

Thomas Koller

«Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts» im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Recht

Genauso wie im innerstaatlichen Recht spielen auch im internationalen Kaufrecht «Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts» eine wichtige Rolle. Bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen, die dem UN-Kaufrecht (CISG) unterliegen, stehen entsprechende Ansprüche gestützt auf das Einheitsrecht in einem Spannungsverhältnis zu funktional äquivalenten Ansprüchen nach nationalem Recht. Das Schweizerische Bundesgericht hat in diesem Problemfeld ein wegweisendes Urteil gefällt.

Beitragsart: Jusletter-Jubiläum

Rechtsgebiete: Kaufrecht; Europarecht und Internationales Recht; Obligationenrecht; Internationales Handelsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Koller, «Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts» im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Recht, in: Jusletter 11. Mai 2020

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Problemlage
- III. Das Verhältnis zwischen den Rechtsbehelfen des Käufers gemäss UN-Kaufrecht bei Vertragswidrigkeit der Ware zum Grundlagenirrtum des schweizerischen Rechts
 1. Allgemeines
 2. Das Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und Sacheigenschaftsirrtum gemäss Lehre
 3. Das Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und Sacheigenschaftsirrtum gemäss schweizerischer Rechtsprechung
 - a. Der Ausgangsfall
 - b. Das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018
 - c. Das Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2019
 - d. Die Reaktion der Literatur auf das Bundesgerichtsurteil
- IV. Entrecte: Hat dieses (wegleitende) Bundesgerichtsurteil Auswirkungen auf die Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Irrtumsanfechtung und nationalem Sachmängelgewährleistungsrecht?
- V. Konkurrenz anderer funktional äquivalenter Rechtsbehelfe mit den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware
 1. Das Verhältnis zwischen der Täuschung nach nationalem Recht und den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware
 2. Das Verhältnis zwischen der culpa in contrahendo nach nationalem Recht und den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware
- VI. Fazit

I. Einleitung

[1] WOLFGANG WIEGAND, der am 8. Mai seinen 80. Geburtstag feiern konnte, verdanke ich ausserordentlich viel. Er hat wissenschaftlich, mental und – durch die Beschaffung von Geldern beim Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung – auch finanziell mein Habilitationsprojekt über die Interdependenz zwischen Privatrecht und Steuerrecht massgeblich unterstützt und gefördert. Anschliessend hat er meine Habilitationsschrift als einer der beiden Gutachter zügig und wohlwollend beurteilt. Und schliesslich haben wir später, als wir Fakultäts- und Institutskollegen waren, während vieler Jahre in einem freundschaftlichen Verhältnis hervorragend zusammengearbeitet. Gerne möchte ich ihm daher zu seinem runden Geburtstag diesen Beitrag widmen.

[2] Das wissenschaftliche Betätigungsfeld von WOLFGANG WIEGAND ist ausserordentlich breit. In der dem Jubilar zum 65. Geburtstag überreichten Festschrift¹ hat HEINRICH HONSELL dessen weites Interessen- und Arbeitsgebiet, «das sich von der Rechtsgeschichte über das Privatrecht bis zum Bank- und Wirtschaftsrecht erstreckt», eindrücklich umschrieben.² Aus der Fülle der von WOLFGANG WIEGAND bearbeiteten Probleme möchte ich im Hinblick auf den hier beschränkten Raum nur ein kleines herausgreifen und den von ihm aufgegriffenen Faden gleichsam weiterspinnen. Gemeint ist das berühmte «Picasso-Urteil» des Schweizerischen Bundesgerichts,³ mit dem

¹ Norm und Wirkung – Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, hrsg. von Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller, Bern und München 2005.

² HEINRICH HONSELL [Fn. 1], Vorwort, S. V/VI.

³ BGE 114 II 131.

sich WOLFGANG WIEGAND in einer luziden Besprechung in der von ihm gegründeten Zeitschrift «recht» eingehend auseinandergesetzt hat.⁴

II. Problemlage

[3] Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich ein Käufer, dem die Verkäuferin eine mangelhafte Sache übergibt, alternativ entweder auf die Bestimmungen der Sachmängelgewährleistung⁵ oder auf Willensmängel, konkret auf Grundlagenirrtum,⁶ berufen, d.h. die Sachmängelgewährleistung «verdrängt» (bildhaft gesprochen) im schweizerischen Vertragsrecht das Willensmängelrecht nicht. Selbstverständlich ist dies nicht. Andere Rechtsordnungen, so etwa die deutsche, sehen eine solche Konkurrenz nicht vor.⁷

[4] In der schweizerischen Lehre war die bundesgerichtliche Rechtsprechung jahrzehntelang höchst umstritten. Im erwähnten «Picasso-Urteil» hat das Bundesgericht die Gelegenheit ergriffen, auf diese Kritik einzugehen. An seiner langjährigen Praxis hielt es dabei fest. In *methodologischer Hinsicht* ist das Urteil nicht unproblematisch, wie WOLFGANG WIEGAND sehr schön aufgezeigt hat. Mit einem leicht ironischen Unterton hat er es als «Nullentscheid» bezeichnet.⁸ Eine wunderbare sprachliche Mehrdeutigkeit!

[5] Ob die skizzierte höchstrichterliche Praxis *im Ergebnis sachgerecht* ist, ist fraglich. Darauf soll in diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden. Immerhin werde ich unten in einem «Entreacte» kurz darauf zurückkommen.⁹

[6] Von Interesse ist hier etwas anderes: Die Frage, ob sich der Käufer im Falle eines Sachmangels statt auf die entsprechenden Behelfe des Kaufrechts alternativ auf einen Grundlagenirrtum berufen kann oder ob das Sachmängelgewährleistungsrecht andere Rechtsbehelfe verdrängt, stellt sich nicht nur dann, wenn das Kaufrecht des Schweizerischen Obligationenrechts zur Debatte steht, sondern auch wenn ein Vertrag dem UN-Kaufrecht (CISG)¹⁰ unterliegt.

⁴ WOLFGANG WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989 S. 101 ff.

⁵ Art. 197 ff. OR.

⁶ Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

⁷ Siehe dazu statt aller etwa ULRICH G. SCHROETER, Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht und Anforderungen an Ausschlussvereinbarungen bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) – Zugleich Anmerkung zu Schweizerisches Bundesgericht, 28.5.2019 – 4A_543/2018, IHR 2019 S. 231 ff. (im Folgenden: SCHROETER, Irrtumsanfechtung), S. 233, m.Nw.

