

- Nr. 51 Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit
beim Kauf
Zum angeblichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55
des "Wiener Kaufrechts"
In: Mélanges Paul Piotet, hrsg. von Fritz Sturm, Bern (Stämpfli) 1990**

S. 371-408

Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf

**Zum angeblichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55
des "Wiener Kaufrechts"**

Inhaltsübersicht

I.	Fragestellung	372
II.	Begriff der "essentialia negotii"	374
III.	Exkurs: Die Regel von OR Art. 2/I bzw. BGB § 154/I betreffend "vorbehaltene Nebenpunkte"; "gewillkürte Essentialien"	376
IV.	Bestimmtheit des Preises ein Essentiale des Kaufvertrages im Rahmen der nationalen Rechte?	378
V.	Die behauptete Widersprüchlichkeit des "Wiener Kaufrechts" (Art. 14/I und Art. 55) in der Frage des Erfordernisses der Preisbestimmtheit	381
	1. Text des WKR	381
	2. Die These der Widersprüchlichkeit	382
	3. Versuche der Erklärung des Widerspruchs	383
VI.	Die ein sinnvolles Zusammenspiel der Art. 14 und Art. 55 erkennenden Autoren	385
VII.	Vorbemerkung zur Frage des Widerspruchs	386
	1. Zwei mögliche Prämissen, um die "Widerspruchsthese" zu stützen	386
	2. Geschichtlicher Hintergrund der Figuren Offerte und Akzept	387
VIII.	Keine positivrechtliche Grundlage der Prämisse der Notwendigkeit von Offerte und Akzept	390
	1. Grundsatz	390
	2. Die Figuren von Offerte und Akzept nur sinnvoll im Sonderfall des zeitlich gestaffelten Vertragsabschlusses	392
IX.	Keine Identität der Erfordernisse inhaltlicher Bestimmtheit von Angeboten und von vertraglichen Konsensinhalten	394
	1. Allgemeine Überlegungen zum Textverständnis	394
	2. Rechtsfiguren Angebot und Annahme sind bezogen auf eine Streitlage vor Vertragsabwicklung	394
	3. Erfordernis der Preisbestimmung bei Offerten zusätzlich gerechtfertigt unter dem Gesichtspunkt der Auslegung des Erklärungswillens	396

X.	Erfordernis der Preisbestimmung entfällt mit Lieferung der Kaufsache	398
1.	Anwendungsbereich des Preisbestimmtheits-Erfordernisses gemäss Art. 14/I	398
2.	Analoge Wertentscheidung des Gesetzgebers: Preisvereinbarung kein Essentiale beim Werkvertrag	400
3.	Tendenz der Gerichtspraxis, nach Vertragsvollzug das Gültigkeitserfordernis der Preisbestimmung ausser acht zu lassen	402
XI.	Schlussfolgerungen für das Verständnis des WKR	404
XII.	Besinnung auf Grundsätzliches	406

I. Fragestellung

Seit langem ist es unbestrittener Gemeinplatz, dass das Zustandekommen von Verträgen von der Willenseinigung ("Konsens") der Parteien abhängt. Neben diese Voraussetzung mögen in bestimmten Bereichen weitere treten (Beachtung von Formvorschriften, in früheren Zeiten Sachübergabe oder was auch immer); ist der Konsens nicht (wie bei den sog. Konsensualverträgen) in allen Fällen *hinreichende* Bedingung des Vertragsschlusses, lässt sich doch heute kein Vertragsmodell denken, das ihn nicht als *notwendige* Voraussetzung des Vertragsschlusses betrachten würde.

Ist der Konsensbegriff zentrale Voraussetzung des Vertragsschlusses, folgt zwangsläufig die Frage, *worauf* sich die Willensübereinstimmung der Parteien beziehen müsse, der Konsensbegriff ist bereits seinem Inhalt nach objektbezogen, da man sich nicht "schlechthin", sondern nur bezogen auf eine bestimmte Sache einigen kann und die Vorstellung einer objektlosen Willensübereinstimmung sinnlos ist.

In Doktrin und Praxis wird heute die hier umrissene Frage gemeinhin mit dem Begriff der *essentialia negotii* als den wesensnotwendigen Konsenselementen verbunden. Dieser Begriff hat seinen Ursprung in der romanistischen Tradition zurückliegender Jahrhunderte. Die heutige Fragestellung deckt sich indessen nicht in allen Teilen mit deren Verständnis der Quellen; vor allem seit der Preisgabe des romanistischen Kontraktsystems und dem Übergang zur Vertragstypenfreiheit hat die Denkfigur der Essentialien zusätzlichen Gehalt angenommen und deckt verschiedene Fragen ab, was vorab kurz auszuführen ist (folgende Ziffern II und III).

Interesse und praktische Bedeutung hat die Frage des notwendigen Konsensinhaltes seit je vor allem im Zusammenhang des *Kaufvertrags* hinsichtlich der *Bestimmung des Preises* gefunden (dazu die folgende Ziffer IV). Heute gewinnt sie zusätzliche Aktualität: Das "*Wiener Kaufrecht*" ("WKR") des Jahres 1980, das für die Schweiz auf 1. März 1991 Geltung erlangen wird¹, hat auf

¹ "Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf" (im folgenden zitiert als "Wiener Kaufrecht" bzw. "WKR"); vgl. dazu Botschaft vom 11.1.1989 (Drucksache 89.002) sowie BBl 1989 III 953.

die Frage der Notwendigkeit der Preisfestsetzung durch die Parteien eine legislatorische Antwort gegeben, die von vielen Autoren als widersprüchlich betrachtet wird und daher bereits lebhafte Diskussion ausgelöst hat (Hinweise auf die doktrinen Stellungnahmen unten Ziffern V und VI).

Angesichts der Bedeutung des "Wiener Kaufrechts" und den von diesem für die Zukunft zu erwartenden weltweiten Rückwirkungen auf das Verständnis des Kaufrechts schlechthin soll im folgenden der Umfang des notwendigen Konsensinhalts bezogen auf den Kaufpreis nach diesem Abkommen untersucht und die Art. 14 und 55 des WKR in ihrer Bedeutung erwogen werden (dazu unten Ziffer VII). Diese Frage kann nicht, wie zu zeigen sein wird, nach dem traditionellen Schema "*Vertragsgültigkeit: JA oder NEIN?*" angegangen werden. In der Sicht des Schreibenden gehört sie zu jenen Fällen, die nur *streitlagebezogen* und unter Berücksichtigung der erhobenen Ansprüche angemessen erfasst werden können. Überlegungen zu diesem Phänomen in grundsätzlicher Hinsicht wurden in anderem Zusammenhang entwickelt²; an dieser Stelle kann ein in damaligem Zeitpunkt nicht erkanntes weiteres Anwendungsbeispiel der dort formulierten These dargestellt werden. Nach Untersuchung der Tragweite der Figuren Offerte und Akzept (Ziffern VIII und IX) wird die sich m. E. sinnvolle Lesart der Art. 14 und 55 dargelegt (Ziffer X), während zum Schluss einige grundsätzliche Überlegungen angestellt werden (unten Ziffern XI und XII).

Wenn die Position des Schreibenden zu diesen Fragen in der Fragestellung wie in der Präsentation der Ergebnisse (wenn auch kaum im Grundsätzlichen der Ergebnisse selber) von der landläufigen Betrachtungsweise abweicht, stellt er mit um so grösserer Genugtuung fest, dass der *Adressat der vorliegenden Festschrift* in seinen grundsätzlichen Überlegungen zur "*Formation du Contrat*" (Stämpfli, Bern 1956), wenigstens beiläufig, Auffassungen vertritt, die in ihrer Tendenz in dieselbe Richtung weisen: Ausgehend von der grundlegenden Bedeutung des "*favor negotii*" lässt er, wie hier der Schreibende, entsprechenden Parteiwillen vorausgesetzt, Verträge auch dann gelten, wenn eine Einigung der Parteien in einem Essentiale noch nicht erreicht ist, womit er sich von einer vorherrschenden Meinung distanziert, die den Begriff des "essentiale" beim Kauf auf die Preisbestimmung ausdehnt und in unkritischer Verallgemeinerung dieses Requisites dazu neigt, einem Kauf, der den Preis nicht bestimmt, Vertragsgültigkeit abzuspochen, was jedenfalls in einer nach Lieferung der Kaufsache aufkommenden Streitlage nicht angehen kann.

² Referat an der Tagung der Zivilrechtslehrer-Vereinigung in Passau des Jahres 1985, in AcP Archiv für die civilistische Praxis 186 (1986) 1-73.

II. Begriff der "essentialia negotii"

Der Begriff *essentialia*³ wird vor allem in der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts gebräuchlich, allerdings eher i. S. beiläufiger Verwendung und nicht als zentraler Begriff der Dogmatik⁴; bei SAVIGNY fehlt eine Bezugnahme⁵.

Das schweizerische OR des Jahres 1883 spiegelt die Lehre der Essentialien nicht unmittelbar wider; dasselbe gilt wohl auch für das deutsche BGB von 1900⁶.

In der vorangehenden *französischen Doktrin* verweist POTHIER (1699-1772) in seinem *Traité des Obligations* (erschienen ca. 1761, mit unzähligen Nachfolgeauflagen) in N. 5 auf CUJAS (p. 9-10), der innerhalb des Vertragsinhaltes unterscheidet "les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentielles", und fährt fort: "La distinction qu'ont faite plusieurs jurisconsultes du dix-septième siècle est beaucoup plus exacte: ils distinguent trois

³ Im Singular: Das "essentielle". – Dieser Terminus wird mit "Essentialien" eingedeutscht. In der österreichischen Terminologie ist der Singular "*die Essentialie*" gebräuchlich; hiezulande ist wohl immer noch korrekter, von "*dem Essentialie*" zu sprechen (ähnlich wie man wohl "*das Marginale*", nicht "*die Marginalie*", sagen soll).

⁴ Der Begriff wird regelmässig in den Zusammenhang der Rechtsgeschäftslehre gestellt und damit nur indirekt als Gültigkeitsvoraussetzung von Verträgen verstanden; vgl. die wichtigsten Vertreter der Pandektistik GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Pandekten*, 11. Aufl., Leipzig 1872, § 58; KARL ADOLPH VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., Marburg / Leipzig 1865, Bd. I, § 90; ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., Erlangen / Leipzig 1892, Bd. IV, § 546; L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 12. Aufl., Stuttgart 1883, § 65; BERNHARD WINDSCHEID / THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, Bd. I, § 85, Anm. 1; FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, Bd. I, § 165, der in diesem Zusammenhang die Essentialien des Kaufgeschäfts erwähnt; ebenso: HEINRICH DERNBURG, *Pandekten*, 5. Aufl., Berlin 1896, Bd. I, § 93, und J. BARON, *Pandekten*, 9. Aufl., Leipzig 1896, § 61. Vgl. im übrigen C. F. MÜHLENBUCH, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 4. Aufl., Halle 1844, Bd. I, § 104; D. FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER, *Pandekten*, Leipzig 1861, § 50; CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 3. Aufl., Leipzig 1868, Bd. I, § 19; EDUARD HÖLDER, *Pandekten, Allgemeine Lehren*, Freiburg i.Br. 1891, § 52; EDUARD BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Rechts*, 2. Aufl., Bonn 1853, Bd. I, § 103; OTTO WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, § 37; JOHANN ADAM SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, 3. Aufl., Würzburg 1852, Bd. I, § 73; CARL GEORG VON WÄCHTER, *Pandekten, Allgemeiner Theil*, Leipzig 1880, § 74; RUDOLF FREIHERR VON HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3. Aufl., Leipzig 1881, Bd. I, § 38; FRIEDRICH H. VERING, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, Mainz 1875.

⁵ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 Bde., Berlin 1841/47/48/49, und *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. 2 Bde., Berlin 1851/53; THIBAUT erwähnt hingegen die Essentialien als Bestandteile des Rechtsgeschäfts, führt jedoch als ein solches die vollendete Willenserklärung an, vgl. ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*. 7. Aufl., Jena 1828, Bd. I, § 133.

⁶ Immerhin als Fussnote kann angemerkt werden, dass der *Entwurf* EUGEN HUBERS *für die Revision des OR des Jahres 1904* im ersten Artikel folgende Formel vorsah: "Zum Abschluss eines Vertrages ist die Einigung der Vertragsschliessenden über seinen wesentlichen Inhalt erforderlich." Bereits aber der mit der Botschaft vorn 3.3.1905 unterbreitete Text kehrt zum Text des aOR zurück, der schliesslich wiederum Gesetz wird: "Zum Abschluss eines Vertrages ist die gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich."

différentes choses dans chaque contrat; celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de la nature du contrat; et celles qui sont purement accidentielles au contrat."⁷ Damit ist bereits die noch in der gegenwärtigen Literatur angetroffene Gruppenbildung der verschiedenen Konsenselemente vorgezeichnet⁸.

Die Begriffsbildung mag allerdings weiter zurückreichen; sie soll bereits Bestandteil der Doktrin des Mittelalters gewesen sein, die, durch aristotelische Logik beeinflusst, die hier besprochene Distinktion getroffen habe. Auf diese Zusammenhänge weist vor allem COING hin: "Aristoteles unterscheidet hinsichtlich der Eigenschaften der Gegenstände: wesensbestimmende Merkmale (*essentialia*), die regelmässig durch das *genus* bestimmt sind, dem er zugehört, solche Merkmale, die ohne wesensbestimmend zu sein, nur diesem Gegenstand zukommen und für ihn charakteristisch sind (*naturalia* oder *propria*), und schliesslich solche, die sich zwar an ihm finden können, aber auch fehlen können (*accidentalia*). Das wurde nun im Mittelalter auf die *natura contractus*, die man in den Digesten fand, übertragen, und man entwickelte daraus die Lehre von den *essentialia-naturalia-* und *accidentalia negotii*."⁹

Immerhin sei demgegenüber beigefügt, dass sich beispielsweise bei ALTHUSIUS (1557-1638) keine Stellungnahme in dieser Begriffsfrage finden lässt¹⁰; bei DOMAT (1625-1696), der mehr als alle übrigen die französische Zivilistik (und insbesondere auch Pothier) beeinflusst hat, fehlt ebenfalls eine direkte Bezugnahme¹¹.

Diese Gegensatzbildung innerhalb der verschiedenen Elemente beschäftigt uns hier nicht weiter; allein von Interesse ist in vorliegendem Zusammenhang der Begriff des *essentiale negotii* als der Vorstellung des *vertragswesentlichen*, d. h. notwendigen und unentbehrlichen Elementes des bewussten, von den Parteien formulierten Vertragskonsenses¹².

⁷ Zitat nach Ausgabe Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations, Tome premier, Paris 1821.

⁸ Vgl. dazu v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II (1914) § 52/II, S. 194-196; DERS. Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR, Bd. I, § 20/VIII bei Anm. 82 ff.

⁹ H. COING, Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, in Sav. Zeitschr. Rom. Abt. 69 (1952) 24-59, hier zit. S. 26 und 32.

¹⁰ So wenigstens nicht in seinem für die Privatrechtsdogmatik massgeblichen Werk: ALTHUSIUS, "Dicaeologicae libri tres" (1. Aufl. 1617; hier benützt Neudruck der Ausgabe Frankfurt a.M. 1649, Aalen 1967).

¹¹ DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel ..., 1. Ausg. ca. 1690; hier verwendet Ausgabe Paris 1777. Tome I, liv. I/1, sec. III/1 zeigt indirekt, dass ihm Theorie der "naturalia" geläufig ist, leitet er doch Pflichten ab aus der "*nature de la convention*".

¹² Die *naturalia* stehen per definitionem ausserhalb des Konsensinhaltes, gelten vielmehr als selbstverständlicher, von Natur aus (oder heute: vom Gesetzgeber) gegebener Vertragsinhalt, während die *accidentalia* Konsenselemente sind, welche den Inhalt der *naturalia* abändern bzw. ergänzen.

III. Exkurs: Die Regel von OR Art. 2/I bzw. BGB § 154/I betreffend "vorbehaltene Nebenpunkte"; "gewillkürte Essentialien"

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich die Aufgabe gestellt, eine Regel zu geben für den Fall, dass die Parteien "über alle wesentlichen Punkte" (d. h. die Essentialien im traditionellen Sinn) eine Einigung erzielt haben, jedoch Konsens nicht erlangten über "vorbehaltene Nebenpunkte" (OR Art. 2/I). Haben die Parteien den Kauf geschlossen, aber die von ihnen diskutierte Frage der Tragung der Transportkosten nicht geregelt, wird der Vertrag als gültig betrachtet; die noch ausstehende Einigung über die Transportkosten soll Vertragsgeltung nicht hindern. BGB § 154/I Satz 1 betrifft prima vista dieselbe Problemsituation: Über eine von den Parteien diskutierte Frage ist Einigung nicht erzielt, im übrigen aber Konsens erreicht. Nur gibt hier der Gesetzgeber die entgegengesetzte Regel: Der Vertrag gilt als nicht zustande gekommen.

