

Betrag nicht gewinnanbringend anlegen kann¹³⁰. Im Gegensatz zum Zinsanspruch, der weder einen Schaden noch das Fehlen einer Entlastungsmöglichkeit ex Art. 79 voraussetzt¹³¹, muss der erwähnte weitergehende Schaden aber allen Voraussetzungen genügen, die ex Art. 74 ff. an jede Art von zu ersetzenden Schaden gestellt werden¹³² (Vertragsverletzung, Darlegung und Beweis des Schadens¹³³, Kausalzusammenhang, Fehlen einer Entlastungsmöglichkeit, etc.)¹³⁴. Die erwähnte Trennung zwischen Zins- und Schadenersatzanspruch schließt aber nicht aus, dass der Gläubiger den ihm zustehenden Zinsbetrag auch als Schadenersatz verlangen kann¹³⁵, so auch die Rechtsprechung¹³⁶; tut er dies, muss er aber nachweisen, dass alle Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben sind. Dies wird den Gläubiger generell aber dazu verleiten, den Zinsschaden auf der Grundlage von Art. 78 einzuklagen¹³⁷, ist dies für ihn doch einfacher.

93, CISG Online; OLG Frankfurt a.M., 18.1.1994 – 5 U 15/93, CISG Online.

¹³⁰ AG Oldenburg i.H., 24.4.1990 – 5 C 73/89, CISG Online.

¹³¹ Vgl. Herber/Czerwenka, Art. 78 Rn. 4; Honsell/Magnus, Art. 78 Rn. 11; Reinhart, Art. 78 Rn. 2 und 3.

¹³² Vgl. auch KG Kanton Zug, 25.2.1999, Unilex: „Zinsanspruch und Schadenersatzanspruch bestehen unabhängig nebeneinander und unterliegen ihren jeweils eigenen Voraussetzungen.“

¹³³ Zur Notwendigkeit, den weitergehenden Säumnisschaden zu beweisen, vgl. LG Darmstadt, 9.5.2000, IHR 2001, 27 ff.; OLG Düsseldorf, 24.4.1997 – 6 U 87/96, Unilex; AG Koblenz, 12.11.1996 – 16 C 1056/96, CISG-online; AG Bottrop, 25.6.1996 – 12 C 177/96, Unilex; OLG Hamm,

8.2.1995 – 11 U 206/93, CISG Online; LG Kassel, 14.7.1994 – 11 O 4279/93, CISG Online; OLG Frankfurt a.M., 18.1.1994 – 5 U 15/93, CISG Online.

¹³⁴ Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 78 Anm. 5.1; Herber/Czerwenka, Art. 78 Rn. 8; Honsell/Magnus, Art. 78 Rn. 10; Rudolph, Art. 78 Rn. 5; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 78 Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 78 CISG Rn. 19.

¹³⁵ Herber/Czerwenka, Art. 78 Rn. 8.

¹³⁶ LG Aachen, 3.4.1990, RIW 1990, 491: „Ein Zinsschaden kann im Rahmen des Art. 74 UN-Kaufrecht auch geltend gemacht werden (Art. 78 UN-Kaufrecht).“

¹³⁷ Ebenso Staudinger/Magnus, Art. 78 CISG Rn. 19.

Interest for default according to Art. 78 CISG: The author discusses the scope of application of Art. 78 CISG and its preconditions. He points out that according to prevailing case law the maturity of the claim was the only condition for a claim for payment of interest; a reminder by the creditor was not necessary. He then focuses on the applicable interest rate and argues that the interest rate should be determined by the applicable national law which was to be determined by the private international law of the forum statei. This would normally be the law governing the sales contract. He highlights the problems arising out of the reform of the German law of obligations and describes briefly the relationship between a claim for damages and a claim for payment of interest.

Das Verhältnis von Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers im UN-Kaufrecht

Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Schweizer Gerichte

lic. iur. Christiana Fountoulakis, Assistentin an der Universität Basel

I. Ausgangslage

1. Einleitung

Vom allgemeinen Grundsatz, dass ein Kaufvertrag im Falle ungenügender Leistungserbringung durch den Verkäufer vom Käufer aufgehoben werden kann, macht das UN-Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods, CISG) keine Ausnahme. Das CISG zeichnet sich allerdings in der Frage der Zulässigkeit der Vertragsaufhebung gegenüber anderen, insbesondere älteren Kaufrechten dadurch aus, dass es das Recht zur Vertragsaufsage durch den Käufer auf zweierlei Weise beschränkt. Erstens liegt ihm bekanntlich das Konzept zugrunde, eine Vertragsaufhebung nur in Ausnahmefällen zuzulassen, nämlich nur dann, wenn dem Käufer im Wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag erwarten durfte (Art. 25 CISG: wesentliche Vertragsverletzung), während für sonstige, nicht wesentliche Vertragsverletzungen lediglich die Ansprüche der Nachbesserung¹, der Minderung² sowie Schadenersatzansprüche³ zur Verfügung stehen. Zweitens wird dem Vertragsaufhebungsrecht des Käufers explizit ein Nacherfüllungsrecht des

Verkäufers entgegengestellt, das in die Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung einbezogen werden muss.⁴

Die Ursache für diese grösstmögliche Beschränkung des Vertragsaufhebungsrechts liegt im Anwendungsbereich des CISG. Als Handelsrecht für internationale Kaufverträge soll es insgesamt auf eine Förderung des Warenverkehrs hinwirken⁵ und ein

¹ Art. 46 CISG.

² Art. 50 CISG.

³ Artt. 74 ff. CISG.

⁴ Neuere Regelwerke haben sowohl das Erfordernis einer wesentlichen Vertragsverletzung für die Aufhebung des Vertrags wie auch das Nacherfüllungsrecht im Falle mangelhafter Vertragserfüllung übernommen, vgl. Art. 7.3.1 UNIDROIT Principles (UP) (*fundamental non-performance*), 7.1.4 UP (*cure by non-performing party*); Art. 8:103, 8:104 Principles of European Contract Law (PECL); in der Sache auch § 281 BGB, vgl. dazu OLG Braunschweig v. 4.2.2003, NJW 2003, 1053 f.; § 39 Abs. 1 des schwedischen Kaufgesetzes, dazu Kjelland, Das neue Kaufrecht der nordischen Länder im Vergleich mit dem Wiener Kaufrecht (CISG) und dem deutschen Kaufrecht, Diss. Freiburg 1999, 105.

⁵ Vgl. Präambel des CISG.

„wirtschaftlich vernünftiges“ Konzept beinhalten: Dazu gehört, dass die Vertragsaufrechterhaltung die Regel darstellt, um ein kostspieliges Hin-und-Her-Verschieben der Ware zu vermeiden. Die Vertragsaufhebung wird dagegen als *ultima ratio* angesehen, die nur dann zum Zuge kommen soll, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrags sinnlos wäre oder die eine Partei dadurch stark benachteiligt würde.⁶

Diese beiden Beschränkungen des Vertragsaufhebungsrechts bestehen nicht etwa unabhängig voneinander, sondern sind, wie hier zu zeigen ist, miteinander verzahnt. Diesem Zusammenspiel von wesentlicher Vertragsverletzung und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers soll das Augenmerk der vorliegenden Überlegungen gelten.

2. Eingrenzung der Fragestellung

Wenn vorliegend die Rede vom Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ist, so ist damit *nicht* Art. 37 CISG angesprochen. Gemäss dieser Bestimmung behält der Verkäufer bei vorzeitiger Lieferung bis zum Lieferzeitpunkt das Recht zur Beseitigung von Mängeln. Dieses Mängelbeseitigungsrecht „erscheint als Selbstverständlichkeit“⁷: Da sich die Vertragsmässigkeit der Leistung des Verkäufers erst im für die Lieferung vereinbarten Zeitpunkt beurteilt, ist jener Moment massgebend dafür, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Vertrags vorliegen. Vor Ablauf des Lieferzeitpunkts ist eine Vertragsaufhebung höchstens aufgrund eines vorweggenommenen Vertragsbruchs nach Art. 72 CISG möglich, d.h. es muss bereits vor diesem Zeitpunkt feststehen, dass der Verkäufer durch mangelhafte Erfüllung des Vertrags eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird.

Sind dem Käufer keine besonderen Gründe bekannt, die dafür sprechen, dass zum vereinbarten Lieferzeitpunkt ein *fundamental breach* seitens des Verkäufers vorliegt, sind die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 1 CISG nicht erfüllt. Für den Käufer ist folglich, in den Grenzen des Zumutbaren und Verhältnismässigen,⁸ ohne Weiteres hinzunehmen, dass der Verkäufer Mängel in der Vertragserfüllung vor Verstreichen des Lieferzeitpunkts behebt. Es ergibt sich somit, ausser im Rahmen von Art. 72 CISG, kein Konflikt zwischen dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers vor Verstreichen des Lieferzeitpunkts und der Möglichkeit zur Vertragsaufhebung durch den Käufer.

Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers, auf das vorliegend Bezug genommen wird, ist vielmehr in Art. 48 CISG geregelt und betrifft die Fälle, in denen der Verkäufer *nach* dem Lieferzeitpunkt Vertragsdyskonformitäten zu beheben sucht. Im Folgenden soll zunächst der Meinungsstand zu dieser Frage in Judikatur und Rechtsprechung dargestellt werden, und zwar sowohl auf internationaler wie auf schweizerischer Ebene. Auf eine Darstellung und Besprechung des jüngsten Schweizer Urteils zu dieser Frage hin sollen zwei ausgewählte Punkte thematisiert und schliesslich eine allgemeine Schlussfolgerung gezogen werden.

3. Der Vorbehalt in Art. 48 Abs. 1 CISG zugunsten des Art. 49 CISG

Gemäss Art. 48 Abs. 1 CISG kann der Verkäufer „vorbehaltlich des Artikels 49 ... einen Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten auch nach dem Liefertermin auf eigene Kosten beheben, wenn dies keine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht und dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten

noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht.“ Der Verkäufer darf damit auch noch nach Ablauf der Erfüllungszeit Mängel in der Erfüllung – gleich welcher Art – beseitigen, wenn er den Käufer mit der Nacherfüllung nicht ungebührlich belastet. So plausibel die im CISG getroffene Lösung klingt, stecken in der Formulierung „vorbehaltlich des Artikels 49“ doch eine Reihe schwieriger Auslegungsfragen. Art. 49 erlaubt nämlich dem Käufer die Vertragsaufhebung, sofern entweder der Erfüllungsmangel, gleich um welche Vertragspflicht es geht, eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a), oder sofern die Vertragsleistung gänzlich ausgeblieben und eine vom Käufer gesetzte Nachfrist erfolglos verstrichen ist (Art. 49 Abs. 1 lit. b).

Mit Blick auf das Verhältnis von Art. 49 Abs. 1 lit. a und Art. 48 CISG – Fälle des Art. 49 Abs. 1 lit. b sollen vorliegend ausgeklammert werden⁹ – ergibt sich umgehend die Streitfrage, ob Art. 48 CISG so zu verstehen ist, dass die Vertragsaufhebung dem Nachbesserungsrecht des Verkäufers stets vorgeht, oder ob, nach der gegenteiligen Auffassung, die Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung davon abhängen, ob eine Nachlieferung durch den Verkäufer noch möglich ist. Angeschnitten wird damit die Diskussion um das Zusammenspiel von Art. 49 Abs. 1 lit. a, 25 einerseits und Art. 48 Abs. 1 CISG andererseits.

Nicht jeder denkbare Konfliktfall führt zu ähnlich komplexen Fragen. Keine weiteren Schwierigkeiten wirft etwa der Fall auf, dass der Verkäufer dem Käufer seinen Nachbesserungswillen sogleich nach erfolgter Mängelrüge, und ehe jener einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, anzeigt. Hierfür sieht Art. 48 Abs. 2, 3 CISG die klare Regelung vor, dass der Käufer, sofern er nicht ausdrücklich widerspricht, die Nacherfüllung durch den Verkäufer hinzunehmen hat.¹⁰ Es sei auch darauf hingewiesen, dass es für die vorliegend thematisierte Frage unproblematisch ist, wenn der Käufer Nacherfüllung des Vertrags verlangt (Art. 46 CISG). In diesem Fall will er am Vertrag festhalten, und die sich hierbei ergebenden Fragen betreffen viel eher den Punkt, in welchem Ausmass der Verkäufer zur vertragsgemässen Erfüllung *gezwungen* werden kann.¹¹

⁶ Vgl. nur *Schlechtriem*, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 3. Aufl., München 2000 (im Folgenden *Schlechtriem/Bearbeiter* (2000)), Art. 25 Rn. 4; ders., *Einheitskaufrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 50 Jahre Bundesgerichtshof*, Band 1, München 2000, 407, 422.

⁷ *Schlechtriem/Schwenzer* (2000), Art. 37 Rn. 3.

⁸ Art. 37 S. 1 a.E. CISG.

⁹ Indem auf Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG nicht näher eingegangen wird, bleibt insbesondere die nicht minder interessante Diskussion um das Verhältnis zwischen Art. 49 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 2 CISG unangesprochen. Siehe dazu aber ausführlich *Magnus*, *Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht*, FS *Schlechtriem*, Tübingen 2003, 599 ff.

¹⁰ Vgl. auch *Enderlein*, *Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: *Sarcevic/Volken* (Hrsg.), *International Sale of Goods*, New York 1996, 133, 193. Zur Rechtslage bei vorzeitiger, nicht vertragsgemässer Leistung vgl. Art. 37, *sub* I. 2.

¹¹ Vgl. *Schlechtriem/Huber* (2000), Art. 46 Rn. 3, 7, 9 ff.; *Bernstein/Lookofsky*, *Understanding the CISG in Europe*, Den Haag etc. 1997, § 6-4.

¹² *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat*, UN DOC. A/CONF. 97/5, abrufbar unter <<http://www.cisg-online.ch/cisg/materials-commentary.html>> (12.7.2003).

Kompliziert wird die Sachlage hingegen dann, wenn der Verkäufer zum Lieferzeitpunkt seine Leistung nicht vertragskonform erbracht hat und der Käufer daraufhin den Vertrag aufhebt. Kann hier der Verkäufer unter Berufung auf die Behebbarkeit und Zumutbarkeit der Mängelbeseitigung für den Käufer zur Nacherfüllung schreiten, mit der Folge, dass der Käufer seiner Vertragsaufhebungserklärung zum Trotz an den Vertrag gebunden bleibt?

II. Die internationale Diskussion

1. Fehlen entstehungsgeschichtlicher Anhaltspunkte

Die Entstehungsgeschichte des CISG weist diesbezüglich nicht in eine bestimmte Richtung. Im Kommentar des UNCTRAL-Sekretariats zum Entwurf der relevanten Bestimmungen heisst es lediglich, dass „in some cases the fact that the seller is able and willing to remedy the non-conformity of the goods without inconvenience to the buyer may mean that there would be no fundamental breach unless the seller failed to remedy the non-conformity within an appropriate period of time.“¹² Damit wird kein prinzipieller Vorrang der einen oder anderen Bestimmung statuiert. Der Kommentartext ist vielmehr so zu verstehen, dass die Autoren des CISG davon ausgingen, die erwähnten „some cases“ würden durch die Gerichtspraxis herausgearbeitet.¹³

2. Standpunkte in Literatur und Rechtsprechung

Es besteht heute aufgrund des Wortlauts von Art. 48 Abs. 1 CISG („Subject to article 49“; „Vorbehaltlich Artikel 49“) weitgehend Einigkeit darüber, dass dem Vertragsaufhebungsrecht des Käufers nach Art. 49 gegenüber dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 CISG der Vorrang einzuräumen sei.¹⁴ Dies allein löst freilich die Frage des Zusammenspiels von Art. 48 und Art. 49 nicht. Im Gegenteil – das *right to cure* des Verkäufers wird dadurch mit der wesentlichen Vertragsverletzung in unmittelbarem Zusammenhang gebracht: Da im Konfliktfall zwangsläufig die Frage auftritt, ob ein schwerwiegender Mangel, der jedoch behebbar ist, eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, ist es unvermeidlich, sich im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 48, 49 CISG auseinanderzusetzen, und zwar auch dann, wenn in einem ersten Schritt der Vorrang von Art. 49 bejaht worden ist.¹⁵

Der Hauptpunkt der Diskussion liegt insgesamt in der Frage, ob ein objektiv schwerwiegender Mangel in der Vertragserfüllung, den der Verkäufer jedoch beheben könnte, eine wesentliche Vertragsverletzung (*fundamental breach of contract*) im Sinne des Art. 25 CISG darstellt, der dem Käufer nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG die Vertragsaufsage erlaubt.¹⁶

