zitiert werden, zu füllen ist.³⁵ Die entsprechenden Vorschläge sind freilich oft ein wenig vage³⁶ und für die Praxis nicht konkret genug; wie schwierig die

35 Vgl. Staudinger/*Magnus*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 1999, Art. 4, para 4 a; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2003, Rn. 42 d, 205, 250; aus der Rechtssprechung s. AG Altona v. 14.12.2000, IPRax 2001, 582.

36 Vgl. etwa Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari* (oben Fn. 19), Art. 4, Rn. 45 a: «... da diese Vorschriften (d. h. die Artt. 58 I und 71 I) einen allgemeinen Grund-

Einzelheiten sind, zeigt ein vor einem Jahr publizierter, eindrucksvoller Versuch der Aufarbeitung dieser Frage.³⁷ Er soll hier nicht wiederholt werden, doch sollen einige Einzelprobleme der Entwicklung eines allgemeinen Zurückbehaltungsrechts entsprechend § 273 BGB aufgegriffen sowie der Frage nachgegangen werden, ob seine Ausbildung einem anderen Kritikpunkt unserer angelsächsischen Kollegen an der Tauglichkeit des CISG jedenfalls ein Stück weit entsprechen kann. Die Verankerung eines entsprechenden Prinzips im CISG ist leicht auszumachen: Nicht nur das in Art. 58 verankerte Zug-um-Zug Prinzip und die in Art. 71 festgeschriebene «*defense of uncertainty*» basieren auf der Grundwertung, dass man die eigenen Leistungen zurückhalten kann, wenn die andere Seite säumig – im weitesten Sinne – ist, sondern etwa auch die Art. 81 II 2 (Zug-um-Zug Rückerstattung nach Vertragsaufhebung) sowie in Artt. 85 S. 2 und 86 I 2 geregelten speziellen Retentionsrechte lassen dieses Prinzip erkennen. Fraglich ist, ob seine Konturen konkret genug sind, um daraus eine allgemeine Regel ableiten zu können. Dabei sind zu untersuchen die Voraussetzungen einer Retention i. e., die Art der Berücksichtigung dieser *defense* und schließlich ihre Wirkungen.

- aa) Soweit zu den Voraussetzungen eines allgemeinen Zurückbehaltungsrechts Stellungnahmen zu finden sind, wird vorausgesetzt, dass es sich um konventionsinterne Ansprüche handelt, genauer um Ansprüche, die aus Verletzung konventionsinterner Pflichten aus einem CISG-Vertrages entstehen.³⁸ Dazu sind m. E. freilich auch die Pflichten zu rechnen, die die Parteien parteiautonom auf der Grundlage von Art. 6 zusätzlich zu den im CISG geregelten Pflichten begründet haben, also etwa die bereits erwähnten Pflichten zur Vorhaltung von Ersatzteilen, aber auch andere Zusatzpflichten aus Wettbewerbsabreden – soweit zulässig –, Vertriebsbindungen usw.³⁹ Deliktsansprüche, aber m. E. auch Ansprüche aus anderen Verträgen scheiden als Grundlage einer Zurückhaltung aus. Für Ansprüche

satz zu verankern scheinen (?), muss davon ausgegangen werden, dass alle nationalen Vorschriften hierzu (d. h. zu Retentionsrechten) verdrängt werden, Art. 7 Abs. 2 ...». (Einfügungen in Klammern durch Autor dieses Beitrags).

37 Wolfgang *Witz*, Zurückbehaltungsrechte im internationalen Kauf – Eine praxisorientierte Analyse zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs im CISG, Festschrift Schlechtriem, Tübingen 2002, S. 291–307.

38 Vgl. Staudinger/*Magnus* (oben Fn. 35), Art. 4, Rn. 47 a.

39 S. auch *Witz*, Zurückbehaltungsrechte (oben Fn. 37), S. 295: Durchsetzung von Sekundäransprüchen.

aus nationalem Recht unterliegenden Verträgen und ihre Durchsetzung durch Zurückhaltung der eigenen Leistung kann nicht eine einheitsrechtliche Regel Geltung beanspruchen.