⁸ WIEGAND [Fn. 4], S. 102.

⁹ Siehe unten Ziff. IV.

¹⁰ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1), in Kraft seit 1. Januar 1988, für die Schweiz seit 1. März 1991.

III. Das Verhältnis zwischen den Rechtsbehelfen des Käufers gemäss UN-Kaufrecht bei Vertragswidrigkeit der Ware zum Grundlagenirrtum des schweizerischen Rechts

1. Allgemeines

[7] Das UN-Kaufrecht regelt nicht alle Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit einem internationalen Kaufvertrag stellen können. *Zwangsläufig sind daher bei jedem an sich dem Einheitsrecht unterliegenden Vertrag auch nationale Rechtsnormen im Spiel.* Welches nationale Recht dabei neben dem UN-Kaufrecht zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) des Forumsstaates. Das neben dem CISG massgebende nationale Recht kann sich entweder aufgrund einer *objektiven Anknüpfung* ergeben, in der Schweiz etwa gestützt auf Art. 3 des Haager Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955¹¹, oder gestützt auf eine *Rechtswahlklausel* im Kaufvertrag¹² (soweit eine solche Klausel nicht gleichzeitig als Opting-Out-Klausel i.S.v. Art. 6 CISG interpretiert wird¹³).

[8] Nicht nach UN-Kaufrecht, sondern nach nationalem Recht beurteilt sich die *Gültigkeit des Vertrages*.¹⁴ Zu den Fragen der Vertragsgültigkeit gehören unter anderem die *Willensmängelregeln*, wie sie die nationalen Rechtsordnungen kennen. Unbestrittenermassen kann sich daher eine Vertragspartei bei einem dem CISG unterliegenden Vertrag z.B. auf einen *Erklärungsirrtum* i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 OR berufen. Die Vertragsschlussregeln des Einheitsrechts¹⁵ verdrängen die Erklärungsirrtumsregeln des Partikularrechts nicht.¹⁶

2. Das Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und Sacheigenschaftsirrtum gemäss Lehre

[9] Was für den Erklärungsirrtum gilt, braucht indessen nicht auch für eine andere Art des Irrtums zu gelten, nämlich für den *Sacheigenschaftsirrtum*, der einen (praktisch wichtigen) Unterfall des Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR darstellt und vorliegend von Interesse ist. In der Lehre wurde soweit ersichtlich weit überwiegend die Auffassung vertreten, das

¹¹ SR 0.221.211.4; vgl. dazu auch die Verweisung in Art. 118 Abs. 1 IPRG.

¹² Vgl. dazu Art. 2 des erwähnten Haager Übereinkommens.

¹³ Wie das Schweizerische Bundesgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre festgehalten hat, stellt die Wahl des Rechts eines Vertragsstaates vermutungsweise keinen impliziten Ausschluss des CISG dar, da das Einheitskaufrecht einen Bestandteil des nationalen Rechts bildet (Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, E. 4.1 [in BGE 145 III 383 nicht publiziert], CISG-online Nr. 4463 [abrufbar auf der überarbeiteten Datenbank voraussichtlich ab Mitte Mai 2020]). Unterstellen die Parteien den Kaufvertrag also z.B. schweizerischem Recht, ohne das UN-Kaufrecht gleichzeitig ausdrücklich auszuschliessen, so gilt das UN-Kaufrecht im Zweifel nicht als abgewählt.

¹⁴ Art. 4 lit. a CISG.

¹⁵ Art. 14 ff. CISG.

¹⁶ Dazu statt aller etwa ULRICH MAGNUS, Art. 4 CISG Rz. 48 (mit einer Einschränkung für die Falschübermittlung in Rz. 51), in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2018, Berlin 2018 (im Folgenden: STAUDINGER/MAGNUS); CHRISTOPH BRUNNER/THOMAS MURMANN/MARIUS STUCKI, Art. 4 CISG Rz. 10, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), The Netherlands 2019; PETER HUBER, Art. 4 CISG Rz. 24, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 8. Aufl. München 2019 (im Folgenden: MK-BGB-HUBER).

Siehe aus der Rechtsprechung etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.296/2000 vom 22. Dezember 2000, E. 3a (CISG-online Nr. 628).

CISG regle die Ansprüche des Käufers wegen Vertragswidrigkeit der Kaufsache abschliessend, weshalb insoweit kein Raum für eine Anfechtung des Vertrages nach nationalem Recht bleibe.¹⁷ Das habe unabhängig davon zu geschehen, wie das betreffende nationale Recht die Konkurrenzfrage für inländische Sachverhalte entscheide.¹⁸ Formal begründet wird diese Auffassung etwa damit, man müsse vom Vorrang der Vorschriften des Übereinkommens ausgehen, wenn es eine «funktional äquivalente Lösung» bereithalte.¹⁹ Die materielle Begründung lässt sich kurz fassen: *Es sollen nicht über Normen des nationalen Irrtumsrechts wesentliche Regelungen des UN-Kaufrechts* (z.B. über die Untersuchungs- und Anzeigemodalitäten gemäss Art. 38 f. CISG, über die Rügebefristung nach Art. 39 Abs. 2 CISG und ganz besonders über die bloss beschränkte Möglichkeit der Vertragsaufhebung bei wesentlicher Vertragsverletzung²⁰) *umgangen werden*.²¹ Das Leistungsstörungsrecht der CISG etabliere in allen diesen Punkten *ein Gleichgewichtsregime*, dem – so eindrücklich MANKOWSKI – nicht durch Anwendung nationaler Regeln über Willensmängel der Boden entzogen werden könne.²² Hinsichtlich der Eigenschaften der Vertragsware lasse sich – so MAGNUS – auch *kein zwingendes rechtspolitisches Bedürfnis* erkennen, daneben die Anfechtung nach nationalem Recht zuzulassen.²³