Auf internationaler Ebene stehen sich zwei Ansätze gegenüber. Nach der einen Auffassung verpflichtet die Vorbehaltsklausel in Art. 48 Abs. 1 CISG dazu, bei der Wesentlichkeitsprüfung allein auf die Schwere des Mangels abzustellen; die *curability* wird dieser Ansicht nach als irrelevant für die Beurteilung der Frage angesehen, ob die Vertragsverletzung „wesentlich“ im Sinne des Art. 25 CISG ist.¹⁷ Begründet wird dies in erster Linie mit gesetzessystematischen Erwägungen: Da das Nacherfüllungsrecht nach Art. 48 nur vorbehaltlich des Art. 49 bestehe und Art. 49 Abs. 1 lit. a dem Käufer bei Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung das Vertragsaufhebungsrecht

gebe, könne die wesentliche Vertragsverletzung nicht wiederum von einer möglichen Nacherfüllung abhängig sein.¹⁸ Formallogischer Natur ist ferner das *e-contrario*-Argument aus Art. 50 Satz 2 CISG: Macht der Käufer Minderung geltend, so bleibt ihm gemäss dieser Bestimmung der Minderungsanspruch verwehrt, wenn der Verkäufer nach Art. 37 oder 48 CISG einen Erfüllungsmangel behebt. Aus der Tatsache, dass beim Minderungsrechtsbehelf dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ausdrücklich der Vorrang eingeräumt wird, wird nun teilweise abgeleitet, dass dies im Verhältnis von Art. 48 und 49 nicht gelte.¹⁹

Schliesslich wird eingewandt, die Berücksichtigung der Behebbarkeit des Mangels im Rahmen der Prüfung, ob ein *fundamental breach* vorliege, führe dazu, dass der Käufer jeweils Kenntnis darüber erlangen müsse, ob der Mangel nun *curable* sei oder nicht. Der Käufer befinde sich somit in steter Unsicherheit darüber, ob er den Vertrag aufheben und ein Deckungsgeschäft tätigen könne oder nicht.²⁰

Nach der gegenteiligen Auffassung besteht eine wesentliche Vertragsverletzung solange nicht, als die Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 CISG erfüllt sind, folglich eine Nachbesserung möglich und zumutbar ist. Der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung wird insoweit „dynamisch“ verstanden.²¹ Ausschlaggebend sei demnach nicht allein das objektive Gewicht des Mangels im Zeitpunkt der Lieferung, sondern es komme ausserdem auf die Fähigkeit und Bereitschaft des Verkäufers an, den Mangel ohne unzumutbare Verzögerung und unzumutbare Belastung für den Käufer zu beheben.²² Als entscheidendes Argument wird in der Regel angeführt, dass es ansonsten der Käufer in der Hand hätte, dem Verkäufer die Nachbesserung

¹³ Vgl. ausführlich Petrikic, Das Nacherfüllungsrecht im UN-Kaufrecht, Grundprobleme der Leistungsstörungen, Wien 1999, 75 ff.

¹⁴ Vgl. Bridge, The International Sale of Goods, Law and Practice, Oxford 1999, § 3.36; Holthausen, Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art. 25 UN-Kaufrecht, RIW 1990, 101, 103; Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 CISG Rn. 20; Petrikic (Fn. 13), 87; OLG Koblenz v. 31.1.1997, CISG-online Nr. 256 = CLOUT Nr. 282, IHR 2003, 172 ff.

¹⁵ So ausdrücklich Heuzé, Traité des contrats, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000, 373.

¹⁶ Vgl. Salger, in: Witz/Salger/Lorenz (Hrsg.), International Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg 2000, Art. 48 Rn. 2; Petrikic (Fn. 13), 83.

¹⁷ So etwa Koch, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), in: Pace (Hrsg.), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998-1999, New York etc. 1999, 177, 323; Holthausen, RIW 1990, 101, 103; ICC International Court of Arbitration v. 1.1.1994, CISG-online Nr. 565 = CLOUT Nr. 304.

¹⁸ Siehe Holthausen, RIW 1990, 101, 104.

¹⁹ Vgl. Koch (Fn. 17), 177, 324.

²⁰ So etwa Schüssler-Langeheine, in: Soergel-Lüderitz (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 13, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Stuttgart etc. 2000, Art. 48 Rn. 4, Art. 49 Rn. 10; Piltz, Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993, § 4 Rn. 66; Reinhart, UN-Kaufrecht: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991, Art. 48 Rn. 2; weitere Nachweise bei Koch (Fn. 17), 177, 325.

²¹ Siehe Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 Rn. 20.

²² Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Tübingen 2003, Rn. 111, 115; ICC Court of Arbitration v. 1.1.1995, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol.11/No. 2 – Fall 2000, 46 ff.

abzuschneiden, indem er – ohne Rücksicht auf eine allfällige Nachbesserungsmöglichkeit – die Vertragsaufhebung erklären könne.²³

Den entsprechenden *leading case* stellt ein Urteil des OLG Koblenz²⁴ aus dem Jahre 1997 dar, worin es um den Verkauf von Acryldecken ging. In diesem Fall lagen mehrere Vertragsverletzungen vor: Abgesehen davon, dass nicht die gesamte bestellte Menge geliefert worden war, entsprach die Ware dem Vertrag in mehrfacher Weise nicht. Das OLG führte aus, Voraussetzung sei, dass die Lieferung mangelhafter Ware eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Artt. 49 Abs. 1 lit. a, 25 CISG darstelle. Dafür aber sei nicht nur das Gewicht des Mangels, sondern auch die Bereitschaft des Verkäufers, den Mangel ohne unzumutbare Verzögerungen und Belastungen für den Käufer zu beseitigen, von Bedeutung. Selbst ein schwerwiegender Mangel stelle dann keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne dieser Bestimmung dar, wenn der Verkäufer zur Nachlieferung ohne unzumutbare Belastung des Käufers bereit sei. Da der Verkäufer die Nachbesserung angeboten und der Käufer diese abgelehnt habe, sei keine wesentliche Vertragsverletzung vorhanden.

Die Erwägungen aus der Rechtsprechung des OLG Koblenz finden sich in jüngeren Gerichtsentscheidungen wieder.²⁵ Entsprechend wird die Behebbarkeit und Zumutbarkeit der Nachbesserung des Mangels in die Beurteilungen der Wesentlichkeit des Erfüllungsmangels einbezogen. Wenn der Mangel behebbar und seine Behebung zumutbar ist, liegt nach dieser neueren Auffassung keine wesentliche Vertragsverletzung vor, und das Recht zur Vertragsaufhebung in Art. 49 Abs 1 lit. a CISG ist in diesen Fällen ausgeschlossen.

In bestimmten Situationen allerdings soll auch nach dieser neueren Ansicht der Vertrag sofort aufgehoben werden können, ohne dass dem Verkäufer Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben wird. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen der Vertragszweck bereits mit Vorliegen des Erfüllungsmangels vollständig vereitelt wird. Die Literatur hat diese Konstellationen im Wesentlichen durch die folgenden vier Fallgruppen präzisiert: Nicht mehr möglich bzw. unzumutbar soll die Nachbesserung durch den Verkäufer sein, 1) wenn es sich um ein Fixgeschäft handelt,²⁶ 2) wenn dem Käufer die Mängelbeseitigung objektiv nicht mehr zumutbar ist, etwa wegen Ungewissheit über die Auslagererstattung,²⁷ 3) wenn der Verkäufer zur Mängelbeseitigung unfähig ist²⁸ oder 4) diese ernsthaft und endgültig verweigert.²⁹ In diesen Fällen liegt bereits mit Bestehen des (objektiv) schwerwiegenden Mangels eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG vor, die die Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG erlaubt.

Das soeben geschilderte Verständnis des Zusammenspiels von Nacherfüllungsrecht und Vertragsaufhebungsrecht unter dem CISG findet sich in jüngeren internationalen Regelwerken ausdrücklich verankert: Die Principles of European Contract Law von 1998 (PECL) sowie die UNIDROIT Principles von 1994 (UP) statuieren den Vorrang des Nachbesserungsrechts des Verkäufers – im Gegensatz zum CISG – explizit. Art. 8:104 PECL setzt fest, dass die Partei, die eine mangelhafte Vertragsleistung erbracht hat, „*may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance*“. Der objektiv schwere Mangel allein genügt demgemäss nicht für eine wesentliche Vertragsverletzung. Dieses Gewicht kommt ihm erst zu, wenn er nicht innerhalb angemessener Zeit behoben werden kann. Noch deutlicher tritt der Vorrang des *right to cure* durch den Verkäufer in Art. 7.1.4 UP zum Vor-

schein. Die vertragsbrüchige Partei darf gemäss Abs. 1 jedwede Vertragsverletzung nachbessern, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: Anzeige der Nacherfüllungsbereitschaft und der Modalitäten der Nacherfüllung (Art und Weise sowie zeitlicher Rahmen), Zumutbarkeit der Nacherfüllung; fehlende Berechtigung der verletzten Vertragspartei, die Nacherfüllung abzulehnen (gedacht ist an Fälle, in denen die Nacherfüllung zu Schaden an Personen oder Eigentum führen könnte)³⁰ und unverzügliche Nacherfüllung. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist das Recht auf Nacherfüllung nicht dadurch ausgeschlossen, dass die verletzte Vertragspartei die Aufhebung des Vertrags anzeigt.³¹ Dies betrifft nicht nur diejenige Vertragsaufhebung, die nach Anzeige der Nacherfüllung erklärt wird, sondern auch eine vor dieser erfolgte, grundsätzlich wirksame Vertragsaufsage.³²

²³ Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3. Aufl., Den Haag etc. 1999, § 296; vgl. insbesondere auch die pointierte Aussage in § 292: „*A sales transaction may be regarded (at the extremes) either as a duel fought with deadly weapons or as a relationship calling for cooperation and accommodation. The latter, of course, is the attitude of persons engaged in commerce ...*“; Bridge (Fn. 14), § 3.36; Karollus, UN-Kaufrecht – Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien 1991, 495; Bernstein/Lookofsky (Fn. 11), § 6-9; Plate, The Buyer's Remedy of Avoidance under the CISG: Acceptable from a Common Law Perspective?, 6 Vindobona Journal of International Commercial Law (2002), 57, 80.