Es überrascht, dass die beiden sich im allgemeinen Vertragsrecht so überaus nahestehenden Kodifikationen entgegengesetzte Lösungen statuieren sollen in einer Frage, die von dogmatischen Traditionen wenig berührt scheint und in der nationale Besonderheiten im Ernst nicht erwogen werden können, vielmehr alles von verständiger Deutung von Lebensabläufen (wie hier von Vertragsverhandlungen) abhängt. Zuerst das Übereinstimmende: Nicht nur nach BGB, sondern selbstverständlich auch nach OR soll eine Partei solange nicht gebunden sein, als sie einen Punkt, mag er noch so nebensächlich sein, zu einer *Bedingung* der Vertragsentstehung macht. Der Gesetzgeber des OR hält in der genannten Norm darüber hinaus lediglich fest, dass bei bewiesener Einigung über die Essentialien die ausstehende Einigung über Nebenpunkte vermutungsweise die Vertragsgeltung nicht hindert; der die Vertragsgeltung bestreitende Partner muss beweisen, dass in der Diskussion über den fraglichen Nebenpunkt er für den Partner erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, dass er ohne Einigung in diesem Punkt den Vertrag insgesamt nicht schliessen wolle. Von diesem Nachweis ist er aber auch nach BGB § 154 nicht dispensiert, denn offenkundig obliegt ihm selbst nach dieser Regel der Beweis, dass über den fraglichen Punkt verhandelt wurde und dass er im Rahmen dieser Verhandlungen formuliert habe, dass "eine Vereinbarung getroffen werden soll". Auch unter BGB verbleibt die Möglichkeit, dass die Parteien vertraglich gebunden sind, obwohl eine Einigung in einem Diskussionspunkt nicht erreicht wurde, nämlich dann, wenn der den Vertrag ablehnenden Partei der Nachweis nicht gelingt, dass sie deutlich genug zum Ausdruck gebracht habe, es "solle" (sc. "müsse"), damit der Vertrag zustande komme, eine Einigung erzielt werden. Im Zentralpunkt stimmen die Kodifikationen überein: Die von einer der Parteien zur Voraussetzung des Vertragsschlusses gemachte Einigung in einem (ausserhalb der Essentialien i. e. S. liegenden) Nebenpunkt

hindert Vertragsentstehung, solange sie nicht erzielt ist. Ob in der Beweisfrage die schweizerische Formel wirklich den "favor negotii" stärker hervortreten lässt als das BGB, ist zweifelhaft. Beide Bestimmungen sind von dem theoretischen Konzept der Essentialien bestimmt. OR Art. 2/I sagt sinngemäss: "Wenn Einigung in den Essentialien, muss derjenige, der den Vertrag nicht gelten lassen will, nachweisen, dass die sonst noch diskutierten Punkte für den Gegner erkennbar Voraussetzung der Vertragsentstehung waren", BGB § 154 dagegen: "Trotz Einigung in den Essentialien und sonstigen Verhandlungspunkten kommt trotzdem kein Vertrag zustande, wenn eine Partei beweist, dass sie die Einigung in einem weiteren Verhandlungspunkt verlangte und damit vermutungsweise zur Bedingung der Vertragsentstehung machte." Beide Bestimmungen sagen, von einem entgegengesetzten Punkt ausgehend, im Ergebnis m. E. dasselbe, wobei die Formel des BGB sehr wohl von der Sorge geleitet sein mochte, die Fehldeutung auszuschliessen, Einigung über die Essentialien würde begriffsnotwendig Zustandekommen des Vertrages bedeuten¹³.

Auf diese Zusammenhänge wird hingewiesen, weil sie verdeutlichen, dass der Bereich des Konsenses als Voraussetzung der Vertragsentstehung insofern eine Ausweitung erfährt, als nicht bloss Einigung hinsichtlich der Essentialien vorliegen muss, sondern auch hinsichtlich aller jener Konsenspunkte, welche von einer der Parteien zur Vertragsvoraussetzung gemacht wird. Neben die "naturegegebenen" Essentialien treten die "*gewillkürten*" Essentialien. Der Begriff des Essentiale in diesem heutigen Sinn verstanden als Bezugspunkt notwendigen Konsenses, ist *doppeldeutig*.

Die genannte, durch OR Art. 2/I und BGB § 154 symbolisierte Doppeldeutigkeit des Begriffs der Essentialien ruft ins Bewusstsein, dass das hier zusätzlich herausgestellte Element der "Gewillkürtheit" in unterschiedlichem Beteiligungsverhältnis auch im traditionellen ("naturegegebenen") Begriff der Essentialien mitschwingen kann. Insbesondere die Forderung, der Kaufpreis sei Essentiale und ohne dessen Bestimmung ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen, scheint mir durch den Grundgedanken bestimmt: Man kann nicht annehmen, der Käufer wolle bereits gebunden sein, bevor er weiss, was ihn die Sache kosten wird, ebenso nicht, der Verkäufer wolle verkauft haben, ohne den zu erwartenden Preis zu kennen.

¹³ In theoretischer Überdehnung des Begriffs der Essentialien könnte der Satz "Ohne Konsens bezüglich der Essentialien kein Vertrag" umgekehrt werden: "Wo Konsens bezüglich der Essentialien, da ein Vertrag" (Essentialien-Konsens diesfalls verstanden nicht als notwendige, sondern als hinreichende Bedingung der Vertragsentstehung).

IV. Bestimmtheit des Preises ein Essentiale des Kaufvertrages im Rahmen der nationalen Rechte?

ULRICH HUBER schreibt: "Festlegung von Liefergegenstand, Liefermenge und Preis sind die sog. 'essentialia' des Kaufvertrages. ... Entgegen einer oft anzutreffenden Behauptung bedeutet das aber nicht, dass der Kaufpreis durch den Vertrag bestimmt oder mindestens aufgrund des Vertrages 'bestimmbar' sein müsse. Im Kaufvertrag muss nur – und sei es konkludent – bestimmt sein, dass der Käufer überhaupt zur Zahlung eines Preises verpflichtet sein soll. Über den Preis selber kann der Vertrag sich ausschweigen."¹⁴

Nach Überzeugung des Schreibenden ist diese klare Position für das klassische römische Recht zutreffend: Essentiale des Vertrages ist die Vereinbarung, dass gegen Preiszahlung eine Sache bleibend übertragen werden soll (die Sachübergabe also nicht Geschenk darstellt und nicht, i. S. von Leihe oder Miete, auf Zeit gestellt ist); es geht, im Rahmen des durch das Kontrakt-System konstituierten Typenzwangs um die Elemente, welche die Zuordnung zum Typus *emptio-venditio* ermöglichen. Identität der Kaufsache und Höhe des Preises bleiben ausserhalb begrifflicher Erfassung, weil der Kauf in seinen Ursprüngen Handgeschäft ist und lange Zeit nach diesem Modell gedeutet wird, bei einem solchen die Bestimmtheit des Preises aber von vornherein gegeben ist.

In den römischen Quellen wird anscheinend nicht das gänzliche Fehlen einer Preisbestimmung als solches problematisiert, vielmehr die Sonderfälle der Übertragung der Preisbestimmung auf einen Dritten oder auf eine der Parteien¹⁵.

Für das geltende Recht kann die eingangs zitierte Position HUBERS nur sehr bedingt Geltung beanspruchen; die Gegenmeinungen befinden sich im Übergewicht¹⁶. Wenn HUBER – für den Schreibenden überzeugend – darauf hinweist, dass die Gegenauffassung fortsetze die "gemeinrechtliche Lehre vom

¹⁴ SOERGEL / HUBER, Komm. BGB (11. Aufl. 1986) Vor § 433 N. 286. Ähnlich im Ergebnis GERHARD WALTER, Kaufrecht (Bd. 6 des Handbuchs des Schuldrechts, hg. von J. Gernhuber), Tübingen 1987, 27. Ganz klar auch in diesem Sinne OLG Hamm in NJW 1976 1212 (dazu auch unten Ziffer X/3).

¹⁵ Vgl. Inst. 3, 23, pr. und 1, wo allerdings an den Anfang der Grundsatz des Erfordernisses der Preisbestimmung gesetzt wird ("Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest"); Preisbestimmung durch einen Dritten ist möglich; bei Verhinderung oder Weigerung des Dritten ist der Vertrag ungültig (sc. nicht klagbar). Ähnlich Dig. 19, 2, 25 pr. (für *locatio conductio*) und Dig. 17, 2, 76 (für *societas*). – Vgl. im übrigen zu dieser Frage WOLFGANG WITZ, Der unbestimmte Kaufpreis, Frankfurt a.M. 1989, S. 11-19.

¹⁶ Vgl. vorab die von HUBER selber (in Anm. 60 zu Vor § 433 N. 286) zitierten: FLUME, Allgemeiner Teil Bd. II, § 34, 6b; STAUDINGER / KÖHLER, BGB § 433 N. 31; WESTERMANN, in Münchener Komm. (2. Aufl.), BGB § 433, N. 21f. (bei HUBER zitiert 1. Aufl. mit Hinweis auf N. 33); BGHZ 41 271. – Dem könnte etwa noch beigelegt werden KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987, S. 80, oder RGZ 124 81, 84.

'pretium certum', die das BGB ... gerade nicht übernommen hat"¹⁷, muss demgegenüber wohl zugestanden werden, dass diese Einsicht keineswegs Allgemeingut geworden ist.

Die Rechtslage in *Österreich* dürfte mit den in Deutschland vorherrschenden Auffassungen weitgehend übereinstimmen, es wird von einigen Autoren Bestimmtheit des Preises gefordert, im allgemeinen jedoch angenommen, diesem Erfordernis sei genüge getan, wenn der Preis "*bestimmbar*" ist, d. h. nach irgendwelchen objektiven, von den Parteien festgesetzten Kriterien ermittelt werden kann (wobei im Ausmass geforderter Aussagekraft dieser vertraglich genannten Kriterien wiederum weiter Spielraum besteht)¹⁸.

In der *Schweiz* sagt OR Art. 184/III: "Der Preis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist." Damit wird, wenn nicht Bestimmtheit, so doch Bestimmbarkeit gefordert. Die Position des OR, das "Bestimmbarkeit" des Kaufpreises fordert, deutet mit einem Wort an, was insgesamt auch in Deutschland heute noch vorherrschende Meinung sein wird. Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass die genannte Formel des OR nicht nur dehnbar ist, sondern alle Anschlussfragen offenlässt, wie jene, wieweit Delegation der Preisfestsetzung an Dritte oder gar einen der Vertragspartner zulässig ist oder nicht. Sie ist zudem, wie noch unten (Ziffer X) zu zeigen sein wird, auf eine bestimmte Streitlage (jene *vor* Vertragsabwicklung) bezogen und darf wohl einschränkend interpretiert werden.

In der *schweizerischen Praxis* wird die Notwendigkeit der Preisvereinbarung insgesamt in den Vordergrund gestellt, bereits *BGE 22 (1896) 640* betont, dass der Preis, wenn nicht ziffernmässig festgelegt, so doch, durch Namhaftmachung der Bemessungskriterien, so weit bestimmt sein müsse, "*dass danach der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien ermittelt werden kann*" (folgt Hinweis auf Kommentar HAFNER). In einer Reihe neuerer Entscheidungen, die sämtliche im Zusammenhang der sog. "Aussteuer-Sparverträge" (vor Erlass der Novelle des Jahres 1962 zu OR Art. 226-228) ergingen (vgl. *BGE 84 II 18 E. 2, 272 E. 2* sowie *274 lit. b, 630, BGE 85 II 408 lit. b*), hat das Bundesgericht am Erfordernis der Bestimmtheit bzw. objektiven Bestimmbarkeit des Preises im genannten Sinne festgehalten, diese Bestimmbarkeit jedoch in den gegebenen Fällen bejaht. Das ist um so bedeutungsvoller, als die fraglichen Entscheidungen auch ohne Bezugnahme auf das Bestimmtheitsanfordernis und mit anderer Begründung im geschehenen (in der Sicht des Schreibenden richtigen) Sinne hätten getroffen werden können; nicht nur hätte das Gericht den Anlass benutzen können, das fragwürdige Prinzip des Bestimmtheits- bzw. Bestimmbarkeitserfordernisses für Kaufverträge überhaupt

¹⁷ HUBER (Fn. 14), Anm. 60, mit Hinweis auf E. RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Bd. II, 9, und DÖLLE / v. CAEMMERER, EKG Art. 57, Rz. 1 ff. So wie HUBER auch WITZ (Fn. 15) S. 160 bei Fn. 21-24 mit Hinweis auf die Materialien (Prot. II S. 933 und S. 944 [MUDGAN II, S. 623 und S. 626]).

¹⁸ Vgl. AICHER in Komm. ABGB, hg. von Rummel (Bd. I, 2. Aufl., Wien 1990), 9 ff. zu § 1054 und dortige Hinweise.

preiszugeben, sondern es hätte, wenn es nicht so weit gehen wollte, feststellen können, dass die gegebenen "Sparverträge", auch wenn auf Sacherwerb ausgerichtet, keine Kaufverträge im herkömmlichen Sinne sind und daher auch nicht dem traditionellen kaufvertragsbezogenen Konsenserfordernis der Preisbestimmung unterstellt werden dürfen¹⁹.

Die *schweizerische Doktrin* steht bisher, insgesamt wohl wesentlich eindeutiger als die Lehre zum BGB, auf dem Standpunkt, die Preisbestimmung als notwendiges Konsenselement zu betrachten; in diesem Sinne bereits BECKER und GUHL wie auch neuerdings MAX KELLER und PIERRE TERCIER²⁰. Einzig PAUL PIOTET geht auf Distanz von dieser Allgemeinfeststellung (vgl. oben Ziffer I).

Wenn wir die Verhältnisse ausserhalb des deutschsprachigen Rechtskreises betrachten, ist wohl mit ERNST RABEL festzustellen, dass insbesondere die älteren Kodifikationen (französischer Code Civil und österreichisches ABGB) und die sich in der Tradition des Code Civil bewegenden lateinamerikanischen Gesetzbücher an der Bestimmtheit des Kaufpreises festhalten, während jüngere Kodifikationen, neben dem BGB insbesondere der italienische Codice Civile, die von RABEL bevorzugte Gegenposition (Vertragsgültigkeit trotz fehlender Preisvereinbarung) vertreten²¹.

Im *englischen Sprachbereich* hat, unerachtet möglicherweise entgegengesetzter früherer Auffassungen, in England bereits die *Sale of Goods Act* von 1893 die *Entbehrlichkeit der Preisbestimmung* statuiert; die *Sale of Goods Act* des

¹⁹ Es steht zu vermuten, dass das Bundesgericht noch in anderen Zusammenhängen obiter Preiskonsens als notwendige Vertragsvoraussetzung deklariert hat. Zur Illustration der m. E. übertriebenen Neigung, bestimmte Konsenselemente als unentbehrlich und damit als Essentialien zu deklarieren, sei noch auf *BGE 90 II 103* verwiesen, wo ohne Not erklärt wird, bei einem *Mäklervertrag* sei Einigung der Parteien hinsichtlich des Umfangs der vom Mäkler zu erbringenden Leistung (bloss Nachweis des Gegenkontrahenten oder Führung der Verhandlungen?) unentbehrlich. Wäre dies richtig, müsste der Mäkler, selbst wenn er das *maius* möglicher Leistungen (Vermittlung) geleistet hat, seines Lohnes verlustig gehen, bloss weil ihm zu beweisen nicht gelungen ist, dass er wirklich in diesem Umfang Leistung zu erbringen verpflichtet war, d. h. er nicht auch mit dem *minus* (blossem Nachweis) bereits den Mäklerlohn verdient hätte (vgl. dazu auch BUCHER in AcP 186 49; DERS., OR Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, 119, § 10, Anm. 35; und DERS., OR Besonderer Teil, 3. Aufl. 1988, § 13/I/2a).

²⁰ BECKER, Komm. OR Art. 184, N. 12; GUHL in GUHL / MERZ / KUMMER, Schweiz. OR, 7. Aufl., Zürich 1980, 300; MAX KELLER, Kaufrecht, Zürich 1980, 8; PIERRE TERCIER, La partie speciale du Code des obligations, Zürich 1988, 23, N. 166.