[10] Das skizzierte Konkurrenzproblem lässt sich in der Praxis immerhin entschärfen bzw. – wie SIEHR es ausdrückt – gering halten, wenn man im nationalen Recht nicht jede Enttäuschung über eine mangelhafte *Lieferung* als Irrtum bei *Vertragsschluss* über eine einwandfrei bezeichnete Warengattung interpretiert.²⁴ SIEHR führt aus, bei Gattungskäufen, die im internationalen Handel überwiegen, müssten auch die Staaten, die eine Konkurrenz von Grundlagenirrtum und Sachgewährleistung bejahen, eine Irrtumsanfechtung wegen Enttäuschung über die Lieferung wegen schlechter Qualität ablehnen. Wer von einem Produkthändler eine bestimmte Menge Weizen besonderer Qualität kaufe, irre sich bei *Vertragsschluss* ebenso wenig über eine spätere nicht vertragskonforme Leistung, wie sich der Verkäufer bei *Vertragsschluss* nicht über die spätere schlechte Zahlungsmoral des Käufers irre. Allenfalls bei Speziessachen oder beschränkten Gattungsschulden könne man sich bei Vertragsschluss über Sachmängel irren.²⁵

[11] Die Auffassung von SIEHR ist zutreffend und entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die bei Gattungsschulden eine Willensmängelanfechtung wegen Grundlagenirrtums aus-

¹⁷ Dazu statt aller etwa STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 48 ff.; BRUNNER/MURMANN/STUCKI [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 10; MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 25 ff.; MARCO FERRARI, Art. 4 CISG Rz. 24, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl. München 2019; PETER MANKOWSKI, Art. 4 CISG Rz. 10, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. München 2018 (im Folgenden: MK-HGB-MANKOWSKI); KURT SIEHR, Art. 4 CISG Rz. 9, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010; MILENA DJORDJEVI, Art. 4 CISG Rz. 21 f., in: UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), hrsg. von Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas, 2. Aufl. München 2018, alle je m.Nw.

Siehe dazu aus der Rechtsprechung etwa das Urteil des Landgerichts Aachen vom 14. Mai 1993 43 O 136/92, E. 2d (CISG-online Nr. 86).

¹⁸ MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 27.

¹⁹ FERRARI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 22.

²⁰ Art. 49 Abs. 1 lit a i.V.m. Art. 25 CISG.

²¹ MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 27; sinngemäss auch STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 50, und DJORDJEVI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 22.

²² MK-HGB-MANKOWSKI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 10.

²³ STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 50.

²⁴ SIEHR [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 9 (Hervorhebungen im Original).

²⁵ SIEHR [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 9 (Hervorhebungen im Original).

schliesst, wenn der Verkäufer schlechte Ware liefert.²⁶ Allerdings gibt es eine Ausnahme, die SIEHR nicht erwähnt. Ein Grundlagenirrtum über Sachmängel ist bei Gattungskäufen möglich, wenn die Gattung als Ganzes mangelhaft ist,²⁷ sodass sich der Käufer über eine Gattungseigenschaft irrt.²⁸ Das kann, wie sogleich zu zeigen sein wird, in der Praxis durchaus vorkommen.

3. Das Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und Sacheigenschaftsirrtum gemäss schweizerischer Rechtsprechung

a. Der Ausgangsfall

[12] Der in der Lehre vertretenen Auffassung ist die schweizerische Rechtsprechung vor kurzem gefolgt, und zwar zunächst das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in einem Urteil vom 24. August 2018²⁹ und anschliessend das Bundesgericht mit Urteil vom 28. Mai 2019³⁰.

[13] Dem Fall lagen Kaufverträge zugrunde, die eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Basel (die IWB = Industrielle Werke Basel³¹) als Käuferin im Anschluss an ein Submissionsverfahren mit einer Verkäuferin mit Sitz in Slowenien sowie mit deren Tochtergesellschaft in der Schweiz geschlossen hatte. Kaufgegenstand waren elektronische Drehstromzähler. Die in die Verträge integrierten Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Käuferin enthielten eine Rechtswahlklausel auf das schweizerische Recht. Mehrere Jahre nach der Lieferung der Drehstromzähler orientierte die Verkäuferin die Käuferin über die Möglichkeit von Haarbildungen und daraus resultierenden Messfehlern (das sogenannte «Whiskers-Problem»)³². In der Folge erklärte die Käuferin, sie erachte sämtliche Verträge zufolge Irrtums für unverbindlich; daher forderte

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.300/2006 vom 19. Februar 2007, E. 5.2 und E. 5.3, in BGE 133 III 335 nicht publiziert; BGE 94 II 26 E. 1 S. 29; kritisch zu dieser Praxis ARNOLD F. RUSCH, Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010 S. 553 ff.; zustimmend demgegenüber etwa HEINRICH HONSELL, Vor Art. 197–210 N 9, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl. Basel 2020 (im Folgenden: BSK OR I-HONSELL), sowie THOMAS KOLLER, S. 497 ff. (Kommentierung von BGE 133 III 335), in: Thomas Koller/Frédéric Krauskopf/Ivo Schwander, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2015 (im Folgenden: TH. KOLLER, Kommentierung), S. 513 f., m.Nw.

²⁷ BSK OR I-HONSELL [Fn. 26], Vor Art. 197–210 N 9.

²⁸ THOMAS KOLLER, «Sic transit gloria Paracelsi» (Bachelorprüfung im Privatrecht), ius.full 2/18 S. 70 ff., S. 86.

²⁹ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018, ZB.2017.20/AG.2018.557 (abrufbar auf Swissex; publiziert in IHR 2019 S. 101 ff. sowie in CISG-online Nr. 3906 [abrufbar auf der überarbeiteten Datenbank voraussichtlich ab Mitte Mai 2020]).

Dazu ausführlich und überzeugend ULRICH G. SCHROETER, Grenzfragen des Anwendungsbereichs und international einheitliche Auslegung des UN-Kaufrechts (CISG) – Zugleich Anmerkung zu Appellationsgericht Basel-Stadt vom 24.8.2018 – ZB.2017.20 (AG.2018.557), IHR 2019 S. 133 ff. (im Folgenden: SCHROETER, Grenzfragen). Siehe zudem auch den Hinweis bei VIOLA HEUTGER, Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz, SRIEL 2019 S. 691 ff., S. 694 ff.

Anders entschieden hatte demgegenüber das Zivilgericht Basel-Stadt als erste Instanz. Das Zivilgericht kam zum Schluss, dass auch im Anwendungsbereich des CISG bei Sachmängeln alternativ eine Irrtumsanfechtung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR möglich sei (siehe dazu den Hinweis in E. 5.2 des Urteils des Appellationsgerichts).

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, auszugsweise publiziert in BGE 145 III 383.

Dazu ausführlich und überzeugend SCHROETER, Irrtumsanfechtung [Fn. 7], S. 231 ff.