²⁴ OLG Koblenz v. 31.1.1997, CISG-online Nr. 256 = CLOUT Nr. 282, IHR 2003, 172 ff.

²⁵ Beispielsweise LG Regensburg v. 17.12.1998, CISG-online Nr. 514 = Forum Int. 1998, 104 = TranspR – IHR 2000, 30: „Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Klage nur dann die Aufhebung des Vertrages erklären kann, wenn sie der Klägerin zuvor die Möglichkeit zur Erfüllung des Vertrages eingeräumt hat.“

²⁶ Dies ist der am häufigsten genannte Ausnahmetatbestand, vgl. dazu nur Schlechtriem (Fn. 22), Rn. 115; Schnyder/Straub, in: Honsel (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin/Heidelberg 1997, Art. 48 Rn. 26; Petrikic (Fn. 13), 93.

²⁷ Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 48 Rn. 3; vgl. dazu AG München v. 23.6.1995, CISG-online Nr. 368: das Gericht befand die Nachbesserung für unzumutbar, weil sich die Käuferin erheblichen Schadenersatzforderungen ihrer Kundin ausgesetzt sah.

²⁸ Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 Rn. 20; Karollus, UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware, ZIP 1993, 490, 497.

²⁹ Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Berlin 2000, Art. 48 Rn. 5; Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 Rn. 20.

³⁰ Siehe UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, Rom 1994, Art. 7.1.4 Comment 4.

³¹ Art. 7.1.4 Abs. 2 UP: „*The right to cure is not precluded by notification of termination.*“

³² Vgl. UNIDROIT a.a.O., Comment 8. Eine ähnliche Regelung wie das CISG, die UNIDROIT Principles und die PECL sieht nun auch das deutsche Recht vor: § 281 Abs. 1 BGB lässt eine Vertragsaufhebung nur noch dann zu, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und letzterer diese erfolglos hat verstreichen lassen, sofern der Schuldner die Leistung nicht verweigert oder sonstige besondere Umstände vorliegen, die eine sofortige Vertragsaufhebung rechtfertigen (§ 281 Abs. 2 BGB).

III. Die Rechtsprechung in der Schweiz

1. Fehlende Erörterung der Frage durch Schweizer Gerichte

Anders als auf der internationalen Ebene fällt in der Schweiz die Diskussion um die Wechselwirkung von Art. 48 und Art. 49 CISG eher bescheiden aus. Den Schweizer Gerichtsentscheidungen zum CISG liessen sich noch bis vor kurzem, abgesehen von einigen wenigen *obiter dicta*, keine Stellungnahmen zu dieser Frage entnehmen.

Auf höchstrichterlicher Ebene ist die Frage noch nicht ausdrücklich aufgeworfen worden. Im einzigen in diesem Zusammenhang erwähnenswerten Entscheid des Bundesgerichts³³ machte der Verkäufer kein Recht zur Nachbesserung mangelhafter Ware geltend; zur Beurteilung stand lediglich, ob die Lieferung von Fleisch minderer Qualität eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, die den Käufer unverzüglich zur Vertragsaufhebung ermächtigt. Das Bundesgericht verneinte die Frage im konkreten Fall, da das gelieferte Fleisch zwar einen massiv überhöhten Fettanteil aufwies, ansonsten jedoch qualitativ einwandfrei war und der Käufer insbesondere angeboten hatte, das Fleisch zu einem niedrigeren als dem vereinbarten Kaufpreis zu übernehmen. Dem Bundesgericht zufolge lag kein *fundamental breach* vor, solange die Verwertung der Ware, wenn auch mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und zumutbar sei. Anhaltspunkte für die Frage nach dem Verhältnis von Artt. 48 und 49 CISG gab das Urteil des Bundesgerichts insofern, als es ausführte, der Aufrechterhaltung des Vertrags sei in jedem Fall der Vorzug zu geben.³⁴

In einem der wenigen Schweizer Urteile, in denen ausdrückliche Überlegungen zur Wechselwirkung von Nachbesserungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers angestellt wurden, ging es um mit Salzwasser gefüllte Container, in denen ein schwereloses Schweben ermöglicht werden sollte. Weil das Floatarium leckte und dadurch innerhalb kurzer Zeit Wasserschäden entstanden waren, erklärte die Käuferin die Aufhebung des Vertrags wegen wesentlicher Vertragsverletzung. Das Zürcher Handelsgericht verneinte das Vertragsaufhebungsrecht der Käuferin wegen verspäteter Mängelrüge bzw. Vertragsaufhebungserklärung (Art. 49 Abs. 2 lit. b (i) CISG) und konnte deshalb die Frage, ob überhaupt eine wesentliche Vertragsverletzung vorlag, offenlassen. *Obiter* erklärte das Gericht jedoch, dass die Wesentlichkeit eher zu verneinen sei, da der Schaden leicht hätte behoben werden können.³⁵

Ähnlich liest sich ein Entscheid des Bezirksgerichts Lugano von 1992.³⁶ Der Käuferin war ein nicht vertragskonformes Sofa geliefert worden, das sie, nach vergeblichem Versuch, es weiterzuverkaufen, der Verkäuferin zurücksandte. Das Bezirksgericht Lugano befand diese Vertragsaufhebung für unzulässig, da es die Käuferin unterlassen hatte, das Sofa rechtzeitig zu untersuchen und die vorhandenen Mängel zu rügen. In einem Nebensatz wurde die Vertragsaufhebung zudem deshalb für unzulässig erklärt, weil die Verkäuferin Nacherfüllung angeboten hatte, was von der Käuferin ignoriert worden war.³⁷

Schließlich konnte die Frage auch in einem Urteil aus dem Jahre 1999 unbeantwortet bleiben.³⁸ Im konkreten Fall hätte sie sich zum Verhältnis zwischen dem Minderungsanspruch des Käufers und dem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers gestellt, das ja *expliciter* in Art. 50 Satz 2 CISG zugunsten des Vorrangs des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers geregelt ist. Deren Ansprechen durch das Handelsgericht Zürich wäre aber möglicherweise nicht ohne Relevanz für die Frage nach dem Verhältnis von Nacherfüllungsrecht und Vertragsaufhebungsrecht nach

Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG gewesen. Das Gericht kam indessen gar nicht bis zur entsprechenden Prüfung, da der Käufer nicht in der Lage gewesen war, darzulegen, inwiefern durch die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware – in *casu* gedruckte und gebundene Kunstbücher – ein Minderwert eingetreten sei.

Angesichts der Knappheit an Schweizer Entscheidungen zur hier besprochenen Frage rechtfertigt es sich, dem folgenden Gerichtsentscheid ausführlichere Beachtung zu schenken. Darin bildete die vorstehend in I.-III. angesprochene Streitfrage, ob der Käufer den Vertrag unter dem CISG aufheben darf, obwohl die Verkäuferin auf die Mängelrüge unverzüglich reagiert und Nacherfüllung anbietet, erstmals Kernstück eines Schweizer Gerichtsurteils. Es handelt sich dabei um einen inzwischen rechtskräftigen Entscheid des Handelsgerichts Aargau.³⁹

2. Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 5.11.2002

Es ging in dem Fall im Wesentlichen um drei aufblasbare „Triumphbogen“, die während der gesamten Saison als Werbeträger an Autorennen eingesetzt werden sollten. Als am ersten Rennen der Saison einer der Triumphbogen zusammenbrach und die Verkäuferin davon in Kenntnis gesetzt wurde, unterbreitete sie dem Kläger verschiedene Vorschläge zur Behebung der Mängel. Statt auf diese einzugehen, erklärte der Käufer die Aufhebung des gesamten Vertrages. Das Handelsgericht Aargau hiess die Klage der Verkäuferin auf Zahlung des Kaufpreises in voller Höhe gut.