²¹ ERNST RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Bd. II (1958), 7-9, mit Hinweis auf *franz. CC art. 1583* und *1591* ("Le prix doit être terminé et désigné par les parties.") und *ABGB§ 1054* ("... Der Kaufpreis ... darf weder unbestimmt noch gesetzwidrig sein."), sodann, bezüglich der Forderung nach Bestimmtheit des Preises, in den lateinamerikanischen Kodifikationen: *Argentinien CC Art. 1323*, *Brasilien CC Art. 1122*, *Chile CC Art. 1808*, *Kolumbien CC Art. 1864*, *Ecuador CC Art. 1798*, *Uruguay CC Art. 1666*, *Venezuela CC Art. 1479*. – Demgegenüber macht der *Codice Civile Italiens* des Jahres 1942 die Preisbestimmung nicht zur Bedingung des Vertragsschlusses; vgl. Art. 1470, 1473, 1474, ebenso nicht der *Código Civil Portugals* des Jahres 1966 (vgl. Art. 874 ff.).

Jahres 1979 hat in diesem Punkt keine Änderung gebracht²². In den USA steht der *Uniform Commercial Code* ebenfalls entschieden auf demselben Standpunkt²³.

Die Ergebnisse dieses rechtsvergleichenden Überblicks über die modernen nationalen Rechte zusammenfassend wird man wohl festhalten dürfen, dass in den *kontinentalen Rechtsordnungen* die Neigung besteht, Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des Kaufpreises zu fordern (hier ist wohl die deutsche Tradition etwas weniger explizit als jene Österreichs oder der Schweiz); demgegenüber sind im *englischen Sprachbereich* die Verhältnisse umgekehrt, d. h. im Ausgangspunkt gilt Preisbestimmung als entbehrlich. – Interessant im übrigen die Regelung der *Tschechoslowakei* im Gesetz über die Rechtsbeziehungen im internationalen Handelsverkehr: In § 276 Abs. 2 wird die Vereinbarung eines Kaufpreises als entbehrlich, da nicht wesentlicher Bestandteil des Vertrags, bezeichnet^{23b}.

V. Die behauptete Widersprüchlichkeit des "Wiener Kaufrechts" (Art. 14/1 und Art. 55) in der Frage des Erfordernisses der Preisbestimmtheit

1. Text des WKR

Eine explizite, unmittelbar dieser Frage zuzuordnende Stellungnahme zum Erfordernis der Bestimmtheit des Kaufpreises findet sich im WKR nicht. Im Zusammenhang der allgemeinen Bestimmungen über den "Abschluss des Vertrages" (Teil II, Art. 14-24) wird dort, wo vom System her die Beantwortung der Frage erwartet werden darf, diese nicht gegeben, einleitend jedoch festgehalten:

²² *Sale of Goods Act*, 1893, Art. 8:

"(1) The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in manner thereby agreed, or may be determined by the course of dealing between the parties.

(2) Where the price is not determined in accordance with the foregoing provisions the buyer must pay a reasonable price. What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case."

Diese Bestimmung ist praktisch unverändert in die Act des Jahres 1979 übernommen worden (Art. 8).

²³ *Uniform Commercial Code*, § 2-204:

"(1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract.

(2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined.

(3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy."

^{23b} Gesetz vorn 4. Dezember 1963, Nr. 101 der Gesetzessammlung der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik (101/1963).

Art. 14:

"(1) Der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluss eines Vertrages stellt ein Angebot dar, wenn er bestimmt genug ist und den Willen des Anbietenden zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein. Ein Vorschlag ist bestimmt genug, wenn er die Ware bezeichnet und ausdrücklich oder stillschweigend die Menge und den Preis festsetzt oder deren Festsetzung ermöglicht.

(2) Ein Vorschlag, der nicht an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist, gilt nur als Einladung zu einem Angebot, wenn nicht die Person, die den Vorschlag macht, das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt."

In Teil III ("Warenkauf", Art. 25–88) wird im Zusammenhang der "Pflichten des Käufers" (Kapitel III, Abschnitt I: Zahlung des Kaufpreises) die Regel statuiert:

Art. 55:

"Ist ein Vertrag gültig geschlossen worden, ohne dass er den Kaufpreis ausdrücklich oder stillschweigend festsetzt oder dessen Festsetzung ermöglicht, so wird mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vermutet, dass die Parteien sich stillschweigend auf den Kaufpreis bezogen haben, der bei Vertragsabschluss allgemein für derartige Ware berechnet wurde, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen verkauft wurde."

2. Die These der Widersprüchlichkeit

Gemeinhin wird zwischen WKR Art. 14/I und Art. 55 ein *innerer Widerspruch* gesehen; hier seien nur einige der prominenten Vertreter dieser Auffassung genannt:

SCHLECHTRIEM bedauert das Erfordernis eines *pretium certum* für die Offerte und konstatiert einen "Widerspruch zu Art. 55, der die Möglichkeit eines Vertragsschlusses ohne Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Preises voraussetzt"²⁴. HERRMANN stellt (insbesondere zum WKR und dessen Verhältnis zum EAG) fest: "Eine (allerdings weniger klare) Neuerung enthält Art. 14 UNKÜ, der für die Bestimmtheit eines Angebots, die neben erkennbarer Bindungsabsicht notwendig ist, eine Angabe über die Waren und eine ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung oder Bestimmbarkeit der Warenmenge und des Preises verlangt. Mit dem 'pretium certum'-Erfordernis nicht leicht zu vereinbaren ist Art. 55, wonach Parteien eines Vertrages, der trotz Fehlen einer solchen Preisbestimmung wirksam zustandegekommen ist, so behandelt werden, als hätten sie den allgemein üblichen Preis vereinbart. Ein solcher Fall kann nur dann eintreten, wenn Art. 14 nicht anwendbar ist, sei es dass ein anderes Recht für die Gültigkeit Mass gibt, weil Teil II nicht ratifiziert wurde,

²⁴ PETER SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen 1981, 37, sowie ähnlich 72. Ebenso DERS., *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Wien 1986, 51 bzw. 81; DERS. bei Peter Doralt (Hg.), *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht*, Wien 1985, 91.

sei es dass die Parteien das Erfordernis des Art. 14 abbedungen haben, eine für die Angebotsphase nicht ganz unproblematische Annahme."²⁵ POSCH examiniert einlässlich die seinerzeit vorliegende Literatur und stellt einen "vor allem in den bisher vorliegenden Stellungnahmen bundesdeutscher Autoren monierte(n) Widerspruch" fest²⁶. An einer der bisher in der Schweiz durchgeführten Tagungen hat aber auch ein französischer Autor eine *incohérence* der Art. 14/I und Art. 55 behauptet²⁷; in einer der neuesten Darstellungen des Kaufrechts, jener von GERHARD WALTER, wird ebenfalls ein echter Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 angenommen²⁸.

Die Liste der Autoren, die einen sachlogischen Widerspruch der Normgehalte der Art. 14 und Art. 55 annehmen, liesse sich verlängern²⁹.

3. Versuche der Erklärung des Widerspruchs

Soweit die i. S. des vorstehend Gesagten einen Widerspruch feststellenden Autoren nach dessen Gründen fragen, werden unterschiedliche Antworten gegeben:

Ein erster Erklärungsversuch geht dahin, die Widersprüchlichkeit als eine Folge des Zusammenstosses verschiedener Auffassungen und Rechtstraditionen zu sehen. So sagt SCHLECHTRIEM (in einem Diskussionsvotum): "Vor allem aus der Entstehungsgeschichte ist ganz klar: da war ein Konflikt zwischen verschiedenen Gruppen, der hier verdeckt worden ist, ohne gelöst worden zu sein."³⁰ POSCH formuliert das so: "Der offensichtliche Widerspruch zwischen Art. 14 und 55 ist deshalb auch ein anschauliches Beispiel dafür, dass rechtsvereinheitlichende Konventionen, insbesondere wenn sie die Vereinheitlichung

²⁵ GEROLD HERRMANN, Einheitliches Kaufrecht für die Welt: UN-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge, in: IPRax 1 (1981) 112.

²⁶ WILLIBALD POSCH bei Doralt (Fn. 24), 155 f.

²⁷ J.-P. PLANTARD in "Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984", Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich 1985, 113. – Die Behauptung einer "incohérence" bleibt auch dann noch bestehen, wenn von ihr gesagt wird, dass sie eine bloss scheinbare ("apparente") sei; PLANTARD nimmt an, dass Art. 55 nur gelte, wenn Art. 14 nicht anwendbar sei, wofür er drei Fälle nennt (Ausschluss von Art. 14 durch die Parteien nach Art. 6, oder Ausschluss nach Art. 9, weiterhin die Nichtanwendbarkeit als Folge eines Vorbehaltes unter Art. 92).

²⁸ GERHARD WALTER (Fn. 14), 658 f.

²⁹ An erster Stelle ist in der Schweiz die *Botschaft* des Bundesrates zu nennen (Fn. 1), 28 oben (Ziff. 222.1) und 60 (Ziff. 233.22). – Vgl. sodann: ULRICH HUBER in *RabelsZ* 43 (1979) 437-439; FRANZ BYDLINSKY, bei Doralt (Fn. 24), 62/63; PETER JABORNEGG bei Doralt (Fn. 24), 184; WALTER STOFFEL in "Lausanner Kolloquium" (Fn. 27), 62, lit. a; MARC WEY, Der Vertragsschluss beim internationalen Warenkauf nach UNCITRAL- und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1984, N 685 f.; WOLFGANG WITZ (Fn. 15), 223 f.; E. ALLAN FARNSWORTH, Formation on Contract, in: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York 1984, § 3.04 [1]; MICHAEL JOACHIM BONELL, La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, in: *droit et pratique du commerce international*, Tome 7, No. 1, Mars 1981, S. 24 f.

³⁰ SCHLECHTRIEM bei Doralt (Fn. 24), 92. Vgl. im übrigen DERS. (Fn. 24), 37 und 72 (engl. Text, 50 und 81).

privatrechtlicher Materien auf globaler Ebene anstrebt, in einzelnen Detailregelungen nicht selten auf nicht vollständig geglückten Kompromissen aufbauen und daher entweder in unbestimmte Rechtsbegriffe oder in halbe, in sich widersprüchliche Regelungen flüchten müssen.³¹ In ähnlicher Richtung gehen wohl auch die Auffassungen von STOFFEL, PLANTARD und KAHN³².

Eine andere Version versucht, die gegebene Textlage gewissermassen als *entstehungsgeschichtlichen Betriebsunfall* zu deuten, und nimmt eher ein Versehen denn eine bewusste Rechtsgestaltung an. So weist etwa ULRICH HUBER darauf hin, dass das materielle Kaufrecht (hier Art. 55) und das Abschlussrecht (Art. 14) in getrennten Beratungen geschaffen wurden³³.

Die bisher genannten Verfasser, die einen sachlogischen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 annehmen, schlagen meist auch Regeln vor, nach denen der *Geltungsbereich* der beiden als unvereinbar betrachteten Norminhalte beschränkt und gegenseitig abgegrenzt werden soll. Dieser "kollisionsrechtliche approach" soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden³⁴.

³¹ WILLIBALD POSCH bei Dorald (Fn. 24), 155, 156. (Folgt Hinweis in Fussnote: "Vgl. dazu allgemein POSCH, Rechtsetzungsprobleme in der Privatrechtsvereinheitlichung, in SCHÄFFER [in Druck].").

³² STOFFEL (Fn. 29); PLANTARD (Fn. 27); PHILIPPE KAHN, La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, in: Revue internationale de droit comparé 33 (1981) 980.

³³ ULRICH HUBER (Fn. 29), 439; vgl. im übrigen auch den Hinweis von ROLAND LOEWE, Internationales Kaufrecht – Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen, mit Erläuterungen (Wien 1989), Bem. zu Art. 14 und Art. 55, der S. 76 daran erinnert, dass bei der Konferenz "jede Bestimmung einzeln angenommen werden musste, und zwar mit Zweidrittelsmehrheit. ... Es hätte daher ohne weiteres ein Widerspruch entstehen können, etwa weil bestimmte Staaten nach Art. 92 Teil II oder Teil III ... gar nicht anzunehmen beabsichtigten und daher an Art. 14 oder Art. 55 nicht interessiert waren" (welche Schlussfolgerung allerdings von LOEWE nicht gezogen wird). – Zur *Entstehungsgeschichte* der Art. 14 und 55 im allgemeinen ist wohl am aufschlussreichsten die Darstellung von G. EÖRSY bei BIANCA / BONELL, Commentary on the International Sales Law, Mailand 1987, Art. 14 (Bem. Ziff. 1, S. 132-136).

³⁴ Vgl. dazu z. B. HERRMANN (Fn. 25), 112, und PLANTARD (Fn. 27), 113; SCHLECHTRIEM erwähnt in einer Fussnote die Möglichkeit, "validy" in Art. 55 WKR nicht auf die Preisbestimmung, sondern nur auf andere Gültigkeitsvoraussetzungen zu beziehen; die Auslegung einer Offerte ohne Preisbestimmung könnte dann im Lichte von Art. 55 erfolgen, d. h. es könnte ein stillschweigender Bezug der Parteien auf den üblichen Preis für die angebotene Ware vermutet werden (Einheitliches UN-Kaufrecht [Fn. 24], 72, Anm. 319); WALTER löst den Widerspruch mit den Vorbehaltsmöglichkeiten der Staaten [Art. 92]: Art. 55 findet demnach nützliche Anwendung, wenn ein Staat Teil II des Abkommens nicht übernommen hat, und nach den kollisionsrechtlich anzuwendenden Vorschriften ein Kaufvertrag auch ohne Preisbestimmung gültig sein kann [Fn. 14], 659. Weiter seien erwähnt WITZ (Fn. 15), 226; FARNSWORTH (Fn. 29), § 3.04 [1]; BONELL (Fn. 29), 24 f.; J. D. FELTHAM, UN Convention on Contracts for International Sale of Goods, in: The Journal of Business Law, London 1981, S. 351. – Anders hingegen WEY (Fn. 29), N. 688: er erachtet eine isolierte Betrachtungsweise von Art. 14 und Art. 55 WKR als wenig sinnvoll und möchte dem Grundgedanken von Art. 55 in Art. 14 Nachachtung verschaffen.

VI. Die ein sinnvolles Zusammenspiel der Art. 14 und Art. 55 erkennenden Autoren

Im Folgenden seien immerhin jene Autoren erwähnt, die einen sachlichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 nicht annehmen und daher auch keine Kollisionsprobleme lösen müssen:

JOHN O. HONNOLD, der (zusammen mit Allan Farnsworth) die Vereinigten Staaten an den WKR-Konferenzen vertreten hat, hält vorab fest, dass hinsichtlich von Offerten in erster Linie die Frage zu beantworten ist, ob überhaupt ein (bedingter) Bindungswille vorhanden ist oder lediglich die Absicht bekundet werden soll, Verhandlungen zu eröffnen. Im Ergebnis will er in Art. 14/I wohl bloss eine Auslegungsregel in dem Sinne erblicken, dass das Fehlen von Preisangaben eine Vermutung gegen diesen Bindungswillen darstelle, während die Gültigkeit des schliesslich geschlossenen Vertrages nicht von Art. 14/I, sondern von Art. 55 beantwortet werde³⁵.

G. EÖRSY, stellt zwar fest, dass "the provision on price in Article 14 creates considerable difficulties with respect to Art. 55". Indessen wird im Zusammenhang mit letzterer Bestimmung, nach Hinweis auf Gegenauffassungen, gesagt: "However, another conclusion is possible. Article 14 is concerned with offers and Article 55 with contracts. Once a contract is concluded, the offer becomes irrelevant and the conclusion of the contract in itself proves that the offer was sufficiently definite, irrespective of whether a provision was made for determining the price. An approach which concentrates on the offer is no longer appropriate after the contract has been concluded."³⁶

ALEXANDER LÜDERITZ sagt zu Art. 14 und Art. 55: "Eine Harmonisierung beider Vorschriften ist entgegen verbreiteter Skepsis durchaus möglich, wenn man sich zum einen von der schon unter internem Recht verfehlten Vorstellung löst, jeder Vertrag setze für sein Zustandekommen ein Angebot und eine Annahme voraus; solange nicht fehlgeschlagene Erklärungen, Obliegenheitsverletzungen bei Vertragsschluss u. ä. zu beurteilen sind, genügt Einigkeit – mag sie erzielt sein, wann und wie sie will. Zum anderen sind sämtliche Vorschriften ...

