

Thomas Koller*/Michael Stalder**

Verunreinigter Paprika – ein Prüfungsfall aus dem Bereich des UN-Kaufrechts (CISG) mit prozessualen Aspekten

Einleitung***

Der nachfolgende Fall wurde am 22. September 2003 als Prüfungsfall im Privat- und Wirtschaftsrecht für Studierende im Hauptstudium an der Universität Bern gestellt. Für die Bearbeitung standen insgesamt fünf Stunden zur Verfügung. Auf Grund der Struktur des rechtswissenschaftlichen Studienganges an der Universität Bern ist es möglich, neben materiellem Privat- und Wirtschaftsrecht auch Zivilprozessrecht zu prüfen. So gliedert sich der vorliegende Prüfungsfall in einen prozessualen (vgl. unten I) und in einen materiellen Teil (vgl. unten II). Im Zentrum des Falles stehen verschiedene Probleme im Leistungsstörungsrecht des UN-Kaufrechts (im Folgenden: CISG), welche auch in der Praxis immer wieder Anlass zu schwierigen Fragestellungen geben¹.

Sachverhalt

Die X AG ist eine Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, die im Gewürzgrosshandel tätig ist. Im August 2000 bot sie der in Deutschland ansässigen Y AG telefonisch spanisches Paprikapulver an. Daraufhin gab die Y AG mit Fax vom 23. August 2000 folgende Bestellung auf:

«Lieferung von 9 Tonnen Paprikapulver spanisch, Ernte 2000, zum Preis von CHF 3.05 pro Kilogramm netto, zu erbringen auf Abruf der Käuferin.»

Mit Fax vom 24. August 2000 bestätigte die X AG die Bestellung.

Die X AG bezog das Paprikapulver seit mehreren Jahren von einer spanischen Produzentin.

Die Lieferungen erfolgten jeweils direkt von der Herstellerin in Spanien an die Abnehmer der X AG. So wurde auch das Geschäft mit der Y AG abgewickelt.

Am 23. November 2000 ging bei der Käuferin die Lieferung über 9 Tonnen ein, welche von der Verkäuferin mit Fr. 27 450.– in Rechnung gestellt wurde. Am Freitag, 8. Dezember 2000, erhielt die Y AG ein Rundschreiben des Fachverbandes der Gewürzindustrie e.V., Bonn, in welchem darauf hingewiesen wurde, dass in spanischem Paprika Ethylenoxid-Rückstände von 0,7 mg/kg gefunden worden seien. Nach der deutschen Rückstands-Höchstmengenverordnung seien lediglich 0,02 mg/kg toleriert. Daraufhin liess die Y AG am Mittwoch, 13. Dezember 2000, von einem Laboratorium eine Probe des gelieferten Paprikapulvers auf Rückstände von Ethylenoxid untersuchen. Laut dem am 21. Dezember 2000 bei der Y AG eingegangenen Prüfungsbericht betrug die gemessene Konzentration 0,05 mg/kg.

Mit Fax vom Donnerstag, 28. Dezember 2000, teilte die Y AG der X AG diesen Befund mit und schrieb gleichzeitig: «Wir stellen Ihnen hiermit die Lieferung vom 23. November 2000 zur Verfügung und bitten Sie, uns bis Mittwoch, 3. Januar 2001, 12.00 Uhr, Ersatzware zu beschaffen, da ab diesem Zeitpunkt unser Geschäftsbetrieb nicht mehr aufrechterhalten werden kann (Herstellung von Mischungen, Lieferverpflichtungen). Sollten Sie bis zu diesem Zeitpunkt keine Ersatzware zur Verfügung stellen können, so müssen wir uns leider anderweitig gegen Sie eindecken.»

Nach mehrmaliger erfolgloser Aufforderung, die Ware abzuholen, schrieb die Y AG der X AG am 18. Januar 2001 schliesslich: «Wir kündigen hiermit den mit Ihnen eingegangenen Vertrag wegen erwiesener Unzuverlässigkeit Ihrer Firma und behalten uns sämtliche Schadenersatzansprüche vor.»

In der Folge entspann sich zwischen den von den Kaufvertragsparteien beigezogenen Rechtsanwälten eine rege Korrespondenz über diese Angelegenheit. Da sich keine Einigung abzeichnete, liess die Y AG am 20. Februar 2002 die X

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern.

** Lic. iur., Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern.

*** Wie schon zu früheren in recht publizierten Fallösungen steht auch diesmal unter http://www.ziv.unibe.ch/ziv_forum.html eine Plattform zur Verfügung, wo Fragen gestellt und Diskussionsbeiträge publiziert werden können.

¹ Dies kommt nicht zuletzt in der reichhaltigen Gerichtspraxis der Vertragsstaaten des CISG zum Ausdruck. Eine Suche in der CISG-Datenbank der Pace Law School (<http://www.cisg.law.pace.edu/>, besucht am 28.10.03) nach Entscheidungen, welche die Frage der Vertragsmässigkeit der Ware (Art. 35 CISG) zum Gegenstand hatten, liefert beispielsweise über 160 Treffer (!).

AG zum Sühneversuch laden und beantragte, die X AG sei zum Ersatz des Schadens in der Höhe von Fr. 105 000.– nebst Zins zu verurteilen. Da der Sühneversuch erfolglos blieb, reichte die Y AG gegen die X AG am 15. März 2002 beim Bezirksgericht P Klage mit dem gleichen Begehren ein. Widerklageweise verlangte die X AG die Verurteilung der Y AG zur Zahlung des Kaufpreises von Fr. 27 450.– nebst Zins.

Das Bezirksgericht P schützte die von der X AG erhobene Verjährungseinrede, wies die Klage der Y AG ab und hiess die Widerklage der X AG gut. Auf Appellation der Y AG hin erklärte das Obergericht des Kantons Q die Klage dem Grunde nach für begründet und wies den Rechtsstreit zum Entscheid über die Höhe des Schadenersatzanspruches an das Bezirksgericht zurück, nachdem der gerichtlich bestellte Gutachter den von der Y AG geltend gemachten Ethylenoxidgehalt des Paprikapulvers von 0,05 mg/kg bestätigt hatte. Die Widerklage wies das Obergericht ab.

Unmittelbar nach der Eröffnung des obergerichtlichen Urteils am 17. September 2003 entzog die X AG ihrem Anwalt das Mandat und beauftragte das Anwaltsbüro, in dem Sie angestellt sind, mit der Wahrung ihrer Interessen. Nach einem Gespräch zwischen Ihrer Chefin und Ihnen einerseits sowie der Geschäftsführerin der X AG andererseits erhalten Sie den Auftrag, in einem internen Gutachten die Erfolgchancen eines gegen den Entscheid des Obergerichts allenfalls einzulegenden Rechtsmittels zu prüfen. Zu diesem Zweck erhalten Sie folgende Hinweise:

1. Die X AG bezweifelt die Sachkunde des im kantonalen Verfahren beigezogenen Gutachters. Daher hat sie den Antrag auf ein Obergericht gestellt. Dieser Beweisanspruch wurde aber vom Obergericht abgelehnt.
2. Die Ware habe den spanischen Lebensmittelvorschriften entsprochen. Nach Auffassung der X AG seien die deutschen Grenzwerte für Ethylenoxid zudem willkürlich tief festgesetzt worden.
3. Zwischen dem 23. November und dem 8. Dezember 2000 habe die Y AG eine Tonne des Paprikapulvers in kleine Tüten abgepackt und verkauft. Es sei somit gar nicht mehr die ganze gelieferte Ware vorhanden.

Aufgabenstellung

In Ihrem Gutachten sollen Sie gemäss Auftrag Ihrer Chefin zu folgenden Fragen Stellung nehmen (die Antworten sind zu begründen):

1. Kann mit einem Rechtsmittel gerügt werden, dass das Obergericht den Beweisantrag der X AG auf Beizug eines Obergutachters abgelehnt hat? Gegebenenfalls mit welchen Modalitäten, mit welcher Begründung und mit welchen Erfolgsaussichten?

[max. 10 Punkte]

2. Kann mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden, das Obergericht habe die massgebenden schuldrechtlichen Bestimmungen (z.B. zur Frage der Verjährung) falsch angewandt bzw. den Kaufvertrag zwischen der X AG und der Y AG falsch ausgelegt? Gegebenenfalls mit welchen Modalitäten?