Das Gericht stellte zunächst Qualitäts- bzw. Verarbeitungsmängel sowie eine ungenügende Stabilität des einen Triumphbogens fest.⁴⁰ Indessen konnte die genaue Qualifizierung des Mangels offengelassen werden, da sich die Beklagte ausdrücklich vorbehalten, ihre Mängelrechte in einem weiteren Prozess in Deutschland geltend zu machen.⁴¹

Im Mittelpunkt der Erwägungen stand die Frage, ob der Käufer aufgrund des Ausreisens des einen Triumphbogens aus dessen Befestigung den Vertrag aufheben durfte, obwohl der Verkäufer *in casu* sofortige Nachbesserung angeboten hatte.

Das Gericht führte dazu aus: „4. a) ... Für die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung ist aber ausser der objektiven Schwere oder Erheblichkeit eines Mangels von ausschlaggebender Bedeutung, ob dieser durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung behoben werden kann. Das UN-Kaufrecht geht vom grundsätzlichen Vorrang der Vertragsaufrechterhaltung aus, und zwar auch beim Vorliegen eines objektiv schwerwiegenden Mangels. Der Vertrag soll im Zweifel auch bei schwerwiegenden Leistungsstörungen aufrecht erhalten werden und die sofortige Ver-

³³ Unveröff. Urteil des BGer v. 28. 10. 1998, CISG-online Nr. 413 = CLOUT Nr. 248 = SZIER 1999, 179 ff. = TranspR-IHR 2000, 14.

³⁴ Erw. B. 2. b).

³⁵ HGer Zürich v. 26. 4. 1995, CISG-online Nr. 248 = CLOUT Nr. 196 = SZIER 1996, 51, 52, unter IV. 3.1 c).

³⁶ BezGer Lugano v. 27.4.1992, CISG-online Nr. 68 = CLOUT Nr. 56 = SZIER 1993, 665.

³⁷ *Id.*, unter B. 2. (Schlussatz).

³⁸ HGer Zürich v. 10. 2. 1999, CISG-online Nr. 488 = CLOUT Nr. 331, unter IV. 3.1 c).

³⁹ Abgedruckt in diesem Heft S. 178.

⁴⁰ Erw. 3. b).

⁴¹ Somit erklärt sich auch das Ergebnis des Handelsgericht Aargau, das die Beklagte zur Bezahlung des vollen Kaufpreises verurteilte, obwohl offensichtliche Sachmängel der „Triumphbogen“ vorlagen.

tragsaufhebung die Ausnahme bleiben. Denn solange und sofern (auch) ein schwerwiegender Mangel durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung noch behoben werden kann, ist die Erfüllung durch den Verkäufer noch möglich und das wesentliche Erfüllungsinteresse des Käufers noch nicht definitiv gefährdet.“

Im vorliegenden Sachverhalt seien sowohl der Qualitäts- oder Verarbeitungsmangel als auch die mangelnde Stabilität des Triumphbogens einer Nachbesserung zugänglich gewesen. Es stehe ferner fest, dass die Klägerin auf die Mängelrüge des Käufers hin unverzüglich eine Reihe von Vorschlägen unterbreite habe, wie der Mangel behoben werden könne. Der Käufer sei deshalb zur Vertragsaufhebung nicht berechtigt gewesen.⁴²

3. Befolgung der OLG-Koblenz-Rechtsprechung durch das Aargauer Handelsgericht

In begrüssenswerter Klarheit hielt das Handelsgericht Aargau fest, dass unter dem CISG vom grundsätzlichen Vorrang der Aufrechterhaltung des Vertrags auszugehen sei. Auch wenn ein objektiv schwerwiegender Mangel vorliege, gelte das Prinzip des *favor contractus*, solange und sofern der Mangel durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung noch behoben werden könne. In Einklang mit dem OLG Koblenz und darauf folgenden Entscheidungen sowie der neueren Lehre⁴³ ging es davon aus, dass erst die fehlende Nacherfüllungsmöglichkeit und -zumutbarkeit zu einer wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG führen würden. Solange nämlich sei die Erfüllung durch den Verkäufer noch möglich und das wesentliche Erfüllungsinteresse des Käufers noch nicht abschliessend gefährdet.⁴⁴

Für die Abwägung, ob die Nacherfüllung *in casu* möglich und zumutbar gewesen war, nahm das Gericht die vorliegend unter II. 2. geschilderte Prüfung vor. Ausgehend vom Grundsatz, dass eine Nacherfüllung durch den Verkäufer im Regelfall als möglich und zumutbar anzunehmen sei und nur in bestimmten Ausnahmesituationen etwas anderes gelte, hatte es folglich zu untersuchen, ob im konkreten Fall eine der in der Literatur erwähnten Konstellationen vorlag, der zufolge eine Aufhebung des Vertrags sofort möglich sein soll. Dem war im vorliegenden Fall offensichtlich nicht so: Der Defekt des einen Triumphbogens beim Startrennen der Saison hatte zur Absetzung aller drei Bogen geführt – allerdings nur für dieses erste Rennen. Es handelte sich nicht um ein Fixgeschäft, das die Nachbesserung unmöglich machen würde, da lediglich in Bezug auf das erste Autorennen eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung bestand. Das Handelsgericht sah auch keinen der anderen Ausnahmefälle erfüllt: Im Hinblick auf die restlichen Autorennen dieser Saison habe die Verkäuferin die Nacherfüllung sogleich nach Mängelanzeige angeboten, und der Käufer habe es unterlassen, nachzuweisen, inwiefern ihm diese Nachbesserung durch die Verkäuferin nicht zuzumuten gewesen sei.⁴⁵

Insgesamt folgte das Handelsgericht Aargau in geradezu exemplarischer Weise der in der jüngeren Literatur und Rechtsprechung geäusserten Auffassung zum Verhältnis von Art. 48 und Art. 49 CISG.

IV. Insbesondere zur Beweislast und zum Anzeigerfordernis der Nacherfüllungsbereitschaft: Zwei oftmals übergangene Fragen

Auf die vorangegangene Darstellung des allgemeinen Meinungsstands zur Wechselwirkung von Nacherfüllungsrecht und

Vertragsaufhebungsrecht hin seien im Folgenden zwei ausgewählte Punkte herausgegriffen. Das erste Problem in diesem Zusammenhang betrifft die Frage, wie die Beweislast im Rahmen des *right to cure* des Verkäufers auf die Vertragsparteien zu verteilen ist. Fragen der Beweislast im CISG werden zwar in der Rechtsprechung regelmässig aufgeworfen, sind allerdings noch kaum je in Zusammenhang mit Art. 48 CISG gestellt worden. Die weitaus meisten Fälle, in denen Beweislastfragen diskutiert worden sind, betreffen vielmehr Artt. 39 und 74 ff. CISG.⁴⁶

Der zweite, hier anzusprechende Punkt bezieht sich darauf, ob den Verkäufer, der nacherfüllen will, eine Obliegenheit zur Anzeige trifft.

1. Die Frage der Beweislast bei Art. 48 CISG

Das Handelsgericht Aargau nahm im Urteil vom 5. November 2002 an, dass es am Käufer gelegen habe, die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Nachbesserung zu beweisen („[da die Klägerin] ... zumindest sinngemäss ihre Nachbesserungsbereitschaft erklärt hat, trägt der Beklagte die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes ...“)⁴⁷. Diese beiläufige Aussage des Handelsgerichts verdient nähere Betrachtung, da in Zusammenhang mit Fragen der Beweislast unter dem CISG nach wie vor einige Unklarheiten bestehen.

Zunächst liegt Unsicherheit darüber vor, ob die Frage der Beweislast vom CISG überhaupt geregelt ist. Das Handelsgericht Aargau ging ohne Weiteres von einer solchen Regelung aus, doch ist dies nicht unumstritten.⁴⁸ So herrscht unter Anderem die Ansicht, Beweislastfragen seien lediglich partiell vom CISG geregelt;⁴⁹ vor allem aber spricht sich eine Reihe von Autoren dafür aus, für die Frage der Beweislast müsse auf die *lex fori* zu-

⁴² Erw. 4. c).

⁴³ Vgl. *sub* II. 2.

⁴⁴ Erw. 4. b) aa).

⁴⁵ Erw. 4. d) bb).