³¹ Siehe dazu «Autsch, das wird teuer für die IWB: Stromzähler-Debakel endete vor Bundesgericht», bz – Zeitung für die Region Basel vom 21. Juli 2019, abrufbar unter <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/autsch-das-wird-teuer-fuer-die-iwb-stromzaehler-debakel-endete-vor-bundesgericht-135285755>.

³² Siehe dazu «Fehlerhafte Stromzähler zocken IWB-Kunden ab», TagesWoche vom 17. November 2012, abrufbar unter <https://tageswoche.ch/gesellschaft/fehlerhafte-stromzaehler-zocken-iwb-kunden-ab/>.

sie die Verkäuferinnen auf, den Kaufpreis zuzüglich Zinsen gegen Herausgabe der Stromzähler zurückzuerstatten. Die Verkäuferinnen lehnten dies ab.

[14] Der Fall bot eine reiche Fülle von sehr bedeutsamen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem UN-Kaufrecht, mit denen sich sowohl das Appellationsgericht als auch das Bundesgericht einlässlich auseinandersetzten,³³ auf die hier jedoch nicht einzugehen ist. Vorliegend von Interesse ist bloss, dass beide Instanzen – aus meiner Sicht völlig zutreffend – entschieden habe, die Verträge würden dem UN-Kaufrecht unterliegen, da sowohl Slowenien als auch die Schweiz Vertragsstaaten des Einheitskaufrechts seien (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Das Submissionsverfahren und die Rechtswahlklausel würden nicht zu einem Ausschluss des UN-Kaufrechts führen.³⁴

[15] Damit war zu prüfen, ob sich die Käuferin trotzdem gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auf Grundlagenirrtum berufen konnte. Das war von entscheidender Bedeutung, denn allfällige Ansprüche der Käuferin gegen die Verkäuferinnen aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware nach Art. 35 ff. CISG waren im Zeitpunkt, als die Käuferin die Verträge angefochten hatte, wegen Ablaufs der Rügefrist von Art. 39 Abs. 2 CISG längst verwirkt.³⁵ Gleichzeitig ist anzunehmen, dass in diesem Fall die Tatbestandsvoraussetzungen des Grundlagenirrtums erfüllt waren, obwohl ein Gattungskauf vorlag. Soweit ersichtlich waren nicht bloss einzelne Stromzähler mangelhaft, sondern es war offenbar die ganze Gattung vom «Whiskers-Problem» betroffen. Das dürfte denn auch der Grund dafür gewesen sein, dass das Zivilgericht Basel-Stadt als erste Instanz der Klage stattgegeben hatte.³⁶

b. Das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018

[16] Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bietet zunächst einen weitreichenden Überblick über den Meinungsstand in der rechtswissenschaftlichen Literatur.³⁷ Sodann betont es unter Berufung auf die herrschende Lehre, dass nur mit dem Ausschluss der Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften der Kaufsache *die mit dem CISG bezweckte Rechtseinheit gewährleistet werden könne*. Die alternative Zulassung der Willensmängelanfechtung würde die zum Zweck rascher Abwicklung sinnvollen restriktiveren Voraussetzungen der Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit der Ware aushebeln und *die mit dem CISG angestrebte internationale Rechtsvereinheitlichung in einem Kernbereich des Kaufrechts aushöhlen*.³⁸ Die Anfechtung dem CISG unterstehender Kaufverträge wegen Irrtums über Eigenschaften der Kaufsache sei daher nicht möglich.³⁹

³³ Dazu einlässlich SCHROETER, Grenzfragen [Fn. 29], S. 133 ff., und DERS., Irrtumsanfechtung [Fn. 7], S. 231 ff.

³⁴ Einlässlich dazu E. 4 des Urteils des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019 (in BGE 145 III 383 nicht publiziert).

³⁵ Zudem wären allfällige Ansprüche der Käuferin wegen Vertragswidrigkeit der Ware in diesem Zeitpunkt wohl bereits auch verjährt gewesen. Die Verjährung solcher Ansprüche beurteilt sich nicht nach UN-Kaufrecht, sondern nach nationalem Recht, hier also gestützt auf die Rechtswahlklausel nach schweizerischem Recht. Anwendbar sein dürfte die Zweijahresfrist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR und nicht die Fünfjahresfrist gemäss Art. 210 Abs. 2 OR. Da die Stromzähler meines Wissens im Eigentum der Versorgungsbetriebe bleiben, werden sie zwar physisch in Häuser eingebaut, rechtlich aber nicht in ein unbewegliches Werk integriert.

³⁶ Vgl. oben Fn. 29 in fine.

³⁷ BGE 145 III 383 E. 5 S. 384 ff.

³⁸ E. 5.3. des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018 [Fn 29] (Hervorhebungen hinzugefügt).

³⁹ E. 5.4. des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018 [Fn. 29].

c. Das Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2019

[17] Das Bundesgericht bestätigt diese Rechtsprechung in seinem einlässlich begründeten Urteil vom 28. Mai 2019.⁴⁰ Ebenfalls unter Berufung auf die herrschende Lehre führt es aus, mit seinen Normierungen betreffend die vertragliche Beschaffenheit der Kaufsache, welche auch den Kenntnisstand des Käufers berücksichtigen würden, enthalte das CISG eine dem Grundlagenirrtum *funktional äquivalente Regelung*.⁴¹ Es sei kein zwingendes rechtspolitisches Bedürfnis erkennbar, das die konkurrierende Anfechtung nach innerstaatlichem Recht fordern würde. Das CISG sehe eine Vertragsaufhebung im Interesse der effizienten Streitbeilegung zu Recht nur als *ultima ratio* vor. Ein Rückgriff am Übereinkommen vorbei auf Bestimmungen internen Rechts zur Anfechtung der Gültigkeit zufolge Irrtums betreffend Eigenschaften der Kaufsache würde *den im CISG vorgenommenen Interessenausgleich stören und die angestrebte Vereinheitlichung der Anspruchsgrundlagen untergraben*. Deshalb sei davon auszugehen, *dass das CISG insoweit abschliessende und internes Recht ausschliessende Geltung beanspruche*.⁴² Es verbiete sich damit der Rückgriff auf interne Normen zur Gültigkeitsanfechtung, *soweit es sich um Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts handle*.⁴³

d. Die Reaktion der Literatur auf das Bundesgerichtsurteil

[18] Im Internet wurde dieses Bundesgerichtsurteil zu Recht als «landmark decision» bezeichnet.⁴⁴ ULRICH G. SCHROETER bewertet es als Leitentscheidung zum UN-Kaufrecht, der sowohl in ihren Auslegungsergebnissen als auch in ihrer einheitsrechtlich-methodischen Vorgehensweise internationale Vorbildfunktion zukomme.⁴⁵ So viel (berechtigte) Lorbeeren erhält die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts fürwahr nicht immer.