[max. 8 Punkte]

3. Ist die von der X AG gegen den Schadenersatzanspruch der Y AG bereits vor dem Bezirksgericht erhobene Verjährungseinrede begründet? Was sind die Auswirkungen auf die Widerklage, wenn die Vertragskündigung durch die Y AG seinerzeit wirksam gewesen sein sollte, die Verjährungseinrede der X AG aber ebenfalls begründet wäre?

[max. 7 Punkte]

4. Hat die Y AG ihre Beanstandung rechtzeitig und inhaltlich genügend vorgebracht?

[max. 9 Punkte]

5. Hat die X AG für den erhöhten Ethylenoxidgehalt des Paprikapulvers einzustehen, wenn unterstellt wird, dass das Paprikapulver effektiv Rückstände von 0,05 mg/kg enthielt und die vorstehenden Fragen 3 und 4 zu Ungunsten der X AG beantwortet werden?

[max. 11 Punkte]

6. Konnte die Y AG wirksam den Kaufvertrag kündigen, wenn unterstellt wird, dass die vorstehenden Fragen 3 bis 5 zu Ungunsten der X AG beantwortet werden?

[max. 10 Punkte]

Relevante Vorüberlegungen zu den Fragen 3–6:

[max. 6 Punkte]

Total: [max. 61 Punkte]

Hilfsmittel: BV, OG, OR, CISG

Hinweis zum Internationalen Privatrecht: Sie können davon ausgehen, dass in casu weder deutsches noch spanisches Recht anwendbar ist.

Lösungsskizze

I. Prozessualer Teil

1. Staatsrechtliche Beschwerde (Frage 1)

a) Indem die X AG beanstandet, ihr Beweisantrag auf ein Obergutachten sei zu Unrecht abgelehnt worden, macht sie einen Fehler im Rahmen des Beweisverfahrens geltend. Es geht mit anderen Worten um die Feststellung tatsächlicher Verhältnisse, nicht um die Beurteilung einer Rechtsfrage. In Zivilrechtsstreitigkeiten (und um eine solche handelt es sich hier offenkundig) ist daher das ordentliche Rechtsmittel der Berufung nur unter der Voraussetzung von Art. 43 Abs. 3 OG zulässig. Die Ablehnung des Beweisantrages durch das Obergericht Q wäre also dann berufungsfähig, wenn dies als Verletzung *bundesrechtlicher Beweisvorschriften* qualifiziert werden kann. In Frage kommt in casu insbesondere die allgemeine Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB. Danach besteht ein bundesrechtlicher Anspruch, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn der Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht (BGE 114 II 289, 290). Allerdings ist Art. 8 ZGB dann nicht verletzt, wenn der Richter in Würdigung der bereits erhobenen Beweise zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt.

Gemäss Sachverhalt ist davon auszugehen, dass das Obergericht Q auf Grund der Expertise des gerichtlich bestellten Gutachters die Frage der (erhöhten) Schadstoffkonzentration für bewiesen hält. Dies stellt eine *Beweiswürdigung* dar, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 ZGB nicht zu beanstanden ist (vgl. auch BGE 115 II 305). Eine Verletzung anderer bundesrechtlicher Beweisvorschriften ist nicht ersichtlich, womit die Berufung als Rechtsmittel ausscheidet.

b) Da auch eine Nichtigkeitsbeschwerde vorliegend nicht einschlägig ist (vgl. dazu Art. 68 OG), verbleibt nur noch die *staatsrechtliche Beschwerde*. Die X AG könnte dabei die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) geltend machen, wobei in casu nur eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV oder eine Willkürüge gemäss Art. 9 BV in Betracht kommt. Unzweifelhaft ist vorliegend die Voraussetzung der absoluten Subsidiarität (Art. 84 Abs. 2 OG) erfüllt. Im Weiteren muss der innerkantonale Instanzenzug (*relative Subsidiarität*, Art. 86 Abs. 1 OG) erschöpft sein, es darf also kein Rechtsmittel mehr gegen den Entscheid des Obergerichts Q zur Verfügung stehen, welches

die erhobene Rüge zulässt. Zu diskutieren ist nun aber der Umstand, dass das Obergericht Q nicht einen End-, sondern bloss einen *selbständig eröffneten Vor- bzw. Zwischenentscheid* gefällt hat^{2,3}. Gegen einen solchen ist eine staatsrechtliche Beschwerde – abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen in Art. 87 Abs. 1 OG – nur zulässig, wenn er einen *nicht wiedergutzumachenden Nachteil* bewirken kann (Art. 87 Abs. 2 OG). Ein solcher Nachteil muss *rechtlicher* Natur sein; die blosser Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens reicht an sich nicht. Rechtlicher Natur ist ein Nachteil dann, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden könnte (vgl. etwa BGE 117 Ia 254). Im vorliegenden Fall wäre daher eine staatsrechtliche Beschwerde grundsätzlich nicht möglich. Allerdings verzichtet das Bundesgericht ausnahmsweise auf das Vorliegen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils, wenn der Beschwerdeführer gleichzeitig Berufung einlegt und auf die Berufung eingetreten werden kann (BGE 108 Ia 203 E.1a, vgl. auch Art. 57 Abs. 5 OG). Genau diese Konstellation ist in casu gegeben⁴, sofern die Berufung der X AG zulässig ist (vgl. dazu sogleich, Frage 2).

c) Folgende weitere Eintretensvoraussetzungen müssen erfüllt sein: Die Beschwerdelegitimation (Art. 88 OG) der X AG ist offenkundig gegeben⁵. Zur Wahrung der Beschwerdefrist, welche 30 Tage von der nach kantonalem Recht massgebenden Eröffnung des Urteils (Art. 89 Abs. 1 OG) beträgt, muss die Beschwerde bis spätestens am 17.10.2003 beim Bundesgericht eingereicht werden, wobei die Übergabe an die schweizerische Post genügt (vgl. dazu Art. 32 OG). Schliesslich

² Das Obergericht Q hat ja die Klage bloss als «dem Grunde nach für begründet» erklärt (mit anderen Worten die Verjährungseinrede der X AG verworfen) und im Übrigen den Rechtsstreit zum Entscheid über die Höhe des Schadenersatzanspruches an das Bezirksgericht zurückgewiesen. Solche *Rückweisungsentscheide* sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Vor- bzw. Zwischenentscheide i.S.v. Art. 87 OG zu qualifizieren.

³ Zwischen dem Vor- und dem Zwischenentscheid wird in der Lehre insofern differenziert, als ein Vorentscheid eine materiellrechtliche, der Zwischenentscheid dagegen eine prozessrechtliche Vorfrage zum Gegenstand hat. Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, Rz. 95 ff.; BGE vom 18. September 2003, 4P.74/2003, E. 3.1.3 m.w.Nw. Für die Frage der Anfechtbarkeit von Vor- bzw. Zwischenentscheiden ist diese dogmatische Unterscheidung aber letztlich irrelevant, zumal sowohl Art. 87 OG für die staatsrechtliche Beschwerde wie auch Art. 50 OG für die Berufung beide Begriffe erwähnen.

⁴ Dies ergibt sich aus der Aufgabenstellung 2, da die X AG das Urteil des Obergerichts Q auch in materieller Hinsicht weiterziehen will.

⁵ Das Erfordernis der Beeinträchtigung von Rechten oder rechtlich geschützten Interessen ergibt sich entweder direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV oder – sofern lediglich eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht wird – aus den anwendbaren kantonalen Beweisvorschriften.

trifft den Beschwerdeführer gemäss Art. 90 Abs. 1 OG eine *Begründungspflicht*, der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung (*iura novit curia*) findet insofern keine Anwendung. Insbesondere was die Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG betrifft, ist die Praxis des Bundesgerichts sehr streng⁶. In casu muss die X AG also in der Beschwerdeschrift detailliert darlegen, *inwiefern* die Beweiswürdigung des Obergerichts Q ihr rechtliches Gehör verletzt bzw. willkürlich ist. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht dagegen nicht ein.

d) Die Chancen einer Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde stehen eher schlecht für die X AG, gleichgültig ob sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine Willkürüge geltend macht⁷: 1. Wird eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht, so prüft das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid nur auf Willkür hin, die Beweiswürdigung des Obergerichts Q muss also nicht nur falsch, sondern offensichtlich unhaltbar gewesen sein. 2. Zwar umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Recht, eigene Beweisanträge zu stellen bzw. zu Beweisergebnissen Stellung nehmen zu können. Ein allgemeiner Anspruch auf Überprüfung einer gerichtlich angeordneten Expertise durch ein Obergutachten besteht indes nicht. Insbesondere steht Art. 29 Abs. 2 BV einer antizipierten Beweiswürdigung durch das Gericht auf Grund der bereits vorliegenden Beweisergebnisse nicht entgegen. 3. Bei Expertisen über technische Fragen hält sich das Bundesgericht im Rahmen der Prüfungsdichte sodann ohnehin zurück; ein Abweichen vom Ergebnis des Gutachtens ist nur aus triftigen Gründen angebracht (vgl. etwa BGE 118 Ia 144, 149).