⁴⁶ Vgl. nur ICC International Court of Arbitration v. 1.1.1994, CISG-online Nr. 566 = CLOUT Nr. 300; OGH v. 27.8.1999, CISG-online Nr. 485; OGH v. 21.3.2000, CISG-online Nr. 641; OLG Rostock v. 25.9.2002, CISG-online Nr. 672; HGer Zürich v. 30.11.1998, CLOUT Nr. 251 = CISG online Nr. 415 = CLOUT Nr. 251; weitere Nachweise zu Art. 39 CISG bei *Schlechtriem/Schwenzer* (2000), Art. 39 Rn. 37 f.; zu Artt. 74 ff. CISG vgl. etwa BGH v. 9.1.2002, CISG-online Nr. 651; OGer Baselland v. 5.10.1999, CISG-online Nr. 492 = CLOUT Nr. 332; Tribunale de Vegevano v. 12.7.2000, CISG-online Nr. 493.

⁴⁷ Erw. 4. d) bb).

⁴⁸ Der Ansicht, das CISG regle die Frage der Beweislast, etwa *Schlechtriem/Ferrari* (2000), Art. 4 Rn. 49 f. m.v.Nachw. und bereits *Herber* in der Vorauflage, Art. 4 Rn. 22; *Honsell/Siehr*, Art. 4 Rn. 10; HGer Zürich v. 30.11.1998, CISG-online Nr. 415 = CLOUT Nr. 251 = SZIER 1999, 185; offengelassen in AppGer Tessin v. 21.9.1998, CISG-online Nr. 416 = CLOUT Nr. 252 = SZIER 1999, 188. Teilweise wird demgegenüber angenommen, die Beweislast habe sich nach dem über die Kollisionsregeln des Forums berufenen Recht zu richten, vgl. etwa BezGer der Saane v. 20.2.1997, = CISG-online Nr. 426 = CLOUT Nr. 261 = SZIER 1999, 195.

⁴⁹ Ausdrücklich der Ansicht, die Beweislast sei nur punktuell geregelt, die Kommentierung von *Bianca/Bonell* (Hrsg.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Mailand 1987 (Art. 36 Anm. 3.1 (*Bianca*); Art. 74, Anm. 2.8 (*Knapp*); Art. 44 Anm. 3.1 (*Sono*)).

rückgegriffen werden, also auf das am Gerichtsort anwendbare Recht.⁵⁰

Auch wenn man mit dem wohl überwiegenden Teil der Lehre davon ausgeht, dass die Frage der Beweislast dem CISG untersteht, lässt sie sich für den Fall des Verhältnisses von Art. 48 und Art. 49 CISG nicht umgehend beantworten. Im Beweisrecht gilt bekanntlich der Grundsatz, dass eine Tatsache zu beweisen hat, wer aus ihr Vorteile ableiten möchte.⁵¹ Dadurch wäre grundsätzlich zunächst zu folgern, dass die Beweislast für die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Nacherfüllung dem Verkäufer aufzuerlegen ist, da der Verkäufer aus Art. 48 CISG sein Recht auf Nachbesserung ableitet. Es kann aber bekanntlich dadurch eine Umkehr der Beweislast bewirkt werden, dass eine Vermutung zugunsten einer bestimmten Rechtslage aufgestellt wird.⁵² Vorliegend kommt es für die Beantwortung der Frage der Beweislast folglich entscheidend darauf an, ob das Verhältnis von Art. 48 und Art. 49 CISG als ein solches mit „Vermutungswirkung zugunsten der Nacherfüllung“ verstanden wird. Das Handelsgericht ging, wie gezeigt worden ist,⁵³ von einer solchen Vermutung aus, dass nämlich eine Nachbesserung des Erfüllungsmangels durch den Verkäufer im Regelfall möglich und zumutbar ist. Daher ist der Umstand, dass die Beweislast bezüglich Nacherfüllungsmöglichkeit und -zumutbarkeit dem Verkäufer auferlegt wurde, zumindest auf den ersten Blick konsequent.

Indessen ist hier eine Klarstellung erforderlich. Mag es zunächst auch scheinen, dass die Beweislast bei Art. 48 CISG für die Frage der Möglichkeit wie der Zumutbarkeit der Nacherfüllung einheitlich zu behandeln ist, ist doch, bei näherer Betrachtung, zwischen den beiden Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 CISG zu differenzieren. Die getrennte Aufzählung der beiden Kriterien – Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit der Nacherfüllung – erfolgt nämlich nicht umsonst. Bei der Möglichkeit der Nacherfüllung geht es um die Frage der technisch durchführbaren Behebung des Mangels. Bei der Zumutbarkeit hingegen wird abgewogen, ob der Käufer vernünftigerweise ein Interesse daran hat, dass nacherfüllt wird. Diesen beiden Aspekten ist schliesslich ein dritter Punkt hinzuzufügen, nämlich derjenige der Nacherfüllungsbereitschaft des Verkäufers. Für alle diese drei Aspekte ist die Frage der Beweislast gesondert zu prüfen.

Hinsichtlich des letztgenannten Punktes, der die Bereitschaft des Verkäufers zur Nacherfüllung betrifft, ist die Rechtslage verhältnismässig unproblematisch: Der Verkäufer muss im Konfliktfall nachweisen, dass er dem Käufer die Nacherfüllung angeboten hat. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem allgemeinen beweisrechtlichen Grundsatz, dass wer aus einer Tatsache Vorteile ableiten möchte, deren Vorliegen zu beweisen hat. So gilt beispielsweise – gleichsam spiegelbildlich – auch, dass der Käufer gemäss den allgemeinen Regeln des Beweisrechts die Beweislast dafür trägt, dem Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Ware entgegengehalten zu haben.⁵⁴

Damit, dass der Verkäufer seine Bereitschaft zur Nacherfüllung nachzuweisen hat, ist noch nichts darüber entschieden, wer die – objektive – Möglichkeit der Nacherfüllung (d.h. die Behebbarkeit des Mangels) sowie die Zumutbarkeit der Nacherfüllung für den Käufer zu beweisen hat. Hinsichtlich der Beweislast für die Möglichkeit der Nacherfüllung hat m.E. Folgendes zu gelten: Dem Verkäufer obliegt grundsätzlich die Beweislast für die ordnungsgemässe Erfüllung.⁵⁵ D.h. er trägt die Beweislast dafür, insgesamt eine vertragsgemässe Leistung erbracht zu haben. Bei Art. 48 CISG gilt folglich, dass der Verkäufer nachweisen muss, dass die vertragsgemässe Leistung noch erbracht werden kann.⁵⁶ Er trägt, mit anderen Worten, die Beweislast für die Möglichkeit der Nacherfüllung.⁵⁷ Es handelt sich hier, wie

erwähnt, um die Frage der praktischen Durchführbarkeit, nämlich darum, ob der vorliegende Mangel objektiv behoben werden kann – ungeachtet dessen, wer den Mangel beheben wird, ob dies der Verkäufer oder irgendein Dritter ist. Allerdings ist im Nachweis der Möglichkeit der Nacherfüllung gleichzeitig die Bereitschaft des Verkäufers zur Nacherfüllung zu erblicken.

Anders hingegen ist die Beweislastfrage hinsichtlich der Zumutbarkeit der Nacherfüllung für den Käufer zu regeln. In Anwendung der beweisrechtlichen Grundsätze rechtfertigt es sich hier, die Beweislast dem Käufer aufzuerlegen. Wer nämlich, in Einklang mit der neueren Lehre, die Zumutbarkeit der Nacherfüllung vermutet, bejaht gleichzeitig die Umkehr der Beweislast; d.h. der Käufer hat nachzuweisen, weshalb ihm die Nacherfüllung nicht zugemutet werden kann.⁵⁸ Dieses Resultat lässt sich ferner begründen durch die viel grössere Sachnähe des Käufers.⁵⁹ Es dürfte für den Käufer wesentlich einfacher sein, Tatsachen aufzuzeigen, die die Nacherfüllung *in concreto* unzumutbar machen. Der Verkäufer hingegen dürfte sich schwer tun, positive Gründe für die Zumutbarkeit der Nacherfüllung darzulegen.⁶⁰

Zusammenfassend lässt sich hinsichtlich der Frage der Beweislast festhalten: Im Unterschied etwa zum Handelsgericht Aargau ist zwischen der Bereitschaft des Verkäufers zur Nacherfüllung, deren Durchführbarkeit und deren Zumutbarkeit zu differenzieren. Der Verkäufer, der nacherfüllen will, muss diesen Willen sowie die objektive Behebbarkeit des Mangels nachweisen. Anders ist zu entscheiden bei der Frage der Zumutbarkeit der Nacherfüllung: Da vermutet wird, dass eine Nacherfüllung im Regelfall auch im Interesse des Käufers liegt und diesem folglich zumutbar ist, hat der Käufer, wenn er die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung geltend macht, diese nachzuweisen.

