
Das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung des Verkäufers bei Beschaffenheitsmängeln

Ein Lösungsvorschlag für eine sachgerechte Berücksichtigung des Kriteriums der zumutbaren Verwendbarkeit oder Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer

CHRISTOPH BRUNNER/DAVID MÖCKLI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	76
II.	Gegenüberstellung der typischen Interessen von Verkäufer und Käufer	80
	A. Typische Verkäuferinteressen	80
	B. Typische Käuferinteressen.....	82
	C. Beurteilung der typischen Interessenlage und Vorschlag von Beweislastregeln, je nachdem, ob Massenware vorliegt oder nicht	83
	1. Massenware.....	83
	2. Keine Massenware	86
III.	Rechtsprechung.....	87
	A. Fallkonstellation «Massenware»	87
	1. Kobaltsulfat (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996; CISG-online Nr. 135).....	87
	2. Tiefkühlfleisch (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 1998, CISG-online Nr. 413).....	89
	3. Walzdraht (Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 [Walzdraht I]; Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 [Walzdraht II])	90
	4. Edelstahlblech (Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 2004, CISG-online Nr. 918)	93

* Prof. Dr. CHRISTOPH BRUNNER, LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt in Bern, Lehrbeauftragter an der Universität Bern; MLaw DAVID MÖCKLI, Zivilistisches Seminar, Universität Bern.

5. Kompressoren für tragbare Klimaanlage (US Court of Appeals, 2 nd Circuit, 6. Dezember 1995, CISG-online Nr. 140).....	94
6. Nachgezuckerter Wein (Cour de Cassation, 23. Januar 1996, CISG-online Nr. 159).....	95
7. Gerollte Metallbleche (Cour de Cassation, 26. Mai 1999, CISG-online Nr. 487).....	95
B. Fallkonstellation «keine Massenware» (Unikate; Einzelanfertigungen und dgl.).....	96
1. Einrichtung eines Eiscafés (Urteil des Oberlandesgerichtes Hamburg [Hanseatisches Oberlandesgericht] vom 25. Januar 2008, CISG-online Nr. 1681).....	96
2. Abfüllanlage (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2009, CISG-online Nr. 135).....	97
3. Kunstwerk «New Coke 1985» von Andy Warhol (Oberster Gerichtshof, 16. Dezember 2015, CISG-online Nr. 2663).....	98
C. Rechtsprechung nach nationalen Kaufrechten (rechtsvergleichende Aspekte).....	99
1. Deutschland (Einbauküchen-Fall).....	99
2. Schweiz (Whirlpool-Fall).....	102
3. England (The Hansa Nord - Zitrusfruchtfleischgranulat).....	103
IV. Fazit.....	107

I. Einleitung

Den Anlass zu diesem Beitrag gaben die «Walzdraht-Entscheide» des Bundesgerichts aus dem Jahr 2013 und 2015¹. Die ausgesprochen verkäuferfreundliche Grundhaltung der Entscheide wurde vom Jubilar in seiner Analyse der akkreditivrechtlichen Aspekte kritisiert. Er hat aber auch darauf hingewiesen, dass «*der gelieferte Walzdraht nicht unerhebliche Qualitätsmängel aufzuweisen [schien]*» – im Zentrum der Entscheide stand die vertraglich vereinbarte Mindestzugfestigkeit und eine schliesslich festgestellte Mangelhaftigkeit von rund 83 % des Walzdrahtes². Der Jubilar stellte die – wie wir meinen – rhetorische Frage: «*War es wirklich sachgerecht, die Schwelle der Wesentlichkeit so hoch anzusetzen? Oder anders gewendet: Verdient eine*

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 (Walzdraht I); Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 (Walzdraht II). Zu diesen Entscheiden sowie denjenigen der Vorinstanz (Handelsgericht des Kantons Zürich) siehe unten III. A. 3.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013, Sachverhaltsdarstellung in Ziff. A.h.

Verkäuferin, die solche Vertragsverletzungen begeht, wirklich Schutz vor der Vertragsaufhebung?» An anderer Stelle wurde bereits die Meinung vertreten, dass diese Frage mit einem klaren «nein» beantwortet werden sollte³.

Die Frage, ob eine vertragswidrige Beschaffenheit der Ware als wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG zu qualifizieren ist, ist von praktischer Bedeutung, da dem Käufer nur in diesem Fall ein Aufhebungsrecht zusteht (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Er kann dieses bekanntlich nicht durch Nachfristansetzung erzwingen (vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG, wonach eine Nachfristansetzung nur im Fall der Nichtlieferung möglich ist)⁴.

Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Nach der in Art. 25 CISG enthaltenen Definition muss die vertragstreue Partei infolge der Vertragsverletzung einen Nachteil erleiden, der ein solches Ausmass hat, dass ihr Interesse an der Durchführung des Vertrags im Wesentlichen entfällt. Es ist die Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre, mittels Fallgruppen sowie praxistauglichen und möglichst vorhersehbaren Kriterien die mit der Anwendung von Art. 25 CISG im Einzelfall verbundene Rechtsunsicherheit auf ein Minimum zu reduzieren. Eine Statuierung von konkreten Anwendungskriterien muss sich an der *ratio legis* der Bestimmung ausrichten und in diesem Rahmen einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer herbeiführen.

³ CHRISTOPH BRUNNER, in: Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2013 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 24. November 2014 Rz. 1 ff. (im Folgenden BRUNNER, Rechtsprechung 2013) bzw. DERS., in: Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2015 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 17. Oktober 2016 Rz. 1 ff. (im Folgenden BRUNNER, Rechtsprechung 2015).

⁴ Siehe YESIM M. ATAMER/MIRIAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 153/2017 S. 767; CHRISTOPH BRUNNER/BENJAMIN LEISINGER, in: SHK-Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 25 CISG (im Folgenden SHK-BRUNNER/LEISINGER bzw. generell SHK-BRUNNER/BEARBEITER); BEATE GSELL, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Heinrich Honsell (Hrsg.), 2. Aufl. Berlin 2009, N 39 zu Art. 25 CISG (im Folgenden HONSELL/GSELL); ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung von Ulrich Magnus 2018, Berlin 2018, N 21 zu Art. 49 CISG (im Folgenden STAUDINGER/MAGNUS); MARKUS MÜLLER-CHEN, in: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4. Aufl. 2016, N 8 zu Art. 49 CISG; HANNS-CHRISTIAN SALGER, in: International einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG von Wolfgang Witz/Hans-Christian Salger/Manuel Lorenz, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2016, N 4 zu Art. 49 CISG; ULRICH SCHROETER, in: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4. Aufl. 2016, N 49 zu Art. 25 CISG (im Folgenden SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER).

Bei Beschaffenheitsmängeln⁵ wird Wesentlichkeit nur bei schwerwiegenden Mängeln bejaht⁶. Zwar haben in erster Linie die Parteien die Möglichkeit, vertraglich festzulegen, welche Sachmängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen und somit den Käufer berechtigen sollen, den Kaufvertrag aufzuheben. In der Regel wird eine solche Vereinbarung jedoch nicht getroffen⁷. Es ist daher zu prüfen, inwiefern der Vertragszweck aus objektiver Sicht durch die Vertragsverletzung beeinträchtigt wird⁸. Wie anschliessend illustriert wird, *verlangen gemäss konstanter Rechtsprechung deutsche und schweizerische Gerichte – so etwa auch das Bundesgericht im eingangs erwähnten Walzdraht-Fall – für die Bejahung der Wesentlichkeit, dass die mangelhafte Ware einer anderweitigen Verarbeitung oder Verwendung durch den Käufer nicht zugänglich ist und auch der Absatz der mangelhaften Ware durch den Käufer im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch etwa mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich oder zumutbar ist*⁹. Generell wird in der deutschsprachigen Rechtsprechung und Kommentarliteratur überwiegend angenommen, es liege kein wesentlicher Vertragsbruch vor, wenn die mangelhafte Ware noch in zumutbarer Weise – ggf. mit einem Preisnachlass – verwendbar ist bzw. weiterverarbeitet werden kann oder absetzbar (weiterveräusserbar) ist; insofern erscheine es als angemessen, die Rechtsbehelfe des Käufers auf Minderung und/oder Schadenersatz zu beschränken¹⁰. Die deutsche bzw. schweizerische Rechtspre-

⁵ Beschaffenheitsmängel liegen bei Waren vor, die im Sinne von Art. 35 CISG vorab bezüglich «Qualität und Art» («quality and description») nicht den Anforderungen des Vertrags (Art. 35 Abs. 1) oder den objektiven Mindeststandards (Art. 35 Abs. 2) entsprechen.

⁶ Siehe etwa die Kasuistik bei SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG m.w.H.; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 9 zu Art. 25 CISG; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, Art. 25 CISG, S. 114 ff., http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html (besucht am 25. Mai 2018).

⁷ Vgl. SÖRREN CLAAS KIENE, Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB, Baden-Baden 2010, S. 97.

⁸ HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 12 zu Art. 25 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 13 zu Art. 25 CISG.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 E. 3.1.3 (Walzdraht I); Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.1, 6.2 (Walzdraht II; unten III. A. 3.); Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996, CISG-online Nr. 135, E. II. 2. c) aa, dd) (Kobaltsulfat-Fall; unten III. A. 1.).

¹⁰ SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG; URS PETER GRUBER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl. München 2016, N 22 zu Art. 25 CISG (im Folgenden MünchKomm/GRUBER); HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 43 zu Art. 25 CISG; BURGHARD PILTZ, UN-Kaufrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2001, Rz. 271; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 51 zu Art. 25 CISG m.w.H.; Siehe etwa auch Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.1: «Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG ist

chung ist vorab aus diesem Grund in der Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung infolge von Beschaffenheitsmängeln zurückhaltender als Entscheidungen aus Frankreich oder den USA¹¹. Käufer könnten versuchen, bei den Vertragsverhandlungen die Aufnahme einer entsprechenden vertraglichen Klausel zu verlangen, was aber wohl regelmässig verhandlungstechnisch nicht realistisch ist¹².

Es stellt sich damit die Frage, ob die Voraussetzung des Fehlens einer zumutbaren Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer für die Bejahung des Vertragsaufhebungsrechts aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung aufgegeben werden sollte oder ob der Anwendungsbeereich bzw. die Anwendungskriterien dieses Erfordernisses sinnvoll eingegrenzt werden sollten.

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass das genannte Erfordernis in gewissen Fallkonstellationen durchaus ein sachgerechtes Voraussetzungsmerkmal für das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung darstellen kann. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass beim Verkauf von Massware (standardisierte Ware) bei schwerwiegenden Mängeln eine zumutbare

restriktiv auszulegen. Bei Zweifeln, ob eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, ist davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt (...). Das UN-Kaufrecht geht vom Vorrang der Vertragserhaltung aus: Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein. Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht, um auf eine Vertragsverletzung der anderen Partei zu reagieren, die so gewichtig ist, dass sie sein Erfüllungsinteresse im Wesentlichen entfallen lässt. Ob die Vertragsverletzung nach dem dargelegten Massstab wesentlich und die schärfste Sanktion der Vertragsaufhebung gerechtfertigt ist, hängt dabei entscheidend von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.»

¹¹ Vgl. ANDREA K. BJÖRKLUND, in: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (Hrsg.), 2. Aufl. München Oxford Baden-Baden 2018, Rz. 6 zu Art. 25 CISG (im Folgenden KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND); MIRJAM EGGEN, Die Vertragsaufhebung nach CISG, in: Jusletter 27. Februar 2017 S. 7 m.w.H.; vgl. auch BRIGITTA LURGER, Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG, IHR 3/2001, S. 97.