2. Berufung (Frage 2)

a) Hier wird eine Verletzung von Bundesrecht (unter Ausschluss der verfassungsmässigen Rechte) geltend gemacht. Eine solche Rechtsverletzung ist in Zivilrechtsstreitigkeiten mit Berufung (Art. 43 Abs. 1 OG) zu rügen. Da es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, ist die Berufung nur zulässig (abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen), wenn die Streitwertgrenze von Fr. 8000.– gemäss Art. 46 OG überschritten ist; das ist in casu klar erfüllt.

b) Die Berufung ist i.d.R. nur gegen Endentscheide der oberen kantonalen Gerichte zulässig, die nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden können (Art. 48 Abs. 1 OG). Letzteres ist unproblematisch; in casu hat ein oberes kantonales Gericht entschieden und ein ordentliches kantonales Rechtsmittel dürfte nicht bestehen.

Es liegt aber nicht ein Endentscheid, sondern bloss ein selbständig eröffneter Vor- bzw. Zwischenentscheid (vgl. dazu oben, Frage 1) vor. Gegen einen solchen ist die Berufung ausnahmsweise zulässig, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann und so ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann, dass die gesonderte Anrufung des Bundesgerichts gerechtfertigt erscheint (Art. 50 Abs. 1 OG). Das Bundesgericht entscheidet nach freiem Ermessen über das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen (Art. 50 Abs. 2 OG); der Berufungskläger hat aber in der Berufung die entsprechenden Umstände konkret darzutun (BGE 118 II 91, 92). Das Vorliegen einer Ausnahme nach Art. 50 OG ist nicht leichthin anzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die betroffene Partei keine Rechte verliert, wenn keine Berufung eingelegt wird oder das Bundesgericht auf die Berufung gegen den Vor- bzw. Zwischenentscheid nicht eintritt. Sie kann immer noch gegen den (späteren) Endentscheid Berufung einlegen und alle Einwände vorbringen (vgl. auch Art. 48 Abs. 3 OG).

In casu dürften indes die beiden erwähnten Voraussetzungen zu bejahen sein: Erstens könnte das Bundesgericht, wenn es die Rechtsauffassung der X AG teilt, mit der Berufung direkt einen Endentscheid i.S.v. Art. 48 OG herbeiführen (z.B. durch die Bejahung der Verjährungseinrede, usw.). Denn diesfalls wäre auf jeden Fall die Klage der Y AG abzuweisen. Schwieriger zu beurteilen ist hingegen das Schicksal der Widerklage, da die Kaufpreiszahlungspflicht untrennbar mit der Frage des (zulässigen) Rücktritts vom Vertrag verknüpft ist⁸. Zweitens kann durch die Berufung der Prozess wesentlich abgekürzt und insbesondere ein aufwändiges Beweisverfahren über die Schadenhöhe usw. vermieden werden.

c) Da die X AG im Verfahren vor dem Obergericht Q Parteistellung hatte, ist ihre Beschwerdelegitimation offensichtlich. Zur Einhaltung der

⁶ Vgl. etwa BGE 127 I 38 ff.; BGE 125 I 492, 495; BGE 107 Ia 186 f. Dies gilt in verstärktem Masse, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten ist und bloss eine Verletzung des Willkürverbots gerügt wird.

⁷ Selbstverständlich fehlen für eine abschliessende Beantwortung dieser Frage nähere Angaben im Sachverhalt.

⁸ Auf die Zulässigkeit eines Rücktritts vom Vertrag und damit auf das Schicksal der Widerklage hat die allfällige Verjährung der Schadenersatzforderung aber gerade keinen Einfluss. Vgl. dazu unten, Ziff. II 2 b. Zum Rücktritt vom Vertrag vgl. die Ausführungen unter Ziff. II 5.

Beschwerdefrist ist die Berufung nach Art. 54 Abs. 1 OG bis spätestens am 17.10.2003 beim Obergericht Q einzureichen; dabei genügt wiederum die Postaufgabe.

II. Materieller Teil

1. Anwendbares Recht und Vertragsschluss

Bevor näher auf die materiellen Probleme des Falles eingegangen werden kann, ist kurz die Frage des anwendbaren Rechts zu klären. Bei Vorliegen eines internationalen Warenkaufes – und um einen solchen handelt es sich hier offenkundig – ist stets zunächst die Anwendbarkeit des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 (SR 0.221.211.1, nachfolgend CISG) zu prüfen, wenn ein Schweizer Gericht angerufen wird. Die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG sind vorliegend ohne weiteres erfüllt. Einerseits haben die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten und andererseits sind sowohl Deutschland (seit dem 1.1.1991) als auch die Schweiz (seit dem 1.3.1991) Vertragsstaaten. Eine – grundsätzlich mögliche – Abwahl des CISG gemäss Art. 6 CISG (sog. Opting-out) haben die Parteien nach Sachverhalt nicht vorgenommen (weder ausdrücklich noch stillschweigend). Ein Anwendungsausschluss nach Art. 2 CISG ist ebenfalls nicht ersichtlich. Damit ist das CISG auf den vorliegenden Vertrag – unter Vorbehalt abweichender Parteivereinbarungen – anwendbar. Da die Rechtsvereinheitlichung nach dem CISG nur eine sektorale ist (vgl. nur etwa Art. 4 CISG), beurteilen sich gewisse Fragen aber nach dem vom IPR des Forums berufenen nationalen Recht, hier also nach schweizerischem Recht⁹. Das Zustandekommen des Kaufvertrages nach Art. 14 ff. CISG ist im Übrigen nach Sachverhalt problemlos und wird von den Parteien auch nicht bestritten; weitere Ausführungen dazu erübrigen sich deshalb.

Hinweis: Aus dem Sachverhalt und der Aufgabenstellung geht eindeutig hervor, dass die folgenden Fragen zum materiellen Recht stets im Zusammenhang mit einer (behaupteten) vertragswidrigen Lieferung (Art. 35 ff. CISG) zu behandeln sind. Vereinzelt wurden in den Arbeiten die Fragen daneben noch unter dem Gesichtspunkt eines *Grundlagenirrtums* nach OR geprüft. Ein solches Vorgehen konnte aber aus folgenden Gründen nicht mit Punkten honoriert werden:

1. Zwar ist die Überlegung, dass sich die Frage der Willensmängel nicht nach CISG, sondern nach nationalem Recht, hier also nach OR, beurteilt, im Ansatz richtig. Da es sich vorliegend um einen Irrtum über eine Eigenschaft der Kaufsache handeln würde (falls überhaupt ein Irrtum vorläge), müsste aber zunächst das Verhältnis zwischen den «Gewährleistungsregeln» des CISG (Art. 35 ff.) und dem nationalen Irrtumsrecht diskutiert werden. Bereits diese Frage ist heikel und in der Literatur äusserst umstritten¹⁰.
2. Geht man von der kumulativen Anwendbarkeit der nationalen Irrtumsregeln neben den Normen des CISG aus, ist eine Irrtumsanfechtung in casu dennoch ausgeschlossen, weil die Y AG zuerst Nachlieferung verlangt hat und anschliessend vom Vertrag zurückgetreten ist. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet ein solches Vorgehen, dass die Y AG damit den allenfalls irrumsbehafteten Vertrag genehmigt hat¹¹.
3. Selbst wenn man diese Rechtsprechung ablehnt, ergeben sich weitere Probleme. Da es sich in casu um einen Gattungskauf handelt, wäre ein Irrtum grundsätzlich nur dann denkbar, wenn sich der Käufer über ein Qualitätsmerkmal der *gesamten Gattung* geirrt hat¹² (z.B. wenn die Ernte 2000 des spanischen Paprikas generell zu hohe Rückstände aufweist); dazu fehlen allerdings nähere Angaben im Sachverhalt. Gibt es hingegen Gattungsware von genügender Qualität und lie-

⁹ Art. 118 Abs. 1 IPRG verweist diesbezüglich auf das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR 0.221.211.4). Gemäss dessen Art. 3 untersteht der Vertrag bei fehlender Rechtswahl durch die Parteien dem Recht am Sitz des Verkäufers, in casu also schweizerischem Recht. Selbstverständlich wurden von den Studierenden auf Grund des Prüfungsstoffes keine Ausführungen zum IPR erwartet (vgl. dazu auch die weiterführenden Hinweise am Schluss). Die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ergibt sich aber bereits aus der Aufgabenstellung.