³⁵ JOHN O. HONNOLD, Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention, Deventer etc. 1982, 160-163 (N. 133-137). Vgl. vor allem Überschrift zu N. 134 ("The Ultimate Criterion: Indication of intent to be bound") oder N. 137, p. 163: "Article 14(1) (second sentence) standing alone, might be read to cast doubt on the existence of a contract in the above situation. However, the issue was resolved at the Diplomatic Conference in the setting of Article 55:" (folgt Zitat). Vgl. auch dort Fussnote 88.

³⁶ G. EÖRSY, bei BIANCA / BONELL (Fn. 33), 133 (zu Art. 14) und 407 (zu Art. 55). An letzterer Stelle führt EÖRSY aus, dass sich seine Auffassung mit derjenigen von SCHLECHTRIEM, HERBER und HUBER decke, die wie er einen Vorrang von Art. 55 gegenüber Art. 14 annehme. Übereinstimmung oder wenigstens Annäherung mag im praktischen Ergebnis bestehen, während die dahin führenden Argumente wohl doch abweichend sind.

nachgiebiges Recht; daher kann auch Art. 14 von den Parteien stillschweigend abgeändert werden."³⁷

VII. Vorbemerkung zur Frage des Widerspruchs

1. Zwei mögliche Prämissen, um die "Widerspruchsthese" zu stützen

Die These eines inneren Widerspruches des normativen Aussagegehaltes von WKR Art. 14/I und Art. 55 wird primär auf die These gestützt, dass ein gültiger Vertragsschluss im Wechselspiel der Unterbreitung eines Angebotes und der Mitteilung dessen Annahme zustande komme, womit zwangsläufig die schliessliche "Gültigkeit" des ausgehandelten Vertrages an die Voraussetzung der "Gültigkeit" der Vertragsverhandlungen einleitenden Offerte knüpft. Diese Prämisse ("kein gültiger Vertrag ohne gültige Offerte") wirkt wohl bei allen Vertretern der "Widerspruchsthese" in der einen oder anderen Form mit. Am deutlichsten wird sie von BYDLINSKI formuliert, der es als ein "*Paradoxon*" bezeichnet, "*dass aus einem ungültigen Offert durch Annahme ein gültiger Vertrag wird*"^{37b}. Das Erfordernis "gültiger" Offerte kann nur unter der Voraussetzung aufgestellt werden, dass ein Vertrag überhaupt eine Offerte voraussetze, Vertragsschluss ohne Wechselspiel von "Offert und Annahme" nicht möglich sei.

Neben dieser ersten Prämisse ("Kein Vertrag ohne gültiges Angebot") ist allerdings auch eine zweite denkbar: Für Vertragsschluss ist der Weg über Angebot und Annahme zwar entbehrlich, die an die inhaltliche Bestimmtheit des Angebotes zu stellenden Anforderungen sind jedoch identisch mit den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit des zu schliessenden Vertrages (Prämisse von der "Identität der Erfordernisse inhaltlicher Bestimmtheit bei Angebot und Vertragskonsens"). Auch dieser Gedanke mag in der einen oder anderen Form bei einzelnen Vertretern der "Widerspruchsthese" eine Rolle spielen.

Die "Widerspruchsthese" ist durch die eine wie die andere der genannten Prämissen hinreichend begründet; zu deren Widerlegung müssen beide genannten Prämissen falsifiziert werden. Dies soll unten Ziffern VIII und IX unternommen werden; um Elemente der Beurteilung zu gewinnen, wird ein Hinweis auf den geschichtlichen Hintergrund der Figuren "Angebot" bzw. "Annahme" vorangestellt (Ziffer 2), da in der Tat beide aufgeworfenen Fragen auf die Deutung dieses Begriffspaares zurückverweisen.

³⁷ ALEXANDER LÜDERITZ bei Schlechtriem (Hg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referat der Fachtagung vom 16./17.2.1987, Baden-Baden 1987, 188.

^{37b} BYDLINSKI (Fn. 29), 63 (Hervorhebung durch Verfasser).

2. Geschichtlicher Hintergrund der Figuren Offerte und Akzept

Die hier geschilderte wissenschaftliche Diskussion illustriert, dass das gegenwärtige Vertragsverständnis in nicht geringem Masse von den Begriffen Offerte/Akzept bestimmt wird, die eine suggestive, wenn nicht hypnotische Wirkung auf das wissenschaftliche Publikum ausüben, ist doch bei zahlreichen Autoren eindeutig die Meinung erkennbar, den Vertrag bzw. den diesen konstituierenden Vertragskonsens unter Rückkoppelung auf Offerte/Akzept deuten zu müssen bzw. gar nicht ohne Einbezug dieser Elemente verstehen zu dürfen.

Um Offerte und Akzept an den ihnen zukommenden Platz zu verweisen, genügt ein Blick in die Vergangenheit. Die Geschichte dieser Begriffe in der modernen Vertragsrecht-Dogmatik ist leider nicht geschrieben; diese Aufgabe kann nicht an dieser Stelle erfüllt werden; im vorliegenden Zusammenhang müssen einige Hinweise genügen.

Blicken wir in die *römischen Quellen*, begegnen wir weder Offerte noch Akzept; entsprechend spielen diese Figuren in der *Pandektenlileratur* des vergangenen Jahrhunderts höchstens eine nebensächliche Rolle, obwohl die Mehrzahl der Autoren diese Vorstellungen wenigstens am Rande vermerken. Dabei besteht in der *späteren Pandektistik des ausgehenden 19. Jahrhunderts* eher die Neigung, Offerte bzw. Akzept als dogmatische Grössen von allgemeinerer Bedeutung zu Verstehen³⁸; demgegenüber ist die *ältere Pandektistik* sehr viel zurückhaltender³⁹.

³⁸ REGELSBERGER widmet in seinen Pandekten (Leipzig 1893) "Antrag und Annahme" eine vergleichsweise einlässliche Darstellung: "Die meisten Verträge werden in der Art geschlossen, dass der eine Teil den Inhalt des beabsichtigten Geschäfts dem anderen mit dem Willen kundgibt, dessen Zustimmung und dadurch die Entstehung des Vertrages zu erlangen" (§ 150, S. 546/7), wobei dann für den Antrag weiter ausgeführt wird "Er muss ... dem Inhalte nach vollständig und in bindender Absicht gestellt sein" (S. 547, lit. A). Dabei ist festzuhalten, dass REGELSBERGER nicht behauptet, Verträge würden schlechthin und notwendigerweise über "Antrag und Annahme" geschlossen, sondern dies bloss für "die meisten Verträge" feststellt. Ebenso HEINRICH DERNBURG, der ausdrücklich erklärt, Verträge könnten auch ohne Offerte und Akzept geschlossen werden: "Der beiderseitige Wille kann simultan erklärt werden, ohne dass der eine Theil die Rolle des Offerenten, der andere die des Acceptanten hat." (Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1897, Bd. II § 11, S. 29 Fn. 2). Eine ausführliche Darstellung von Offerte und Akzept, insbesondere im Zusammenhang mit Vertragsschluss unter Abwesenden, findet sich weiter bei ALOIS BRINZ (Fn. 4), §§ 571 und 572.

³⁹ In den Pandekten von ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT kann ich keine Bezugnahme auf Offerte/Akzept erkennen (System des Pandekten-Rechts, Bd. II, hier benützt 6. Aufl. 1823), und ebensowenig bei FRIEDRICH CARL V. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840, und Obligationenrecht, Bd. II, Berlin 1853, wobei im letztgenannten Werk immerhin die Formel beachtenswert ist: "Vertrag überhaupt ist die Vereinigung Mehrerer zu *einer* übereinstimmenden Willenserklärung" (a. a. O., S. 7, § 52; Auszeichnung beigefügt), womit sich SAVIGNY von WINDSCHEID unterscheidet, der von der "Vereinigung *zweier* Willenserklärungen" spricht (vgl. unten bei Fn. 42; Auszeichnung beigefügt) und damit schon einen Schritt näher bei der Theorie von Offert/Akzept steht. – Bei C. F. MÜHLENBRUCH, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 2. Teil, Halle 1836 (§ 331) findet sich lediglich, bei Erörterung des Erfordernisses "gegenseitiger Einwilligung", die Bemerkung: "Sehr zweifelhaft ist es aber, wann die gegenseitige Einwilligung im Fall der einem Abwesenden (z. B. brieflich) gemachten Offerte als vorhanden anzunehmen sei"; dieser Frage allein gelten auch die (ausführlicheren) Bemerkungen von KARL ADOLPH VON VANGEROW (Lehrbuch der Pandekten, hier zit.

Der *französische Code Civil* (1804) verwendet die Begriffe nicht, wie sich auch zu diesem Thema weder bei DOMAT noch bei POTHIER Ausführungen finden lassen⁴⁰. Es ist erst die *neue französischsprachige Literatur*, die sich mit grossem Elan diesen Figuren zuwendet, wobei vor allem das Phänomen Interesse weckt, dass bei Zulassung bindender Offerten Verträge als zustande gekommen gelten, obwohl möglicherweise in keinem Zeitpunkt wirkliche Willensübereinstimmung bestand (der Offerent wird gebunden, obwohl er im Zeitpunkt der Bildung des korrespondierenden Annahmewillens bereits keinen Abschlusswillen mehr hatte), ebenso die Frage des Wirksamwerdens der beidseitigen Erklärungen bzw. des Eintritts der Vertragswirkungen⁴¹.

Im Gegensatz zum französischen CC kennt das *österreichische ABGB* (1811) eine Bezugnahme in § 861: "Wer sich erklärt, dass er jemandem sein Recht übertragen, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. Solange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag."

Ähnliche Aussagen lassen sich auch im *preussischen Allgemeinen Landrecht* (ALR; 1794) erkennen:

ALR I/5 § 4: "Zur Wirklichkeit eines Vertrages wird wesentlich erfordert, dass das Versprechen gültig angenommen."

Gerade der Vergleich mit dem ALR zeigt, dass ABGB § 861 nicht primär den Fall des (heute im Vordergrund stehenden) zeitlichen Auseinanderfallens der beidseitigen Erklärungen des Vertragswillens normieren will; der Gehalt der Aussage des historischen Gesetzgebers beschränkt sich auf die negative Feststellung, dass eine Bindung nicht bereits durch die einseitige Erklärung des Willens, verpflichtet zu werden, ausgelöst wird, sondern vielmehr erst durch Erklärung des Adressaten, das Versprechen anzunehmen; es geht um das Festschreiben der im damaligen Zeitpunkt keineswegs selbstverständlichen Regel, dass Verbindlichkeiten nicht durch einseitige Verpflichtungserklärung, sondern nur durch *zweiseitige* Rechtsgeschäfte begründet werden können. Diese gleiche Absicht liegt aber auch, wenigstens teilweise, der Äusserung WINDSCHEIDS zugrunde, der festhält: "Der obligatorische Vertrag besteht,

Bd. III, 7. Aufl., Marburg / Leipzig 1869, § 603, S. 248 ff.), wobei auf S. 250 zum "Antrag" ausgeführt wird: "dazu gehört, dass der Anträger seinen Willen, den fraglichen Vertrag abzuschliessen, bestimmt erklärt, und dabei den Vertrag so präzisiert hat, dass es zu seinem Abschluss nur einer einfachen Beistimmung des anderen Theils ... bedarf" (sc. zur Abgrenzung gegenüber der Einladung zu Verhandlungen).

⁴⁰ DOMAT und POTHIER (Fn. 7 und 11). – Im franz. CC erscheint der Begriff der "*offre*" allein in Art. 1258 ff. als *Leistungsangebot* ("Pour que les offres réelles soient valables, il faut ..."), in welchem Sinn sich der Terminus auch in der vorangehenden Literatur gelegentlich nachweisen lässt.

⁴¹ Vgl. dazu die moderneren Lehrbücher zum Vertragsrecht, z. B. MAZEAUD / JUGLART / CHABAS, *Le cours de droit civil*, Tome II/1, Obligations (7. Aufl., Paris 1985), N. 128-146.

wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen.⁴² Noch deutlicher wird dieser Hintergrund bei JULIUS BARON, der von der auf Sonderfälle beschränkten *Pollicitatio* als einseitigem Rechtsgeschäft ausgeht⁴³, um dann anschliessend den Begriff der Offerte als Versprechen, eine Verpflichtung begründen zu wollen, zu beschreiben, vor welchem Hintergrund die Annahmeerklärung gewissermassen zur Behaftung des seinen Verpflichtungswillen erklärenden Schuldners wird⁴⁴; Angebot und Annahme wurden nicht wie heute verstanden als Willenserklärungen, die den *Abschluss eines Vertrages* zuwege bringen, als vielmehr als unentbehrliche Konstitutivelemente der einzelnen Schuld (*Obligation*) bzw. der ihr entsprechenden Forderung⁴⁵. Daraus ergibt sich, dass die Figuren Offerte/Akzept ihren Ursprung nicht in der Vertragslehre haben, sondern vielmehr aus der *Theorie der Obligationen* stammen, die im 18. und 19. Jahrhundert in der juristischen Betrachtungsweise gegenüber der Theorie Schuld- bzw. Vertragsverhältnisse Übergewicht hatten⁴⁶.

Das Gesagte zeigt, dass die Vorstellung von Offerte und Akzept, die heute von einigen zu zentralen Elementen der Vertrags- und Konsenslehre gemacht wird, bloss geringe zeitliche Tiefendimension besitzt. In der zweitausendjährigen Geschichte, auf welche die Schuldverträge im modernen Sinn zurückblicken, beherrschte in der hier behandelten Frage die Vorstellung der *Willenseinigung*, des *Konsenses der Parteien*, die Betrachtung. Offerte und Akzept sind

⁴² WINDSCHEID / KIPP (Fn. 4), § 305, Bd. II, 243 (identischer Text bereits in Voraufgaben, z. B. 2. Aufl. 1869); die These, dass es auch ihm um den Ausschluss der Bindungswirkung durch einseitige Verpflichtungserklärung ging, wird gestützt durch den Umstand, dass mit keinem Wort die Offerte (insbesondere die an sie zu stellenden inhaltlichen Anforderungen spezifiziert) Erörterung findet, während in § 306 einlässlich die Frage behandelt wird: "Genügt zum Abschluss des Vertrages, dass die Annahmeerklärung abgegeben worden sei, oder muss dieselbe dem Antragsteller zum Bewusstsein gekommen, oder wenigstens an ihn gelangt sein?"

⁴³ BARON (Fn. 4); in § 211 beschreibt er die *Pollicitatio* als "einseitige Willenserklärung, worin Jemand zu Gunsten eines Anderen eine Leistung verspricht: pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum" (Zitat von Dig. 50, 12, 3, pr.).

⁴⁴ BARON (Fn. 4) § 212 (p. 575, Ziff. 1): "Die Einigung ist geschehen (der Vertrag ist abgeschlossen, perfect), wenn zweierlei vorliegt, nämlich: a) ein Antrag (Offerte) seitens des zukünftigen Schuldners, d. h. ein Versprechen desselben zum Zweck eines Vertragsschlusses, b) die Annahme (acceptation) des Antrages (des Versprechens) seitens des zukünftigen Gläubigers; im Übrigen kann zeitlich das Versprechen der Annahme vorausgehen oder umgekehrt die Erklärung des Gläubigerwillens nachfolgen."

⁴⁵ Vgl. neben BARON: WINDSCHEID / KIPP (Fn. 4), Bd. II, § 305; MÜHLENBRUCH (Fn. 4), Bd. II, § 331; SEUFFERT (Fn. 4), Bd. I, § 255; SINTENIS (Fn. 4), Bd. II, § 96. Sie alle behandeln Offerte und Akzept zwar unter dem Titel des Vertragsschlusses, beschränken ihren Inhalt aber auf das Versprechen bzw. die Annahme einer bestimmten *Leistung*. Die spätere Pandektistik betrachtet die Offerte nicht mehr als blosses Versprechen einer Leistung, sondern als Angebot zu einem *Vertragsschluss*; vgl. REGELBERGER (Fn. 4), Bd. I, § 150; HÖLDER (Fn. 4), § 42; WÄCHTER (Fn. 4), § 185/III; KELLER (Fn. 4), § 223, S. 443; WENDT (Fn. 4), § 199; HOLZSCHUHER (Fn. 4), Bd. III, § 236.