- bb) Unsicher ist, ob es sich technisch um eine Einrede oder Einwendung handelt, ob die *defense* also erhoben werden muss oder von Amts wegen berücksichtigt wird. Trotz der Ausgestaltung des Synallagmas in Art. 58 I als Fälligkeitsbedingung für den Kaufpreis ist m. E. die Verteidigung, die andere Seite sei säumig, vom Schuldner zu erheben, sie ist also in unserer Terminologie Einrede⁴⁰ Das muss erst recht für ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht gelten – unabhängig von der verfahrens- und vollstreckungsrechtlichen Regelung der Geltendmachung von *defenses* und der entsprechenden Vielfalt in den nationalen Prozessrechten ist es kaum vorstellbar, dass ein angelsächsischer Richter solche Gegenrechte von Amts wegen berücksichtigen könnte. Überhaupt ist die praktische Durchsetzbarkeit des Zurückbehaltungsrechts oft eng mit verfahrensrechtlichen Regeln der *lex fori* verknüpft, wie § 274 BGB zeigt, und deshalb insoweit einer Vereinheitlichung durch lückenfüllende Regeln nicht zugänglich.⁴¹
- cc) Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass ein lückenfüllend in das CISG implantiertes Zurückbehaltungsrecht keine dinglichen Wirkungen haben könne, d. h. Vorrang vor anderen Gläubigern und ggfs. eigene Verwertungsbefugnis wie ein echtes dingliches Sicherungsrecht gewähren würde.⁴² Daran ist festzuhalten. Allerdings ist zu überlegen, dem Verkäufer, der (Teil)leistungen zurückhalten darf, Verwertung durch Selbsthilfeverkauf entsprechend Art. 88 zuzugestehen.⁴³

40 Zur Schweizer Rechtsterminologie s. *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Stämpfli, Bern 2003, Rn. 4.34. Zu Art. 58 I s. *Witz* a. a. O. (oben Fn. 37) S. 302.

41 Zu den daraus entstehenden Schwierigkeiten eindrucksvoll *Witz*, Zurückbehaltungsrechte (oben Fn. 37), S. 296 ff. und zum Schweizer Recht S. 300.

42 Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, a. a. O. (oben Fn. 19); *Slechtriem*, a. a. O. (oben Fn. 27) Rn. 42d.

43 Insoweit modifiziere ich meine in «Internationales UN-Kaufrecht» (oben Fn. 27), Rn. 42 d, geäußerte Auffassung.

- c) Zurückbehaltungsrecht des Käufers bei Andienung mangelhafter Ware oder Dokumente als funktioneller Ersatz für die sog. *perfect tender rule*?

Ein wichtiger Kritikpunkt unserer angelsächsischen Kollegen am CISG ist das Fehlen einer *perfect tender rule*, d. h. eines Rechts des Käufers, mangelhafte Ware zurückzuweisen, in den Worten des § 2-601 (a) UCC: «... *if the goods or the tender of delivery fail in any respect to conform to the contract, the buyer may reject the whole ...*». Auch wenn in Art. 86 I 1 CISG die Worte hineingeschlüpft sind, falls der Käufer «*intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject*» the goods, (so müsse er doch für ihre Bewahrung sorgen), kann von einem echten, allgemeinen Zurückweisungsrecht bei mangelhafter Ware nicht die Rede sein:⁴⁴ Der Käufer muss nach h. A. zunächst annehmen, und ob er die Ware zurückgeben kann, hängt von der – wie erwähnt – sehr hohen Schwelle für einen wesentlichen Vertragsbruch durch Lieferung mangelhafter Ware ab. Allerdings ist auf einen entscheidenden Unterschied in der Bedeutung der *acceptance* nach – z. B. englischem Recht – und der «Annahme» der Ware nach dem CISG hinzuweisen: Während aufgrund *acceptance* der Käufer nach englischem Recht nicht mehr vom Vertrag Abstand nehmen, d. h. den Vertrag als *discharged* behandeln kann,⁴⁵ *acceptance* also ein Element der Billigung enthält, bedeutet «Annahme» nach Einheitskaufrecht nicht Verlust der Möglichkeit, den Vertrag aufzuheben; die englische Fassung verwendet deshalb den Begriff «*taking delivery*». Das Recht aufgrund der *perfect tender rule*, vertragswidrige Ware zurückzuweisen, hält dem Käufer also die Möglichkeit der Abstandnahme vom Vertrag offen, die durch *acceptance* verloren gehen würde. Bei einem CISG-Vertrag bleibt dem Käufer diese Möglichkeit aber auch noch nach Entgegennahme der Ware; sie ist nicht «Annahme als Erfüllung». In beiden Rechten verbleibt dem Käufer das Recht der zweiten