¹⁰ Vgl. statt aller J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 1999 von Ulrich Magnus, Berlin 1999 (im Folgenden: *Staudinger/Magnus*), Art. 4 CISG Rz. 48 ff. mit umfangreichen Literaturnachweisen.

¹¹ Vgl. zu dieser Rechtsprechung den leading case BGE 127 III 83 ff., bestätigt in BGE 129 III 18, 23 sowie – in einem CISG-Fall (!) – in BGE vom 22. Dezember 2000, 4C.296/2000. Kritisch zu dieser Praxis Ernst A. Kramer, AJP 2001 1455 f.; Peter Gauch, recht 2001 184 ff.

¹² So ausdrücklich BSK-Honsell, OR I, 3. Aufl., Basel 2003, Vorbem. zu Art. 197–210 OR Rz. 9 a.E.

fert der Verkäufer einfach schlechte Ware, so besteht der «Irrtum» des Käufers darin, dass er eine gehörige Erfüllung erwartet hat, diese aber nicht erhält. Sofern man einen Irrtum über zukünftige Sachverhalte nicht bereits generell ablehnt¹³, fehlt es ihm jedenfalls an der geforderten Wesentlichkeit. Denn ansonsten würde jede Nicht- bzw. nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages dem Gläubiger – sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen – automatisch die Berufung auf Irrtum gestatten. Damit wären die differenzierteren Regeln des Leistungsstörungsrechts (sowohl des Allgemeinen wie auch des Besonderen Teils) ad absurdum geführt¹⁴.

2. Verjährung (Frage 3)

a) Das CISG regelt keine Verjährungsfragen. Insbesondere ist die Zweijahresfrist von Art. 39 Abs. 2 CISG keine Verjährungsfrist, sondern eine blosse *Verwirkungsfrist* (die in casu von der Y AG offenkundig eingehalten wurde). Es handelt sich auch nicht um eine «interne» Lücke, welche durch eine autonome Ergänzung anhand allgemeiner Prinzipien bzw. Wertungsentscheide des CISG (vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 CISG) geschlossen werden könnte. Die Verjährungsfrage beurteilt sich somit nach nationalem schweizerischem Recht¹⁵. Es stellt sich also die Frage, binnen welcher Frist Ansprüche des Käufers aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware durch den Verkäufer nach schweizerischem Recht verjähren und wann diese Frist zu laufen beginnt. Ausgangspunkt bildet die kaufrechtliche Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR, wonach die Ansprüche des Käufers wegen Mängeln der Kaufsache 1 Jahr nach Ablieferung verjähren. Dies kann dazu führen, dass u.U. Gewährleistungsansprüche des Käufers im Zeitpunkt der (nach CISG noch rechtzeitigen) Rüge bereits verjährt sind. Angesichts dieses Problems sind von Rechtsprechung und Lehre folgende Alternativen vorgeschlagen worden: 1 Jahr ab Entdeckung des Mangels (Berner Handelsgericht), 2 Jahre ab Lieferung (Genfer Cour de justice), 10 Jahre ab Lieferung (Art. 127 OR). Eine Klärung dieser Streitfra-

ge durch das Bundesgericht ist soweit ersichtlich noch nicht erfolgt¹⁶.

Geht man von einer Einjahresfrist aus, sind die Schadenersatzansprüche der Y AG so oder anders verjährt, denn sie hat die erste verjährungsunterbrechende Handlung (Ladung zum Sühneversuch am 20.2.2002; Art. 135 Ziff. 2 OR) erst nach mehr als einem Jahr nach der Lieferung (23.11.2000) und auch nach Entdeckung des Mangels (21.12.2000) getätigt. Die Schadenersatzklage wäre daher abzuweisen. Geht man dagegen von einer Zwei- oder gar von der allgemeinen Zehnjahresfrist aus, so ist der Schadenersatzanspruch der Y AG noch nicht verjährt¹⁷.

b) Sollte die Vertragsaufhebung durch die Y AG seinerzeit wirksam gewesen sein, so hätte die Verjährung der Schadenersatzforderung der Y AG gegen die X AG auf die Vertragsaufhebung keinen Einfluss¹⁸; die Y AG kann bloss sämtliche aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware entstandenen Ansprüche, so auch ihren allfälligen Schadenersatzanspruch gegen die X AG, nicht mehr durchsetzen, wenn diese die Verjährungseinrede erhebt. Bleibt aber die Vertragsaufhebung wirksam, so werden die Parteien gemäss Art. 81 Abs. 1 CISG von ihren Vertragspflichten befreit (gemeint sind die vertraglichen Hauptleistungspflichten inklusive sie begleitender Nebenpflichten). Die Y AG muss also den Kaufpreis nicht mehr bezahlen und die Widerklage ist – ebenso wie die Hauptklage – abzuweisen.

Hinweis: Zu beachten ist, dass der X AG im Rahmen der Widerklage weder die Rückgabe der Ware noch ein allenfalls geschuldeter Wertersatz für die bereits veräusserte Ware¹⁹ zugesprochen werden könnte. Da diese beiden Ansprüche nicht denselben Streitgegenstand betreffen, wäre ihnen im vorliegenden Prozess nur im Falle einer (nach kantonalem Prozessrecht zu beurteilenden) zulässigen *Klageänderung* stattzugeben. Selbstverständlich steht es der X AG

¹³ Vgl. etwa Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 799 ff., mit umfangreicher Darstellung des Meinungsstandes in der Literatur.

¹⁴ Ähnlich auch Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 206; BSK-Honsell (Fn. 12), Vorbem. zu Art. 197–210 OR Rz. 9 a.E.; ebenso BGE 94 II 26 ff., 29 E. I = Pra 57 (1968) Nr. 145.

¹⁵ Die einschlägigen Kollisionsnormen verweisen wie erwähnt auf Schweizer Recht (vgl. dazu oben, Ziff. II 1). Selbstverständlich wurden von den Studierenden keine Kenntnisse im IPR verlangt; die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ergibt sich aber bereits aus der Aufgabenstellung.

¹⁶ Zur ganzen Problematik vgl. Thomas Koller, Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, recht 2003 41–54.

¹⁷ Es gelten hier alle erwähnten Varianten als richtig, da darüber in Literatur und Rechtsprechung – soweit ersichtlich – keine Einigkeit herrscht. Sicher falsch ist dagegen, die Verjährung unter Hinweis auf Art. 39 Abs. 2 CISG zu verneinen. Im Übrigen wurde hier kein Detailwissen verlangt, es genügte das Erkennen des potenziellen Konflikts zwischen Art. 39 Abs. 2 CISG und Art. 210 Abs. 1 OR.

¹⁸ Die Trennung von Schadenersatzanspruch und anderen Rechtsbehelfen des Käufers wegen Vertragsverletzungen durch den Verkäufer, insbesondere auch der Vertragsaufhebung, ergibt sich aus Art. 45, Art. 81 Abs. 1 und vor allem aus Art. 83 CISG.

¹⁹ Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG (vgl. auch den Hinweis 3 im Sachverhalt).

aber weiterhin offen, die genannten Ansprüche in einem neuen Verfahren geltend zu machen²⁰. Diese Überlegungen wurden von den Studierenden selbstverständlich nicht verlangt; es genügten Ausführungen zur Frage der Kaufpreiszahlungspflicht.