⁴⁶ Zum Gegensatz der auf die Obligation (Recht/Pflicht-Beziehung) oder aber die Schuldverhältnisse (Verträge) ausgerichteten Betrachtungsweise in Systemgeschichte und Rechtsvergleichung vgl. BUCHER, Schweiz. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 38 f., 389; DERS., Einfluss des franz. Code Civil auf das Obligationenrecht, in "Das Obligationenrecht 1883-1983", hg. von Caroni, Bern 1983, 139-176, bes. 165-170.

demgegenüber "*Denkfiguren der letzten Minute*". Diese Neuschöpfung ist durch das praktische *Bedürfnis der Deutung der Verhältnisse des Vertragsschlusses unter Abwesenden* (auf dem Korrespondenzweg) veranlasst⁴⁷. Das neugeschaffene Modell geht auf Begriffe zurück, die ursprünglich der Behandlung des Gegensatzes zwischen einseitig erklärter Schuldverpflichtung (*pollicitatio*) und dem zweiseitigen Rechtsgeschäft des Vertrages dienen⁴⁸. Wie oft entfalten künstlich geschaffene Begriffe eine Eigendynamik, die eine Tragweite über die ursprüngliche Sinngebung hinaus schafft (ein Phänomen, das sich etwa bei den Denkfiguren des *Gestaltungsrechts*, der *Zuwendung* und anderen modernen Kunstbegriffen feststellen lässt). Zum richtigen Einordnen der durch Art. 14/I und Art. 55 WKR aufgeworfenen Frage ist eine Rückbesinnung auf die hier gezeigten Ursprünge unentbehrlich.

VIII. Keine positivrechtliche Grundlage der Prämisse der Notwendigkeit von Offerte und Akzept

1. Grundsatz

Vorab die Feststellung, dass der Text des WKR zwar in Art. 14 eine Regel über Offerten aufstellt, dass im übrigen jedoch das WKR insgesamt nicht den geringsten Anhaltspunkt enthält, der den Schluss rechtfertigen würde, die Konvention stelle die Forderung auf, dass Abschluss der Käufe über den Austausch von Offerte und Akzept erfolge, während auf andere Weise geschlossene Käufe als nicht existent betrachtet würden.

In diesem Punkte weicht das WKR in keiner Weise von der Rechtstradition der (in diesem Punkt völlig übereinstimmenden) Vertragsstaaten ab, derzufolge zwar die Möglichkeit des Vertragsschlusses über Offerte und deren Akzept selbstverständlich ist, jedoch der Nachweis eines Vorgehens der Parteien über Unterbreitung von Offerten niemals zur Voraussetzung der Gültigkeit eines Vertrages gemacht wird, sondern Konsens der Parteien, unerachtet auf welchem Wege dieser erzielt sein mag, gültigen Vertragsschluss konstituiert. Auch ausserhalb des WKR ist eine Gesetzesregel, welche explizit das Gegenteil

⁴⁷ In aller Regel erfolgt die ausführlichere Erörterung von Offerte und Akzept nicht im Zusammenhang der Grundsatzfrage der Vertragsentstehung schlechthin, sondern des Sonderfalles des Vertragsschlusses unter Abwesenden. Besonders erwähnt seien DERNBURG, der dem Vertragsschluss unter Abwesenden einen eigenen Paragraphen widmet (Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1897, Bd. II, § 11), und HÖLDER, der beim Vertragsschluss unterscheidet zwischen gemeinsamer und sukzessiver Willensäußerung und nur im zweiten Fall Offerte und Akzept erwähnt (zit. Fn. 4, 42, S. 220); vgl. im übrigen die in Fn. 38 und 45 erwähnten Autoren.

⁴⁸ Die Auffassung, dass die Vorstellung der Offerte ihre Ursprünge in der Theorie der "*pollicitatio*" hat, findet eine Bestätigung im französischen Sprachgebrauch, der mit "*pollicitation*" neben dem traditionellen Sinngehalt untechnisch auch nichts anderes als "*offre*" bezeichnet (so z. B. Hinweis bei MAZEAUD / JUGLART / CHABAS [Fn. 41], N. 131).

des Gesagten statuieren würde, nicht bekannt. Etwas Derartiges ist auch sachlogisch ausgeschlossen und schlechthin undenkbar. Dasselbe gilt nicht weniger für Gerichtsentscheidungen, die, wenn der obigen Auffassung widersprechend, statuieren müssten, dass die Parteien, obwohl sie sich unstreitig oder erwiesenermassen über den notwendigen Inhalt des Vertrages (die Essentialien i. w. S.) geeinigt haben, trotzdem nicht in gültiger Vertragsbeziehung stehen, weil nicht vorgetragen oder bewiesen wurde, dass der gegebene Konsens auf dem Weg der Unterbreitung eines gültigen Angebots und dessen Annahme erzielt worden ist.

Der Standpunkt, dass im Hinblick auf Vertragsgültigkeit allein die Erzielung der Willensübereinstimmung der Parteien gefordert werden darf, während der Weg, auf dem diese Willensübereinstimmung erreicht wird, keine Rolle spielt, wird zwar durch den weltweit präsenten (insbesondere auch im englischen Sprachbereich herrschenden) Gemeinplatz "Vertragsschluss erfolgt durch Offerte und deren Akzept" überlagert und etwas aus dem Blickfeld verdrängt, jedoch keineswegs in Frage gestellt. Die Gegenauffassung, ausdrücklich formuliert ("Vertragsschluss allein durch Austausch von Angebot und Annahme"), wäre nicht bloss sachlich unhaltbar, sondern würde, wie vorstehend dargelegt, der Rechtstradition sämtlicher kontinentaler Rechtsordnungen und nicht weniger jener des englischen Sprachbereichs widersprechen; es würde damit der Vertragsschluss, heute vom Grundsatz der Formfreiheit dominiert, zu einem formbedürftigen Akt gemacht, der einen Austausch gegenseitiger Erklärungen voraussetzt (deren Solemnitätsgrad allerdings erst noch zu determinieren wäre), was gänzlich ausserhalb der Vorstellungswelt der heutigen Juristen (und zwar auch jener Juristen, welche Wert auf die Formel "Vertrag durch Offerte und Akzept" legen) steht.

Wenn man die moderne Vertragspraxis betrachtet und gleichzeitig das Rechtsverständnis des Publikums miteinbezieht, stellt man fest, dass bei einem ganz erheblichen, wenn nicht überwiegenden Teil der Fälle die Vorstellung, Verträge würden durch Annahme unterbreiteter Offerten zustande gebracht, an den Realitäten gänzlich vorbeigeht. Ob wir den Abschluss eines Kaufs von Zigaretten oder Zeitschriften am Verkaufsstand an der Strassenecke betrachten, oder ob es, am anderen Ende der Skala der wirtschaftlichen Bedeutung der geschlossenen Transaktionen, um den Abschluss eines Liefervertrages über eine komplexe Produktionsanlage geht, immer ist es nutzlose intellektuelle Übung, wenn nicht gar aufgrund der Ungewissheit der Verhandlungsabläufe unmöglich, die vertragskonstituierenden Äusserungen der Parteien als Offerte oder deren Akzept zu qualifizieren, und niemand wird aus diesem Umstand Zweifel an der Gültigkeit des zustande gekommenen Vertrages ableiten. Zur Illustration, dass diese im kontinentalen Rechtsbereich nicht bestrittene Beurteilung auch im englischen Sprachbereich genau gleich gilt, sei anhand des Zitates aus einem genau in den Tagen der Redaktion dieser Zeilen erscheinenden Aufsatz von E. ALLAN FARNSWORTH (einem der zahlreichen Väter des WKR, vgl. oben bei Fn. 35) belegt:

"The law governing the formation of contracts is usually analyzed in terms of the classic rules of offer and acceptance. But however suited these rules may have been to the measured cadence of contracting in the nineteenth century, they have little to say about the complex processes that lead to major deals in most countries today. – Major contractual commitments, especially international ones, are typically set out in a lengthy document, or in a set of documents, signed by the parties in multiple copies and exchanged more or less simultaneously at a closing. The terms are reached by negotiations, usually face-to-face over a considerable period of time and often involving corporate officers, bankers, engineers, accountants, lawyers and others. The negotiations are a far cry from the simple bargaining envisioned by the classic rules of offer and acceptance. There is often no offer or counter-offer for either party to accept, but rather a gradual process in which agreements are reached piecemeal in several 'rounds' with a succession of drafts. There may first be an exchange of information and an identification of the parties' interests and differences, then a series of compromises with tentative agreement on major points, and finally a refining of contract terms. The negotiations begin with managers, who refrain from making offers because they want the terms of any binding commitment to be worked out by their lawyers. Once these original negotiators decide that they have settled those matters that they regard as important, they turn things over to their lawyers, whose drafts are not offers because the lawyers lack authority to make offers. When the ultimate agreement is reached, it is often expected that it will be embodied in a document or document that will be exchanged by the parties at a closing. – If the parties sign and exchange documents at the closing, there is no question that they have given their assent to a contract. There is little occasion to apply the classic rules of offer and acceptance. ..."⁴⁹

2. Die Figuren von Offerte und Akzept nur sinnvoll im Sonderfall des zeitlich gestaffelten Vertragsabschlusses

Die Feststellung, dass weltweit und in allen uns zugänglichen Rechtsordnungen Verträge zwar Willensübereinstimmung i. S. des Vertragskonsenses über die wie auch immer umschriebenen notwendigen Konsenselemente (die sog. Essentialen) voraussetzen, dass aber nirgends der Nachweis gefordert ist, dass diese Willensübereinstimmung auf dem Wege des Austauschs von Offerte und Akzept erreicht wurde, darf hier, da niemand diese Auffassung bisher explizit bestritten hat, gar nicht erst weiter begründet werden. Haben die Figuren Offerte/Akzept keinerlei Bedeutung als generelle Gültigkeitsvoraussetzungen von Verträgen, behalten sie natürlich trotzdem praktische Bedeutung, aber dies nur in einem genau umschriebenen Sonderbereich, d. h. in einer bestimmten (statistisch keineswegs häufigen) *Streitsituation*. Diese Streitlage bezieht sich auf den *Sonderfall des zeitlich gestaffelten Vertragsschlusses*, bei dem nicht, wie im Regelfall, auf die Erklärung des Abschlusswillens der einen Partei unmittelbar die entsprechende Gegenerklärung der anderen Partei erfolgt oder beide Erklärungen gleichzeitig ergehen, sich diese vielmehr, wenn die Verhandlungen unter Anwesenden (oder am Telefon) geführt werden, eine *Bedenkzeit* ausbedingt, oder, im Falle *der Verhandlung unter Abwesenden*,

⁴⁹ E. ALLAN FARNSWORTH, in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, 657/658.

eine die Annahme erklärende Gegenäußerung aus technischen Gründen erst nach einem gewissen Zeitablauf zur Kenntnis der anderen Partei gelangen kann⁵⁰. Bei "punktuellem Vertragsschluss", d. h. der durch kein Zeitintervall getrennten Erklärung der Vertragswillen der Parteien, ist es sinnlos, von Offerte und Akzept zu sprechen; diese Figuren erlangen allein dann Gehalt, wenn die beidseitigen Erklärungen durch eine Zeitspanne getrennt sind. Soll eine, auf die erste Erklärung (Offerte) folgende zweite Erklärung den Vertrag zustande bringen, dann muss sie, soll Konsens resultieren, natürlich nur formalen Charakter haben (*JA* lauten), nicht aber inhaltliche Elemente nachschieben (da diesfalls ein auf diese bezogener Vertragswille des Ersterklärenden noch nicht vorliegt). Diese selbstverständliche (in WKR Art. 19/I festgeschriebene) Regel vorausgesetzt, geht die zentrale Frage in diesem Zusammenhang dahin, ob der Zeitraum zwischen Begebung von Offerte und Akzept überdehnt wurde oder nicht, ob bei Annahme der Offerte diese überhaupt noch "offen" war, oder umgekehrt die Annahme verspätet. Weil die Figuren von "Offerte" und "Akzept" sich auf den *Sonderfall des zeitlich gestaffelten Vertragsschlusses* beziehen, regeln auch die Art. 15-24 WKR die Probleme der *zeitlichen Abfolge* (wie lange sind Offerten "offen", in welchem Moment wird die Annahmeerklärung wirksam, wie ist eine unverschuldete Verzögerung der Übermittlung zu behandeln usw.)⁵¹. Folgt aus dem Gesagten, dass die Figuren "Angebot" und "Annahme" schlechthin, und natürlich auch im Rahmen des WKR, keine allgemeine, d. h. jeglichen Vertragsschluss betreffende Geltung haben, sondern im gezeigten Sinn sachlogisch auf Sondersituationen beschränkt bleiben, ist die erste der Prämissen ("Kein Vertrag ohne gültiges Angebot") als unhaltbar erwiesen.

⁵⁰ Wenn in der bisherigen (insbesondere älteren) Literatur von "*Vertragsschluss unter Abwesenden*" gesprochen wird, ist nichts anderes gemeint als das hier "zeitlich gestaffelter Vertragsschluss" bezeichnete Phänomen. Dass örtlich getrennte Verhandlungsparteien wie Anwesende zu behandeln sind, wenn sie sich telefonisch unterhalten, bleibt diesfalls unberücksichtigt, während der vergleichsweise weniger häufige Fall, dass auch bei Verhandlungen unter Anwesenden eine die Verhandlung überdauernde Offerte gestellt werden kann (wenn der eine Partner sich Bedenkzeit ausbedingt und diese zugestanden erhält), bei dieser traditionellen Formel ausgeklammert bleibt.

⁵¹ Demgegenüber kann die Frage der an die Offerte zu stellenden *inhaltlichen Anforderungen*, wie in WKR Art. 14 behandelt, gewissermassen nur als *Vorfrage* betrachtet werden, die dem genannten Hauptproblem des zeitlichen Ablaufs der korrespondierenden Willenserklärungen von Käufer und Verkäufer untergeordnet ist. Bei dieser Sicht der Dinge wird dann auch erst einsichtig, dass kein hinreichender Grund besteht, die Umschreibung der notwendigen Inhaltselemente im Zusammenhang der Problemlage Offerte/Akzept und jener des Vertragskonsenses gleich zu treffen (wird noch weiter ausgeführt unten Ziffer IX).

IX. Keine Identität der Erfordernisse inhaltlicher Bestimmtheit von Angeboten und von vertraglichen Konsensinhalten

1. Allgemeine Überlegungen zum Textverständnis

Die oben (Ziffer VI) genannten Autoren, welche einen Widerspruch zwischen den Art. 14/I und 55 ablehnen, begründen ihren Standpunkt letztlich mit dem Argument, die beiden Bestimmungen würden verschiedene Fragen regeln. So am deutlichsten EÖRSY (Fn. 36): "Art 14 is concerned with offers and Art. 55 with contracts." Mit EÖRSY Angebot und Vertrag (bzw. deren Gültigkeit) als verschiedene Fragen zu behandeln, ist nur möglich, wenn man den Abschluss von Verträgen auch ohne vorangestelltes (i. S. von Art. 14 gültiges) Angebot anerkennt. LÜDERITZ (Fn. 37) hält fest, es genüge "Einigkeit – mag sie erzielt sein, wann und wie sie will", während HONNOLD (Fn. 35), wenn er Art. 14 auf eine für den Fall fehlender Preisfixierung statuierte gesetzliche Vermutung fehlenden Bindungswillens reduziert, offensichtlich die Möglichkeit gültigen Vertragsschlusses auch ohne vorangehende gültige Offerte als selbstverständlich voraussetzt. – Die genannten Autoren, deren Auffassungen sich mit dem Standpunkt des Schreibenden, wie vorstehend in Ziffer VIII formuliert, vorbehaltlos decken, unterlassen es jedoch, die zweite Prämisse zu widerlegen; ihrer Argumentation kann entgegengehalten werden, dass selbst bei der Annahme der Entbehrlichkeit der Unterbreitung eines Angebots immer noch die Auffassung möglich bleibt, die Umschreibung der Inhaltserfordernisse im Zusammenhang des Angebots (Art. 14) enthalte gleichzeitig – in verkürzter Darstellung – eine Umschreibung der Konsenserfordernisse im allgemeinen.

Diese zweite Prämisse lässt sich durch Hinweise auf das bisherig Gesagte (Ziffer VIII) widerlegen, womit, im Ergebnis, auch die Auffassungen der drei hier genannten Autoren eine Begründung finden. Die Figuren Angebot und Annahme haben in der globalen Rechtstradition nie jene zentrale dogmatische Bedeutung erlangt, welche ihr heute – nur in vorliegendem Zusammenhang – etwas unbedacht zugeschoben wird; es bleibt unterschiedslos in allen in Betracht fallenden Rechtsordnungen und auch im WKR der zentrale vertragsrechtliche Begriff die "*Willensübereinstimmung*" bzw. der "*Konsens*" der Parteien. Daher verbietet sich von vornherein eine Textinterpretation, welche in der in Art. 14/I für den Sonderfall der Abgabe einer Offerte aufgestellten Regel eine Stellungnahme in der viel grundsätzlicheren Frage der Preisvereinbarung als Gültigkeitsvoraussetzung des Vertrages erblickt.