¹² ALLISON E. BUTLER, Caveat Emptor: Remedy-Oriented Approach Restricts Buyer's Right to Avoidance Under Article 49(1)(a) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs (IHR) 5/2003 S. 212 empfiehlt den Käufern, sich gegenüber der besagten Rechtsprechung deutschsprachiger Gerichte vertraglich durch folgende Klausel abzusichern: «*Seller shall strictly adhere to all terms of the Agreement. If the product delivered by the Seller fails to comply with said terms of the Agreement or fails to conform to the Buyer's satisfaction, even if said non-conformity still permits usage of said product by the Buyer, then said non-conformity as described herein shall constitute a fundamental breach of this Agreement. Seller hereby agrees to waive its right to cure said defects unless requested by the Buyer.*» Vgl. auch KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND (Fn. 11), Rz. 17 zu Art. 25 CISG.

Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit durch den Käufer unter Abwägung der betroffenen Verkäufer- und Käuferinteressen nur ausnahmsweise bejaht werden sollte.

Im Folgenden (II.) werden die typischen Interessen von Verkäufer und Käufer einander gegenübergestellt und unter Verwendung der Fallgruppe «*Massenware*» sowie von *Beweislastregeln* Kriterien vorgeschlagen, um den Anwendungs- bzw. Wirkungsbereich des erwähnten Erfordernisses sachgerecht einzuschränken. Es wird die These aufgestellt, dass je nach Fallkonstellation die typischen Verkäufer- bzw. Käuferinteressen unterschiedlich ins Gewicht fallen oder überhaupt nicht Beachtung finden sollten. Entsprechend kommt der Frage, ob die mangelhafte Ware durch den Käufer in zumutbarer Weise verwendbar bzw. absetzbar ist, je nach Konstellation eine unterschiedliche Bedeutung zu, welche durch eine sachgerechte Beweislastregelung reflektiert werden sollte.

Anschliessend (III.) wird in einer Analyse einschlägiger CISG-Entscheide und einzelner unter nationalen Kaufrechten ergangener Entscheide die Problematik illustriert und der vorgeschlagene Lösungsansatz einem «Tauglichkeitstest» unterzogen.

Im Fazit (IV.) wird der vorgeschlagene Lösungsansatz zur Berücksichtigung der Frage der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer im Rahmen von Art. 25 CISG im Lichte des Rechtsprechungsteils abschliessend gewürdigt.

II. Gegenüberstellung der typischen Interessen von Verkäufer und Käufer

A. Typische Verkäuferinteressen

Die teilweise rigorose Anwendung des Kriteriums der zumutbaren Absetzbarkeit oder Verwertbarkeit durch den Käufer in der Rechtsprechung deutschsprachiger Gerichte zu Art. 25 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG (Aufhebungsrecht des Käufers bei Beschaffenheitsmängeln) scheint massgeblich durch die sogenannte *ultima ratio*-Doktrin geprägt zu sein. Danach ist der Vertrag so lang als nur möglich aufrecht zu erhalten, um so dessen Rückabwicklung zu verhindern¹³. Mit der Einschränkung des Vertragsaufhebungsrechts soll der

¹³ PETER HUBER, Typically German? Two Contentious German Contributions to the CISG, *Belgrade Law Review* 2011 S. 151; HONSELL/GSELL (Fn. 4), N 43 zu Art. 25 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. Tübingen 2016, Rz. 331; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 51 zu Art. 25 CISG

im internationalen Handel typischerweise aufwendige, risikobehaftete und kostspielige Rücktransport der mangelhaften Ware verhindert werden. Wurde die Ware dem Käufer geliefert, so kann die Vertragsaufhebung den grenzüberschreitenden Rücktransport der Ware zum Verkäufer nach sich ziehen. Damit sind regelmässig erhebliche Transport-, Lagerungs- und Versicherungskosten sowie zoll- und devisenrechtliche Schwierigkeiten und Risiken verbunden. Ausserdem soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Verkäufer vermutungsweise mehr Schwierigkeiten haben wird als der Käufer, die mangelhafte Ware im Land des Käufers zu verkaufen bzw. den verbliebenen wirtschaftlichen Wert so gut als möglich auszuschöpfen, wenn sich diese bereits dort befindet¹⁴. Vor diesem Hintergrund hat der Verkäufer ein Interesse, einen bedeutenden logistischen und finanziellen Aufwand durch Rückabwicklung zu vermeiden, dass also die Vertragsaufhebung eben nur als «ultima ratio» zugelassen wird, wenn andere Rechtsbehelfe wie Minderung und Schadenersatz nicht zu einem «angemessenen» Interessensausgleich führen¹⁵.

Weiter ist der Verkäufer davor zu schützen, dass der Käufer den Vertrag aufgrund von «Kleinigkeiten» aufheben kann¹⁶. Der Verkäufer soll insbesondere davor geschützt werden, dass der Käufer einen (nicht schwerwiegenden) Mangel als Vorwand nimmt, um den Vertrag in Tat und Wahrheit nicht wegen des Mangels, sondern eines bereits bei Vertragsschluss bestehenden unvorteilhaften Geschäftsabschlusses oder einer seit Vertragsschluss eingetretenen negativen Marktpreisentwicklung aufzuheben¹⁷.

In diesem Sinn soll der Verkäufer gemäss Art. 25 CISG davor geschützt werden, dass der Käufer den Vertrag aufheben kann, wenn der Vertragszweck

m.w.H.; NILS SCHMIDT-AHRENDTS, Das Verhältnis von Erfüllung, Schadenersatz und Vertragsaufhebung im CISG, Tübingen 2007, S. 36; Urteil des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b insb. unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall des Bundesgerichtshofs (siehe unten III. A. 1.): «Dabei ist im Auge zu behalten, dass das UN-Kaufrecht vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgeht: Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein (...). Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht, um auf eine Vertragsverletzung der anderen Partei zu reagieren, die so gewichtig ist, dass sie sein Erfüllungsinteresse im Wesentlichen entfallen lässt (...).»

¹⁴ KIENE (Fn. 7), S. 100 f.; EGGEN (Fn. 11), S. 8 f.

¹⁵ Vgl. hierzu JUAN CARLOS DASTIS, Das Rücktrittsrecht des Käufers im Europäischen Privatrecht, 2016, S. 253, wonach dieser Umstand «in allen Urteilen und Kommentierungen zu Art. 49 CISG stets betont wird»; NINA FREIBURG, Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, 2000, S. 49; HUBER (Fn. 13), S. 151.

¹⁶ Siehe diesbezüglich für das englische Recht unten III. C. 3.

¹⁷ Siehe dazu illustrativ den Entscheid *Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)* [1976] QB 44 Court of Appeal, unten III. C. 3.

aus objektiver Sicht durch die Vertragsverletzung nicht erheblich beeinträchtigt ist.

B. Typische Käuferinteressen

Ausgangspunkt für die typischen Käuferinteressen ist die Feststellung, dass zusätzliche Kosten, Lasten und Risiken, die infolge der Vertragswidrigkeit der Ware anfallen, nach dem Verursacherprinzip grundsätzlich nicht vom Käufer, sondern vom Verkäufer getragen werden sollten. Dem Käufer sollte nicht die mühselige und risikobehaftete Aufgabe verbleiben, seine Aufwendungen und Auslagen als Schadenersatz bei einem möglicherweise geographisch ebenso weit entfernten wie unkooperativen Verkäufer einzutreiben, wenn dies nicht angesichts eines «angemessenen» Interessenausgleichs unumgänglich ist¹⁸.

Wird das Recht zur Vertragsaufhebung verneint, trägt der Käufer das Risiko, den aufgrund der Mangelhaftigkeit bestehenden Wertverlust entweder als Minderung oder Schadenersatz geltend zu machen, zu beziffern, zu beweisen und vom Verkäufer einzutreiben. Die erwähnte *ultima ratio*-Doktrin lässt dieses Risiko weitgehend unberücksichtigt («*Der Vertrag soll im Zweifel auch bei Störungen Bestand haben, die Vertragsaufhebung hingegen die Ausnahme sein (...). Der Käufer soll in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm als letzte Möglichkeit zur Verfügung steht (...)*»¹⁹) und blendet damit praktische Schwierigkeiten des Käufers bei der Rechtsdurchsetzung seines Minderungs- oder Schadenersatzanspruchs aus. In der Praxis ist diese allerdings oft mit diversen erheblichen Schwierigkeiten und Risiken verbunden. So kann es bei Massenwaren (Rohstoffen, Halbfabrikaten und anderen standardisierten Waren), die erheblichen Marktschwankungen unterliegen, schwierig sein, den Minderwert der Mangelhaftigkeit vom Wertverlust durch Rückgang des Marktwerts seit Vertragsschluss abzugrenzen und zu beweisen. Will der Käufer Schadenersatz infolge Minderwert verlangen, muss er zudem die Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) beachten und läuft generell Gefahr, den Schadensnachweis nicht oder nicht voll erbringen zu können. Dies spricht gegen eine zu strenge Handhabung des Kriteriums der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung bei Beschaffenheitsmängeln. Für die Beurteilung der Frage, ob ein angemessener Interessenausgleich vorliegt, wenn dem Käufer die Vertragsaufhebung versagt wird und er auf andere Rechtsbehelfe wie Minderung und

¹⁸ MICHAEL BRIDGE, *The International Sale of Goods*, 4. Aufl. Oxford 2017, S. 670.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b insb. unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall des Bundesgerichtshofs (siehe unten III. A. 1.).

Schadenersatz verwiesen wird, darf daher nicht bloss auf das (theoretische) Vorliegen anderer Rechtsbehelfe (Minderung, Schadenersatz) verwiesen werden, sondern es müssen die damit verbundenen erheblichen Schwierigkeiten und Risiken gebührend mitberücksichtigt werden.

C. Beurteilung der typischen Interessenlage und Vorschlag von Beweislastregeln, je nachdem, ob Massenware vorliegt oder nicht

Eine Gegenüberstellung der typischen Verkäufer- und Käuferinteressen kann aufgrund der folgenden Kriterien erfolgen:

- Welche Partei soll das Risiko der Verwendbarkeit der mangelhaften Ware tragen?
- Ist im Fall einer Vertragsaufhebung ein Rücktransport zum Versendungs-ort (im Fall eines Versendungskaufs) überhaupt notwendig, oder kann dem Verkäufer zugemutet werden, allenfalls mittels Zuziehung von Dritten, die mangelhafte Ware weiter abzusetzen oder zu verwerten?
- Ist es sachgerecht, dass der Käufer die Last und Kosten sowie das Risiko tragen muss, die Werteinbusse der mangelhaften Ware beweisen zu müssen?

Die zentrale Prämisse des primären typischen Verkäuferinteresses ist, dass die Aufhebung des internationalen Kaufvertrags zu einem grossen finanziellen und logistischen Aufwand führt, und dass der Verkäufer ein legitimes und schützenswertes Interesse hat, dass ein solcher Aufwand vermieden wird. Ob indessen in jeder Situation im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon auszugehen ist, dass ein solcher Aufwand entsteht, ist mehr als fraglich. Im Vordergrund steht hier aber nicht etwa der Spezialfall des Kaufs von Software, wo offensichtlich ist, dass ein solcher Aufwand typischerweise nicht entstehen kann²⁰, sondern der praktisch sehr häufige Fall des Verkaufs von Massenware.

1. Massenware

Die Berücksichtigung des Rückabwicklungsaufwands im Rahmen der Abwägung der Verkäufer- und Käuferinteressen erscheint generell bei Massenware (Rohstoffe, Halbfabrikate und andere standardisierte Ware mit gängigem Marktwert) auch im Fall eines Distanzkaufs als ungerechtfertigt. Bei Mas-

²⁰ KIENE (Fn. 7), S. 105.

senware sollte aufgrund einer Abwägung der (übrigen) Verkäufer- und Käuferinteressen in der Regel dem Verkäufer die Last und das Risiko der Verwertbarkeit überbunden werden. In der heutigen hochspezialisierten weltweiten Dienstleistungsgesellschaft darf aufgrund einer tatsächlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer von Massenware entweder selber oder durch von ihm beigezogene Dritte die Ware anderweitig verwenden (weiterveräußern) kann, und dies meistens ohne Rücktransport der Ware an den Herstellungsort oder Versandungsort.