3. Untersuchung und Rüge (Frage 4)

a) Leidet die Ware an einem Mangel i.S.v. Art. 35 CISG (nach der Terminologie des CISG «Vertragswidrigkeit der Ware»), so muss der Käufer seine Rüge rechtzeitig und inhaltlich genügend substantiiert vorbringen, ansonsten er das Recht verliert, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen. Die Beanstandung kann in eine *Untersuchung* der Ware und in die anschliessende *Anzeige* an den Verkäufer unterteilt werden. Gemäss Art. 38 Abs. 1 CISG muss der Käufer zunächst die Ware innerhalb einer so kurzen Frist untersuchen oder untersuchen lassen, wie es die Umstände erlauben. Diese Zeitspanne ist insofern von Bedeutung, als nach ihrem Ablauf für Mängel, die bei ordnungsgemässer Untersuchung erkennbar sind, die Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG zu laufen beginnt²¹. Handelt es sich hingegen um nicht erkennbare Mängel, so kann der Käufer auch noch zu einem späteren Zeitpunkt rügen, wobei aber die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 39 Abs. 2 CISG die äusserste Grenze bildet²². Entscheidende Bedeutung für die Frage, ob eine Vertragswidrigkeit bei ordnungsgemässer Untersuchung erkennbar war, kommt dabei der *Intensität* der Untersuchungspflicht zu²³. Denn es versteht sich von selbst, dass Vertragswidrigkeiten umso eher erkennbar sind, je gründlicher der Käufer die Ware untersuchen muss. In casu wäre die Zeit vom 23.11. (Lieferung des Paprikapulvers) bis zum 13.12. (Auftrag an das Laboratorium durch die Y AG) sicherlich zu lang, falls man annimmt, dass die Y AG im Rahmen der gehörigen Untersuchung der Ware i.S.v. Art. 38 CISG auch verpflichtet ge-

wesen wäre, das Paprikapulver auf Ethylenoxid-Rückstände untersuchen zu lassen. Auf Grund des Sachverhalts spricht aber einiges dafür, dies zu verneinen. Der Umstand, dass der Fachverband im Dezember 2000 ein Rundschreiben versandt hat, in dem auf das Problem der Ethylenoxid-Rückstände hingewiesen wurde, ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Paprikakäufer vorher die Ware nicht auf solche Rückstände hätten untersuchen müssen. Im Übrigen dürfen gerade bei Vertragswidrigkeiten, welche zu ihrer Aufdeckung die Hinzuziehung eines Fachmanns erfordern, die Anforderungen nicht überspannt werden²⁴. Gelangt man zum Ergebnis, dass die Belastung mit Ethylenoxid bei gehöriger Untersuchung nicht erkennbar war, so kann dahingestellt bleiben, wie lange die Frist für die Untersuchung in casu genau zu bemessen wäre. Denn diesfalls genügt es, wenn die Y AG die Vertragswidrigkeit innerhalb angemessener Frist zu einem späteren Zeitpunkt rügt (vgl. dazu sogleich unten, b).

Alternativlösung: Ist man der gegenteiligen (nicht nahe liegenden) Auffassung, die Vertragswidrigkeit sei bei ordnungsgemässer Untersuchung erkennbar gewesen, so muss anschliessend diskutiert werden, wie lange die Untersuchungsfrist in casu dauert. Denn ab diesem Zeitpunkt läuft die angemessene Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG, welche letztlich darüber entscheidet, ob der Käufer seine Mängelrechte geltend machen kann oder ob er sie verwirkt hat.

b) Bei ordnungsgemässer Untersuchung nicht erkennbare Vertragswidrigkeiten müssen gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG innerhalb *angemessener Frist*²⁵ nach tatsächlicher Feststellung gerügt werden. In casu hatte die Y AG mit Eingang des Prüfungsberichts am 21.12.2000 Kenntnis von der Ethylenoxid-Belastung; gerügt wurde per Fax erst am 28.12.2000. Eine Frist von sieben Tagen dürfte den Erfordernissen von Art. 39 Abs. 1 CISG genügen, insbesondere wenn noch berücksichtigt wird, dass zwischen dem Bekanntwerden der Vertragswidrigkeit und der Rüge die Weihnachtsfeiertage liegen. Zudem ist auf Grund der Tatsache, dass die Rechtsprechung ausserhalb des deutschsprachigen Raumes offenbar wesentlich

²⁰ Die Y AG hätte dann allerdings die Möglichkeit, ihren an sich verjährten Schadenersatzanspruch (sofern er begründet ist) mit dem Wertersatzanspruch der X AG zu verrechnen (Art. 120 Abs. 3 OR).

²¹ In der Terminologie von Art. 39 Abs. 1 CISG ist dies derjenige Zeitpunkt, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit «hätte feststellen müssen».

²² Das CISG stellt damit ebenfalls – wie auch dem schweizerischen Recht geläufig – auf die Unterscheidung zwischen offenen und versteckten Mängeln ab, obwohl ihm die beiden Begriffe an sich unbekannt sind. So auch *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 38 CISG Rz. 14; *Heinrich Honsell*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin usw. 1997 (im Folgenden: *Honsell/Bearbeiter*), hier spez. *Honsell/Magnus*, Art. 39 CISG Rz. 15.

²³ Primär massgebend sind die Vereinbarungen der Parteien und – im Bereich internationaler Warenkäufe besonders wichtig – allfällige Handelsbräuche. Dem Sachverhalt lassen sich aber weder für das eine noch für das andere entsprechende Hinweise entnehmen.

²⁴ Vgl. etwa *Peter Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000 (im Folgenden: *Schlechtriem/Bearbeiter*), hier spez. *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 38 CISG Rz. 13; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 38 CISG Rz. 4, 32, je m.w.H. Vorbehalten sind selbstverständlich anders lautende Parteivereinbarungen und besondere Gebräuche und Gepflogenheiten (vgl. Art. 9 CISG), wofür der Sachverhalt allerdings keine Anhaltspunkte bietet.

²⁵ Dies im Unterschied zum OR (Art. 201 Abs. 1 OR) und anderen nationalen Kaufrechten, welche eine *sofortige* Rüge verlangen.

längere Fristen akzeptiert, im Interesse internationaler Einheitlichkeit die Frist eher grosszügig zu bemessen²⁶.

Alternativlösung: Wer vorhin davon ausgegangen ist, bei der Ethylenoxid-Belastung handle es sich um einen erkennbaren Mangel, muss hier zum Schluss kommen, dass die Rüge der Y AG auf jeden Fall verspätet ist. Denn nach Ablauf eines Monats (Lieferung am 23.11., Rüge am 28.12.) ist selbst nach der neueren Rechtsprechung die Gesamtfrist von Untersuchung und Rüge im Regelfall verstrichen²⁷. Die nachfolgende Diskussion zum Zuwarten der Y AG (vgl. sogleich lit. c) ist bei dieser Lösungsvariante selbstverständlich entbehrlich.

c) Zu prüfen bleibt noch, ob die Y AG nach dem Zugang des Rundschreibens des Fachverbandes am Freitag, 8.12.2000, nicht hätte rascher handeln müssen. Dass das Labor acht Tage für die Analyse brauchte, wird man der Y AG kaum anlasten können. Fraglich ist aber, ob die Y AG fünf Tage (bis am Mittwoch, 13.12.2000) zuwarten durfte, bis sie das Labor beauftragte. Nach Treu und Glauben ist der Käufer nämlich verpflichtet, einem ernsthaften Verdacht auf Fehler nachzugehen²⁸. In casu kann diese Frage allerdings offen bleiben. In der Literatur ist anerkannt, dass es für die rechtzeitige Rüge einer Vertragswidrigkeit der Ware genügt, wenn der Käufer die (konkret zu berechnende) *Gesamtfrist* aus Untersuchung und Anzeige einhält. Ein zögerliches Vorgehen bei der Untersuchung kann mit anderen Worten durch eine raschere Anzeige wieder ausgeglichen werden²⁹. Selbst wenn man also davon ausgeht, dass die Y AG sofort hätte reagieren müssen, den Beginn der Rügefrist daher um fünf Tage vorverlegt, kann die sich so ergebende Zeitspanne von zwölf Tagen als noch angemessen i.S.v. Art. 39 Abs. 1 CISG angesehen werden³⁰. Bei dauerhaften Gütern – und Gewürze können hier insoweit sicher dazu gerechnet werden – wird man die Frist ohnehin etwas länger ansetzen dürfen.

²⁶ Die neuere Rechtsprechung schwankt in dieser Frage zwischen vierzehn Tagen und einem Monat (Gesamtfrist für Untersuchung und Mängelrüge), sofern keine besonderen Umstände vorliegen. Vgl. auch *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 24), Art. 39 CISG Rz. 17; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 39 CISG Rz. 41 ff., je m.w.H.

²⁷ Vgl. etwa *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 39 CISG Rz. 49 mit ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

²⁸ Die angemessene Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG beginnt dann wie bei den erkennbaren Mängeln bereits in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Fehler hätte festgestellt werden können. Vgl. statt aller *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 39 CISG Rz. 32.

²⁹ Vgl. statt aller *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 24), Art. 39 CISG Rz. 20.

³⁰ Vgl. dazu die Hinweise auf die Rechtsprechung und Literatur in Fn. 26.

d) Die Rüge muss im Weiteren genügend *substanziert* sein und klar zum Ausdruck bringen, worin die Vertragswidrigkeit besteht. Die Y AG hat hier der X AG den Befund des Labors mitgeteilt und damit hinreichend deutlich gemacht, worin ihrer Auffassung nach die Vertragswidrigkeit bestehen soll.