2. Rechtsfiguren Angebot und Annahme sind bezogen auf eine Streitlage vor Vertragsabwicklung

Zu diesen Allgemeinüberlegungen tritt hinzu der sachliche Gesichtspunkt, dass Offerte/Akzept nicht bloss, wie oben (Ziffer VIII/2) gezeigt, *keine allgemeinen* Konsensbildungs-Regeln bilden und auf das Sonderproblem der zeitlich

gestaffelten Konsensbildung bezogen sind, sondern dass darüber hinaus hinter diesen Begriffen eine ganz bestimmte *Streitlage* steht, ausserhalb derer ein Sachbezug auf diese Begriffe nur schwer feststellbar ist: Es ist die Auseinandersetzung der Verhandlungspartner, von denen der eine einen bereits erfolgten wirksamen Vertragsschluss behauptet, während der andere diesen bestreitet; typischerweise wird der angebliche Offerent die Bestreitung entweder damit begründen, er selber habe keine wirkliche Offerte abgegeben und z. B. lediglich den Partner zur Offertstellung eingeladen, so dass durch die Äusserung des Partners kein Vertrag geschaffen worden sein könne, oder er wird die Wirksamkeit der Annahmeerklärung bestreiten (diese sei zu spät erfolgt bzw. zugegangen, sei mit Vorbehalten verknüpft und damit wirkungslos gewesen o. dgl.).

Es liegt nun auf der Hand, dass in aller Regel Streit um Vorliegen gültiger Offerte bzw. Akzept nur während oder am Ende der Phase der Vertragsverhandlungen ausgetragen wird, jedenfalls in einem Zeitpunkt, in dem mit der Ausführung des Vertrages noch nicht begonnen wurde, bzw. in dem die eine Partei diese Ausführung fordert bzw. anbietet und die Gegenseite diese ablehnt mit der Behauptung, ein gültiger Vertrag bestehe nicht. Im Normalfall wird eine Vertragsleistung nur erbracht, wenn der Leistende von der Gültigkeit des Vertrages überzeugt ist. Die meisten Leistungen, um voll wirksam zu werden, verlangen in irgendeinem Zeitpunkt auch die Mitwirkung des Leistungsempfängers, auch hier wird man aus dieser Mitwirkung in aller Regel auf das Überzeugtsein des Leistungsempfängers vom Bestand des Vertrages schliessen dürfen. Daraus folgt, dass mit Leistungserbringung, d. h. mit ganzer oder doch teilweiser Abwicklung des Vertrages, die auf Offerte/Akzept zu beziehende Streitlage zu einem Abschluss kommt: Wer seine Leistung erbracht oder jene der Gegenpartei entgegengenommen hat, wird die Entstehung eines Vertrages nicht bestreiten wollen oder, angesichts des Rechtsmissbrauchsverbots, nicht bestreiten dürfen, da Bestreitung der Vertragsgeltung nach Leistungsaustausch ein *venire contra factum proprium* darstellen würde⁵².

Vor diesem Hintergrund sollte sichtbar werden, dass WKR Art. 14/I einerseits, Art. 55 andererseits, auf *verschiedene Streitlagen* bezogen sind und deshalb von der Sache her andere Regeln (d. h. andere Anforderungen an den Inhalt der Erklärungen, hier hinsichtlich des Preises) aufgestellt werden können, ohne dass diese deshalb als inkonsistent bezeichnet werden dürften:

Der auf *Angebot/Annahme* bezogene Art. 14/I ist, wie diese Figuren selber, zur Hauptsache nur für den *Zeitraum vor Leistungserbringung* bzw. Vertragserfüllung gerechtfertigt. Hier ist es sachlich sinnvoll, denjenigen nicht als zur Leistungserbringung verpflichtet zu halten, der nicht genau weiss, welchen

⁵² Die nach (ganzem oder teilweisem) Leistungsaustausch aufkommenden Auseinandersetzungen können zwar immer noch auf Infragestellung der Vertragsgültigkeit zielen: Es mögen irgendwelche Konsensmängel (Willensmängel, wenn nicht gar nachträglich entdeckter Dissens) vorgebracht werden, ohne dass diesfalls jedoch Offerte und Akzept in ihrer angestammten Funktion ins Spiel kommen könnten.

Preis er für seine Leistung erwarten darf; ebensowenig ist demjenigen die Entgegennahme einer Leistung zuzumuten, der nicht genau weiss, was ihn diese kosten soll.

Nach *Erbringung und Entgegennahme der Leistung* gelten ganz andere Gesichtspunkte. Der seinerseits bereits erfüllt habende Partner wird im Regelfall kein Interesse haben, die Gültigkeit des Vertrages zu bestreiten, sondern umgekehrt unter Berufung auf den Vertrag die Gegenleistung fordern. Demgegenüber soll sich nun nicht der Partner, um seine Leistung (Preiszahlung) zu verweigern, darauf berufen dürfen, dass der Preis noch nicht vertraglich festgelegt sei. Mitwirken am Leistungsaustausch impliziert den Verzicht auf die Einwendung, ein gültiger Vertrag sei mangels gültiger Willenseinigung nicht zustande gekommen: Der Käufer, der eine Sache als Kaufgegenstand entgegengenommen (und vielleicht die Zustellung der Ware durch seine "Bestellung" veranlasst) hat, soll nicht, nach Entgegennahme der Ware (und möglicherweise deren Verzehr oder Untergang, was Rückleistung unmöglich macht) die Preiszahlung verweigern können unter Berufung auf Vertragsungültigkeit infolge fehlenden Preiskonsenses⁵³. Diese Regel ist sachlogisch in einem Masse zwingend und in der Praxis wohl auch allseits mit Selbstverständlichkeit respektiert, dass man wohl sagen kann, WKR Art. 55 selber statuiere diesen Grundsatz nicht, sondern setze ihn als selbstverständlich voraus, während der normative Gehalt dieser Bestimmung sich darin erschöpfe, das *Folgeproblem* des Grundsatzes der Vertragsgültigkeit trotz fehlender Preisvereinbarung zu lösen, d. h. Regeln für die Bestimmung des zu zahlenden Preises zu geben.

3. Erfordernis der Preisbestimmung bei Offerten zusätzlich gerechtfertigt unter dem Gesichtspunkt der Auslegung des Erklärungswillens

Als allgemeine Regel soll nach wie vor gelten, dass bei Deutung des Inhalts wie Feststellung der Gültigkeit von Verträgen primär auf die von beiden Parteien gemeinsam konstituierte Grösse des Konsenses, der Willenseinigung abzustellen ist, während die je beidseitigen Erklärungen der Parteien nur vorfrageweise zu berücksichtigen sind. Diese Grundposition schliesst nicht aus, dass bei zeitlich gestaffeltem Vertragsschluss durch Austausch von Angebot und

⁵³ Vertragsungültigkeit würde den Verkäufer zum vornherein um jeglichen Vertrags- (Preis-) Anspruch bringen, während die an dessen Stelle tretenden Rückforderungs- bzw. Bereicherungsansprüche nur ungenügenden, mit mancherlei Unsicherheiten belasteten Ersatz dafür bieten. Im Falle zufälligen Untergangs der Sache in den Händen des Käufers könnte sich dieser auf die fehlende Preisvereinbarung besinnen, um die Gefahr auf den Verkäufer zurückspringen zu lassen. – Der Gedanke, dass bei erfolgter Leistung die Gegenleistung ebenfalls (und unabhängig von der formellen Gültigkeit des zugrunde liegenden Vertrages) geschuldet sei, war im römischen Recht anscheinend ein gewichtiges Anliegen. In diesem Zusammenhang vorab zu bedenken die Ausnahmen, welche gegenüber der Regel "nudum pactum non parit actionem, sed exceptionem" aufgestellt wurden: die ausnahmsweise möglichen Klagen fanden wohl regelmässig ihre Rechtfertigung letztlich darin, dass der Klageberechtigte seinerseits eine Leistung erbracht (und der Beklagte diese empfangen) hat. Das kann hier allerdings nicht weiter verfolgt werden.

dessen Annahme die betreffenden Willenserklärungen, im Hinblick auf ihren funktionellen Gehalt, gesondert betrachtet und situationskonform ausgelegt werden. Die Eigentümlichkeit der Offerte besteht nun darin, dass sie, ohne den Standpunkt des Adressaten zu kennen, eine Erklärung eines bedingten Bindungswillens des Offerenten enthält, der bei Erklärung des korespektiven Bindungswillens des Partners Vertragsschluss konstituiert. Nachdem ein Primärproblem der (Bindungswillens voraussetzenden) Offerte in deren Abgrenzung gegenüber der (ohne Bindungswillens abgegebenen) blossen Einladung zu Vertragsverhandlungen besteht, muss die Frage der Preisnennung vorab in diesem Zusammenhang gesehen werden. Hier nun bestehen gute Gründe, aus dem Fehlen der Preisbestimmung in der die Verhandlungen auslösenden Erklärung die Vermutung abzuleiten, die fragliche Erklärung sei nur eine Einladung zu Verhandlungen (oder eine Aufforderung zur Offertstellung an den Partner), nicht jedoch eine echte (d. h. mit eventuellem Bindungswillens ausgestattete) Offerte. Dies ist nun der (oder wenigstens ein) unbestreitbarer Normgehalt von WKR Art. 14/I: Erfolgt keine Preisnennung, darf die Erklärung (evtl. bis zum Beweis des Gegenteils) nicht als eine echte Offerte verstanden werden, d. h. der Erklärende nicht durch Akzept gegen seinen Willen in den Kaufvertrag eingebunden werden.

Die vorangehenden Ausführungen (Ziffer 2) sollten gezeigt haben, dass die gleichen Gründe nun nach erfolgter (ganzer oder teilweiser) Vertragsabwicklung keinerlei Geltung mehr haben, da Leistungserbringung und -entgegennahme eine *violenta praesumptio* für die beidseitige Annahme des Bestehens eines Vertrages und die darin implizierte beidseitige Erklärung des Bindungswillens begründen. Wird erkannt, dass die an die Offerte zu stellenden inhaltlichen Anforderungen zwar ebenfalls durch die Notwendigkeit hinreichender Bestimmung des angebotenen Vertrages bestimmt sind, dass sich diesem Gesichtspunkt die (praktisch wohl wichtigere, da häufiger Streit veranlassende) Anforderung des hinreichenden Nachweises des Bindungswillens des Offerenten überlagert, folgt zwangsläufig, dass die Offerte zwar den für den schliesslich begründeten Vertrag notwendigen Konsensinhalt aufweisen muss, darüber hinaus aber unter letzterem Gesichtspunkt sehr wohl Zusatzerfordernisse kennen kann, wie dies hier für die Preisnennung angenommen wird. Bei dieser Sicht entfällt jeder innere Widerspruch zwischen der (aus Art. 14/I abgeleiteten) Regel, dass Offerten, um wirksam zu sein, eine Preisangabe enthalten müssen, während (wie in Art. 55 wenigstens indirekt gesagt wird) für die Geltung des schliesslich resultierenden Vertrages Preisfestsetzung entbehrlich ist.

Diese Betrachtungsweise liegt wohl auch den (nicht näher begründeten) Äusserungen jener Autoren zugrunde, welche die These der Widersprüchlichkeit von Art. 14/I und Art. 55 ablehnen (dazu oben Ziffer VI): HONNOLD, EÖRSY wie LÜDERITZ⁵⁴ setzen alle gleichermassen als selbstverständlich voraus,

⁵⁴ Vgl. oben bei Fn. 35, 36 und 37.

dass die an Offerten zu stellenden Anforderungen der Inhaltsbestimmtheit nicht auf den Vertragskonsens übertragen werden dürfen, sondern dass letzterer eigenen Gesetzmässigkeiten folgt. LÜDERITZ stützt diese Auffassung noch explizit mit dem Argument, dass die Parteien frei sind, von nachgiebigem Recht abzuweichen, daher einen vollgültigen Vertrag schliessen können durch stillschweigenden Ausschluss von Art. 14/I⁵⁵.

X. Erfordernis der Preisbestimmung entfällt mit Lieferung der Kaufsache

1. Anwendungsbereich des Preisbestimmtheits-Erfordernisses gemäss Art. 14/I

Stimmt man dem Bisherigen zu, bleiben noch einige Fragen bezüglich der Tragweite und Begrenzung des Geltungsbereichs der Regel des Preisbestimmtheits-Requisits von Art. 14/I.

Nach der insbesondere von HONNOLD und LÜDERITZ vertretenen Auffassung hat Art. 14/I lediglich den Charakter einer Auslegungsregel (HONNOLD) oder (im praktischen Ergebnis nicht stark abweichend) die Tragweite einer nachgiebigen (durch Parteiabsprache zu beseitigenden) Norm (LÜDERITZ). Das gibt Raum für die Frage, wie zu urteilen ist, wenn der Offerent zum Ausdruck bringt, dass sein Angebot bindend gemeint sei und er einen Vertrag schliessen wolle unter derzeitigem Offenlassen des Preises und der Partner eine bindende Annahmeerklärung unter Inkaufnahme fehlender Preisbestimmung abgibt. Damit hängt zusammen die Frage der Vertragsbindung im Fall, dass die Parteien unter Anwesenden (und nicht über Austausch von Offerte und Akzept) unter Offenlassen des Preises kontrahiert haben. Kann im einen wie im anderen Fall der eine der Vertragspartner, wenn er in der Folge anderen Sinnes wird, sich im Zeitraum bis zur Leistungserbringung im oben (Ziffer IX/2) definierten Sinn, sich vom Vertrag lossagen unter Berufung auf fehlenden Preiskonsens?

Die Beantwortung beider Fragen hängt letztlich davon ab, ob man den erklärten und eindeutigen *Parteiwillen* als das Massgebliche betrachtet oder vielmehr die *Erbringung* bzw. *Entgegennahme* der Leistung. Wenn man (mit HONNOLD und LÜDERITZ) das entscheidende Gewicht auf den *Parteiwillen* legt, muss dessen klare Formulierung die Anwendung von Regeln ausschalten, die aus der Lebenserfahrung auf ihn Rückschlüsse ableiten, so dass *im Sinne der Vertragsgültigkeit* zu entscheiden ist. Werden jedoch *Sachgesichtspunkte* in den Vordergrund gerückt, muss *Vertragsgültigkeit verneint* werden: Die Zulassung von Vertragsbindungen, die in ihrer Tragweite unbestimmt

⁵⁵ Das Argument ist interessant, wenn auch m. E. entbehrlich, was festzuhalten gerechtfertigt ist, weil die Parteien einerseits gar nicht über Austausch von Offerte und Akzept kontrahieren müssen (vgl. oben Ziffer VIII), andererseits die Nachgiebigkeit von Vertragsbildungsregeln für den Schreibenden nicht ausser Zweifel steht.

sind, wie dies bei einem Kaufvertrag ohne Preisfestsetzung der Fall ist, erscheint aus grundsätzlichen Überlegungen als bedenklich und im Hinblick auf die dadurch geschaffene Streitlage unerwünscht; dass umgekehrt im Falle bereits erfolgter Leistung diese Gesichtspunkte mit Selbstverständlichkeit nicht berücksichtigt werden, erklärt sich hinlänglich durch Rücksichten auf den Leistenden und die Notwendigkeit, ihm angesichts der Gefährdung des Rückforderungsanspruches einen Anspruch auf die Gegenleistung zuzuerkennen, ohne dass ein Rückschluss auf die hier behandelte Streitlage zulässig wäre.

Eine Entscheidung im einen oder anderen Sinne lässt sich aufgrund der Textlage nicht gewinnen. Es müsste wohl auch die Entstehungsgeschichte des WKR erforscht werden, was an dieser Stelle nicht möglich ist. Immerhin will der Schreibende festhalten, dass er dazu neigt, die *Sachgesichtspunkte* in den Vordergrund zu stellen, in diesem Sinne den Vertrag bis zur Leistungserbringung seitens des einen Partners unter die Regel von WKR Art. 14/I zu stellen und dementsprechend nur unter Vorbehalt der Revokation als bindend zu betrachten.