[19] Allerdings ist auch eine kritische Stimme nicht ausgeblieben. GALLI/VISCHER sind der (etwas verschlungen ausgedrückten) Meinung, an sich «könnte man sich Kommentare zum hier besprochenen Urteil sparen und sich damit begnügen, festzuhalten, dass sich der gordische, sich um die Frage des Verhältnisses von OR und CISG in Bezug auf die Rechtsbehelfe bei einem Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache windende Knoten unter dem Schwerthieb der lemanischen Justitia gelöst hat. (...) Der Knoten hat sich aber nicht wirklich gelöst.»⁴⁶ Auf die Gründe, weshalb dies gemäss GALLI/VISCHER so sein soll, wird zurückzukommen sein.

⁴⁰ Urteil 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, auszugsweise publiziert in BGE 145 III 383.

⁴¹ BGE 145 III 383 E. 5.3.1 S. 387 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴² BGE 145 III 383 E. 5.3.2 S. 388 f. (Hervorhebungen z.T. hinzugefügt).

⁴³ BGE 145 III 383 E. 5.3.3 S. 389 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁴ So etwa in <https://www.loyensloeff.com/ch/en/news/landmark-decision-of-the-swiss-supreme-court-on-the-cisg-n15985/> oder in <https://globalarbitrationnews.com/switzerland-new-landmark-decision-applicability-cisg-interaction-swiss-law-case-fundamental-errors/>.

⁴⁵ SCHROETER, Irrtumsanfechtung [Fn. 7], S. 235 (mit vorgängiger einlässlicher Begründung).

⁴⁶ DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anwendbarkeit des CISG auch bei einem Irrtum über Eigenschaften des Kaufgegenstands, dRSK, publiziert am 27. Januar 2020 (abrufbar unter https://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=2556&lang=de), Rz. 8.

IV. Entreacte: Hat dieses (wegleitende) Bundesgerichtsurteil Auswirkungen auf die Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Irrtumsanfechtung und nationalem Sachmängelgewährleistungsrecht?

[20] Aus meiner Sicht ist der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts (wie auch schon das vorangegangene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt) absolut sachgerecht. Weshalb das so ist, hat SCHROETER in seinen beiden Besprechungen einlässlich und überzeugend dargelegt.⁴⁷

[21] Interessant ist nun allerdings die Frage, ob dieses Urteil nicht Rückwirkungen auf die Praxis des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen Irrtumsanfechtung und nationalem Sachmängelgewährleistungsrecht haben müsste.

[22] SCHROETER bewertet es als positiv, dass das Bundesgericht im hier interessierenden Urteil die Sachfrage bewusst anders entscheidet als unter dem nationalen Schweizer Recht. Dies belege in begrüssenswerter Weise die Fähigkeit der Richter, sich von nationalen Vorverständnissen zu lösen und sich so einem häufig befürchteten «homeward trend» entgegenzusetzen.⁴⁸ Unter methodologischen Gesichtspunkten ist diese Bewertung absolut korrekt. Es wäre methodologisch auf keinen Fall angängig gewesen, die im Streit stehende Konkurrenzfrage im internationalen Verhältnis nur deshalb anders zu entscheiden, als es das Bundesgericht tat, weil nach nationalem Recht die Sachmängelgewährleistungsregeln die Irrtumsregeln nicht verdrängen. Zutreffend weist das Bundesgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Übereinkommen nach Art. 7 Abs. 1 CISG autonom auszulegen sei, womit nationalrechtliche dogmatische Kategorien und Terminologien untauglich seien. Die Beschwerdeführerin könne daher aus der Rechtsprechung zum OR keinen Widerspruch ableiten.⁴⁹ Das heisst indessen nicht, dass man sich nicht fragen kann, ob die Praxis zum nationalen Recht weiterhin aufrechterhalten werden soll.

[23] Die Gedankenführung des Bundesgerichts in der Sache selbst liesse sich nach meinem Dafürhalten durchaus auch auf die Konkurrenzfrage nach nationalem Recht übertragen. Denn: Warum soll zwar der im CISG vorgenommene Interessenausgleich bei der Regelung der Folgen der Vertragswidrigkeit der Ware gestört werden, wenn alternativ ein Rückgriff auf die Vertragsanfechtung wegen eines Sacheigenschaftsirrturns zugelassen würde, nicht aber der vom nationalen Gesetzgeber im Sachmängelgewährleistungsrechts des OR ja doch wohl ebenfalls vorgenommene Interessenausgleich? Warum soll bloss im internationalen Verhältnis der Grundlagenirrtum durch die funktional äquivalente Regelung der Folgen der Vertragswidrigkeit verdrängt werden, nicht aber im nationalen Recht durch die funktional äquivalente Regelung des Sachmängelgewährleistungsrechts? Sind die Unterschiede zwischen dem UN-Kaufrecht einerseits und dem Kaufrecht des OR andererseits wirklich so gross, dass sich eine unterschiedliche Praxis rechtfertigt?

[24] Zugegeben: Im nationalen Recht mag es diskutabel sein, ob in gewissen Fällen ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, die konkurrierende Anfechtung eines Kaufvertrags nach den Willensmängelregeln zuzulassen, und zwar bei *Konsumentenverträgen*.⁵⁰ Bei Konsumentenverträgen

⁴⁷ SCHROETER, Grenzfragen [Fn. 29], S. 133 ff., und DERS., Irrtumsanfechtung [Fn. 7], S. 231 ff.

⁴⁸ SCHROETER, Irrtumsanfechtung [Fn. 7], S. 233.

⁴⁹ BGE 145 III 383 E. 5.3.3 S. 389 f.; im gleichen Sinne auch E. 5.3 des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. August 2018 [Fn. 29].