Es erscheint in diesem Zusammenhang auch nicht als sachgerecht, dem Verkäufer das Risiko und die Last der Absetzbarkeit (Weiterverkauf) der mit einem schwerwiegenden Mangel behafteten Ware nur dann zuzuschieben, wenn er über ein ausgebautes Vertriebsnetz oder einen Kundenstamm verfügt (womöglich noch im Land des Lageorts), oder wenn die Absetzbarkeit für ihn im Vergleich zum Käufer leichter oder gleich schwer ist²¹. All dies sollte grundsätzlich belanglos sein. Die Last, die mangelhafte Ware anderweitig abzusetzen, sollte grundsätzlich der Verkäufer tragen. Eine Umkehr dieser Last vom Verkäufer auf den Käufer sollte nur dann angenommen werden, wenn der Verkäufer darlegt und beweist (*Substanziierungs- und Beweislast des vertragswidrigen Verkäufers*²²), dass eine Verwendung²³ oder ein Weiter-

²¹ In diesem Sinne aber wohl MünchKomm/GRUBER (Fn. 10), Rz. 22 zu Art. 25 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER (Fn. 4), N 50 ff., N 54 zu Art. 25 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 27 zu Art. 25 CISG.

²² Explizit a.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.2.2, 6.3 (Walzdraht II).

²³ Man könnte sich fragen, ob zwischen der zumutbaren eigenen Verwendbarkeit durch den Käufer einerseits und eines zumutbaren Weiterverkaufs durch den Käufer an Dritte andererseits zu differenzieren ist, indem im ersten, nicht aber im zweiten Fall dem Käufer dennoch die entsprechende Beweislast überbunden würde, etwa aufgrund der grösseren Beweishöhe des Käufers. Tatsachen aus dem eigenen Zuständigkeitsbereich, die ihr deutlich besser als der anderen Partei bekannt sein müssen, muss grundsätzlich diejenige Partei nachweisen, die die Herrschaft über diesen Bereich hat (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 4], N 69 zu Art. 4 CISG). Bei Massenware erscheint indessen eine solche Differenzierung als nicht sachgerecht, wenn im Übrigen ein schwerwiegender Mangel nachgewiesen ist. Die zumutbare Verwendbarkeit kann als Ausnahmeregel verstanden werden, die von derjenigen Partei zu beweisen ist, welche diese anruft (STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 4], N 68 zu Art. 4 CISG). Ferner müsste der Käufer ja beweisen, dass die eigene Verwendung der mangelhaften Ware nicht zumutbar ist. Dies kann als unbestimmte negative Tatsache angesehen werden (Lehrbuchbeispiel: Beweis, dass ein Konkurrenzverbot nicht verletzt wurde), wo der Beweis nur durch eine grosse (oder gar unendliche) Anzahl positiver Umstände dargelegt werden müsste, um die negative Tatsache lückenlos zu beweisen. Unbestimmte negative Tatsachen sind nicht von dem zu beweisen, der daraus ein Recht ableitet. Auch dieser Aspekt spricht gegen die Differenzierung, auch wenn eine klare Abgrenzung von unbestimmten und bestimmten Negativa (wo keine Beweislastumkehr greift) nicht möglich ist (zum Ganzen TARKAN GÖKSU, in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, N 19 zu Art. 8 ZGB).

verkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer, und zwar selbst dann, wenn vom Verkäufer grundsätzlich verlangt wird, dass er für die Absetzbarkeit auf seine Kosten Dritte zuzieht²⁴. Dem Käufer steht der Gegenbeweis offen. Zudem hat der Käufer die Fakten betreffend das Schicksal der Ware nach der Annahme bis zum jeweils aktuellen Zeitpunkt offen zu legen. Versäumt er dies, dürfte ihm regelmässig der Beweis der Schwere der Vertragsverletzung misslingen oder es ist von einer Beweislastumkehr auszugehen. Infolge einer «*adverse inference*»²⁵ bzw. einer nachteiligen Schlussfolgerung ist zu vermuten, dass der Käufer die Ware in zumutbarer Weise selber verwenden oder absetzen konnte.

Behauptet der Verkäufer, die – vom Käufer bewiesene, an sich schwerwiegende – mangelhafte Beschaffenheit habe für die Verwendbarkeit durch den Käufer keine erhebliche Bedeutung, was impliziert, dass dem Käufer zuzumuten ist, die Ware selbst zu verwenden, so trägt der Verkäufer dafür ebenfalls die Beweislast.

Abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware trägt natürlich der Käufer die Beweislast für das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels²⁶.

Diese Beweislastregeln sind direkt aus dem CISG (Art. 25) abzuleiten²⁷. Dogmatisch kann die vorgeschlagene Beweislastverteilung für das Kriterium der zumutbaren Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer auf das Vorliegen einer gesetzlichen, durch Auslegung von Art. 25 CISG abzuleitenden Tatsachenvermutung (Fallkonstellation: Massenware)²⁸ sowie das Bestehen einer Ausnahmeregelung (oder rechtshindernden Tatsache), welche von der Partei zu beweisen ist, die diese Tatsache anruft, gestützt werden.

²⁴ Siehe dazu auch unten III. A. 1. *in fine*.

²⁵ Vgl. GREENBERG/LAUTENSCHLAGER, *Adverse Inferences in International Arbitral Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 22-2/2011 S. 43 ff.

²⁶ Vgl. KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS/BJÖRKLUND (Fn. 11), Rz. 19 zu Art. 25 CISG.

²⁷ H.M.; siehe SHK-BRUNNER/MURMANN/STUCKI (Fn. 4), N 56 zu Art. 4 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 4), N 63 zu Art. 4 CISG; FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG)*, 6. Aufl. 2013, N 49 zu Art. 4 CISG.

²⁸ Vgl. zu Art. 8 ZGB, wobei dies unter dem CISG gleichermaßen gelten sollte: GÖKSU (Fn. 23), N 18 zu Art. 8 ZGB.

2. Keine Massenware

Keine Massenware liegt insbesondere dann vor, wenn Kaufgegenstand ein Unikat ist oder die Ware auf spezifische Bedürfnisse des Käufers zugeschnitten ist (z.B. Einzelanfertigung)²⁹. In solchen Konstellationen erscheint es zunächst als sachgerecht, zwischen dem Kriterium einer zumutbaren eigenen Verwendbarkeit durch den Käufer und einer zumutbaren Absetzbarkeit (Weiterverkauf) durch den Käufer zu differenzieren³⁰. Im Unterschied zu Massenwaren fällt bei Unikaten oder Einzelanfertigungen der Umstand ins Gewicht, dass die Ware vermutungsweise nicht leicht weiterverkauft werden kann. Daher scheint es als sachgerecht, vom Käufer grundsätzlich den Nachweis zu verlangen, dass er die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise *selbst verwenden* kann (insofern: Beweislast des Käufers)³¹. An diesen Nachweis sollten indessen keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden, insbesondere wenn der Käufer bereits das Vorliegen einer – ansonsten – schwerwiegenden Vertragsverletzung nachgewiesen hat oder die Umstände die Unzumutbarkeit einer eigenen Verwendung nahe legen.

Hinsichtlich der Frage eines zumutbaren Weiterverkaufs (Absetzbarkeit an Dritte), sollte indessen wiederum die gleiche Beweislastregel gelten wie bei Massenware. Ist das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels (auch unter Berücksichtigung der fehlenden eigenen Verwendbarkeit) erstellt, ist eine wesentliche Vertragsverletzung zu bejahen, es sei denn, der Verkäufer vermöge nachzuweisen (*Substanziierungs- und Beweislast des vertragswidrigen Verkäufers*), dass ein Weiterverkauf (Absetzbarkeit an Dritte) durch den Käufer unverhältnismässig leichter ist als durch den Verkäufer, und zwar selbst dann, wenn vom Verkäufer grundsätzlich verlangt wird, dass er für die Absetzbarkeit auf seine Kosten Dritte zuzieht. Typischerweise wird in einer Konstellation, wo die mangelhafte Ware für die eigene Produktion bzw. die

²⁹ Gemäss Art. 3 CISG findet das UN-Kaufrecht nicht nur auf Verträge über bereits fertig gestellte Waren Anwendung, sondern auch auf solche über erst zu erzeugende oder herzustellende Waren. Dabei ist an sich gleichgültig, ob die herzustellende Ware individuell für den Käufer zu fertigen ist (z.B. Spezialmaschine) oder ob es sich um standardisierte Ware handelt. Die Gleichstellung (und Unterstellung unter das CISG) gilt allerdings nur, soweit der Käufer (Besteller) nicht einen wesentlichen Teil der für die Erzeugung oder Herstellung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung stellen muss (Art. 3 Abs. 1, 2 HS). Siehe etwa SHK-BRUNNER/FEIT (Fn. 4), N 3 zu Art. 3 CISG.

³⁰ Bei Massenware ist eine derartige Differenzierung auch nicht durch Beweislastregeln geboten; vgl. dazu oben Fn. 23.

³¹ Ausschlaggebend sollte die grössere Beweislage des Käufers sein; das Kriterium der Ausnahmeregel sollte im Unterschied zur Fallkonstellation Massenware keine Berücksichtigung finden, da bei Unikaten, Einzelanfertigungen und dgl. die fehlende zumutbare Verwendbarkeit durch den Käufer als Teilbereich des Nachweises der Schwere der Vertragswidrigkeit anzusehen ist. Vgl. dazu oben Fn. 23.

Bedürfnisse des Käufers ungeeignet ist und ansonsten ein schwerwiegender Mangel vorliegt, der Käufer berechtigt sein, den Vertrag aufzuheben³².

III. Rechtsprechung

Nachstehend wird die Bedeutung des Kriteriums der Verwendbarkeit oder Absetzbarkeit der mangelhaften Ware durch den Käufer durch ausgewählte CISG-Entscheide und unter nationalen Rechten ergangene Entscheide illustriert und im Lichte der vorstehenden Bemerkungen, der erwähnten Fallkonstellationen und vorgeschlagenen Beweislastregeln gewürdigt.

A. Fallkonstellation «Massenware»

1. *Kobaltsulfat (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. April 1996; CISG-online Nr. 135)*

Eine deutsche Käuferin hatte von einer niederländischen Verkäuferin 15'000 t Kobaltsulfat von «technischer Qualität» und englischen Ursprungs gekauft. Geliefert wurde Kobaltsulfat in «Futtermittelqualität» und mit Ursprung in Südafrika. Eine Nachbesserung war nicht möglich. Die Käuferin beanstandete mehrfach die Warenqualität, die gelieferten Analysenzertifikate sowie die südafrikanische Herkunft des Kobaltsulfats und versuchte, den Vertrag aus verschiedenen Gründen aufzuheben. Unter anderem führte sie an, sie exportiere ihre Ware vornehmlich nach Indien und Südostasien und hätte dort – wegen des Südafrika-Embargos – «ungeahnte Schwierigkeiten» gehabt. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) folgte dieser Argumentation nicht und verneinte eine gültige Vertragsaufhebung. Die Käuferin habe nicht genügend dargetan, dass die Exportfähigkeit der Ware hinsichtlich der genannten Länder für sie wesentlicher Vertragsinhalt gewesen sei. Weder habe die Käuferin potentielle Abnehmer in einem dieser Länder benannt oder ihre bisherigen Exportgeschäfte konkret dargelegt noch habe sie behauptet, dass eine Verwertung in Deutschland oder eine Ausfuhr in ein anderes Land nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Der Bundesgerichtshof hielt fest, dass eine wesentliche Vertragsverletzung nur vorliege, wenn der Käuferin der Weiterverkauf der mangelhaften Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht möglich und zumutbar sei. Dies setze jedoch voraus, dass die Veräusserung, wenn auch mit einem Preisabschlag, ohne

³² Vgl. SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG; KIENE (Fn. 7), S. 101 f.

unverhältnismässigen Aufwand vonstattengehen könne. Da die Käuferin dies nach Ansicht des BGH nicht genügend substantiiert dargetan hatte, wurde die Klage insofern infolge ungenügender Beweisführung durch die Käuferin abgewiesen.