Bewertende Gesichtspunkte sprechen dafür, vor (ganzer oder teilweiser) Erfüllung den ohne Preisvereinbarung geschlossenen Vertrag als noch nicht bindend zu betrachten. Vertragsverhandlungen wie deren Ergebnis, die Erlangung einer Willensübereinstimmung, bewegen sich insgesamt im selben voluntaristisch-normativen Bereich, der sich grundlegend von der im Bereich der Fakten liegenden *Erfüllung* der getroffenen Vereinbarung unterscheidet. Es spricht nun einiges dafür, die für Angebote statuierten Anforderungen auf die Vertragsschlussphase (unter Einschluss des Zeitraums des Bestehens eines geschlossenen, jedoch noch nicht abgewickelten Vertrages) schlechthin auszudehnen, da das in Art. 14/I geregelte Problem innerhalb der der Erfüllung vorangehenden "Verhandlungsphase im weitesten Sinne" das praktisch bedeutsamste darstellt, dies um so mehr, als es in der Regel nicht leichtfallen (und oft nicht ohne Willkür möglich sein) wird, zu entscheiden, ob der vorliegende Vertrag lediglich auf Austausch einer (gemäss Art. 14/I ungültigen) Offerte und entsprechendem Akzept beruht, in welchem Fall es bei Vertragsungültigkeit sein Bewenden hätte, oder aber, ob die Parteien mit der Erklärung ihres Kontrahierungswillens explizit einen vorläufigen Verzicht auf Preisfestsetzung verbanden, in welchem Fall nach der Gegenauffassung der Vertrag gültig wäre. Ist unterschiedliche Behandlung dieser beiden Situationen von der Sache her nur schwer zu begründen, drängt es sich auf, *als entscheidende Grenze zwischen der eine Preisvereinbarung erfordernden "Vorbereitungsphase" und der "Leistungserbringungs-Nachfolgephase" den Zeitpunkt der (ganzen oder teilweisen, einseitigen oder erst recht beidseitigen) Vertragserfüllung zu betrachten*⁵⁶.

⁵⁶ Dass dieses Ergebnis in Wertungsübereinstimmung mit einer beim *Werkvertrag* getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung wie auch mit einer deutlichen Tendenz der Gerichtspraxis steht, soll in den folgenden Ziffern 2 und 3 illustriert werden. – Nicht zu bestreiten ist allerdings, dass der *Zeitpunkt der Leistungserbringung* seinerseits nicht ohne Abgrenzungsschwierigkeiten bestimmt werden kann. Massgeblich müsste wohl sein der Zeitpunkt, in dem der Leistungsempfänger die Leistung entgegennimmt bzw. an der Leistungserbringung mitwirkt oder doch bestimmte Kenntnis von der Leistungsvorbereitung des Partners hat, ohne diesem zu widersprechen. Liegt ein (mit eindeutiger Erklärung des Bindungswillens verbundener) expliziter Verzicht auf Preisfestsetzung vor, kann die nachträgliche Abstandnahme vom Vertrag unter Berufung auf mangelnde Preisbestimmung vielleicht

2. Analoge Wertentscheidung des Gesetzgebers: Preisvereinbarung kein Essentiale beim Werkvertrag

Bei allen Differenzierungen (und auch Unklarheiten) in Einzelfragen durfte die vorherrschende Auffassung, wie oben in Ziffer IV ausgeführt, dahin zusammengefasst werden, dass im Zusammenhang des *Kaufvertrages* im deutschen Sprachbereich insgesamt die Neigung besteht, eine Bestimmtheit, oder doch eine mehr oder weniger weitgehende "Bestimmbarkeit" des Preises als vertragsnotwendig (Essentiale) zu betrachten, wobei in der Schweiz diese Auffassung besonders deutlich ausgeprägt ist. Vergleichen wir damit den *Werkvertrag*, fällt auf, dass hier die Verhältnisse ziemlich genau in spiegelbildlicher Umkehrung vorliegen: Die allgemeine Auffassung geht hier dahin, dass für das Zustandekommen eines gültigen Vertrages nicht nur die Bestimmung des Preises selber, sondern auch die nähere Umschreibung der dessen Festsetzung erlaubenden Gesichtspunkte entbehrlich seien. Dies gilt gleichermassen in der *Schweiz*⁵⁷, wie in *Deutschland*⁵⁸ oder *Österreich*⁵⁹.

Die Gegensätzlichkeit der Auffassungen beim Kauf einerseits, dem Werkvertrag andererseits ruft nach der Frage nach deren Ursachen; sachimmanente Gründe der Verschiedenheit lassen sich nicht ohne weiteres erkennen, dies um so weniger, als in wichtigen Bereichen beide Vertragstypen sich überschneiden (z. B. Vertrag über die Lieferung einer Maschine oder Anlage, die

Anlass geben, die vom Gegner gutgläubig gemachten Aufwendungen für die Bereitstellung der zwecklos werdenden Leistungen nach den Regeln der *culpa in contrahendo* auszugleichen.

⁵⁷ Vgl. OR Art. 374; im übrigen genüge der Hinweis auf BECKER, Komm. OR 363, N. 9 ("Über die Entgeltlichkeit müssen die Parteien sich einigen. Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Parteien die Höhe der Vergütung ziffernmässig festsetzen – BGE 32 II 345 f. –; vielmehr gilt in Ermangelung einer Einigung Art. 374, wonach die Vergütung nach dem Wert der Arbeit unter Berücksichtigung der Auslagen zu bestimmen ist.") und TERCIER (Fn. 20), 319, N. 2453 ("... il n'est pas nécessaire en revanche que les parties conviennent du prix ou de la manière de le calculer, puisque l'art. 374 fixe à cet égard des règles supplétives").

⁵⁸ Hier vorab die allgemeine Feststellung, dass sich in der Kommentarliteratur durchwegs Ausführungen zum Erfordernis der Preisbestimmung im Zusammenhang des Abschlusses von Kaufverträgen finden (vgl. oben Fn. 14 und 16), dagegen beim Werkvertrag der Gesetzestext selbst in § 632 klare Stellung bezieht: durch Fiktion wird auf das Erfordernis einer Vergütungsvereinbarung verzichtet.

⁵⁹ Im Ergebnis gleich wie in der Schweiz und in Deutschland wird in der Literatur zum ABGB zwar die Entgeltlichkeit an sich des Werkvertrags betont (und entsprechend die Vereinbarung der Entgeltlichkeit an sich als Essentiale bezeichnet), während die Höhe des Preises nach allgemeiner Auffassung offen bleiben kann und nach den Regeln von ABGB § 1152 ("Ist im Verträge kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen") zu bestimmen. Vgl. KREICI bei Komm. ABGB, hg. von Rummel (Bd. II, Wien 1984) zu § 1165/66, N. 100, 101 ff., oder ADLER / HÖLLER, Komm. ABGB, hg. von Klang / Gschnitzer (Bd. V, Wien 1954), § 1170, S. 414.

mehr oder weniger nach den Bedürfnissen des Destinatärs zu fertigen ist); warum soll in der Frage der Preisbestimmung hinsichtlich einer schlüsselfertig zu errichtenden Garage die Preisbestimmung weniger gefordert sein als bezüglich des Kaufs des in der Garage unterzubringenden Automobils? Ist bei Unbestimmtheit des Preises die Erstellung der Garage für den Unternehmer nicht ebensowenig zuzumuten wie Lieferung des Autos für den Verkäufer oder umgekehrt das Geschehenlassen der Garageerstellung durch den Besteller wie die Entgegennahme des Wagens?

Eine unterschiedliche Behandlung der Fragen durch Gesetzgeber wie Wissenschaft kann ich nur darin begründet sehen, dass die idealtypisch vorgestellte Lebenssituation und Streitlage, nach der sich Wissenschaft wie Gesetzgebung unbewusst ausrichten, bei Kauf und Werkvertrag verschieden sind: Beim *Kauf* sieht man die regelungsbedürftige Auseinandersetzung über die Vertragsentstehung in der Phase vor der Lieferung (Verkäufer oder Käufer bestreiten gültigen Vertragsschluss, um Lieferung oder deren Abnahme abzuwehren), in welcher Streitlage es, wie gesehen, in der Tat sinnvoll ist, Vertragsentstehung von einer Preisfestsetzung abhängig zu machen. Demgegenüber ist die Vorstellung des *Werkvertrages* von der Tatsache bestimmt, dass eine vorgängige Preisbestimmung häufig unterbleibt, dies insbesondere, weil der Umfang des zu erstellenden Werks wie die zu dessen Ausführung erforderlichen Aufwendungen bei den Vertragsverhandlungen noch nicht feststehen; die vorgestellte Streitlage ist die im nachhinein aufkommende Auseinandersetzung um die Höhe des zu bezahlenden Preises, in welchem Zeitpunkt die Vertragsgeltung von den Parteien regelmässig nicht bestritten wird und vom Gesetzgeber natürlich nicht in Frage gestellt werden will.

Bei richtigem Zusehen verschwindet in der Frage, ob Preisbestimmung erforderlich sei ("Essentiale" darstelle) oder nicht, der Gegensatz zwischen Kauf und Werkvertrag: Vor der *Erfüllung* (d. h. wenn die Parteien streiten, ob erfüllt werden müsse oder nicht) ist die *Frage in beiden Fällen gleichermassen zu bejahen*, wie sie *nach Vertragserfüllung* (wenn die Parteien um die Gegenleistung streiten) *zu verneinen* ist: Der Werkunternehmer sogut wie der Besteller können die Werkerrichtung ablehnen, wenn keinerlei Preisabsprachen vorliegen (da Vertragsabwicklung unter Ungewissheit über den schliesslich massgeblichen Preis weder dem einen noch dem anderen zuzumuten ist), genau wie bei ausstehender Preisabsprache Verkäufer und Käufer Lieferung bzw. Abnahme der Kaufsache ablehnen können. Ist umgekehrt die Kaufsache einmal geliefert, kann Bezahlung unter Berufung auf fehlenden Preiskonsens dagegen genausowenig verweigert werden wie die Bezahlung eines Werklohnes nach ausgeführtem Werk; nach Erbringung der charakteristischen Leistung kann in beiden Fällen fehlende Preisvereinbarung Vertragsgeltung nicht hindern.

3. Tendenz der Gerichtspraxis, nach Vertragsvollzug das Gültigkeitserfordernis der Preisbestimmung ausser acht zu lassen

Die Feststellung, dass die "Gültigkeit" eines Kaufs nach erfolgtem ganzen oder teilweisen Vollzug (insbesondere nach erbrachter Verkäuferleistung) anders zu beurteilen ist als vor diesem Zeitpunkt, findet sich in dieser Form in der bisherigen Literatur nur ganz ausnahmsweise^{59b}. Wichtig daher die Feststellung, dass unerachtet dieses Umstandes keineswegs eine persönliche Auffassung des Schreibenden oder gar eine doktrinale Neuerung vorliegt, vielmehr mit den hier gemachten Ausführungen nur der *bestehende Rechtszustand* beschrieben wird. Dies folgt aus der oben getroffenen negativen Feststellung, dass keine doktrinen wie auch gesetzlichen Regeln, noch entsprechende Gerichtsentscheide bekannt sind, die nach erfolgter Sachlieferung und -entgegennahme die Vertragsgeltung verneinen und den Verkäufer auf einen ausservertraglichen (insbesondere kondiktionsrechtlichen) Anspruch verweisen: Wird nach Sachübergabe die Vertragsgeltung durch fehlende Preisbestimmung nicht in Frage gestellt, während sie, nach auf dem Kontinent vorherrschender Auffassung, vor Sachübergabe als unentbehrlich betrachtet wird, ergibt sich zwangsläufig die Feststellung der *Duplizität der Geltungserfordernisse, die für den Fall vor und nach Sachlieferung grundlegend verschieden* sind. – Hier ist lediglich nachzutragen, dass für die Behauptung "Nach Sachlieferung keine Hinderung der Vertragsgeltung durch Fehlen der Preisbestimmung" (oder umgekehrt: "Sachlieferung lässt das Erfordernis der Preisbestimmung entfallen") sich in der *Gerichtspraxis* Entscheidungen finden lassen, die auf diesem Grundsatz beruhen, d. h. trotz fehlender Preisbestimmung Vertragsgeltung festschreiben.

Aus der *deutschen Praxis* seien etwa genannt: *BGHZ vom 23.11.1959*: Dem Entscheid lag der Sachverhalt zugrunde, dass bei den Verhandlungen über die Gründung einer Gesellschaft statuiert wurde, es solle eine Vereinbarung über die Bewertung der von einem der Gesellschafter zu erbringenden Einlagen getroffen werden. Trotzdem eine solche jedoch in der Folge nicht zustande kam und hinsichtlich der Einbringungs- bzw. Eröffnungsbilanz eine Einigung ausblieb, kam es zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der auch "in Vollzug gesetzt" wurde. Das Gericht erachtet BGB § 154/I Satz 1 nicht als anwendbar und bejaht "die volle Wirksamkeit des abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages" (d. h. in einer einem Kaufvertrag doch sehr nahe kommenden Lage Vertragsgültigkeit trotz ausstehender – und überdies explizit vorbehaltener – Preisbestimmung), wobei die fehlende Preisbestimmung nicht einmal als "wichtiger Grund" nachträglicher Auflösung i. S. von HGB § 133 zugelassen wurde⁶⁰. In ähnlicher Richtung weist *BGHZ 61, 288/89*.

^{59b} Am deutlichsten in diesem Sinne WITZ (Fn. 15), 169-171, 238; in dieser Richtungweisend (im Zusammenhang mit BGB § 154) sodann auch STAUDINGER / DILCHER, § 154 N. 3 und PALANDT / HEINRICH, § 154 N. 1/b.

⁶⁰ BGH in NJW 1960 430/31. Weitere Hinweise auf Praxis bei WITZ (Fn. 15), 169-171. – In vorliegendem Zusammenhang ist sodann noch von Interesse, dass die Vorinstanz sich auf die Figur der *faktischen Gesellschaft* gestützt hatte (welches Argument der BGH von seinem Standpunkt aus nicht aufnehmen musste). Die Figur der *faktischen Vertragsverhältnisse* hat ihrerseits einen Bezug zu dem hier beschriebenen Grundgedanken, dass eine erbrachte und vom Empfänger entgegengenommene

Der *Entscheid des OLG Hamm vom 24.10.1975* beurteilt den Sachverhalt, dass im Zusammenhang einer unstreitig gültigen Übereignung eines Einfamilienhauses hinsichtlich des Preises der separat verkauften Einrichtungsgegenstände Einigung nicht zustande kam. "Das Fehlen einer Einigung steht jedoch unter den besonderen Umständen dieses Falles dem Zustandekommen eines Kaufvertrages nicht entgegen", stellt das Gericht fest; das diesen Entscheid bewirkende Faktum liegt offenkundig im Übergang der Kaufsache und in deren vorbehaltloser Entgegennahme durch den Käufer⁶¹.

In dem *Entscheid des BGHZ vom 24.2.1983* wurde hinsichtlich des Zustandekommens eines Handelsvertretervertrages das Ausbleiben einer Einigung über die für die Übertragung der Handelsvertretung zu leistende Entschädigung nicht als Ungültigkeitsgrund betrachtet, weil "das Vertragsverhältnis in vollem Umfang praktiziert worden" war. "Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Parteien ihre Beziehung als vertragliche Beziehung betrachten, und dass sie nicht in einem vertragslosen Zustand handeln wollten", stellt das Gericht fest und bringt damit einen Gedanken zur Geltung, der nicht weniger bei Kaufverträgen im eigentlichen Sinne zu gelten hat⁶².

In der *schweizerischen Praxis* lassen sich keine entsprechenden Entscheide im Bereich entgeltlicher Sachübereignung (Kauf im weitesten Sinne) feststellen, wohl aber, bei identischer Interessenlage, bei *Immobiliarmiete*. Auch hier kann auf die Frage der Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit der Mietpreisbestimmung keine allgemeingültige Antwort gegeben werden: Einerseits ist weder Mieter noch Vermieter zuzumuten, bei zwar im übrigen bindend gemeinter Vereinbarung, aber noch ausstehender Vereinbarung der Höhe der Miete, die Mietsache zur Verfügung zu stellen oder die Miete "anzutreten". Ist indessen der Mietvertrag einmal in Vollzug gesetzt, das Mietobjekt vom Mieter bezogen und in Besitz genommen, kann die Abwicklung (Fortsetzung) des Vertrages nicht mehr unter dem Gesichtspunkt fehlender Mietpreisbestimmung abgelehnt werden: In *BGE 108 (1980) II 111* war zu beurteilen der Fall der jahrelangen Mitbenutzung eines für zwei Liegenschaften gemeinschaftlich errichteten Hallenbades durch den Eigentümer der einen. Die Vereinbarung eines Entgelts war unterblieben, weil ursprünglich eine Übernahme in gemeinschaftliches Eigentum vorgesehen war. Nachdem entsprechende Vereinbarungen scheiterten, wurde ein (infolge fehlender Mietpreisbestimmung) "unvollständiger Mietvertrag" angenommen, der vom Richter durch Preisfestsetzung zu ergänzen ist (Vorliegen bloss eines "faktischen Vertragsverhältnisses" wurde diskutiert, diese Annahme jedoch zugunsten derjenigen eines

Leistung auch dann nicht ohne vertragliche Folgen (d. h. Pflicht zur Gegenleistung) bleiben soll, wenn aufgrund besonderer Umstände ein den üblichen Anforderungen entsprechender Vertragsschluss nicht zustande kam.