⁵⁰ Die im internationalen Verhältnis nur in seltenen Ausnahmefällen dem UN-Kaufrecht unterstehen (vgl. dazu Art. 2 lit. a CISG).

kritisch sein kann die Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR. Die damit verbundenen Probleme müssten aber nicht zwingend über eine alternativ mögliche Vertragsanfechtung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gelöst werden. Sinnvoller wäre es, wenn das Bundesgericht diese im Gesetz ja sehr wertungsoffen formulierte Prüfungs- und Rügeobliegenheit in verfassungskonformer Auslegung – erinnert sei an Art. 97 BV (!) – verbraucherfreundlich auslegen würde (zumindest in der heutigen Zeit diese Obliegenheit bei solchen Verträgen ohnehin ein Unding ist). Nicht mehr sonderlich kritisch ist heute wohl bei Konsumentenverträgen die Befristung der Gewährleistung, die (soweit es sich nicht um gebrauchte Sachen handelt) nunmehr zwingend mindestens zwei Jahre beträgt.⁵¹

[25] Die Zukunft wird zeigen müssen, ob der hier im Fokus stehende Bundesgerichtsentscheid zum internationalen Verhältnis Anlass für eine Praxisänderung im nationalen Verhältnis bietet. Es wäre auf jeden Fall angebracht, die Diskussion dazu wieder zu eröffnen.⁵²

V. Konkurrenz anderer funktional äquivalenter Rechtsbehelfe mit den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware

[26] «Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts», wie es das Bundesgericht schön formuliert,⁵³ können nicht nur bei der Vertragsanfechtung wegen Sacheigenschaftsirrums mit den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware kollidieren, sondern auch bei der Berufung der Käuferin auf andere Rechtsbehelfe des nationalen Rechts.

1. Das Verhältnis zwischen der Täuschung nach nationalem Recht und den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware

[27] Der Käufer, dem der Verkäufer vertragswidrige Ware liefert, kann je nach den Umständen versucht sein zu behaupten, er sei vom Vertragspartner getäuscht worden. Darauf spielen denn auch GALLI/VISCHER in ihrer Kritik am erwähnten Urteil des Bundesgerichts an. Das Bundesgericht habe nur eine Linie zugunsten des CISG verschoben, während insgesamt die Trennlinie zwischen OR und CISG im Bereich der Rechtsbehelfe bei Streitigkeiten über Eigenschaften der Kaufsache unklar bleibe. Denn die Berufung auf Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) könne auch eine Berufung auf Täuschung «im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts»

⁵¹ Art. 210 Abs. 4 OR.

Dass es der Gesetzgeber als richtig erachtet hat, bei Konsumentenverträgen zwar eine zwingende Minimalbefristung von zwei Jahre für Gewährleistungsansprüche vorzusehen, der Anbieterin aber weiterhin die Möglichkeit zusteht, sich vertraglich vollständig oder teilweise freizuzeichnen, ist ein Wertungswiderspruch (ERNST A. KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR [im Anschluss an Gauch, recht 2011, 145 ff.; recht 2012, 124 ff.] recht 2013 S. 52) oder härter ausgedrückt ein Treppenwitz der schweizerischen Gesetzgebungsgeschichte. Im vorliegenden Zusammenhang ist dies indessen nicht von Interesse. Das Willensmängelrecht verbessert im Fall einer wirksamen Freizeichnung die Stellung der Verbraucherin nicht, weil die Wegbedingung der Gewährleistung es der Käuferin verbietet, das Vorhandensein von Sacheigenschaften als notwendige Vertragsgrundlage zu betrachten, für die keine Haftung übernommen wurde (BGE 126 III 59 E. 3 S. 66, m.Nw.).

⁵² Zu einem weiteren, hier jedoch nicht interessierenden Grund siehe TH. KOLLER, Kommentierung [Fn. 26], S. 514.

⁵³ BGE 145 III 383 E. 5.3.3 S. 391.

sein. Entsprechend sei die vorgenommene Linienverschiebung etwas willkürlich und nicht zwingend. Man hätte – so GALLI/VISCHER weiter – durchaus entscheiden können, dass die Rechtsfragen über die Gültigkeit des Vertrages und einzelner Vertragsbestimmungen zwar in Einzelbereichen (wie eben bei einem Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache), nicht aber insgesamt funktional äquivalent im CISG abgehandelt würden, weshalb sie insgesamt nicht dem CISG, sondern dem berufenen nationalen Recht unterstünden. Die Linienverschiebung sei auch nur beschränkt praxistauglich, unter anderem weil sich der Käufer bei Streitigkeiten über Eigenschaften der Kaufsache in der Regel auf verschiedene Grundlagen stütze, also z.B. sowohl auf absichtliche Täuschung als auch auf Grundlagenirrtum.⁵⁴

[28] Das Bundesgericht führt in seinem Leitentscheid aus, *das Übereinkommen enthalte insbesondere keine Bestimmungen zu Willensmängeln, die auf schuldhafter Irreführung beruhe, namentlich Drohung oder Täuschung*.⁵⁵ Diese Willensmängel setzt es sprachlich in Gegensatz zum Grundlageirrtum («Dagegen enthält das CISG mit seinen Normierungen betreffend die vertragliche Beschaffenheit der Kaufsache ... eine dem Grundlageirrtum ... funktionale äquivalente Regelung»). Daraus wird man – mit der gebotenen Vorsicht – schliessen dürfen, dass das Bundesgericht eine Berufung der Käuferin auf die Normen des nationalen Rechts hinsichtlich Drohung oder Täuschung konkurrierend zu den Regelungen des UN-Kaufrechts zulassen würde.

[29] Die Zulässigkeit einer solchen Konkurrenz würde der in der herrschenden (wenn nicht gar einhelligen) Lehre vertretenen Auffassung entsprechen,⁵⁶ ebenso auch der Rechtsprechung anderer Gerichte.⁵⁷ Begründet wird dies etwa damit, dass der Täuschende (und damit wohl auch der Drohende) *besonders schutzunwürdig* sei.⁵⁸ Diese Sachverhalte seien eher *deliktsähnlich* und würden daher von der Konvention nicht erfasst.⁵⁹ Das ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens.⁶⁰

[30] Dies ist sachlich einleuchtend. Von einer «etwas willkürlichen» Linienverschiebung, wie es GALLI/VISCHER nennen, kann keine Rede sein, ebenso wenig davon, dass die Linienverschiebung nur beschränkt praxistauglich sei. Absichtliche Täuschung (oder gar Drohung) einerseits und Grundlageirrtum andererseits (hier in der Unterform des Sacheigenschaftsirrtums) unterscheiden sich deutlich. Ein Sacheigenschaftsirrtum setzt beim Gegner des Irrenden kein Verschulden voraus. Wer dem Vertragspartner dagegen Täuschung vorwirft, ist für dessen arglistiges Verhalten beweibelastet.⁶¹ *Die Behauptungs- und die Beweissituation des Käufers präsentiert sich daher grundlegend anders, wenn er sich nicht (nur) auf einen Grundlageirrtum, sondern (auch) auf Täuschung durch den Verkäufer beruft*. Der Käufer, der im Streit mit seinem Vertragspartner den Rechtsbehelfen des UN-Kaufrechts ausweichen will, kann daher nicht einfach ohne weiteres die Wunderkarte «Täuschung» aus dem Ärmel ziehen. Wer als Anwältin oder Anwalt des Käufers zu diesem

⁵⁴ GALLI/VISCHER [Fn. 46], Rz. 9 f.