⁵⁰ Nachweise bei Ferrari, Burden of Proof Under the CISG, in: Pace (Hrsg.), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001, New York etc. 2002, 1, 4.

⁵¹ Vgl. Staudinger/Magnus, Wiener Kaufrecht (CISG), Neubearb. 1999, Art. 4 Rn. 68; Schlechtriem/Ferrari (2000), Art. 4 Rn. 50; ders. (Fn. 50), 1, 5.

⁵² Vgl. nur Schlechtriem/Schwenzler (2000), Art. 39 Rn. 49 m.v.Nachw.; Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 Rn. 16a.

⁵³ Sub III. 2.

⁵⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 45 zu Art. 39 CISG.

⁵⁵ Vgl. Hepting, in: Baumgärtel/Laumen (Hrsg.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Köln 1999, vor Art. 30 WKR Rn. 5 ff.

⁵⁶ D.h. die Frage, ob der Käufer, mit Abstrichen bezüglich Zeit und gewissen sonstigen Unannehmlichkeiten, die die nachträgliche Erfüllung mit sich bringt, innerhalb dieses Vertrags mit der vertragsgemässen Sachleistung rechnen kann.

⁵⁷ Ebenso der Ansicht, die Beweislast sei dem Käufer aufzuerlegen, Schlechtriem/Huber (2000), Art. 48 Rn. 16a; a.A. Honsell/Schwyder/Straub, Art. 48 Rn. 64.

⁵⁸ Vgl. nur Baumgärtel/Laumen/Hepting, Art. 48 WKR Rn. 5, der hier mit dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 CISG argumentiert: die Zumutbarkeit werde mit „wenn nicht“ geregelt, was es nahelege, die Beweislast dem Käufer aufzuerlegen (Art. 48 Abs. 1: „... kann der Verkäufer einen Mangel ... beheben, wenn dies keine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht und dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht.“).

⁵⁹ Zu diesem allgemeinen Grundsatz des Beweisrechts vgl. nur Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 69; Schlechtriem/Ferrari (2000), Art. 4 Rn. 51.

⁶⁰ Baumgärtel/Laumen/Hepting, vor Art. 30 WKR Rn. 11; Art. 48 WKR Rn. 6; AppGer Mons v. 8. 3. 2001, CISG-online Nr. 605.

2. Anzeigepflicht des Verkäufers

Die Lösung, wonach der Verkäufer im Regelfall sein Recht zur Mängelbeseitigung auch im Falle, dass der Käufer den Vertrag bereits aufgekündigt haben sollte, behält und nur ausnahmsweise das Vertragsaufhebungsrecht des Käufers vorgeht, trägt Vieles zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei. Zudem ist sie diejenige Lösung, die dem internationalen Charakter des CISG am ehesten entspricht.⁶¹ Dennoch bleibt bei diesem Resultat zumindest in einem Punkt ein Reststück an Unsicherheit für den Käufer. Die vom Handelsgericht Aargau vertretene und mit der herrschenden Meinung in Einklang stehende Auffassung hat zur Folge, dass immer, wenn der Mangel behebbbar ist, die Voraussetzungen zur Aufhebung des Vertrags noch nicht erfüllt sind. Es ist also essentiell, dass der Käufer um die Behebbarkeit des Mangels weiss.

Für die Situation, dass der Käufer die Mangelhaftigkeit der Ware gerügt hat, seitens des Verkäufers jedoch keine Anzeige der Nacherfüllungsbereitschaft erfolgt ist, enthält das CISG keine explizite Regelung. Die Absätze 2-4 von Art. 48 CISG, in denen auf eine Anzeige des Verkäufers Bezug genommen wird, regeln diese Frage gerade nicht: Sie geben dem Verkäufer lediglich die Möglichkeit, sich das Nacherfüllungsrecht zu sichern, indem der Käufer die Nacherfüllung annehmen muss, sofern er dieser auf Anzeige des Verkäufers hin entweder zustimmt oder aber auf diese hin schweigt. Die genannten Bestimmungen haben damit Klarstellungsfunktion, sie sagen jedoch nichts darüber aus, innerhalb welcher Frist der Verkäufer die Behebbarkeit des Mangels zu beweisen hat.⁶²

Da nun das CISG keine Anzeigepflicht, sondern bloss Interpretationsregeln für den Fall enthält, dass der Verkäufer seine Bereitschaft anzeigt, bleibt jedesmal, wenn eine Anzeige nicht erfolgt, für den Käufer die Frage offen, ob er dem Verkäufer die Möglichkeit zur Nacherfüllung einräumen muss oder nicht. Es ist, mit anderen Worten, fraglich, ob der Käufer von einem *curable breach* auszugehen hat, wenn ihm nichts Gegenteiliges kommuniziert wird, oder ob er sich vielmehr darauf verlassen kann, dass ihm eine etwaige Nacherfüllung angezeigt wird.

Die Frage ist – sofern überhaupt aufgeworfen – in der Literatur als eine solche „gegenseitigen Informationsgeschehens“⁶³ behandelt worden. Zeige der Verkäufer seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung nicht an, solle für die Mängelrüge des Käufers unterstellt werden, dass sie, zumindest bei leicht behebbaren Erfüllungsmängeln, die Aufforderung an den Verkäufer enthalte, diese Mängel rasch und den Umständen angepasst zu beheben.⁶⁴ Für diese Zeitspanne, die den Umständen angemessen sein müsse, dürfe der Käufer demnach keinen Rechtsbehelf ausüben, der im Widerspruch zur Nacherfüllung des Verkäufers stehe.⁶⁵

Diesen Überlegungen ist beizupflichten. Es sei indessen, und zwar einzig für die Begründung dieses Resultats, an dieser Stelle eine Ergänzung angebracht: Zu der Lösung, wie sie mittels der Annahme von Kommunikationsobligationen erzielt wird, dass nämlich der Käufer während einer den Umständen angemessenen Frist mit dem Ausüben von Rechtsbehelfen, die die Nacherfüllung durch den Verkäufer behindern würden, zu warten hat, führt auch die folgende Überlegung auf der Ebene des Beweisrechts. Möchte der Verkäufer von seinem Recht nach Art. 48 Abs. 1 CISG Gebrauch machen, hat er nachzuweisen, dass der Mangel behebbbar ist.⁶⁶ Da der Verkäufer die *curability* nur dann nachweisen wird, wenn er nacherfüllen will, ist der Nachweis der Behebbarkeit des Mangels als Bereitschaft

der Mängelbeseitigung anzusehen.⁶⁷ Ist dem Käufer dieser Wille zur Behebung des Mangels bekannt, so hat er dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung einzuräumen – abgesehen von den oben erwähnten Fällen, in denen der Vertragszweck für den Käufer bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung frustriert ist. Ist er dem Käufer jedoch nicht bekannt, bleibt die Anzeige also aus, trägt nach dem soeben Gesagten der Verkäufer das Risiko, dass die *curability* des Mangels nicht feststeht und der Käufer folglich einen mit der Nacherfüllung unvereinbaren Rechtsbehelf ausübt.

Für die kritische Phase, d.h. die Zeit, in der (noch) keine Anzeige erfolgt ist, aber möglicherweise eintreffen könnte, ist dem Verkäufer vernünftigerweise eine Zeitspanne zugestehen, innerhalb derer mit seiner Anzeige der Nacherfüllungsbereitschaft gerechnet werden kann. Während dieser Zeit verbleibt das Risiko beim Käufer. Die Dauer dieser Frist wird von den jeweiligen Umständen abhängen. An den Käufer wäre allerdings der Anspruch zu stellen, dass er, nachdem er die Möglichkeit der Nacherfüllung abgeklärt hat, den Käufer alsbald über seine Absicht unterrichtet, um die Zeit, während der sich der Käufer im Ungewissen befindet, kurz zu halten.