44 Nach der Kommentarliteratur bezieht sich die Zurückweisung auf die Fälle des Art. 52 I und II, auf den Fall der Unsicherheitseinrede des Art. 71 (Zurückweisung einer Teillieferung) sowie bei wesentlichem Vertragsbruch auf Aufhebung oder Nachlieferungsverlangen, Schlechtriem/Schwenzer/Bacher, a. a. O. (Fn. 19) Art. 86 Rn. 5.

45 Vgl. *Mullis* (oben Fn. 2), S. 232; der Autor verwendet den Begriff «*to treat the contract as discharged*» synonym mit Vertragsaufhebung durch den Käufer, s. bei Fn. 38; s. auch *McNamara* a. a. O. (Fn. 1), S. 17. Zur «Annahme als Erfüllung» in diesem Zusammenhang (im deutschen Rechtskreis) schon *Grossmann-Doerth*, Vertragswidrige Andienung (oben Fn. 8), S. 130 ff.

Andienung, sofern nicht *time of the essence* war, also zweite Andienung einen Fixtermin überschreiten würde.

Gleichwohl dürfte es angelsächsischen Rechtsüberzeugungen zutiefst widersprechen, dass der Käufer mangelhafte Ware entgegennehmen muss.⁴⁶ Entsprechendes scheint für den oben behandelten Dokumentenhandel zu gelten: Der Käufer müsste nach CISG an sich auch nicht vertragskonforme, etwa « unreine » Dokumente annehmen.⁴⁷ Das würde jeglicher kaufmännischen Praxis widersprechen. Kann das hier skizzierte Zurückbehaltungsrecht solche für den Käufer unannehmbaren Ergebnisse vermeiden oder abmildern? Für Zurückbehaltungsrechte des Käufers, dem mangelhafte Ware oder nicht vertragskonforme Dokumente angedient werden, ist m. E. zu unterscheiden:

- aa) Ein Zurückbehaltungsrecht gestattet zunächst Einbehaltung des Kaufpreises bis zur Entscheidung, welchen Rechtsbehelf der Käufer wegen der vertragswidrigen Beschaffenheit der Ware oder der Dokumente ausüben will und kann.⁴⁸ Allerdings muss die Zurückhaltung der Kaufpreiszahlung dem mangelverursachten Nachteil angepasst, d. h. auf einen Teil des Kaufpreises beschränkt werden, sofern nicht die Schwelle des wesentlichen Vertragsbruchs erreicht ist und deshalb Aufhebung des Vertrages erklärt werden könnte;⁴⁹ bei « unreinen » Dokumenten, für die praktische Verwertung nur selten in Betracht kommt, wird das freilich der Regelfall sein (s. noch im folgenden), vor allem wenn ausdrücklich oder implizit für die richtige Andienung « *time of the essence* » ist. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts hebt den Vertrag noch nicht auf, sondern lässt ihn zunächst in der Schwebe und belässt insbesondere dem Verkäufer – in den Grenzen des Art. 48 – das Recht zur zweiten An-

46 Vgl. aber *Grossmann-Doerth*, Vertragswidrige Andienung (oben Fn. 8), S. 109, 120 zu entsprechenden Vertragsbedingungen.

47 Zu diesem Kritikpunkt besonders *Mullis* (oben Fn. 2), S. 346 mit Hinweis auf *The Hansa Nord*, [1976] Q. B. 44, wo der entscheidende Richter *Roskill L. J.* die Verkäuferpflichten hinsichtlich der Dokumente als « *sacrosanct* » bezeichnet und ausgeführt hat: « *Any breach justifies rejection* »; ferner *Bridge*, a. a. O. (Fn. 4) Rn. 3.24.

48 Vgl. für die Zurückhaltung des Kaufpreises bei Vertragswidrigkeit der Ware *Witz/Salger/Lorenz/Witz*, Artt. 58–59 Rn. 12 mit Hinweis auf Art. 58 III (Käufer kann « sicher der Vertragsmäßigkeit der Ware versichern »); zur Zurückhaltung *nach* Abnahme *derselbe* in Zurückbehaltungsrechte (oben Fn. 37), S. 305 f.