⁶¹ OLG Hamm in NJW 1976 1212; vgl. auch oben Fn. 14.

⁶² BGH in NJW 1983 1727/28, u. a. mit Hinweis auf BGHZ 41 271, 275 (NJW 1964 1617).

echten, wenn auch ergänzungsbedürftigen, Vertrages verworfen). – Der genannte Entscheid beruft sich als Präjudiz auf *BGE 100 (1974) II 330*; die Parteien hatten eine Miete mit fester zehnjähriger Dauer vereinbart, wobei nach Ablauf von vier Jahren der Vermieter eine Verlängerung der Miete um weitere zehn Jahre zusicherte. Die These, dass der bisherige Mietpreis stillschweigend weiterdauern sollte, wurde angesichts allgemeiner Preissteigerung abgelehnt, die Vertragsverlängerung um zehn Jahre, trotz fehlender Preisbestimmung, als gültig erachtet⁶³.

XI. Schlussfolgerungen für das Verständnis des WKR

Ziel der vorangehenden Ausführungen war es, zu zeigen, dass die Frage notwendigen Inhalts des Vertragskonsenses unabhängig betrachtet werden muss von jener der an Offerten zu stellenden inhaltlichen Anforderungen; beim Kaufvertrag insbesondere ist es sinnvoll, im Rahmen der *Offerte eine Preisbestimmung* zu fordern, während eine Übertragung dieses Erfordernisses auf den Kaufvertrag insgesamt, zumal wenn dessen Geltung in der der Leistungserbringung nachgehenden Phase zur Beurteilung steht, sachlich verfehlt ist. Eine derartige Übertragung würde auch weder der kontinentalen Rechtstradition noch derjenigen des englischen Sprachraumes entsprechen. Ist dies zutreffend, fällt die *Behauptung eines Widerspruchs zwischen WKR Art. 14/I und Art. 55 in sich zusammen; nicht nur ist Gleichbehandlung der beiden Fragen nicht gefordert, sondern von der Sache her verboten*; die beiden Bestimmungen beziehen sich auf verschiedene Fragen und sind auf unterschiedliche Streitlagen bezogen:

Artikel 14/I bezieht sich, wie aus Wortlaut und systematischer Einordnung klar hervorgeht, auf die *Phase der Vertragsentstehung*. Kommt hier Streit auf, ob ein Vertrag besteht (d. h. ob die Parteien je zu Leistungen verpflichtet sind), ist es in dieser der Erfüllung vorangehenden Phase sinnvoll, die Verbindlichkeit der Offerte wie diejenige des daraus durch Annahme resultierenden Kaufvertrages von der Bestimmtheit des Preises abhängig zu machen, d. h. den Parteien weder Erbringung der Leistung noch deren Entgegennahme ohne Kenntnis der daraus resultierenden Folgen (d. h. Preisanspruch oder -zahlungspflicht) zuzumuten⁶⁴.

⁶³ Zur Begründung erfolgte u. a. Hinweis auf ROQUETTE, Mietrecht des BGB, Komm. zu BGB § 535, N. 238 f.

⁶⁴ Dabei kann in vorliegendem Zusammenhang die Frage offenbleiben, ob die Preisfestsetzung ein zwingend gefordertes Element darstellt oder, wie einzelne annehmen, von den Parteien durch entsprechende Willensäußerung ausgeschaltet werden kann; vgl. dazu oben Ziffer IX/4 (der Schreibende verneint sie im praktischen Ergebnis und neigt dazu, das Erfordernis der Preisbestimmung erst mit Leistungserbringung entfallen zu lassen).

Artikel 55 bezieht sich nicht mehr auf die Vertragsentstehung, sondern auf die *Phase während oder nach der Erfüllung*. Hier ist das Zustandekommen des Vertrages nicht mehr streitig, sondern die Ungewissheit darüber (bzw. die diesbezügliche potentielle Verschiedenheit der Parteistandpunkte) ist bereits ausgeräumt, was im praktisch wichtigsten Fall durch die Erbringung der Leistung des Verkäufers und deren Entgegennahme durch den Käufer bewirkt wird. In diesem Stadium der Vertragsabwicklung sind beide Parteien (und vor allem der Käufer) mit dem Standpunkt ausgeschlossen, mangels hinreichender Einigung (sc. hinsichtlich Preis) sei der Vertrag ungültig bzw. nicht zustande gekommen (und vor allem kann unmöglich der Käufer die Bezahlung der von ihm empfangenen Ware verweigern); der Vertrag ist jedenfalls gültig (d. h. für die Parteien bindend), und bei fehlender Festsetzung des Preises müssen objektive Rechtsnormen, wie sie eben in Art. 55 statuiert werden, bei dessen Bestimmung helfen.

Für das Erfordernis vertraglicher Preisbestimmung gelten unter *sachlogischen Gesichtspunkten* unterschiedliche Regeln, je nachdem, ob das Bestehen des Vertrages *vor oder nach (teilweiser) Erfüllung*, d. h. der Lieferung des Kaufgegenstandes streitig wird: Während im ersten Fall das Erfordernis der Preisbestimmtheit zulässig (und in den kontinentalen Rechtsordnungen regelmässig in der einen oder anderen Form verwirklicht) ist, darf dieses Erfordernis keinerlei Geltung mehr haben nach erbrachter Verkäuferleistung. Dies gilt gleichermassen in den nationalen Rechtsordnungen und nicht weniger unter WKR, wo die von der Sache her geforderte Lesart vielleicht im Text nicht mit letzter Deutlichkeit zum Ausdruck kommt, aber jedenfalls mit ihm vorbehaltlos zu vereinbaren ist.

Mit dem Gesagten soll nur gezeigt sein, dass *keinerlei innerer Widerspruch zwischen WKR Art. 14/I und Art. 55* besteht, und dass folglich auch nicht Anlass gegeben ist, die Geltung der einen Norm unter irgend einem geltungsrechtlichen oder kollisionsrechtlichen Gesichtspunkt einzuschränken. In der Frage der *Entstehungsgeschichte* soll keine Position bezogen werden: Nicht nur hat der Schreiber, der an der Vorbereitung und Ausarbeitung des WKR nicht teilhatte, keine persönliche Erfahrung einzubringen; angesichts der hier entwickelten Auffassung besteht für ihn auch kein Anlass, der Frage nachzugehen, welche Umstände zu der heutigen Textgestaltung geführt haben. Selbst wenn diese durch Spannungen, Missverständnisse oder Versehen mitbestimmt wäre: Es ist eine schöne Erfahrung, dass ausnahmsweise auch unglückliche Verumständungen schliesslich ein glückliches Ergebnis bewirken können. Und als solches möchte ich die hier behandelten Bestimmungen betrachten.

XII. Besinnung auf Grundsätzliches

Ziel des Vorangehenden war es, zu zeigen, dass in der alten Streitfrage der Notwendigkeit des *pretium certum* das WKR eine sinnvolle, d. h. sachlich überzeugende und befriedigende Lösung zwar nicht gerade explizit festschreibt, aber doch nahelegt. Der bei erstem Zusehen aufkommende Anschein eines Widerspruchs zwischen den Art. 14/I und Art. 55 kann ausgeräumt werden durch Berücksichtigung der Interessenlagen der Parteien in den verschiedenen Stufen der Abwicklung der Kaufverträge wie auch mittels Rückbesinnung auf die Handhabung des zwar nicht im englischen Sprachbereich, wohl aber in der kontinentalen Tradition vorgezeichneten Erfordernisses der Preisbestimmtheit: Dieses führt zwar in der Phase vor Erfüllung zu einer Verneinung der Gültigkeit und zu beidseitiger Verweigerung der Erfüllungsansprüche, während umgekehrt nach begonnener Erfüllung (sc. nach Lieferung der Kaufsache) der Preisanspruch des Verkäufers (und damit die Vertragsgeltung) nicht in Frage stehen. Bei allen Unterschieden in Einzelfragen steht das WKR damit insgesamt in Übereinstimmung mit der kontinentalen Tradition, der Gegensatz zum englischen Sprachbereich reduziert sich darauf, dass in letzterem in der Phase vor Erfüllung insgesamt eine weitergehende Bereitschaft zu bestehen scheint, unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne Preisfixierung Vertragsgeltung anzunehmen, d. h. Erfüllungsansprüche zuzulassen.

Die sachliche Angemessenheit und Problemlosigkeit des Resultates ruft der Frage nach den Gründen des Missverstehens der Verhältnisse durch die bisherige Literatur, die mehrheitlich sachliche Unangemessenheit befürchtet und die deshalb zu problembelasteten Korrekturversuchen sich aufgerufen fühlt. Das Missverstehen kann nicht den Wissenschaftlern, die sich zu dieser Frage geäußert haben, angelastet werden, zumal sie sich nur beiläufig äussern und nicht, wie hier versucht wurde, die Frage zum Gegenstand einer selbständigen Untersuchung gemacht haben. Die Ursache liegt in der *traditionellen Fragestellung*, die auf die Frage der *Vertragsgültigkeit schlechthin* ausgerichtet ist und ohne jede Differenzierung die sachlichen Voraussetzungen dieser generell verstandenen Vertragsgültigkeit enumerieren will. So gestellt, *kann die Frage nach der Notwendigkeit des Preiskonsenses nur falsch beantwortet werden*: Wird sie *bejaht* und damit Preiskonsens als Gültigkeitserfordernis schlechthin statuiert, ist diese Position insofern falsch und sachlich nicht zu halten, als auch im Falle willentlicher Lieferung und Entgegennahme der Kaufsache der Verkäufer seines vertraglichen Preisanspruches verlustig ginge und auf Rückübertragung der Kaufsache verwiesen wäre; bei bereits erfolgtem Verbrauch würde ihm lediglich ein Bereicherungsanspruch zustehen, bei zufälligem Untergang der Sache in den Händen des Käufers jeder Anspruch des Verkäufers überhaupt entfallen, eine Lösung, die in dieser Form niemand zu fordern oder zu akzeptieren bereit ist. Wird umgekehrt die in dieser Form gestellte Frage verneint, d. h. eine Preisvereinbarung als entbehrlich bezeichnet,

bedingt dies das Resultat, dass im Streit der Parteien, ob sie überhaupt einen Vertrag geschlossen haben und entsprechend zur Lieferung der Sache bzw. deren Entgegennahme und Bezahlung verpflichtet sind, unerachtet ausstehenden Preiskonsenses die Vertragsgeltung zu bejahen wäre und die Parteien entsprechend in Leistungspflicht stünden. Diese Auffassung verzeichnet die Rechtslage, wie sie in der kontinentalen Tradition mehr oder weniger fest verankert ist und in gewissem Sinne über Art. 14/I auch im WKR Aufnahme gefunden hat.

Trifft die hier für die nationalen Kaufrechte wie für das WKR gestellte Diagnose zu, ergibt sich, dass die Gültigkeitsvoraussetzungen (die Umschreibung der Essentialia) eines Kaufvertrages unterschiedlich beschrieben werden müssen, je nachdem, ob die Rechtslage vor oder nach Lieferung der Kaufsache in Frage steht. Damit erweist sich aber, dass verschiedene traditionelle Vorstellungen nicht zu halten sind: Es lassen sich beim Kauf weder die Essentialien allgemeingültig umschreiben noch ist es möglich, aufgrund des Wissens um den Inhalt des von den Parteien erzielten Konsenses festzustellen, ob ein "gültiger" Vertrag zustande gekommen ist; die Antwort muss verschieden ausfallen, je nachdem, ob die Beurteilung auf die Streitlage vor oder nach Lieferung der Kaufsache ausgerichtet ist. Die traditionelle Frage nach der Notwendigkeit der Preisvereinbarung darf in dieser Allgemeinheit überhaupt nicht gestellt werden. Im praktischen Ergebnis bedeutet die Lieferung der Sache "Heilung" des bis dahin nicht gültigen (da mangels hinreichenden Konsenses die Parteien nicht bindenden) Vertrages; ebensogut könnte man sagen, dass die Lieferung an die Stelle der an sich dem Grundsatz nach geforderten Preisabsprache trete. So oder anders lässt sich die Rechtslage mit der traditionellen Vorstellung der Vertragsgültigkeit bloss schwer vereinbaren, denn wie soll das – vom Ergebnis her wohl einleuchtende – Resultat begründet werden, dass die Lieferung der Sache, d. h. mit anderen Worten eine teilweise Erfüllung des Vertrages, den vorerst nicht gültigen Vertrag zum gültigen machen könne? Zustandekommen eines Vertrages kraft dessen Erfüllung ist mit überlieferten Vorstellungen nicht zu vereinbaren. Die traditionale Frage nach der "Gültigkeit" eines Vertrages, die systemkonform allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen werden darf, erweist sich damit im betrachteten Bereich als falsch gestellt, da Beantwortung nicht möglich ist bzw. jede Antwort zwangsläufig den Rechtszustand unzutreffend beschreibt. – Unter Ziffer X/2 wurde sodann gezeigt, dass im Rahmen des *Werkvertrages* (der im WKR in Randbereichen ebenfalls miteinbezogen ist!) die entgegengesetzte Position (Preisvereinbarung *kein* Essentialia) in spiegelbildlicher Umkehrung gleichermaßen zu korrigieren ist: Die genannte Regel darf nur auf den Zeitpunkt nach Werkerstellung bezogen werden, kann jedoch keine Geltung beanspruchen, wenn vor dieser die Vertragsgeltung streitig wird.

Der Schreibende hat an anderem Ort zu zeigen versucht, dass in bestimmten Zusammenhängen (Verträge, die infolge des Übermasses ihrer Bindungswirkungen gemäss ZGB Art. 27 bzw. BGB § 138 nicht durchsetzbar sind,

Missachtung von Formvorschriften mit dem Zweck des Schutzes bloss des einen Partners, bei Vertragsschlüssen durch einen Handlungsunfähigen usw.) die Vorstellung der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages den legislatorischen Anliegen nicht gerecht wird, vielmehr nur, unter grundsätzlicher Annahme der Vertragsgültigkeit, die Gewährung einer in der einen oder anderen Art befreienden Einrede an den zu Schützenden⁶⁵.

Die hier beschriebene Rechtslage ist sehr vergleichbar; die Verschiedenheit der beschriebenen Sachverhalte liegt vor allem darin, dass hier nicht der Schutz bloss des einen Partners in Frage steht, vielmehr jeder der beiden den Schutz des Requisites der Bestimmtheit des Kaufpreises anrufen kann: Der Kaufvertrag wird dem Grundsatz nach als gültig geschlossen betrachtet, wenn die Parteien sich nur über die sonstigen Elemente (Vertragsgegenstand, Sachübereignung als Ziel, Entgeltlichkeit, allenfalls weitere "konsensuale Essentialia") geeinigt haben. In dem Umfange jedoch, als die massgebliche Rechtsordnung die Preisbestimmtheit fordert, wird Käufer wie Verkäufer die Einrede mangelnder Preisbestimmung gewährt, welche vertragliche Gegenansprüche abschneidet. Diese Einrede erlischt indes mit Lieferung bzw. Entgegennahme der Kaufsache, da in diesem Vorgang ein Verzicht auf die Einrede zu erblicken ist. Diese Betrachtungsweise scheint mir die naheliegendste, wenn auch vielleicht nicht die einzige Art der "dogmatischen Konstruktion" des Sachverhaltes, dass vor und nach Sachlieferung unterschiedliche sachliche Voraussetzungen der Durchsetzbarkeit des Kaufvertrages statuiert sind.

Zum Schluss sei die Feststellung erlaubt, dass die vorstehend im Zusammenhang des Kaufvertrages hinsichtlich dessen "Gültigkeitsvoraussetzungen" gemachten Beobachtungen nicht bloss, wie gesehen, beim *Werkvertrag* (oben Zif. X/2) und bei der *Miete* (oben Zif. X/3, sowie *BGE 108 II 111*) Bedeutung erlangen, sondern Tragweite im Grundsätzlichen haben. Insbesondere die Vorstellung der (losgelöst von der Streitlage festzustellenden) "*Vertragsgültigkeit*" wie auch jene der "*Essentialien*" wird nicht bloss bei den hier betrachteten Fragen, sondern auch im Zusammenhang der übrigen Austauschverträge fragwürdig. Beide sollten im Rahmen des allgemeinen Vertragsrechts neu überdacht werden.

⁶⁵ BUCHER, in AcP 186 1-73.