Der Entscheidung des BGH kommt grosse Bedeutung für die bisherige Rechtspraxis der deutschen – und auch schweizerischen Gerichte³³ – zu, weil der BGH darin erstmals zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung als Voraussetzung zur Vertragsaufhebung Stellung nahm³⁴.

Es ist indessen nicht ersichtlich, weshalb es der Käuferin im Kobaltsulfat-Fall eher zuzumuten gewesen wäre als der Verkäuferin, das Kobaltsulfat weiter zu veräussern. Dass der BGH von der Käuferin verlangte, die mangelhafte Ware ins Ausland zu exportieren, lässt sich jedenfalls nicht mit dem Zweckgedanken der «ultima ratio»-Doktrin begründen, wonach eine Vertragsaufhebung möglichst zu vermeiden ist, um die mit einem Rücktransport der Ware verbundenen Kosten und Risiken zu verhindern. Wird ein Export der Ware in ein Drittland als zumutbar erachtet, so kann es genauso gut der für die Lieferung der mangelhaften Ware verantwortlichen Verkäuferin auferlegt werden, für deren Weiterverkauf besorgt zu sein. Der BGH setzte daher die Schwelle der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung übermässig hoch an, indem er von der Käuferin den Nachweis, dass es für sie unzumutbar sei, die offensichtlich nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende Ware in einem Drittland abzusetzen, verlangte.

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz handelte es sich bei der verkauften Ware (Kobaltsulfat) zweifellos um Massenware (Rohstoff mit gewissen Spezifikationen). Daher hätte der Entscheid nicht mit der Begründung des BGH entschieden werden können, die Käuferin habe nicht genügend substantiiert dargetan, dass ihr der Weiterverkauf der mangelhaften Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht möglich und zumutbar bzw. bloss mit unverhältnismässigen Aufwand möglich gewesen wäre. Stattdessen wäre wohl von einem schwerwiegenden Mangel auszugehen gewesen, den die Käuferin grundsätzlich zur Vertragsaufhebung aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung berechtigt hätte, es sei denn, die Verkäuferin hätte nachweisen können (Beweislast zu Lasten der Verkäuferin), dass eine Absetzbarkeit für die Käuferin unverhältnismässig leichter gewesen wäre als für sie, und dies selbst unter Berücksichtigung der Pflicht der Verkäuferin, für den Weiterverkauf Dritte beizuziehen. Mit anderen Worten hätte die Verkäuferin nachweisen müssen, dass es ihr selbst unter Mandatierung von Dritten unver-

³³ Vgl. etwa den Tiefkühlfleisch-Entscheid des Bundesgerichts 4C.179/1998 vom 28. Oktober 1998 (CISG-online Nr. 413) E. 2b.

³⁴ ROBERT KOCH, Zu den Voraussetzungen der Vertragsaufhebung wegen einer wesentlichen Vertragsverletzung, RIW 8/1996 S. 687.

hältnismässig schwerer fallen würde, die mangelhafte Ware weiter zu verwenden. Übliche Kosten der Mandatierung eines Dritten, die (unter Abzug der Gewinnmarge des Dritten) in ähnlicher Höhe auch bei der Käuferin anfallen würden, können dabei im Rahmen der Unverhältnismässigkeitsprüfung keine Rolle spielen. Die Unverhältnismässigkeit kann nur im Einzelfall, unter Berücksichtigung der Höhe des Kaufpreises und weiterer Umstände bestimmt werden, muss aber offenkundig sein. Die Umkehr der Beweislast zu Lasten der vertragswidrig handelnden Verkäuferin hätte wohl im Kobaltsulfat-Fall dazu geführt, dass die wesentliche Vertragsverletzung und damit das Recht zur Vertragsaufhebung hätte bejaht werden müssen.

2. *Tiefkühlfleisch (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 1998, CISG-online Nr. 413)*

Eine deutsche Verkäuferin hatte einer Schweizer Käuferin Fleisch für die industrielle Fleischverarbeitung in Ägypten geliefert. Die Käuferin machte die Aufhebung des Vertrags geltend mit der Begründung, das Fleisch sei mangelhaft gewesen. Dieses wies einen Minderwert von 23,5 % wegen eines überhöhten Fettanteils und von 2 % zufolge Blut und Nässe in den Fleischstücken auf. Im Übrigen wurde das Fleisch als qualitativ gut beurteilt, namentlich auch bezüglich der Haltbarkeit bzw. in bakteriologischer Hinsicht. Das Bundesgericht liess die Vertragsaufhebung nicht zu. Es hielt unter Verweis auf den Kobaltsulfat-Fall fest, dass es darauf ankomme, ob eine anderweitige Verarbeitung oder der Absatz der Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch etwa mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und zumutbar ist. Die Käuferin habe offeriert, das Fleisch zum tieferen Flankenpreis zu übernehmen. Daraus schloss das Bundesgericht, dass die Käuferin die Absicht hatte, das Fleisch im Rahmen ihrer Handelstätigkeit trotz des Minderwerts zu einem tieferen Preis in Ägypten abzusetzen. Das Bundesgericht erachtete die Vertragsaufhebung daher nicht als angemessene Rechtsfolge.

Auch wenn in diesem Fall möglicherweise weiteren Faktoren eine Relevanz zukommt (wie beispielsweise dem möglichen Zeitdruck bei der Weiterverarbeitung des Fleisches aufgrund der Verderblichkeit der Ware), dürfte es sich bei Tiefkühlfleisch um Massenware handeln, womit es der entsprechenden Beurteilung zugänglich ist. Es kann angenommen werden, dass für Fleisch im Bestimmungsland Ägypten ein grosser Markt besteht. Bei einer Vertragsauflösung wäre ein Rücktransport zur Verkäuferin also nicht notwendig gewesen, weshalb der Zweckgedanke der Vermeidung unnötiger Kosten und Risiken bei der Aufrechterhaltung des Vertrags keine Rolle spielen kann. Es ist auch im Tiefkühlfleisch-Fall nicht ersichtlich, weshalb der Käuferin der Wei-

terverkauf der mangelhaften Ware eher zugemutet werden kann als der Verkäuferin. Nach dem vorgeschlagenen Lösungsvorschlag hätte die Verkäuferin beweisen müssen (Beweislast), dass eine Weiterveräusserung durch sie oder durch sie mandatierte Dritte im Vergleich zu einer Weiterveräusserung durch die Käuferin unverhältnismässig wäre. Indessen trägt wie erwähnt (oben II. C. 1.) – abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absetzbarkeit der mangelhaften Ware – die Käuferin die Beweislast für das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels. Vorliegend wäre es durchaus möglich gewesen, das Vorliegen eines schweren Mangels zu verneinen, zumal der Minderwert von 23,5 % nicht derart gravierend erscheint (und zudem offenbar bereits beziffert war) und die Käuferin offeriert hatte, das Fleisch zum tieferen Flankenpreis zu übernehmen. Im Ergebnis könnte daher der Entscheid auch bei Berücksichtigung des hier vorgeschlagenen Lösungsansatzes gleich ausgefallen sein.

3. *Walzdraht (Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013 [Walzdraht I]; Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 [Walzdraht II])³⁵*

Verkäuferin in der als «Walzdraht-Fall» bekannt gewordenen Rechtsstreitigkeit war eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Die Verkäuferin bezweckte insbesondere den Kauf und Verkauf von Stahl aller Art. Käuferin war eine Gesellschaft mit Sitz in Italien. Sie produzierte Stahl sowie Halberzeugnisse aus Stahl für das Bauwesen.

Die Parteien hatten innerhalb einer Woche zwei Kaufverträge abgeschlossen: Einen Vertrag über den Verkauf von 5'000 t Walzdraht mit einem Durchmesser von 6,5 mm («Walzdraht 6,5 mm») sowie einen Vertrag über den Verkauf von 2000 t Walzdraht mit einem Durchmesser von 8 mm («Walzdraht 8 mm»). Die Parteien hatten vereinbart, dass der gesamte Walzdraht eine Mindestzugfestigkeit von 400 Megapascal («MPa») aufzuweisen habe. Wie die Verkäuferin offenbar zwei Wochen nach der Verschiffung erfuhr und anschliessend der Käuferin mitteilte, wiesen 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm sowie 33 von 93 des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA auf. Die Parteien vereinbarten darauf eine Vertragsänderung mit einer Preisreduktion von USD 30.00 pro MT für Walzdraht 6,5 mm und Walzdraht 8 mm ohne Mindestzugfestigkeit von 400 MPA. Die Verkäuferin war aber auch nach der Vertragsänderung verpflichtet,

³⁵ Vgl. auch oben Fn. 3.

abgesehen von 593 t des Walzdrahtes 6,5 mm, weiterhin Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern³⁶.

Am Bestimmungsort in Italien gab die Käuferin mit Zustimmung der Verkäuferin eine Prüfung des Walzdrahtes in Auftrag. Der Prüfungsbericht zeigte auf, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes 8 mm bei rund 47 % der Proben unter 400 MPA lag. In der Folge teilte die Käuferin der Verkäuferin mit, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme. Daraufhin gab auch die Verkäuferin eine Untersuchung des gesamten Walzdrahtes in Auftrag. Die Untersuchung ergab, dass rund 83 % der Proben des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm unter 400 MPA lag.

In der Folge erklärte die Käuferin die Aufhebung der Kaufverträge. Die Verkäuferin reichte daraufhin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage auf Schadenersatz wegen unberechtigter Annahmeverweigerung ein. Das Handelsgericht wies die Klage der Verkäuferin mit Urteil vom 3. April 2010 ab³⁷. Es hielt fest, dass die Verkäuferin mit Ausnahme des in der Vertragsänderung festgelegten Teils verpflichtet gewesen wäre, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern (E. 5.3.5). Das Gericht mass der vertraglich vereinbarten Mindestzugfestigkeit von 400 MPA wesentliche Bedeutung zu, weshalb es von einer wesentlichen Vertragsverletzung gemäss Art. 25 CISG ausging, welche die Käuferin zur Nichtannahme des Walzdrahtes und zur Aufhebung der Kaufverträge gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG berechtigte (E. 5.8.1).

In der Folge gelangte die Verkäuferin an das Bundesgericht. Dieses hielt in seinem Urteil vom 23. September 2013 (Walzdraht I³⁸) fest, dass der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG restriktiv auszulegen sei. Bei Zweifeln, ob eine wesentliche Vertragsverletzung gegeben ist, sei davon auszugehen, dass eine solche nicht vorliegt. Der Käufer solle in erster Linie die anderen Rechtsbehelfe, namentlich Minderung und Schadenersatz, in Anspruch nehmen, während die Rückabwicklung ihm nur als letzte Möglichkeit zur Verfügung stehe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kam das Bundesgericht über eine Vertragsauslegung zum Schluss, dass die Einhaltung einer Zugfestigkeit von 400 MPA für die Parteien nicht von absoluter Wesentlichkeit gewesen sei (E. 3.2 ff.)³⁹. Durch die Vertragsänderung habe

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015, Sachverhaltsdarstellung in Ziff. A.f.

³⁷ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. April 2013 (CISG-online Nr. 2562).

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2013 vom 23. September 2013; siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3).

³⁹ Insbesondere in diesem entscheidenden Punkt vermögen die Überlegungen des Bundesgerichts nicht zu überzeugen: BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3), Rz. 20 ff.

die Käuferin der Verkäuferin zu verstehen gegeben, dass sie grundsätzlich bereit sei, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von weniger als 400 MPA zu einem reduzierten Preis zu akzeptieren. In der Folge hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück.