⁵⁵ BGE 145 III 383 E. 5.3.1 S. 387 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁶ Siehe dazu statt aller etwa STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 52; FERRARI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 25; BRUNNER/MURMANN/STUCKI [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 10; MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 28 (betreffend Täuschung); MK-HGB-MANKOWSKI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 10; DJORDJEVI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 23.

Weitere Nachweise in BGE 145 III 383 E. 5.3.1 S. 387 f.

⁵⁷ Vgl. etwa das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 27. Mai 2010, Erwägung II.2 (CISG-online Nr. 2182).

⁵⁸ MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 28 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁹ STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 52 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁰ FERRARI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 25, m.Nw.

⁶¹ BGE 131 III 145 E. 8.1 in fine S. 151.

Zweihänder greift, sieht sich auf der Behauptungs- und Beweisebene mit deutlich höheren Anforderungen konfrontiert.

[31] Hinzu kommt ein weiterer Punkt, den GALLI/VISCHER übersehen. Bei arglistigem Verhalten der Verkäuferin (und darüber hinaus sogar anders als nach nationalem Recht bei grobfahrlässigem Verhalten) besteht für den Käufer in vielen Fällen gar kein Anreiz, auf das Partikularrecht zurückzugreifen. Art. 40 CISG gibt dem Käufer eine scharfe Waffe in die Hand, werden diesfalls doch die Regeln über die Untersuchungsobliegenheit (Art. 38 CISG) und die Anzeigeobliegenheit (Art. 39 CISG) überspielt. Eine Vertragsanfechtung nach nationalem Recht bringt dem Käufer insoweit keinen ersichtlichen Vorteil. Dasselbe gilt auch im Falle einer vertraglichen Freizeichnung. Inwieweit eine solche zulässig ist, beurteilt sich als Gültigkeitsfrage nach dem vom IPR des Forums bestimmten Recht.⁶² Verweisen die Kollisionsregeln auf das schweizerische Recht, so ist bei arglistigem Verhalten der Verkäuferin eine Gewährleistungswegbedingung ausgeschlossen.⁶³ Die Rechtsbehelfe des UN-Kaufrechts bei der Lieferung vertragswidriger Waren kommen diesfalls voll zum Tragen. Eine Anfechtung des Vertrages wegen Täuschung gestützt auf das nationale Recht ist für den Käufer bei einem dem UN-Kaufrecht unterliegenden Vertrag im Grunde nur interessant, wenn er sich vom Vertrag lösen will, die Vertragswidrigkeit der Ware aber keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt und daher eine Aufhebung des Vertrages gestützt auf Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG nicht möglich ist.⁶⁴

2. Das Verhältnis zwischen der culpa in contrahendo nach nationalem Recht und den Regelungen des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware

[32] Die Käuferin, der der Verkäufer vertragswidrige Ware liefert, könnte auch geneigt sein, ihrem Vertragspartner die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht vorzuwerfen und damit das vielen nationalen Rechtsordnungen (darunter auch der schweizerischen) bekannte Rechtsinstitut der culpa in contrahendo anzurufen. So könnte sich die Käuferin z.B. auf den Standpunkt stellen, der Verkäufer habe sie im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht hinreichend über Eigenschaften der Ware aufgeklärt, weshalb er ihr Schadenersatz aus vorvertraglichem Fehlverhalten gestützt auf nationales Recht schulde.

[33] Nach herrschender Lehre scheidet indessen – *wenn ein Vertrag zustande gekommen ist* – ein solcher Rückgriff auf nationales Recht aus, sofern nicht geradezu eine Täuschung (also dolus in contrahendo) zur Debatte steht. Zwar ist das vorvertragliche Verhältnis an sich nicht Gegenstand

⁶² Art. 4 lit. a CISG.

⁶³ Art. 199 OR.

⁶⁴ Eine vorsätzliche Vertragsverletzung begründet für sich allein nicht eine Wesentlichkeit i.S.v. Art. 25 CISG, die zu einer Vertragsaufhebung gestützt auf Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG berechtigen würde. Zwar kann vorsätzliches Fehlverhalten die Vertrauensgrundlage für die Durchführung des Vertrages beeinträchtigen oder gar zerstören, aber massgebend ist nicht die Schwere der Verfehlung, sondern der Interessenwegfall beim Gläubiger (CHRISTOPH BENICKE, Art. 25 CISG Rz. 47, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. München 2018; ähnlich auch URS PETER GRUBER, Art. 25 CISG Rz. 13, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 8. Aufl. München 2019), im Falle der Lieferung vertragswidriger Ware letztlich also die Schwere der Vertragswidrigkeit.

Immerhin kann arglistiges Verhalten des Verkäufers bei der Beurteilung der Frage eine Rolle spielen, ob dem Käufer anstelle der Vertragsaufhebung der Rechtsbehelf der Nachbesserung (Art. 46 Abs. 3 CISG) oder gar die Annahme eines Nachbesserungsangebots des Verkäufers (Art. 48 CISG) zumutbar ist.