Somit ergibt sich, in Fortführung des Gedankens, dass der Verkäufer sowohl seine Bereitschaft zur Nacherfüllung als auch die Möglichkeit der technisch realisierbaren Behebung des Mangels nachzuweisen hat, dasselbe Ergebnis, das durch die Annahme von Kommunikationspflichten zwischen den Parteien erzielt wird: Es ist vom Verkäufer zu verlangen, dass er, sofern er von seinem Nacherfüllungsrecht nach Art. 48 Abs. 1 CISG Gebrauch machen will, dies dem Käufer anzeigt. Liegen keine Gründe für eine sofortige Vertragsaufhebung vor, so ist dem Verkäufer ab Erhalt der Mängelanzeige des Käufers eine angemessene Frist einzuräumen, während der mit seiner Anzeige, dass er nacherfüllen wird, zu rechnen ist.⁶⁸

Die hier vertretene Lösung findet sich in den UNIDROIT Principles in Art. 7.1.4 Abs. 1 ausdrücklich festgehalten: „(1) *The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure ...*“ Desgleichen ist in den derzeit unter Revision stehenden amerikanischen Uniform Commercial Code in Sec. 2-508 die Pflicht des Verkäufers aufgenommen worden, seine Bereitschaft zur Nacherfüllung anzuzeigen: „(2) *Where the buyer rejects goods or a tender of delivery ... and the agreed time for performance has expired, a seller that has performed in good faith, upon reasonable notice to the buyer and the seller's own expense, may cure the breach of contract ...*“⁶⁹ In diesen Regelwerken wird also explizit bestimmt, dass der Verkäufer seine Nacherfüllungsbereitschaft

⁶¹ Sub I. 1.

⁶² A.A. offenbar Heuzé (Fn. 15), Rn. 423; wie hier Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 48 Rn. 5.

⁶³ Dazu ausführlich Magnus, FS Schlechtriem, 599, 609; vgl. ferner Bridge (Fn. 14), § 3.38; Heuzé (Fn. 15), Rn. 422; Honnold, Art. 48 Rn. 297.

⁶⁴ Siehe Magnus a.a.O.

⁶⁵ Während dieser Frist gelte folglich dasselbe, wie wenn eine Anzeige der Nacherfüllung erfolgt wäre (Art. 48 Abs. 2 CISG).

⁶⁶ Sub IV. 1. An den Käufer sind, mit anderen Worten, keine besonderen Anforderungen an seine Sachkenntnis zu stellen – eine Ausnahme ist für offensichtlich behebbare Mängel einzuräumen.

⁶⁷ Sub IV. 1.

⁶⁸ In der Sache ähnlich Schlechtriem (Fn. 22), Rn. 180.

⁶⁹ Der Wortlaut ist am 13.5.2003 gutgeheißen worden und stellt nun die endgültige Fassung dar, >www.nccusl.org<.

anzuzeigen hat, dass ihm dafür allerdings eine vernünftige Frist einzuräumen ist.

V. Ergebnis

Der Überblick über die unterschiedlichen Ansichten zum Zusammenspiel von Art. 48 und Art. 49 CISG zeigt Folgendes: Anhand der Verhandlungen auf der Diplomatischen Konferenz lässt sich ableiten, dass die beteiligten Vertreter durchwegs der Ansicht waren, durch die Aufnahme des *right to cure* in das CISG würden Einzelfallabwägungen erforderlich sein. Die Formulierung „*some cases*“ im Sekretariatskommentar bringt dies deutlich zum Ausdruck.⁷⁰ Die dadurch geschaffene, im Vergleich zu den häufigen *clear-cut solutions* nationaler Rechtsordnungen⁷¹ automatisch unsicherere Lage entsteht somit gerade deswegen, weil unter dem CISG jeweils eine gerechte Interessenbalance angestrebt wird, die sich nicht abstrakt festlegen lässt.⁷²

In Rechtsprechung und Lehre wird – wie gezeigt worden ist – auf internationaler Ebene in den letzten Jahren vermehrt die Auffassung vertreten, die Nacherfüllung durch den Verkäufer sei möglichst weitgehend zuzulassen.⁷³ Betrachten wir den gegenwärtigen Stand der Schweizer Rechtsprechung, so präsentiert sich ebenfalls ein erfreuliches Bild. Das erste Schweizer Urteil, das sich vertieft mit der vorliegenden Frage auseinandersetzen hatte, folgt dem Auslegungsansatz, wonach die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Behebung des Mangels die Vertragsverletzung daran hindert, wesentlich zu sein.⁷⁴ Dies steht in Einklang mit der herrschenden Lehre und führt zu wirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen.

Die gegenteilige Lösung – allein das objektive Gewicht des Mangels sei entscheidend, ungeachtet einer Ersatzlieferungs- oder Nacherfüllungsmöglichkeit – würde unter dem CISG dazu führen, dass das *right to cure* des Verkäufers auf den Fall von Mängeln von untergeordnetem Gewicht beschränkt würde und praktisch ohne Bedeutung bliebe.⁷⁵ Nur bei leicht wiegenden Mängeln, d.h. nur im Rahmen des Art. 50 Satz 2 CISG, könnte der Verkäufer die Vertragsaufhebung durch Nachbesserung abwenden. Bereits aus gesetzessystematischen Überlegungen ergäbe dies jedoch wenig Sinn: Der diskutierte Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG betrifft diejenigen Fälle, in denen Lieferung der Ware erfolgt ist, der Verkäufer die Vertragsleistung allerdings nicht wie erfordert erbringt und dadurch dem Käufer im Wesentlichen entgeht, was er aus dem Vertrag erwarten durfte. Bleibt die Lieferung nun ganz aus, so handelt es sich um eine Nichtlieferung im Sinne des Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG. Diese Nichtlieferung der Ware als schwerster Verstoss gegen die Verkäuferpflichten berechtigt – ausser in den Fällen, in denen die Nichtlieferung für sich allein eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt – nicht zu einer sofortigen Vertragsaufhebung. Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG sieht vielmehr vor, dass der Käufer dem Verkäufer eine Nachfrist einräumen muss, und erst nach Ausbleiben der Lieferung innerhalb dieser Frist darf der Vertrag aufgehoben werden.⁷⁶ Würde nun der vorliegend abgelehnten Auffassung gefolgt, wonach der objektiv schwerwiegende Mangel der Ware zur sofortigen Vertragsaufhebung berechtigte, wäre der Verkäufer bei einem gewöhnlichen Termingeschäft schlechter gestellt, wenn er eine mangelhafte Lieferung erbringen würde, als wenn

er gar nicht geliefert hätte.⁷⁷ Eine derartige Ungleichbehandlung der Parteiinteressen zu Lasten des Verkäufers liesse sich mit dem Zweck des CISG kaum vereinbaren.

⁷⁰ Sub II. 1.

⁷¹ Vgl. etwa Art. 208 schweizerisches OR; zu England vgl. Sec. 11(3) Sale of Goods Act, dazu *Kircher*, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Tübingen 1998, 193; *Bridge* (Fn. 14), § 3.34; zu Neuseeland *Plate*, 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law* (2002), 57, 73 ff.

⁷² Vgl. auch *Gärtner*, Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special reference to German Law, in: *Pace* (Hrsg.), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001, New York etc. 2002, 59, 96; *Bridge* (Fn. 14), § 3.34.

⁷³ Sub II 2.

⁷⁴ Sub III. 2.

⁷⁵ Vgl. beispielsweise Art. 205 Abs. 1 OR, wonach der Käufer, der mangelhafte Ware erlangt hat, die sofortige Wandlung des Vertrags erklären kann. Das im Rahmen des Art. 205 Abs. 2 OR zugestandene richterliche Ermessen geht nur dahin, statt der Wandlung des Käufers eine blosser Minderung bzw., nach Art. 205 Abs. 1 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, ein Recht auf Nachbesserung (des Käufers) zuzugestehen. Eine Berücksichtigung der Nacherfüllungsmöglichkeit und -bereitschaft durch den Verkäufer wird allenfalls in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB bejaht, vgl. *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 93.

⁷⁶ Art. 47 Abs. 1 CISG.

⁷⁷ So auch *Petricic* (Fn. 13), 89.

On the relationship between the seller's right to deliver substitute goods and the buyer's right to declare the contract avoided in the context of the CISG with special regard to the jurisdiction of the Swiss courts: The author discusses particularly Art. 48 and Art. 49 CISG and their correlation, and highlights the different opinions on the curability of a fundamental breach. The discussion focused on the question whether a severe defect in the performance of the contract that could be remedied by the seller constituted a fundamental breach entitling the buyer to declare the contract avoided. There was legal literature to the effect that the curability of the defect was irrelevant for the buyer's right to avoid the contract because the breach was still fundamental in spite of its curability. The author prefers the opposing opinion according to which the seller's ability and readiness to remedy the defect in his performance was relevant and not the objective severity of the defect in itself. Otherwise, the buyer could deprive the seller of his right to remedy the defect by simply declaring the contract avoided. The author welcomes the tendency of the Swiss courts to hold that a breach of contract was not fundamental and the buyer not entitled to avoid the contract as long as the seller was ready and able to remedy his failure to perform his contractual obligations. She further analyses the question of the burden of proof under Art. 48 CISG and discusses whether there is an obligation of the seller to give notice of its intention to cure the breach.