Das Handelsgericht hielt in seinem zweiten Urteil vom 17. September 2017⁴⁰ fest, die Käuferin habe nicht rechtsgenügend dargelegt, inwiefern eine Mindestzugfestigkeit von 400 MPA eine zwingende Voraussetzung für ihren Produktionsprozess sei. Es sei deshalb auch nicht erwiesen, dass der gelieferte Stahl nicht zur Herstellung normkonformer Betonstahlmatten verwendbar war (E. 4.2.3.1). Des Weiteren habe die Verkäuferin nicht gewusst und es sei für sie auch nicht vorhersehbar gewesen, dass Stahl mit einer Zugfestigkeit von unter 400 MPA für die Käuferin unbrauchbar gewesen wäre (E. 4.2.3.2). Im Ergebnis kam das Handelsgericht zum Schluss, dass ein Vertragsaufhebungs- und damit auch ein Zurückweisungsrecht der Käuferin mangels einer wesentlichen Vertragsverletzung zu verneinen sei. Das Handelsgericht verpflichtete entsprechend die Käuferin zur Zahlung von Schadenersatz im siebenstelligen Bereich an die Verkäuferin.

Das Bundesgericht bestätigte in seiner zweiten Entscheidung vom 2. April 2015 (Walzdraht II⁴¹) die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Walzdraht für die Käuferin verwendbar war (E. 6.2.1.) und wonach die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung betreffend die fehlende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes 6,5 mm und 8 mm verneint wurde (E. 6.6).

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, vermag die Argumentationslinie des Bundesgerichts nicht zu überzeugen⁴². Der Umstand, dass die Parteien vertraglich eine spezifische Mindestzugfestigkeit vereinbart haben, spricht dafür, dass sie dieser eine wesentliche Bedeutung zugemessen haben. Aus der anfänglichen Bereitschaft der Käuferin, im Rahmen der erwähnten Vertragsänderung einen geringen Teil des Walzdrahtes ohne Mindestzugfestigkeit zu akzeptieren, hätte nicht ihr Einverständnis abgeleitet werden dürfen, zu rund 80 % mangelhaften Walzdraht zu erhalten. Immerhin hat das Bundesgericht

⁴⁰ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2014 (CISG-online Nr. 2656).

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015. Siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von BRUNNER, Rechtsprechung 2015 (Fn. 3), Rz. 1 ff.

⁴² BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3), Rz. 1 ff.; DERS., Rechtsprechung 2015 (Fn. 3), Rz. 1 ff.. Zu den dokumentenakkreditiv-rechtlichen Aspekten siehe THOMAS KOLLER, Ist die Pflicht des Verkäufers zur fristgerechten Andienung korrekter Dokumente beim Akkreditivgeschäft eine wesentliche Vertragspflicht gemäss Art. 25 CISG? Gleichzeitig mit Bemerkungen zum «chinesisch-italienisch-schweizerischen Walzdraht-Fall», IHR 3/2016 S. 89 ff.

in einem späteren Urteil die Produktionseinbusse einer Abfüllanlage im Umfang von 71 % als wesentliche Vertragsverletzung beurteilt⁴³.

Im Walzdraht II-Entscheid stützte das Bundesgericht die Erwägung des Handelsgerichts (im 2. Entscheid), wonach die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes für die Käuferin nicht erwiesen sei⁴⁴. Zudem habe es die Käuferin versäumt, substantiiert darzulegen, welche Umstände darauf schliessen liessen, dass die Verkäuferin die Besonderheiten des Produktionsprozesses bei der Käuferin gekannt hatte oder hätte kennen müssen und damit die Unbrauchbarkeit des Walzdrahtes durch die Käuferin hätte erkennen können⁴⁵.

Vorab ist nicht ersichtlich, weshalb die italienische Käuferin eher in der Lage hätte sein sollen, den Walzdraht einfacher bzw. zu einem besseren Preis abzusetzen als die schweizerische Verkäuferin, welche selber als Händlerin von Stahl fungierte.

Angesichts der in diesem Beitrag entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Wesentlichkeit von Beschaffenheitsmängeln kann festgehalten werden, dass der Walzdraht klar eine Massenware darstellt. In Anbetracht dieses Umstandes wäre grundsätzlich davon auszugehen gewesen, dass die Last, den Walzdraht an Dritte abzusetzen, der Verkäuferin und nicht der Käuferin oblag. Die Verkäuferin hätte die Beweislast tragen müssen und darlegen und beweisen müssen (*Substanziierungs- und Beweislast des sich vertragswidrig verhaltenden Verkäufers*), dass es angesichts der Verwertungsmöglichkeiten der Käuferin offenkundig unverhältnismässig wäre, von ihr (selbst unter Zuzug Dritter) einen Weiterverkauf der mangelhaften Ware an Dritte zu verlangen. Aus dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach der Verkäuferin der entsprechende Beweis hätte gelingen können. Aus Sicht der Autoren hätte das Bundesgericht deshalb, wie das Handelsgericht dies in seinem ersten Entscheid getan hat, die Aufhebung des Kaufvertrags durch die Käuferin schützen sollen.

4. *Edelstahlblech (Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 2004, CISG-online Nr. 918)*

Eine deutsche Käuferin kaufte von einer niederländischen Verkäuferin Edelstahlbleche einer bestimmten Qualität und mit im Einzelnen bezeichneten Abmessungen. Der Abnehmer der Käuferin verkaufte den Stahl seinerseits weiter. Die Beschaffenheit des Stahls und die falsche Abmessung der einzel-

⁴³ Vgl. auch unten 3. B. II.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4; BRUNNER, Rechtsprechung 2015 (Fn. 3), Rz. 6.

⁴⁵ Ibid.

nen Stahlbleche wurden dann vom Endabnehmer beanstandet. Das Oberlandesgericht verweigerte der Käuferin die Aufhebung des Vertrags. Die Käuferin habe es einerseits verpasst, die behauptete Schlechtlieferung rechtzeitig zu rügen. Andererseits zeige der Umstand, dass der Endabnehmer der Käuferin lediglich einen kleinen Teil vom Kaufpreis als Schadenersatz verlangte, dass die Stahllieferung überwiegend brauchbar war und auch verwendet wurde.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz trifft bei Vorliegen von Massware an sich die Verkäuferin die Beweislast, dass eine Verwendung oder ein Weiterverkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer. Wie erwähnt muss allerdings der Käufer die Fakten betreffend das Schicksal der Ware nach der Annahme bis zum jeweils aktuellen Zeitpunkt offen legen (oben II. C. 1.). Dazu hätte vorliegend auch der Umstand gehört, dass der Endabnehmer der Käuferin die Ware angenommen hatte und bloss einen kleinen Teil vom Kaufpreis als Schadenersatz verlangt hatte. Entsprechend wäre das Vertragsaufhebungsrecht ebenfalls zu verneinen gewesen, selbst wenn die Käuferin rechtzeitig gerügt hätte.

5. *Kompressoren für tragbare Klimaanlage (US Court of Appeals, 2nd Circuit, 6. Dezember 1995, CISG-online Nr. 140)*

Eine amerikanische Verkäuferin lieferte einer italienischen Käuferin Kompressoren für tragbare Klimaanlage, welche gegenüber den vertraglichen Vereinbarungen eine geringere Kühlkapazität und einen höheren Energieverbrauch aufwiesen. Diverse Versuche, die Mängel zu beheben, schlugen fehl. Das Berufungsgericht hielt fest, dass die Kühlleistung und der Energieverbrauch wichtige Faktoren für den Wert eines Produktes darstellten und dass deshalb eine wesentliche Vertragsverletzung vorliege. Das Gericht prüfte nicht, ob die Klimaanlage noch in zumutbarer Weise von der Käuferin mittels Preisabschlag absetzbar gewesen wären.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass eine Absetzbarkeit der mangelhaften Klimaanlage durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch die Verkäuferin. Nach dem Sachverhalt wäre dieser Beweis der Verkäuferin nicht gelungen, da die Käuferin nicht Weiterverkäuferin bzw. Händlerin war⁴⁶; aber selbst wenn die Käuferin Händlerin

⁴⁶ Vgl. auch LURGER (Fn. 11), S. 97.

gewesen wäre, hätte der entsprechende Nachweis wohl kaum erbracht werden können.

6. *Nachgezuckerter Wein (Cour de Cassation, 23. Januar 1996, CISG-online Nr. 159)*

Eine italienische Verkäuferin hatte einer französischen Importeurin nachgezuckerten Wein geliefert, den diese zwar nicht als Genusswein, jedoch (allenfalls zu einem stark herabgesetzten Preis) als Industrialkohol hätte weiterverkaufen können. Der französische Kassationshof schützte die Vertragsauflösung ohne die Möglichkeit der Weiterverwendung des gelieferten Weins durch die Käuferin zu prüfen.

Nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass eine Absetzbarkeit des Weins durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung durch die Verkäuferin. Diesen Nachweis hätte die Verkäuferin kaum erbringen können, schon nur weil die Käuferin Importeurin von Wein und nicht von Industrialkohol war und zudem die Verkäuferin ggf. unter Zuzug Dritter den Weiterverkauf als Industrialkohol selber hätte veranlassen müssen.

7. *Gerollte Metallbleche (Cour de Cassation, 26. Mai 1999, CISG-online Nr. 487)*

Die französische Käuferin erhielt von der deutschen Verkäuferin gerollte Metallbleche, welche sowohl in der Menge, der Abmessung als auch der Qualität die vertraglichen Vereinbarungen verletzten. Das Gericht hielt fest, dass die Metallbleche von der Käuferin für den geplanten Gebrauch (Platten für Wärmeaustauschköpfe) absolut ungeeignet waren. Mit der Frage, ob die Metallbleche von der Käuferin in einer anderen Weise verwendet oder allenfalls weiterverkauft werden könnten, setzte sich das Gericht nicht auseinander.

Auch in diesem Fall wäre das Ergebnis nach dem vorgeschlagenen Lösungsansatz in aller Wahrscheinlichkeit nicht anders ausgefallen als im vorherigen Fall. Die Verkäuferin hätte die Beweislast getragen, dass eine Verwendung oder Absetzbarkeit der Metallbleche durch die Käuferin offenkundig unverhältnismässig leichter wäre als eine Verwertung durch die Verkäuferin, selbst wenn die Verkäuferin Dritte für die Verwertung zuzieht. Dieser Beweis wäre der Verkäuferin kaum gelungen. Demgegenüber wäre der Ausgang des Ver-

fahrens nach dem Ansatz des Bundesgerichtshofs im Kobaltsulfat-Fall oder des Bundesgerichts im Walzdraht-Fall wohl offen gewesen.

B. Fallkonstellation «keine Massenware» (Unikate; Einzelanfertigungen und dgl.)

1. Einrichtung eines Eiscafé (Urteil des Oberlandesgerichtes Hamburg [Hanseatisches Oberlandesgericht] vom 25. Januar 2008, CISG-online Nr. 1681)

Ein niederländischer Verkäufer lieferte einer spanischen Käuferin das Inventar für die Einrichtung eines Eiscafé und den Betrieb der dazugehörigen Eisproduktion in Palma de Mallorca. Zusätzlich hatte sich der Verkäufer verpflichtet, die Einrichtung betriebsbereit aufzustellen. Zwischen den Parteien war streitig, wer das Inventar für das Eiscafé nach dessen Lieferung tatsächlich installiert hatte. Jedenfalls nahm das Eiscafé daraufhin notdürftig seinen Betrieb auf, während die Einrichtung für die Eisproduktion nicht installiert wurde. Aufgrund der fehlenden vertragsgemässen betriebsbereiten Aufstellung der Maschinen für die Eisproduktion und den Eiscafébetrieb versuchte die Käuferin, den Vertrag aufzuheben. Dies versagte ihr das Oberlandesgericht namentlich unter Hinweis auf den Kobaltsulfat-Fall (oben III. A. 1.) und den Tiefkühlfleisch-Fall (oben III. A. 2.). Das Gericht hielt fest, bei der Lieferung mangelhafter Ware müsse diese für die Käuferin weitgehend ohne Interesse sein. Könne sie die Ware, wenn auch unter Einschränkungen, nutzen, werde eine wesentliche Vertragsverletzung in der Regel verneint. Die Käuferin habe das Inventar für das Eiscafé nach eigenem Vorbringen notdürftig selbst in Betrieb genommen und das Eiscafé während mehrerer Monate damit geführt. Das Oberlandesgericht schloss daraus, dass das Inventar für seinen Zweck verwendbar gewesen sei.