des UN-Kaufrechts. *Soweit indessen bei einer funktionalen Betrachtungsweise ein Sachverhalt vom Einheitsrecht erfasst wird, soll das nationale Recht verdrängt werden.*⁶⁵ Das ist typischerweise bei der hier interessierenden Konstellation (angeblich schuldhaft falsche Angaben über Eigenschaften der Kaufsache) der Fall.⁶⁶ Gerichte in den USA sehen dies in der Regel allerdings anders und lassen Ansprüche aus *negligent misrepresentation* bei dem CISG unterliegenden Kaufverträgen zu.⁶⁷ Zur Begründung wird etwa ausgeführt: «The CISG treaty cannot preempt tort claims for misrepresentation for the same reason that it does not preempt claims of fraud: the factual predicates for both claims arise before a contract has been concluded. The only distinction between fraud and negligent misrepresentation is the existence of scienter, the knowing intent to deceive.»⁶⁸ Bisweilen nehmen US-amerikanische Gerichte immerhin einen differenzierenden Standpunkt ein. So hat z.B. der U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas in einem Fall geprüft (und die Frage bejaht), ob der von der Klägerin auf «negligence/strict liability» gestützte Anspruch in Wirklichkeit ein «breach-of-contract claim in masquerade» sei.⁶⁹ In der Lehre wurde die (überwiegende) Tendenz amerikanischer Gerichte, Ansprüche wegen negligent misrepresentation ohne weitere Differenzierungen auch bei CISG-Verträgen zuzulassen, zu Recht als unreflektiert kritisiert.⁷⁰

[34] Folgt man der (überzeugenden) herrschenden Lehre, so ergeben sich Abgrenzungsprobleme zwischen dem UN-Kaufrecht und dem nationalen Partikularrecht insoweit nicht. Daher hat denn auch das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt das Begehren der Käuferin um Zusprechung von Schadenersatz gestützt auf culpa in contrahendo zu Recht abgewiesen⁷¹ (während sich das Bundesgericht aus prozessualen Gründen dazu nicht zu äussern brauchte⁷²).

VI. Fazit

[35] Mit seinem fundierten Urteil vom 28. Mai 2019 hat das Bundesgericht (wie vorgängig schon das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit seinem Urteil vom 24. August 2018) eine wichtige Frage im Spannungsfeld zwischen dem UN-Kaufrecht und dem nationalen Recht entschieden. Man wird davon ausgehen dürfen, dass diese beiden wegleitenden Urteile über kurz

⁶⁵ STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 42 f.; FERRARI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 46; BRUNNER/MURMANN/STUCKI [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 46; SIEHR [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 12; MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 29; MK-HGB-MANKOWSKI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 27.

⁶⁶ Siehe etwa MK-BGB-HUBER [Fn. 16], Art. 4 CISG Rz. 29; MK-HGB-MANKOWSKI [Fn. 17], Art. 4 CISG Rz. 27; ULRICH G. /LINEBREAK SCHROETER, Vor Art. 14–24 CISG Rz. 108, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl. München 2019; INGEBORG SCHWENZER, Art. 35 CISG Rz. 47, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl. München 2019; MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 45 CISG Rz. 30 ff., in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl. München 2019.

⁶⁷ SCHROETER [Fn. 66], Vor Artt. 14–24 CISG Rz. 108, m.Nw.

⁶⁸ U.S. District Court for the Northern District of California, 27. Februar 2004, B.R. Cohn Winery, Inc. v. Sabaté USA, Inc. et al. (CISG-online Nr. 4824 [abrufbar auf der überarbeiteten Datenbank voraussichtlich ab Mitte Mai 2020]), S. 4 f.

⁶⁹ U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas, 23. Dezember 2009, Electrocraft Arkansas, Inc. v. Super Electric Motors, Ltd. et al. (CISG-online Nr. 2045), S. 8 ff.

⁷⁰ SCHWENZER [Fn. 66], Art. 35 CISG Rz. 47, m.Nw.; SCHROETER [Fn. 66], Vor Artt. 14–24 CISG Rz. 108.

⁷¹ E. 6.2.1 des Urteils des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 24. August 2018 [Fn. 29].

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_543/2018 vom 28. Mai 2019, E. 6, in BGE 145 III 383 nicht publiziert.

oder lang international die ihnen gebührende Beachtung finden werden. Darüber kann sich die schweizerische Rechtswissenschaft freuen.

[36] Die Abgrenzung zwischen Rechtsbehelfen gestützt auf Partikularrecht einerseits und Rechtsbehelfen gestützt auf Einheitskaufrecht andererseits ist damit, wenn «Ansprüche im Zusammenhang mit der vertraglichen Beschaffenheit des Kaufobjekts» zur Debatte stehen, sachlich zutreffend und – anders als von GALLI/VISCHER moniert – praxistauglich geklärt.

[37] Zugegeben: Im konkreten Fall könnte man sich auf den ersten Blick fragen, ob das Ergebnis dieser Rechtsprechung «gerecht» ist. Von Stromzählern sollte man als Käuferin erwarten dürfen, dass sie lange und zuverlässig funktionieren. Man könnte im übertragenen Sinne schon fast von einem «öffentlichen Interesse» sprechen, sind wir doch alle als Stromkonsumentinnen und -konsumenten betroffen, wenn beim Energieverbrauch falsche Messungen auftreten. Ist es dann richtig, die Käuferin schutzlos zu lassen, wenn sich nach ein paar Jahren zeigt, dass die Geräte einen (offenbar schweren) Mangel aufweisen? Wäre es nicht besser gewesen, der Käuferin zu helfen, wie es das Zivilgericht Basel-Stadt als erste Instanz getan zu, indem es die Berufung der IWB auf Grundlagenirrtum zulies?

[38] Eine solche Betrachtungsweise würde indessen zu kurz greifen. Die sachgerechte Lösung des Problems muss bei der Vertragsgestaltung ansetzen. Wenn eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die der Energieversorgung eines bestimmten Gebiets dient, im Rahmen eines Submissionsverfahrens elektronische Drehstromzähler beschafft, so hat sie es in der Hand, sich vertraglich eine längere Garantiefrist auszubedingen, welche die Rügebefristung gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG (und die Anspruchsverjährung gemäss Art. 210 Abs. 1 OR) derogiert. Bei der Frage, ob die Willensmängelanzfechtung alternativ zur Sachmängelgewährleistung zugelassen werden soll oder nicht, geht es letztlich – wie es WOLFGANG WIEGAND zutreffend ausgedrückt hat – um eine angemessene Risikoverteilung unter den Vertragsparteien.⁷³ *In Fällen, wie hier einer zur Debatte steht, ist es alleweil besser, wenn die entsprechende Risikoverteilung über eine der konkreten Sachlage angepasste Vertragsgestaltung erfolgt.* Ich wage die Vermutung, dass mein Lehrer und Förderer, dem dieser Beitrag gewidmet ist, das genauso sieht.

Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, vormalig Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Das Typoskript wurde am 18. April 2020 abgeschlossen.

⁷³ WIEGAND [Fn. 4], S. 104 f.