4. Vertragswidrigkeit der Ware (Frage 5)

a) Die X AG muss dann für den erhöhten Ethylenoxid-Gehalt des gelieferten Paprikapulvers eintreten, wenn dieser Umstand als *Vertragswidrigkeit* i.S.v. Art. 35 CISG qualifiziert werden kann³¹. Nach dieser Bestimmung hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich der Verpackung den Anforderungen des Vertrages entspricht (Art. 35 Abs. 1 CISG). Das CISG geht damit von einem einheitlichen Begriff der Vertragswidrigkeit aus. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Paprikalieferung hinsichtlich der Qualität vertragskonform war.

b) Nach der Systematik von Art. 35 CISG ist die Vertragskonformität der Ware in nachstehender Stufenfolge zu prüfen: (1) Vertragliche Vereinbarung nach Art. 35 Abs. 1 CISG, (2) Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauchszweck nach Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG und (3) Tauglichkeit zum besonderen Gebrauchszweck nach Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG. Eine vertragliche Vereinbarung der Parteien kann sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend erfolgen und geht den in Abs. 2 aufgeführten objektiven Kriterien vor³². Gemäss dem Sachverhalt haben die Parteien indes weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Vereinbarung über den zulässigen Ethylenoxid-Gehalt getroffen. Damit ist weiter zu prüfen, ob das gelieferte Paprikapulver i.S.v. Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG zum gewöhnlichen Gebrauchszweck tauglich ist. Zu beurteilen ist diese Frage nach der Verkehrsauffassung, wobei als allgemeiner Grundsatz die kaufmännische Verwendbarkeit (insbesondere die Wiederverkäuflichkeit) gegeben sein muss. In einem Fall wie dem vorliegenden ist aber die entscheidende Frage, *nach welchem Massstab* sich die Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch beurteilt. Denn gerade in Bezug auf die Einhaltung *öffentlich-rechtlicher Vorschriften* (in casu Lebensmittelrecht) dürften i.d.R. keine einheitlichen internationalen Handelsbräuche und Verkehrsauf-

³¹ Daneben muss die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäss Art. 38 und 39 CISG eingehalten sein (was nach der Aufgabenstellung vorausgesetzt ist). Zu diesem Problem vgl. oben, Ziff. II 3.

³² Man spricht diesbezüglich von einem *subjektiven Fehlerbegriff*. Der Vorrang der Parteiabrede ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 35 CISG, sondern bereits aus der allgemein dispositiven Natur des Übereinkommens (vgl. Art. 6 CISG).

fassungen bestehen³³. So auch im vorliegenden Fall, wo das Paprikapulver offenbar spanischem Lebensmittelrecht entspricht (vgl. den Hinweis 2 im Sachverhalt), nicht aber den deutschen Vorschriften. Eine abstrakte Bevorzugung des einen oder anderen Standards für die Beurteilung des gewöhnlichen Gebrauchs nach Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG ist nicht sachgerecht. Letztlich handelt es sich um ein Problem der Vertragsauslegung bzw. der *adäquaten Risikoverteilung*³⁴ zwischen den beteiligten Parteien. Dieser Wertungsentscheid ist am ehesten im Rahmen der Prüfung der besonderen Gebrauchstauglichkeit nach Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG zu fällen, da diese Bestimmung genügend Raum für die Berücksichtigung konkreter Umstände des Einzelfalles lässt³⁵.

c) Beurteilt man die Einhaltung nationaler öffentlich-rechtlicher Vorschriften unter dem Gesichtspunkt des besonderen Gebrauchszwecks, so muss dieser Zweck dem Verkäufer gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG bei Vertragsschluss (ausdrücklich oder implizit) zur Kenntnis gebracht worden sein. Dies entspricht dem von der h.L. anerkannten Grundsatz der Risikoverteilung bei international unterschiedlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften: I.d.R. trägt der Käufer das Risiko, dass die Ware den Vorschriften des Importlandes nicht genügt³⁶. In casu lassen sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte entnehmen, dass die Y AG die X AG explizit auf die besonderen deutschen Lebensmittelvorschriften hingewiesen hat. In Frage kommt deshalb höchstens ein impliziter Hinweis, mit der Folge, dass die X AG aus den Umständen auf die Einhaltung der deutschen Lebensmittelvorschriften hätte schliessen müssen. Ein solcher Umstand könnte vorliegend im vereinbarten *Lieferort* (Sitz der Y AG in Deutschland) erblickt werden. Zu Recht beurteilt die h.L. und Rechtsprechung dies aber als zu wenig starkes Kriterium, um den Anforderungen an eine implizite Bekanntgabe zu genügen. Die Kenntnis von besonderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften seines Landes dürfte regelmässig eher vom Käufer als vom ausländischen Verkäufer erwartet werden. Dies umso mehr, als solche

Vorschriften häufig nicht leicht zu ermitteln sind³⁷. Ausnahmen von dieser Risikoverteilung sind denkbar, wenn vom Verkäufer (1) auf Grund längerer Geschäftsbeziehungen mit dem Käufer, (2) auf Grund einer lokalen Zweigniederlassung oder (3) auf Grund häufiger Exporte in das Land des Käufers Kenntnis der entsprechenden Vorschriften erwartet werden kann. Diesbezügliche Anhaltspunkte sind im Sachverhalt aber nicht auszumachen³⁸. Wurden also vorliegend die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der X AG auch nicht implizite zur Kenntnis gebracht, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzung, ob die Y AG überhaupt auf die Sachkenntnis der X AG bezüglich dieser Angelegenheit vertrauen durfte (vgl. Art. 35 Abs. 2 lit. b 2. Halbsatz CISG).

Alternativlösung: Die gegenteilige Auffassung ist vertretbar (in erster Linie auf Grund der Eigenschaft der X AG als Grosshändlerin), wenn auch nicht unbedingt nahe liegend. Diesfalls müsste aber zwingend die weitere Voraussetzung des berechtigten Vertrauens des Käufers auf die Sachkunde des Verkäufers (Art. 35 Abs. 2 lit. b 2. Halbsatz CISG) geprüft werden. Da beide Parteien bloss Zwischenhändler sind und in etwa gleiche Sachkenntnis haben dürften, erscheint dies – gerade bei öffentlich-rechtlichen Normen – allerdings als fraglich. Unbehelflich ist sodann der Einwand der X AG, die deutschen Grenzwerte seien willkürlich tief festgesetzt worden (vgl. Hinweis 2 im Sachverhalt). Entscheidend ist die faktische Beeinflussung der Verwendbarkeit der Ware³⁹.

Im Weiteren kann eine klare Zuordnung der Problematik zu lit. a oder b von Art. 35 Abs. 2 CISG nicht erwartet werden. Es muss genügen, wenn die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften als eine Frage der Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer erkannt und wertend eine Entscheidung getroffen wird.

Für das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit *irrelevant* ist im Übrigen die Tatsache, dass die X AG bloss Zwischenhändlerin ist und die Ware ihrerseits von anderswo her bezogen hat. Dieser Umstand wäre höchstens für eine Entlastung auf der Ebene der Schadenersatzpflicht nach Art. 79 CISG

³³ Ähnlich *Peter Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Tübingen 2003, Rz. 137, wonach das Kriterium der «Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch» auf nationale und mehr oder weniger homogene Märkte bezogen sei und sich daher für grenzüberschreitende Kaufverträge nur bedingt eigne.

³⁴ So auch *Slechtriem/Schwenzer* (Fn. 24), Art. 35 CISG Rz. 16 mit Hinweisen auf abweichende Meinungen in Literatur und Rechtsprechung.

³⁵ Der BGH hat im «Miesmuschel-Fall» (BGHZ 129 75) die genaue Zuordnung dieser Frage zu lit. a oder b von Art. 35 Abs. 2 CISG offen gelassen. Ähnlich auch *Slechtriem/Schwenzer* (Fn. 24), Art. 35 CISG Rz. 16 mit einem Überblick zum Meinungsstand.

³⁶ Vgl. statt aller BGHZ 129 81 f. mit umfangreichem Literaturnachweis.

³⁷ So die Ausführungen des BGH im «Miesmuschel-Fall», BGHZ 129 83 f. m.w.H.

³⁸ Einzig der Umstand, dass die X AG Grosshändlerin ist, kann als Indiz für regelmässige Exporttätigkeit gewertet werden. Allerdings lässt sich daraus noch nicht ableiten, dass die X AG auch regelmässig nach Deutschland exportiert.