Vor dem Hintergrund der vorliegend vorgenommenen Unterscheidung zwischen dem Verkauf von Massenware und demjenigen von Einzelanfertigungen kann festgehalten werden, dass das (gebrauchte) und bei der Käuferin zu installierende Inventar für das Eiscafé und die Eisproduktion sicherlich keine Massenware ist. Der Verkäuferin würde es aufgrund der spezifischen Eigenschaften der Ware und der konkreten Umstände des Falles vermutlich sehr schwerfallen, diese weiter zu veräussern. Dazu ist der Markt auf einer kleinen Mittelmeerinsel zu beschränkt. In einem solchen Fall ist das Risiko, dass die Ware bei einer Vertragsauflösung zurück zum Verkäufer transportiert werden muss, grösser als bei Massenware.

Wie oben gesehen (II. C. 2.) erscheint es als sachgerecht, in einer solchen Konstellation vom Käufer grundsätzlich den Nachweis zu verlangen, dass er die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise *selbst verwenden* kann (insofern: Beweislast des Käufers). An diesen Nachweis sollten keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden, insbesondere wenn der Käufer bereits das Vorliegen einer – ansonsten – schwerwiegenden Vertragsverletzung nachgewiesen hat oder die Umstände die Unzumutbarkeit einer eigenen Verwendung nahe legen. Im vorliegenden Fall legten indessen die Umstände vielmehr die Zumutbarkeit der eigenen Verwendung nahe. Die Käuferin zeigte nicht auf, weshalb sie überhaupt keine Verwendung für die mangelhafte Ware hat. Die Käuferin nahm zumindest das Inventar für das Eiscafé in Betrieb und erbrachte damit den Nachweis, dass die Einrichtung für sie nicht vollständig unbrauchbar war. Aufgrund dieser Überlegungen wäre auch unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Kriterien der Fall gleich zu entscheiden gewesen wie dies das Oberlandesgericht Hamburg getan hat.

2. *Abfüllanlage (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2009, CISG-online Nr. 135)*

Eine Schweizer Verkäuferin und eine spanische Käuferin vereinbarten die Lieferung einer Abfüll- und Verpackungsanlage. Nach der Installation der Anlage wollte die Käuferin einen Abnahmelauf durchführen. Dabei waren sich Käuferin und Verkäuferin über die Leistungsfähigkeit der Anlage uneins. Während die Käuferin auf einer Leistung von 180 Flacons pro Minute bestand, erklärte die Verkäuferin, dass eine solche Gesamtleistung weder möglich noch vereinbart sei. Nachdem Versuche der Verkäuferin gescheitert waren, eine entsprechende Leistungsfähigkeit zu erzielen, erklärte die Käuferin die Auflösung des Vertrags.

Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Parteien übereinstimmend auf eine Produktionslinie mit einem Gesamtausstoss von 180 Einheiten pro Minute geeinigt hätten, die Maschinenanlage jedoch nur eine Leistung von 52 Flacons pro Minute erbracht habe. Die gelieferte Maschinenanlage erbrachte somit lediglich 29% der vereinbarten Leistung. Bei einer Produktionseinbusse von 71% entgehe der Käuferin gemäss Bundesgericht objektiv gesehen im Wesentlichen, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Dies stelle einen Mangel von erheblichem Gewicht dar. Zudem sei die Abfüll- und Verpackungsanlage speziell auf die Bedürfnisse der Käuferin zugeschnitten konzipiert worden und deshalb sei ihr ein Weiterverkauf der Maschinenanlage unmöglich bzw. unzumutbar. Das Bundesgericht schützte daher die Aufhebung des Vertrags durch die Käuferin.

Zu diesem Fall kann festgehalten werden, dass bei einer Produktionseinbusse von 71 % die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung als offensichtlich erscheint. Offen bleibt, wie das Bundesgericht die Situation im Abfüllanlagen-Fall beurteilt hätte, wenn die Verkäuferin die Anlage soweit hätte nachbessern können, dass eine konstante Verarbeitungsgeschwindigkeit von 115 Flacons pro Minute erreicht worden wäre, was die Verkäuferin (allerdings vergeblich) behauptet hatte. Immerhin war ein Durchsatz von 180 Flacons pro Minute vertraglich vereinbart worden, womit diese Leistung als wesentlich für die Käuferin verstanden werden kann. Die Käuferin brachte auch vor, sie hätte den Vertrag nicht geschlossen, wenn sie die tatsächliche Leistungsfähigkeit der Anlage gekannt hätte, denn schon die alte Anlage, die von ihr bisher für die Konfektionierung der Produkte benutzt worden sei, habe eine ähnliche Leistungsfähigkeit aufgewiesen. Und Minderung wäre gemäss der Käuferin schon deshalb nicht in Frage gekommen, weil die Produktivitätseinbusse innerhalb der Lebensdauer der Anlage den Kaufpreis bei weitem überstiegen hätte. Damit hatte die Käuferin, welche nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz insoweit die Beweislast trug, hinreichend dargetan, dass die Anlage für sie unbrauchbar war bzw. ihr nicht zumutbar war, diese trotz der schwerwiegenden Mängel dennoch selbst zu verwenden. Somit ist am Ergebnis des Entscheids nichts auszusetzen; die Zulassung der Aufhebung des Vertrags erscheint als zutreffend.

3. *Kunstwerk «New Coke 1985» von Andy Warhol (Oberster Gerichtshof, 16. Dezember 2015, CISG-online Nr. 2663)*

Eine Käuferin erstand von der Verkäuferin ein Unikat-Handsiebdruck von Andy Warhol. Bei einer Neurahmung des Werks 18 Monate nach dem Kauf wurden am Werk erhebliche Mängel wie Knicke im Karton und Kratzer auf der Farboberfläche festgestellt, welche eine Wertminderung von ca. 35 % nach sich zogen. Die Mängel waren für die Käuferin beim Kauf nicht zu erkennen gewesen. Der Oberste Gerichtshof hielt fest, es sei naheliegend und damit auch objektiv zu erwarten, dass der Erwerber eines hochpreisigen, nach seinen berechtigten Erwartungen mängelfreien Kunstwerks kein Interesse mehr am Kaufgegenstand habe, sobald er erfährt, dass dieser teilweise unheilbare Mängel aufweist, welche eine Wertminderung von ca. 35 % nach sich ziehen. Des Weiteren verwies das Gericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kobaltsulfat-Fall, wonach keine wesentliche Vertragsverletzung vorliege, wenn der Käuferin eine anderweitige Verwendung oder der Absatz der Ware im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich ist. Vorliegend war es der Verkäuferin als professionelle Galeristin während mehr als acht Monaten nicht gelungen,

einen Kaufinteressenten für das Kunstwerk zu finden. Damit war für das Gericht klar, dass man der nicht beruflich im Kunstmarkt tätigen Käuferin nicht zumuten könne, das Werk weiter zu veräussern. Die Vertragsaufhebung durch die Käuferin wurde demnach geschützt.

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz hätte die Käuferin die Beweislast getragen, dass sie die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise selbst verwenden kann. An diesen Nachweis sollten keine allzu strengen Voraussetzungen geknüpft werden. Demgegenüber hätte die Verkäuferin die Beweislast getragen, dass ein Weiterverkauf (Absetzbarkeit an Dritte) durch die Käuferin unverhältnismässig leichter wäre als durch die Verkäuferin. Aufgrund des Sachverhalts ergibt sich ohne weiteres, dass nach diesem Lösungsansatz der Entscheid gleich ausgefallen wäre.

C. Rechtsprechung nach nationalen Kaufrechten (rechtsvergleichende Aspekte)

1. Deutschland (Einbauküchen-Fall)

Der deutsche Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 13. Juli 2016, Az. VIII ZR 49/15, einen Fall zu entscheiden, in dem die Käuferin von der Verkäuferin eine Einbauküche für ihren Haushalt erstand. Kurz nach dem Einbau der Küche zeigten sich mehrere Mängel, welche die Klägerin rügte. Ausserdem bat sie um «schnelle Behebung» der Mängel. Später stellte sie eine spezifische Frist hierzu, nach deren ergebnislosem Ablauf sie den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte. Ein Sachverständiger kam in seinem Gutachten zum Befund, dass die wichtigsten Bereiche der Küche nicht oder nur bedingt funktionierten; eine befriedigende Lösung könne nur durch deren Abbruch und den Einbau einer neuen Küche gefunden werden. Nachdem die Käuferin die Verkäuferin vergeblich zum Ausbau der Küche aufgefordert hatte, nahm sie diesen selbst vor und lagerte die Küche ein.

Der BGH hielt in seinen Erwägungen fest, dass der Rücktritt wirksam erfolgt sei. Die Käuferin habe eine genügend konkrete Frist für die Nachbesserung der Sachmängel gesetzt. Überdies wäre die Käuferin gemäss § 440 Satz 1 deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auch ohne vorherige Fristsetzung zum Rücktritt berechtigt gewesen, weil die ihr zustehende Art der Nacherfüllung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unzumutbar gewesen sei (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB). Der BGH berücksichtigte, dass die Käuferin eine ungewöhnliche Häufung grober Montagefehler der Verkäuferin beim Einbau der Küche beanstandet hatte.

Das BGB und das CISG sehen ähnliche Rechtsbehelfe vor⁴⁷. Das Leistungsstörungenrecht des BGB verwendet in § 280 Abs. 1 BGB denn auch den einheitlichen Zentralbegriff der «Pflichtverletzung» und lehnt diesen bewusst an das UN-Kaufrecht an. Dabei wird darauf abgestellt, dass der Schuldner objektiv die ihm zufallende Pflicht nicht erfüllt⁴⁸. Während § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB eine Vertragsaufhebung nur für unerhebliche Mängel ausschliesst, muss unter dem UN-Kaufrecht eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen. Die Voraussetzungen für die Vertragsaufhebung unter dem CISG sind somit strenger als jene unter deutschem Kaufrecht⁴⁹. Dem Käufer steht bei der Lieferung einer sachmangelhaften Ware unter dem BGB der Rechtsbehelf des Rücktritts vom Vertrag gemäss § 323 Abs. 1 BGB erst nach dem fruchtlosen Ablauf einer von ihm gesetzten, angemessenen Frist gemäss § 439 Abs. 1 BGB zur Verfügung, es sei denn, die Ansetzung der Frist sei entbehrlich. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) oder, wie im oben erwähnten Fall, die Nachbesserung dem Käufer nicht zugemutet werden kann (§ 440, 3. Alt. BGB; gemäss § 440 BGB ist Nachfristansetzung entbehrlich, «wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist»).

Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Rücktritts (nach der Terminologie des CISG: Vertragsaufhebung) bei Beschaffenheitsmängeln unterscheidet sich daher die Regelung gemäss BGB von derjenigen nach CISG sowohl hinsichtlich der erforderlichen Schwere der Vertragsverletzung (BGB: «nicht unerheblich»; CISG: «wesentlich») als auch der Bedeutung einer Nachfristansetzung (BGB: i.d.R. erforderlich; CISG: keine Voraussetzung, aber allenfalls ein Indiz für das Vorliegen von Wesentlichkeit⁵⁰).

Wie erwähnt schliesst § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB einen Rücktritt bei unerheblichen Pflichtverletzungen aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von einer Geringfügigkeit eines behebbaren Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. In einem Urteil vom 28. Mai 2014 entschied der BGH, dass bei

⁴⁷ KIENE (Fn. 7), S. 59.