49 Vgl. *Slechchtriem*, Internationales UN-Kaufrecht (oben Fn. 27) Rn. 206.

dienung. War die Weigerung der Kaufpreiszahlung jedoch unbegründet, kann der Verkäufer sie als Erfüllungsweigerung behandeln und seinerseits Rechtsbehelfe geltend machen.

- bb) Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts als Recht, die Erfüllung einer eigenen Pflicht zu verweigern, kann auch dem Abnahmeanspruch des Verkäufers, der die Ware physisch andient, entgegengesetzt werden. Auch hier bleibt der Vertrag als solcher zunächst unberührt und der Verkäufer kann ihn durch zweite Andienung im Rahmen des Art. 48 retten. Allerdings könnte nach der Natur der Sache diese Abnahmeweigerung, sofern es sich nicht um teilbare Lieferungen handelt, meist nur bezüglich der ganzen Lieferung ausgeübt werden. Das widerspricht dem Grundgedanken der Artt. 49 I a), 46 II in Verbindung mit Art. 25, da bei vertragswidriger Beschaffenheit der Käufer grundsätzlich annehmen und (nur) Schadenersatz oder Minderung verlangen können soll. Doch sollte mit diesem Grundgedanken vereinbar sein, dass der Käufer Abnahme zeitlich beschränkt verweigern kann, d. h. solange er vernünftigerweise benötigt, um abschätzen und entscheiden zu können, ob er aufheben oder Ersatzlieferung verlangen kann oder auf einen anderen Rechtsbehelf zurückgreifen muss. Wählt er – zumutbare – Nachbesserung, dann sollte diese Annahmeweigerung jedenfalls bis zur Durchführung der Nachbesserung bzw. bis zum Ablauf einer dafür gesetzten Frist möglich sein. Die Bewahrungsobliegenheiten nach Art. 86 I, II bleiben von diesem Recht, temporär Annahme zu verweigern, unberührt: Der Käufer muss ggfs. entgegennehmen und einlagern: Er hat *to receive* und ev. *to take possession*, aber nicht *to take delivery* i. S. von « Annahme ». Für den Gefahrübergang gilt dann Art. 69 I, d. h. nur bei berechtigter Ausübung des Zurückbehaltungsrechts geht die Gefahr nicht über,⁵⁰ sofern nicht ohnehin die Ausnahmen aus Art. 66 oder Art. 70 eingreifen.
- cc) Für nicht vertragskonforme Dokumente muss die als Zurückbehaltungsrecht ausgeübte Weigerung ihrer Aufnahme jedenfalls bei « unreinen », etwa eine Beschädigung der Ware ausweisenden Dokumenten stets möglich sein, weil solche Dokumente im Regelfall für den Käufer nicht verwertbar sind und ihre Andienung oft schon als solche einen wesentlichen Vertragsbruch darstellt.⁵¹ Solange der