³⁹ Vgl. dazu *Slechtriem* (Fn. 33), Rz. 136.

von Bedeutung, berührt aber das grundsätzliche Einstehe müssen gerade nicht⁴⁰.

5. Vertragsrücktritt (Frage 6)

a) Die Y AG kann den Kaufvertrag dann aufheben, wenn die vertragswidrige Lieferung der X AG (was nach der Aufgabenstellung vorausgesetzt ist) gleichzeitig eine *wesentliche Vertragsverletzung* darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Die Wesentlichkeit beurteilt sich dabei nach Art. 25 CISG. Wenn die X AG für die zu hohen Ethylenoxid-Rückstände einzustehen hat, liegt ohne weiteres eine wesentliche Vertragsverletzung vor, denn diesfalls durfte die Y AG erwarten, in Deutschland verkäufliche Ware zu erhalten. Ist die Ware aber in Deutschland nicht verkäuflich (was auf Grund des Sachverhaltes anzunehmen ist) und damit schlechthin unverwendbar, so müsste sie von der Y AG wieder exportiert werden (z.B. nach Spanien). Dies kann ihr nicht zugemutet werden. Im Übrigen ist für die X AG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch *voraussehbar*, dass die Wiederverkäuflichkeit der Ware absolut zentrale Bedeutung für den Käufer hat. Eine Entlastung wegen fehlender Voraussehbarkeit kommt deshalb nicht in Betracht (Art. 25 2. Halbsatz CISG).

Alternativlösung: Die gegenteilige Auffassung (Verneinung der Wesentlichkeit) ist vertretbar, müsste aber gut begründet werden. Z.B. wäre denkbar, dass die Ware auf dem internationalen Markt ausserhalb Deutschlands für die Y AG ohne besondere Schwierigkeiten absetzbar ist (leichte Zugänglichkeit, gut abschätzbare Preise usw.). Der Sachverhalt bietet hierzu allerdings zu wenig Anhaltspunkte. Zum Ganzen vgl. statt aller *Schlechtriem/Huber*, Art. 46 Rz. 36. Wer das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung verneint, muss natürlich keine Ausführungen zu den Modalitäten des Rücktritts (vgl. sogleich unten lit. b und c) machen, jedoch konsequenterweise einen Schadenersatzanspruch der Y AG nach Art. 45 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 74 ff. CISG thematisieren.

Hinweis: Offen gelassen werden kann hier die (komplexe) Frage, ob eine wesentliche Vertragsverletzung (noch) nicht vorliegt, wenn ein objektiv schwerwiegender Mangel zwar nicht nachbesserungsfähig, aber *durch Ersatzliefe-*

rung i.S.v. Art. 46 Abs. 2 CISG behebbbar ist⁴¹. Denn laut Sachverhalt ist einerseits nicht einmal klar, ob die X AG überhaupt in der Lage ist, Paprikapulver ohne erhöhte Ethylenoxid-Belastung zu liefern, und andererseits ist sie ja dem Ersatzlieferungsbegehren der Y AG nicht nachgekommen.

b) Die Vertragsaufhebung ist allerdings nach erfolgter Lieferung nur zulässig, wenn der Käufer sie innert einer angemessenen Frist erklärt, nachdem er die Vertragsverletzung kannte oder kennen musste (Art. 49 Abs. 2 lit. b. i CISG) bzw. eine von ihm gesetzte Nachfrist nach Art. 47 Abs. 1 CISG abgelaufen ist (Art. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG). Als «Lieferung» i.S.v. Art. 49 Abs. 2 CISG gilt insbesondere auch die vertragswidrige Lieferung, sodass die Y AG die genannten Fristen zwingend einhalten muss, will sie den Vertrag auflösen. Im vorliegenden Fall hat die Y AG der X AG am 28.12.2000 eine *Nachfrist* zur Lieferung mangel freier Ware bis zum 3.1.2001 i.S.v. Art. 47 CISG gesetzt⁴². Diese Frist mag – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Neujahrsfeiertage dazwischen lagen – zu kurz und damit nicht angemessen gewesen sein. Nach h.L. ist indessen auch eine zu kurze Nachfrist nicht wirkungslos, sondern setzt eine angemessene Nachfrist in Gang, nach deren Ablauf der Käufer zur Vertragsaufhebung berechtigt ist. Vorliegend hat die Y AG erst nach weiteren rund 14 Tagen die Vertragsaufhebung erklärt, was insgesamt als angemessene Frist i.S.v. Art. 47 Abs. 1 CISG betrachtet werden kann. Da in casu die X AG zudem nie gegen die Dauer der Fristansetzung remonstriert und insbesondere auch bis zum Vertragsrücktritt der Y AG am 18.1.2001 weder vertragskonforme Ware angeboten noch die vertragswidrige Ware abgeholt hat, kann sie sich ohnehin nicht mehr darauf berufen, die Nachfrist sei zu kurz gewesen. Offenbar hat die Y AG in der Folge keine weitere Nachfrist angesetzt (was zur Folge gehabt hätte, dass sie vor deren Ablauf die Vertragsaufhebung nicht hätte erklären können [Art. 47 Abs. 2 CISG]), sondern bloss die X AG mehrfach aufgefordert, die Ware abzuholen.

⁴¹ Die h.L. geht in diesem Fall davon aus, dass die vertragswidrige Lieferung alleine noch keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, sondern erst die zusätzliche Verletzung der Pflicht zur Ersatzlieferung. Vgl. zur ganzen Problematik statt aller *Schlechtriem/Huber* (Fn. 24), Art. 46 CISG Rz. 49 ff. m.w.H.

⁴² Ein Anspruch auf *Ersatzlieferung* stand der Y AG zu, weil einerseits eine wesentliche Vertragsverletzung vorlag und andererseits dieses Begehren nach Sachverhalt bereits zusammen mit der Rüge der Vertragswidrigkeit verlangt wurde (Art. 46 Abs. 2 CISG). Vgl. zu dieser Voraussetzung für das Vorgehen nach Art. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG *Schlechtriem/Huber* (Fn. 24), Art. 49 CISG Rz. 55, 57.

⁴⁰ Aus Art. 79 Abs. 5 CISG geht nämlich eindeutig hervor, dass die Nichterfüllung von Vertragspflichten (wie z.B. die vertragswidrige Lieferung) trotz Entlastung Vertragsverletzung bleibt. Zur ganzen Problematik vgl. statt aller *Schlechtriem/Stoll* (Fn. 24), Art. 79 CISG Rz. 47.

Nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist muss der Käufer *innert angemessener Frist* die Vertragsaufhebung erklären (Art. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG). In casu liegen zwischen dem Ablauf der Nachfrist am 3.1. und der Vertragsaufhebung am 18.1. rund zwei Wochen. Dies ist an sich etwas lang. Indessen verdient der Käufer, der dem Verkäufer zuerst eine Nachfrist einräumt, Nachsicht. Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG will den Verkäufer vor einem überraschenden Vertragsrücktritt durch den Käufer schützen. Im vorliegenden Fall konnte die X AG auf Grund der Mängelrüge nicht im Unklaren darüber sein, dass die Y AG die gelieferte Ware nicht behalten will, und ihrerseits hat die X AG nie die Nachlieferung vertragsgemässer Ware angeboten. Zudem hat die Y AG bei der Nachfristansetzung mit der Wendung, man müsse sich «anderweitig gegen Sie eindecken» klar zum Ausdruck gebracht, dass sie vom Vertrag zurücktreten werde, wenn keine vertragskonforme Ware nachgeliefert werde. Unter diesen Umständen ist die Rücktrittserklärung binnen angemessener Frist nach Ablauf der Nachfrist erfolgt.

Alternativlösung: Die Äusserung der Y AG im Fax vom 28.12.2000 lässt sich auch als *bedingte Erklärung* der Vertragsaufhebung auslegen. Eine solche Verbindung von Nachfristansetzung und Vertragsaufhebung ist nach h.L. zulässig, da der Eintritt der Bedingung ausschliesslich vom Verhalten des Adressaten (in casu der X AG) abhängt, vgl. statt aller *Schlechtriem/Huber*, Art. 49 Rz. 31. Diesfalls wäre die Vertragsaufhebung ohne weiteres Zutun der Y AG mit Ablauf der Nachfrist wirksam geworden und die Frage der Angemessenheit wäre nicht zu diskutieren.

c) Der Umstand, dass die Y AG einen Teil der Ware weiterveräussert hat (vgl. den Hinweis 3 im Sachverhalt), hindert sie nicht, den Vertrag aufzuheben, denn die Weiterveräussderung gehörte zum normalen Geschäftsverkehr und erfolgte vor der Entdeckung der Vertragswidrigkeit (Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG).