⁴⁸ KIENE (Fn. 7), S. 56.

⁴⁹ SCHLECHTRIEM/SCHROETER (Fn. 13), Rz. 328; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Mai 2014, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2014 S. 3229, Rn. 48-51.

⁵⁰ Siehe dazu etwa SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 15-16 zu Art. 25 CISG; vgl. auch oben Fn. 4.

einem behebbaren Mangel⁵¹ im Rahmen der nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmenden Interessenabwägung von einer Unerheblichkeit in der Regel dann nicht mehr auszugehen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5% des Kaufpreises beträgt⁵². Bemerkenswert ist, dass der BGH eine Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle über 5% aufgrund der im Schrifttum vereinzelt vertretenen Auffassung, eine deutliche Abstufung zwischen untergeordneten und erheblichen, zur Vertragsaufhebung berechtigenden Mängeln sei sachgerecht, weil sie eher den Massstäben des CISG entspräche, ausdrücklich abgelehnt hat⁵³. Der BGH nahm dabei namentlich auf die – wie oben (II.) gezeigt problematische – *ultima ratio*-Doktrin Bezug und die dahinter stehende «Überlegung, dass die Rückabwicklung gerade eines internationalen Handelskaufs in der Regel unwirtschaftlich» sei⁵⁴. Wie gesehen ist indessen diese Prämisse undifferenziert und ungeeignet, um daraus konkrete Folgerungen abzuleiten. Dem Argument, ein im internationalen Verhältnis aufwendiger Rücktransport der Ware über die Grenze sei möglichst zu vermeiden, kommt im Rahmen einer umfassenden Prüfung der Interessenlage von Verkäufer und Käufer jedenfalls bei Massenware keine oder höchstens eine untergeordnete Bedeutung zu. Daher sollten für die Auslegung der wesentlichen Vertragsverletzung bei Beschaffenheitsmängeln nach CISG die Anforderungen an die Wesentlichkeit nicht überspannt werden.

Wäre der eingangs erwähnte Einbauküchen-Fall nach CISG zu beurteilen gewesen⁵⁵, hätte es sich nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz um keine Massenware gehandelt, so dass die Käuferin den Nachweis der unzu-

⁵¹ Auch bei einem nicht bzw. nicht innert nützlicher Frist behebbaren Sachmangel setzt die Rechtsprechung die Erheblichkeitsschranke nicht allzu hoch an. Sh. Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Dezember 2017, Az. 18 U 112/17, in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV) 2018 S. 72: Der durch die Verwendung einer Manipulations-Software in einem Gebrauchtwagen (VW Beetle Design TDI) begründete Sachmangel ist nicht unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, da die notwendige Software nicht zur Verfügung stand, als die vom Hersteller zu verantwortende, flächendeckende Täuschung und der Einsatz der Manipulations-Software entdeckt wurden und als die Klägerin wiederholt Nachbesserung verlangte. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Mai 2014, in: NJW 2014 S. 3229.

⁵² Ibid., Rn. 28, 48-51.

⁵³ Ibid., Rn. 50. Der BGH führt weiter aus (Rn. 51): «Diese Maßstäbe [scil. des CISG] lassen sich nicht auf § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB übertragen. Eine solche Übertragung war, wie sowohl der unterschiedliche Wortlaut der Art. 49 Abs. 1 Buchst. a, Art. 25 CISG sowie des Art. 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB als auch der Umstand, dass sich in den Materialien des Schuldrechtsreformgesetzes und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine Hinweise für eine insoweit beabsichtigte Anknüpfung an die Maßstäbe des CISG zeigen, auch weder vom Gesetzgeber der Schuldrechtsreform noch vom Richtliniengeber der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beabsichtigt.»

⁵⁵ Dabei wird – in Abänderung des Sachverhalts gemäss dem BGH-Urteil – unterstellt, dass kein Konsumentenkauf vorliegt (vgl. Art. 2 lit. a CISG).

mutbaren Verwendung hätte nachweisen müssen. Es darf aufgrund des Sachverhalts davon ausgegangen werden, dass die Käuferin diesen Nachweis erbracht hätte. So hatte ja das Gutachten festgehalten, eine befriedigende Lösung könne nur durch Abbruch der alten Küche und Einbau einer neuen Küche gefunden werden. Die Schwere bzw. Wesentlichkeit der Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 25 CISG wäre damit erstellt gewesen.

2. *Schweiz (Whirlpool-Fall)*

In seinem Urteil BGE 4A_252/2013 vom 2. Oktober 2013 hatte das Bundesgericht einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Schweizer Ehepaar von einer französischen Verkäuferin einen bereits als Ausstellungsobjekt genutzten Whirlpool erstanden hatte. Dieser wurde nach der Lieferung mittels eines Krans in eine speziell dafür vorbereitete Betonmulde im Innern der Villa der Käufer eingelassen. Der Whirlpool wies einige Mängel auf. So war ein Holzelement der Verkleidung beschädigt, der Whirlpool liess sich nicht an das schweizerische Stromnetz anschliessen und eine Bedienungsanleitung fehlte. Auf Reklamation des Käufers hin liess die Verkäuferin unter anderem die elektrische Vorrichtung ersetzen. Wie ein nachträglich erstelltes Gutachten ergab, bot die neue elektrische Vorrichtung aber keinen genügenden Schutz gegen einen Stromschlag. Der Käufer rügte weitere Mängel des Whirlpools, wovon einige in der Folge durch die Verkäuferin beseitigt werden konnten. Da der Whirlpool aber zwei Tage nach der Reparatur bereits wieder versagte und weiterhin gewisse Mängel bestanden, machte der Käufer schliesslich die Wandelung geltend. Er forderte die Verkäuferin auf, den Whirlpool auf eigene Kosten abzutransportieren und den Käufern den Kaufpreis zurückzuerstatten.

Da ein Konsumentenvertrag vorlag (Art. 2 lit. a CISG), war das schweizerische OR und nicht das CISG anwendbar. Das Bundesgericht prüfte, ob die angestrebte Wandelung im vorliegenden Fall gerechtfertigt war. Nach Art. 205 Abs. 2 OR steht es dem Gericht frei, bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Das Bundesgericht führte aus, dass mehrere Mängel in ihrer Gesamtheit zu betrachten seien. Trotz der Nachbesserungen durch die Verkäuferin seien drei Mängel unbehoben geblieben, wobei jedoch nur die Gefahr eines elektrischen Schlags einen wesentlichen Mangel darstelle. Es sei jedoch nicht erstellt, dass dieser Mangel nicht oder nur mit hohem Kostenaufwand behebbar sei. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass die verbliebenen Mängel eine Wandelung nicht rechtfertigen würden und bezeichnete eine solche als grob unverhältnismässig («gravement disproportionnée»). Dies war auch der Tatsache geschuldet, dass der Aufwand für den

Ausbau und Abtransport des Whirlpools aufgrund von dessen fester Verankerung im Innern des Hauses beträchtlich gewesen wäre. Da es die Käufer versäumten, eventualiter eine Minderungsforderung substantiiert geltend zu machen und zu beweisen, konnte das Bundesgericht bzw. die Vorinstanz auch nicht Ersatz des Minderwerts zusprechen.

Das Bundesgericht diskutierte in Erwägung 4 die gemäss Art. 205 Abs. 2 OR relevanten Kriterien, wann eine Wandelung im schweizerischem Kaufrecht gerechtfertigt ist⁵⁶. Dabei ist rechtsvergleichend insbesondere interessant, dass die schweizerische Rechtsprechung stark darauf abstellt, dass die Unannehmlichkeiten, welche die Wandelung für den Verkäufer nach sich ziehen, zu den Vorteilen, die der Käufer daraus zieht, verhältnismässig sein müssen.

Auch insofern lässt sich eine Parallele zum hier vertretenen Lösungsansatz ziehen. Danach wäre vorliegend nicht von Massenware auszugehen, insbesondere weil der Whirlpool im Innern des Gebäudes montiert worden war und dessen Abtransport sich als schwierig und kostspielig erwiesen hätte. Insofern hätten die Käufer die Beweislast für den Nachweis getragen, dass sie die mangelhafte Ware nicht in zumutbarer Weise selbst verwenden könnten. Dieser Nachweis wäre ihnen aufgrund der im Entscheid erwähnten Gründe nicht gelungen. Überwiegen gesamthaft gesehen die Nachteile, welche ein Verkäufer aufgrund der Vertragsaufhebung erleidet (etwa Kosten, Aufwand und Risiken beim Rücktransport der mangelhaften Ware) in unverhältnismässiger Weise den Vorteil, welcher der Käufer aus der Vertragsaufhebung zieht, so spricht dies dafür, dass diese ungerechtfertigt ist. Gerade im internationalen Verhältnis ist dabei der Umstand zu beachten, dass eine Einzelanfertigung schwieriger abzusetzen ist als Massenware. Oder anders ausgedrückt: Je spezifischer die Eigenschaften der mangelhaften Ware, desto mehr Aufwand muss der Verkäufer bei deren Weiterverkauf betreiben, um einen geeigneten Käufer zu finden und desto höher ist die Gefahr, dass die Ware zum Verkäufer zurückverschifft werden muss.

3. *England (The Hansa Nord - Zitrusfruchtfleischgranulat)*

Im Fall *Cehave N.V. v Bremer Handelgesellschaft m.b.H (The Hansa Nord)* kaufte die Käuferin von der Verkäuferin zum Preis von rund GBP 100'000 Zitrusfruchtfleischgranulat, welches zur Beimischung als Viehfutter verwendet werden sollte⁵⁷. Die Ware kam jedoch mit Hitzeschäden im Hafen von Rotterdam an. Der Käufer verweigerte die Annahme der vorbezahlten Ware

⁵⁶ BRUNNER, Rechtsprechung 2013 (Fn. 3), Rz. 119 ff., 131.

⁵⁷ *Cehave N.V. v Bremer Handelgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)* [1976] QB 44 Court of Appeal.

mit dem Argument, sie sei nicht wie ausdrücklich in Ziffer 7 des Vertrags statuiert «in gutem Zustand⁵⁸» geliefert worden. Bei Ankunft der Ware in Rotterdam war der Marktpreis der Ware auf rund GBP 86'000 gefallen. Die Verkäuferin weigerte sich, den Kaufpreis für die Ware zurückzuerstatten. Das Granulat wurde schliesslich in Rotterdam gemäss einer Gerichtsanordnung versteigert, wobei die ursprüngliche Käuferin über eine Drittpartei das Granulat zu einem Bruchteil des ursprünglichen Kaufpreises (rund GBP 30'000) erwerben konnte. Die Käuferin verwendete die Ware daraufhin wie ursprünglich vorgesehen als Viehfutter, dies jedoch aufgrund des Hitzeschadens in einem geringeren Mischverhältnis als geplant. Der *Court of Appeal* bejahte trotz einer objektiven Wertminderung der Ware um 25 % aufgrund der tatsächlichen Verwendung als Viehfutter ihre Tauglichkeit zum Gebrauch. Das Gericht befand, dass die Verletzung der Vertragsklausel «Lieferung in gutem Zustand» keine sog. «condition», sondern einen sog. «innominate» bzw. «intermediate term» betraf, weshalb nur eine schwerwiegende Vertragsverletzung zum Rücktritt berechtige. Eine Vertragsaufhebung wurde der Käuferin deshalb verwehrt und sie wurde auf das Recht, Schadenersatz für den Mindertwert zu verlangen, verwiesen.