50 Vgl. *Slechchtriem/Schwenzer/Bacher*, a. a. O. (Fn. 19) Art. 86, Rn. 6.

51 Vgl. *Mullis*, a. a. O. (Fn. 2) S. 345 f.

Käufer aber nicht Aufhebung erklärt hat oder nicht aufheben kann, bleibt dem Verkäufer die Möglichkeit der zweiten Andienung fehlender oder vertragskonformer Dokumente. In der Literatur wird die Möglichkeit der Zurückweisung vertragswidriger Dokumente befürwortet, als endgültige Zurückweisung aber nur für den Fall, dass der Käufer gleichzeitig Vertragsaufhebung erklärt und (wegen Wesentlichkeit des Vertragsbruchs) erklären konnte.⁵² Die INCOTERMS verpflichten zur Aufnahme (*acceptance*) von – z. B. – Transportdokumenten dagegen überhaupt nur, wenn sie vertragskonform sind,⁵³ und man wird zu überlegen haben, ob insoweit nicht bereits ein internationaler Handelsbrauch i. S. des Art. 9 II, d. h. als implizit vereinbart geltend, entstanden ist.⁵⁴ Jedenfalls sollte in der Auslegung des Art. 25 den Besonderheiten des Dokumentenhandels Rechnung getragen werden und die Schwelle für die Aufhebung des Vertrages wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Dokumente – und damit auch für das Recht, sie zurückzuweisen – niedriger gelegt werden als bei Mängeln der Ware selbst.⁵⁵ Hat der Käufer ein Akkreditiv zu stellen, dann gilt für die anzudienenden Dokumente ohnehin praktisch eine vereinbarte *perfect tender rule*: In der Vereinbarung im Kaufvertrag, dass der Käufer ein Akkreditiv zu stellen hat, liegt eine Einbeziehung der für die Auszahlung des Akkreditivs generell zugrunde gelegten und zwischen Käufer und Akkreditivbank zugunsten des Verkäufers/Kaufpreisgläubigers (*beneficiary*) zu vereinbarenden Bedingungen,⁵⁶ sodass auch die darin festgelegte Regelung, dass Auszahlung grundsätzlich nur gegen völlig vertragskonforme Dokumente – Dokumentenstrenge, *strict compliance* – zu geschehen hat, ein parteiautonom vereinbartes Zurückweisungsrecht beinhal-

52 Witz in Witz/Salger/Lorenz (oben Fn. 21), Art. 60, Rn. 13; s. aber auch *derselbe* in Zurückbehaltungsrecht (oben Fn. 37), S. 304; Kaufpreisklage ist abzuweisen; es bedürfte keiner Rüge.

53 Vgl. Auslegungsregel B 8, etwa zum CIF-Vertrag.

54 Vgl. zu der ICC-CIF-Klausel als internationaler Handelsbrauch den amerikanischen Fall *St. Paul Guardian Insurance*, oben Fn. 11.

55 Wird die Ware physisch mangelhaft angeboten und sind bestimmte, zusätzlich erforderliche Dokumente vertragswidrig wie im Falle BGH vom 3. 4. 1996, *cisg-online* 135 = NJW 1996, 2364, dann ist Art. 51 I für jede Teilleistung und Abs. 2. für Aufhebung des gesamten Vertrages entsprechend (lückenfüllend) anzuwenden (dies zu *Mullis* [oben Fn. 2]) bei Fn. 97).

56 Vgl. Witz, a. a. O. (oben Fn. 21) Art. 60, Rn. 13: Aufnahmevoraussetzungen für die Dokumente nach Ziff. 22 ff. ERA gelten nach Artt. 8, 9 CISG auch zwischen den Vertragsparteien des Kaufvertrages.

tet.⁵⁷ Für diese Abwicklungsform internationaler *documentary sales* gilt also ohnehin, was die Kritiker im CISG vermissen: Aufnahme der Dokumente und Auszahlung des Akkreditivs kann verweigert werden, wenn die Dokumente nicht 100 % vertragskonform sind. Zusammengefasst: Die hier tentativ vorgestellten Überlegungen bieten keine der *perfect tender rule* voll entsprechende Lösung, aber vielleicht einen Brückenschlag zum angelsächsischen Rechtsempfinden, das sich – nachvollziehbar – dagegen sträubt, die Käufer zur Annahme mangelhafter Ware oder nicht vertragskonformer Dokumente verpflichtet zu halten. Es wäre eine Lösung, die *«would fall somewhere between fundamental breach and perfect tender...»*.⁵⁸

Schlussbemerkungen

Sie werden den Eindruck gewonnen haben, dass das CISG immer noch eine Baustelle ist. Der Eindruck ist richtig. Zu prüfen war, ob wir passende Werkzeuge und Baupläne für den Weiterbau haben. Das glaubte ich an Beispielen nachweisen zu können.

57 Einzelheiten s. MünchKomm/Nielsen, Handelsgesetzbuch Bd. 5, C. H. Beck, München 2001, S. 977 ff., Rn. H 104 ff.; einführend auch Guide to ICC Export-Import Basics, 2. Aufl. 2003, S. 182 ff. 196f. Auch hier ist die «Zurückweisung» zunächst nur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts und kann, solange nicht Aufhebung erklärt worden ist, durch Andienung vertragskonformer Dokumente überwunden werden.

58 *Bridge* a. a. O. (oben Fn. 4) für seine eigene, an Art. 71 angelehnte und im Ergebnis ganz ähnliche Lösung.