Weiterführende Hinweise

Wie bereits erwähnt, ist es auf Grund des Prüfungsreglements an der Universität Bern möglich, im Privat- und Wirtschaftsrecht materielle und zivilprozessuale Aspekte miteinander zu verknüpfen. Wie sich aus der Aufgabenstellung ergibt, betreffen die beiden ersten Fragen prozessuales Grundwissen im Bereich der bundesrechtlichen

Rechtsmittel⁴³, die restlichen Aufgaben dagegen vertieftes Wissen im CISG. Auf Letzteres wird an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in der Ausbildung besonderes Gewicht gelegt. Einerseits wird das CISG seit rund 10 Jahren im Hauptstudium gelehrt und in den entsprechenden Übungen behandelt. Andererseits bildeten ausgewählte Problemstellungen des CISG auch immer wieder Gegenstand von Prüfungen. Seine Rechtfertigung findet diese Betonung des CISG in dessen substanzieller Bedeutung für internationale Warenkaufverträge, was sich nicht zuletzt in einer reichhaltigen Rechtspraxis niederschlägt. Gerade für ein kleines, exportorientiertes Land wie die Schweiz gilt dies in besonderem Masse⁴⁴. Darüber hinaus hat das CISG in der jüngsten Zeit einen beträchtlichen Einfluss auf neuere (nationale und internationale) Privatrechtskodifikationen gehabt. So orientieren sich z.B. die mit der Schuldrechtsreform neu eingeführten Normen des BGB, die Principles of European Contract Law (PECL) der Lando-Kommission oder auch die Unidroit-Principles in einzelnen Bereichen stark am Regelungsgehalt des CISG.

Ausgangspunkt für den materiellrechtlichen Teil des vorliegenden Prüfungsfalls war ein Entscheid des deutschen Landgerichts Ellwangen vom 21. August 1995⁴⁵. Der Sachverhalt musste allerdings in verschiedener Hinsicht zu Prüfungszwecken modifiziert werden, um einerseits den Prüfungsstoff einzuhalten und andererseits den Fall – angesichts der beschränkten Bearbeitungszeit – nicht zu überladen. Aus jenem Grund mussten auch die Nationalitäten der Parteien und deren Rolle als Verkäufer bzw. Käufer so angepasst werden, dass schweizerisches Recht auf den Vertrag Anwendung fand. Da die Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) jedoch nicht im Hauptstudium, sondern erst im Vertiefungsstudium behandelt werden, war darüber hinaus ein Hinweis im Sachverhalt erforderlich, es finde weder deutsches noch spanisches Recht Anwendung.

Der prozessrechtliche Teil der Prüfung basierte auf einem Fall, der vor ein paar Semestern mit den Studierenden in der Lehrveranstaltung «Privatrechtliche Übungen» besprochen wurde⁴⁶.

⁴³ Um sicherzustellen, dass die prozessualen Fragen zu der Gewichtung des Stoffes in den entsprechenden Veranstaltungen kongruent waren, wurden sie vorgängig mit dem verantwortlichen Dozenten, Prof. Dr. Gerhard Walter und seinem Assistenten (denen hiermit bestens gedankt sei), abgesprochen.

⁴⁴ In der Datenbank der Pace Law School (vgl. Fn. 1) finden sich beispielsweise 96 Urteile von Schweizer Gerichten zum CISG.

⁴⁵ Abrufbar unter <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/279.htm> (= CISG-Online Nr. 279).

⁴⁶ Der Fall wurde seinerzeit konzipiert und betreut von Prof. Dr. Gerhard Walter und seinem damaligen Oberassistenten Dr. Christoph Brunner.

Mit der Fragestellung wurden verschiedene Zwecke verfolgt. Zum einen diente sie der Aufgabenbegrenzung. Der Fall enthält (interessante) Probleme, deren Bearbeitung von den Studierenden aus Zeitgründen nicht erwartet werden konnte⁴⁷. Daher wurden gezielt Fragen bloss zu einer beschränkten Zahl von Aspekten des Falles gestellt. Zum andern wurde mit der Fragestellung eine Strukturierung der Falllösung im Interesse der Studierenden angestrebt. Gleichzeitig war damit die Hoffnung auf eine Vereinfachung der Korrekturarbeiten verbunden; eine Hoffnung, die aber leider teilweise enttäuscht wurde, da sich viele Studierende nicht an der vorgegebenen Strukturierung der Prüfungsaufgabe orientierten⁴⁸. Schliesslich verfolgte die Fragestellung das Ziel, den weniger gut vorbereiteten Studierenden entgegenzukommen: Wer bei einem Problembereich (z.B. bei der Verjährungsfrage) Schwierigkeiten hatte oder keine Lösung wusste, konnte bei der nächsten Frage wieder mit der gleichen Chance beginnen wie alle andern Studierenden auch.

Die Angabe der maximalen Punktzahl bei den einzelnen Fragen hatte zum Zweck, die relative Gewichtung der Aufgaben für die Studierenden transparent zu machen. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass für ein Erreichen der Maximalnote deutlich weniger als die volle Punktzahl erforderlich war und dass eine derart einlässliche Erörterung aller Probleme, wie sie in dieser Lösungsskizze erfolgt, nicht erwartet wurde.

Häufigste Fehler

I. Allgemeine Fehler

- Die erwähnte relative Gewichtung wurde insofern zu wenig beachtet, als bei den zentralen Aufgaben die Argumentationsdichte oft zu knapp ausfiel. Umgekehrt wurden zu unproblematischen Punkten zu lange Ausführungen gemacht (bspw. zum Vertragsschluss). Mit anderen Worten wurde die zur Verfügung stehende Zeit nicht optimal eingeteilt.
- Viele Arbeiten waren unsystematisch aufgebaut, obwohl die Struktur der Falllösung durch die Aufgabenstellung an sich vorgegeben war. So wurden oft Probleme bei den falschen Fragen diskutiert.
- Statt einer direkten, sachverhaltsbezogenen Argumentation wurden einfach der Sachverhalt wiederholt und abstrakte Ausführungen ohne Bezug zum Fall gemacht. Ebenfalls häufig anzutreffen waren Erörterungen zu nicht gefragten Aspekten (z.B. zu Schadenersatzansprüchen der Parteien).

II. Inhaltliche Fehler

- Art. 39 Abs. 2 CISG wurde fälschlicherweise als Verjährungs- und nicht als Verwirkungsnorm qualifiziert bzw. die beiden Institute wurden nicht klar auseinander gehalten.
- Die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung wurde im Zusammenhang mit Art. 35 CISG (Vertragsmässigkeit der Ware) geprüft statt ausschliesslich als Voraussetzung für den Rücktritt vom Vertrag (Art. 49 CISG).
- Die staatsrechtliche Beschwerde als einziges mögliches Rechtsmittel bei der Frage 1 wurde nicht gesehen.
- Bis auf ganz wenige Ausnahmen wurde übersehen, dass der Rückweisungsentscheid des Obergerichts Q nicht einen Endentscheid, sondern bloss einen Vor- bzw. Zwischenentscheid darstellt.
- Für die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen wurde mehrfach nicht das OG, sondern die BZP angewandt. Hier wurde den Betroffenen zum Verhängnis, dass ihnen vom Dekanat nicht ein Separatdruck des OG, sondern die Erlasssammlung «Bundesrechtspflege» als Hilfsmittel zur Verfügung gestellt wurde.
- Die Verjährungseinrede wurde als Prozesshindernis für die Widerklage qualifiziert, weshalb kein Sachurteil möglich sei. Vereinzelt wurde dann inkonsequenterweise aber die Widerklage trotzdem gutgeheissen.
- Die Überschreitung der Toleranzgrenze um 0,03 mg/kg wurde als geringfügig erachtet, obwohl dies mathematisch einem Plus von 150 Prozent entspricht.
- Neben den Regeln des CISG wurde noch ein Grundlagenirrtum nach schweizerischem OR geprüft (vgl. dazu die Ausführungen oben in der Lösungsskizze unter Ziff. II 1).

⁴⁷ So z.B. die Frage der Rückabwicklung des aufgehobenen Kaufvertrages und der Bemessung des Wertersatzes für den von der Y AG bereits verkauften Paprika.

⁴⁸ Vgl. dazu auch unten Ziff. I bei «Häufigste Fehler».