Zu dieser Entscheidung wurde bemerkt, dass Ziffer 7 des Vertrags von den Parteien nicht ausdrücklich als «condition» (Bedingung) eingestuft worden sei und dass das Gericht auch nicht verpflichtet gewesen sei, daraus eine Bedingung abzuleiten. Daher sei das Gericht zum Schluss gelangt, dass Ziffer 7 eine Zwischenklausel («intermediate term») und keine Bedingung («condition») sei. So habe Lord Denning MR erklärt, dass für geringfügige Abweichungen vom vertraglichen Standard («small-scale deviations from the contractual standard») eine Preisreduktion der geeignete Rechtsbehelf sein sollte und dass der Käufer kein Recht haben sollte, die gesamte Lieferung abzulehnen, es sei denn, der Mangel sei ernsthaft und erheblich («serious and substantial»)⁵⁹. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass ein Gericht nicht leichthin bereit sein sollte, eine Vertragsklausel als «Bedingung» auszulegen, deren Verletzung ein Vertragsaufhebungsrecht begründet und nicht als eine Klausel, deren Verletzung bloss Schadenersatzfolgen hat. Dies insbesondere

⁵⁸ Die Vertragsklausel (Clause 7) lautete: «Shipment to be made in good condition ...».

⁵⁹ EWAN MCKENDRICK, *Contract law*, 8. Aufl. Oxford New York 2018, S. 773: «To similar effect is the following passage from the judgement of Roskill LJ (at pp. 70-71): In my view, a court should not be over ready, unless required by statute or authority to do so, to construe a term in a contract as a «condition» any breach of which gives rise to a right to reject rather than as a term any breach of which sounds in damages... In principle, contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation and where there is free choice between two possible constructions I think the court should tend to prefer that construction which will ensure performance, and not encourage avoidance of contractual obligations.»

im Hinblick auf das Missbrauchspotential, dass ein Käufer versucht, den Vertrag infolge ihm nachteiliger Marktschwankungen aufgrund einer (nicht hinreichend schweren) Vertragsverletzung aufzuheben⁶⁰. Entsprechend findet man auch die Aussage, «Anglo-Australian law» anerkenne in Zweifelsfällen eine Auslegungsregel, wonach eher von einer Pflicht («promise»; wohl i.S. eines «intermediate term») als einer Bedingung («condition») auszugehen sei⁶¹. Gemeinhin gilt, dass ausser im Fall, in dem eine Klausel von den Parteien als «condition» charakterisiert wurde, der Käufer den Vertrag nur aufheben kann, wenn die Vertragsverletzung hinreichend schwer ist⁶².

Gemäss englischem Recht beurteilen sich die Folgen verschiedener Pflichtverletzungen nach den Regeln des englischen *Sale of Goods Act* von 1979 (SGA) und den Regeln des *Common Law*. Die Rechtsbehelfe der Käufer knüpfen an unterschiedliche Typen von Pflichtverletzungen an. Grundsätzlich sind unter dem SGA zwei Sorten von vertraglicher Schlechterfüllung möglich. Einerseits kann der Verkäufer gegen eine – gesetzlich⁶³ oder vertraglich vorgesehene – «condition» (Bedingung) verstossen. Eine «condition» bezeichnet jede vertragliche Verpflichtung, die so gewichtig ist, dass die Gegenpartei ihre eigenen Vertragspflichten nur erfüllen muss, wenn die Bedingung eingehalten wird⁶⁴. Indessen kann der Käufer den Kaufvertrag bei einem Nicht-Konsumentengeschäft nicht auflösen, wenn eine gesetzliche Condition nach Art. 13 ff. SGA nur geringfügig verletzt wurde (Art. 15A SGA). Damit soll verhindert werden, dass der Käufer den Vertrag aufgrund von Banalitäten bzw. aufgrund von Preisschwankungen der Ware auf dem Markt aufheben kann⁶⁵. Bei den vertraglich stipulierten «conditions» greift diese Einschränkung nicht, wohl aber die oben erwähnte Auslegungsregel. Neben der «condition» ist im englischen Kaufrecht auch die «warranty» vorgesehen. Gemäss Art. 61 Abs. 1 SGA hat die Verletzung einer «warranty» stets nur die Leistung von Schadenersatz bzw. die Minderung des Kaufpreises zur Folge⁶⁶. Als

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ JOHN W. CARTER/G. J. TOLHURST/ELISABETH PEDEN, Developing the Intermediate Term Concept, *Journal of Contract Law* 22/2006 S. 268, S. 277 f.

⁶² Ibid., S. 270; siehe auch INGEBORG SCHWENZER, in: CISG-AC Opinion n° 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, N 2.2.

⁶³ Vgl. Art. 12 ff. SGA; so gilt beim Kauf nach Probe oder Muster gemäss Art. 14 SGA der Umstand als Condition, dass die Ware der Probe bzw. dem Muster entspricht.

⁶⁴ DONAL NOLAN, Classification of statements as to goods, in: Benjamin's Sale of Goods, Michael Bridge (Hrsg.), 10. Aufl. London 2017, Rz. 10-026 f.

⁶⁵ DONAL NOLAN, Remedies in respect of defects, in: Benjamin's Sale of Goods, Michael Bridge (Hrsg.), 10. Aufl. London 2017, Rz. 12-026.

⁶⁶ In *Dick Bentley Productions Ltd v Harold Smith (Motors) Ltd* [1965] 1 WLR 623 wurde die Äusserung eines Gebrauchtwagenhändlers hinsichtlich der bereits durch das zu verkaufende Fahrzeug zurückgelegten Meilen als Warranty beurteilt; vgl. NOLAN (Fn. 65), Rz. 10-018.

dritte Kategorie besteht neben der «condition» und der «warranty» (zwischen drin) wie erwähnt der «intermediate» oder «innominate term». Bei einer Verletzung des «innominate term» entscheidet wie gesehen das Gericht je nach deren Schwere über die Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Bei einer Schlechtlieferung ist der Käufer nur zur Vertragsaufhebung befugt, wenn diese gegen eine vertraglich stipulierte «condition» oder einen «intermediate term» verstösst⁶⁷.

Die Ausführungen zeigen, dass auch unter dem englischen Kaufrecht, ähnlich wie unter dem CISG, der Käufer bei Beschaffenheitsmängeln nicht leichthin vom Vertrag zurücktreten kann. Während das englische Kaufrecht die Vertragsverletzungen in verschiedene Kategorien unterteilt, kennt das CISG nur die Unterscheidung in wesentliche und unwesentliche Vertragsverletzungen. Beide Systeme begründen – wohl notgedrungen – eine gewisse Rechtsunsicherheit. Es kann aber gesagt werden, dass im Wesentlichen beide Systeme eine grobe Verletzung der Käuferinteressen verlangen, um dem Käufer die Auflösung des Vertrags zu erlauben. Zwar wurde bemerkt, das CISG gehe in den Anforderungen an die Vertragsverletzung, welche zu einer Vertragsaufhebung berechtigt, tendenziell etwas weiter⁶⁸. Demgegenüber wurde aber auch darauf hingewiesen, dass es bei einer «einfühlsamen Auslegung» des CISG, welches den Parteiwillen in den Vordergrund stelle, durchaus sein könne, dass unter Art. 25 CISG ähnliche Ergebnisse wie nach englischem Recht erzielt werden können⁶⁹.

Eine solche Konvergenz würde durch den hier vorgeschlagenen Lösungsansatz begünstigt. Im *The Hansa Nord*-Entscheid zugrundeliegenden Sachverhalt hätte dies bei Annahme von Massenware dazu geführt, dass der Käufer die Schwere der Vertragswidrigkeit hätte beweisen müssen und der Verkäufer, dass eine Verwendung oder ein Weiterverkauf der mangelhaften Ware durch den Käufer offenkundig unverhältnismässig leichter ist als eine Verwertung (Weiterverkauf) durch den Verkäufer. Vorliegend wäre vorab und abgesehen vom Kriterium der Verwendbarkeit bzw. Absatzbarkeit durch den Käufer wohl auch nach dem CISG davon auszugehen gewesen, dass der Mangel nicht i.S. von Art. 25 CISG genügend schwer war. Die objektive Wertminderung (ohne Marktveränderung) betrug rund 25 % und die tatsächliche Verwendbarkeit als Viehfutter und damit die Tauglichkeit zum beab-

⁶⁷ NEVI AGAPIOU, Buyer's remedies under the CISG and English sales law: a comparative analysis, Diss. Leicester 2016, S. 159.

⁶⁸ DIES. (Fn. 68), S. 165.

⁶⁹ ALASTAIR C. L. MULLIS, Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts Under the Vienna Convention and English Law; Is There a Substantial Difference?, in: Contemporary Issues in Commercial Law, Essays in honor of Prof. A.G. Guest, Eva Z. Lomnicka/Christopher George John Morse (Hrsg.), London 1997, S. 137 ff., <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html> (besucht am 25. Mai 2018).

sichtigten Verwendungszweck war erwiesen. Erstellt war auch, dass die Käuferin selbst das mangelhafte Granulat für eigene Verwendung gebrauchen konnte und wollte, weshalb (ohnehin) wohl auch Unverhältnismässigkeit anzunehmen wäre.

IV. Fazit

Die vorstehende Analyse einschlägiger Entscheide zeigt, dass der oben II. C. 1./2. vorgeschlagene Lösungsansatz einer differenzierten Beweislastregelung, je nach Vorliegen von Massenware oder anderer Ware (Unikate, Einzelanfertigungen und dgl.), zu sachgerechten Ergebnissen führen sollte, die auf einem angemessenen Interessenausgleich beruhen. Der von deutschsprachigen Gerichten bisher angewandte Ansatz ignoriert unseres Erachtens eine sachgerechte Abwägung der gegenseitigen typischen Interessen von Verkäufer und Käufer. Weiter ist zu konstatieren, dass die Entscheide von Gerichten ausserhalb des deutschsprachigen Raums, die sich nicht oder höchstens beiläufig mit diesem Kriterium befassen, bei Anwendung des vorgeschlagenen Lösungsansatzes wohl nicht anders ausgefallen wären.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz verhindert, dass eine Vertragsaufhebung allzu restriktiv gehandhabt wird, ohne das Kriterium der zumutbaren Verwendbarkeit oder Absatzbarkeit durch den Käufer ganz ausser Acht zu lassen. Gewisse Fallkonstellationen zeigen, dass dieses Kriterium durchaus seine Berechtigung haben kann⁷⁰.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz trägt damit auch dem Umstand Rechnung, dass die im deutschsprachigen Raum vorherrschende Anwendung des Kriteriums der zumutbaren Verwendbarkeit und Absatzbarkeit durch den Käufer im Rahmen von Art. 25 CISG tendenziell zu einer systematischen und ungerechtfertigten Benachteiligung des Käufers führen kann⁷¹. Verschiebt sich die Auslegung des CISG durch die Gerichte weiter zuungunsten der Käufer (wie etwa im Walzdraht-Fall), so besteht die Gefahr, dass sich diese über kurz oder lang vom CISG ab-, und anderen, käuferfreundlicheren Kaufrechten zuwenden⁷², oder aber versuchen, allfällige Streitigkeiten nicht durch deutschsprachige Gerichte, welche käuferfeindliche Tendenzen aufweisen, entscheiden zu lassen. Die Analyse der deutschsprachigen Rechtsprechung hat jedenfalls gezeigt, dass es eines klaren Korrektivs bedarf. Ein (blosser) Appell, generell

⁷⁰ Vgl. oben III.

⁷¹ Kritisch auch BRIDGE (Fn. 18), Rz. 12.04; EGGEN (Fn. 11), S. 17 f.; HUBER (Fn. 13), S. 155 ff.; PETER HUBER/ALASTAIR C. L. MULLIS, *The CISG*, 1. Aufl. München 2007, S. 231.

⁷² KOLLER (Fn. 42), S. 91.

dürften an die Unzumutbarkeit einer Weiterveräußerung oder -verwendung durch den Käufer keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, da das Vertragsaufhebungsrecht nicht ausgehöhlt werden dürfte⁷³, erscheint spätestens nach dem Walzdraht-Entscheid des Bundesgerichts als ungeeignet, die erforderliche Korrektur herbeizuführen.

⁷³ So etwa noch SHK-BRUNNER/LEISINGER (Fn. 4), N 17 zu Art. 25 CISG.