

Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht

Vorbemerkungen

Für den Rechtsvergleicher, d. h. den Juristen, der das Privatrecht nicht unter regional beschränktem, nationalstaatlichem Blickwinkel, sondern global betrachtet, ist das Zustandekommen und Wirksamwerden des Übereinkommens der Vereinten Nationen, hier als «WIENER KAUFRECHT» («WKR») bezeichnet¹, ein Ereignis von herausragender Bedeutung. Es wird der Aussenhandel der Mitgliedstaaten auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt. Bald wird deren Zahl dreissig überschreiten und es darf mit einer stetig weiter wachsenden Verbreitung gerechnet werden². Selbst im Handel zwischen Angehörigen von Nicht-Mitgliedstaaten wird das Wiener Kaufrecht als vertraglich vereinbartes Drittrecht Geltung erlangen. Das WKR ist eine juristische Gegebenheit, die den künftigen internationalen Warenaustausch grundlegend beeinflussen wird.

Für die *Schweiz* und die von ihr aus Handel Treibenden wird das Wiener Kaufrecht grössere Bedeutung erlangen als für die meisten übrigen Staaten. Dies nicht nur, weil bereits heute unsere Nachbarn und die USA zu den Mitgliedstaaten zählen und weil eines Tages, wie wir hoffen, alle europäischen Länder und die meisten unserer wichtigen Handelspartner dieses Gesetzgebungswerk ebenfalls übernommen haben werden. Die Bedeutung des Abkommens wird bestimmt vom Industrialisierungsgrad eines Landes und ist im übrigen umgekehrt proportional zu dessen Grösse: Je kleiner das Land,

¹ Terminologie: *englisch* «United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods» (Abkürzung, auch im deutschen Sprachbereich häufig verwendet: «CISG»); *französisch* «Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises»; *deutsch* «Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf». In der den Vereinten Nationen nicht zugehörigen Schweiz besteht kein Anlass, auf deren Urheberschaft Bezug zu nehmen; «Wiener Kaufrechtsübereinkommen» oder, noch kürzer, «Wiener Kaufrecht» bezeichnet die Sache am einfachsten.

² Vgl. die Zusammenstellung der Mitgliedstaaten per 1. 1. 1991 unten Anhang I.

um so grösser der Anteil der grenzüberschreitenden und damit vom Wiener Kaufrecht erfassten Geschäfte.

Gegenüber der Feststellung der objektiv gegebenen praktischen Bedeutung des Wiener Kaufrechts hat die Frage, ob dieses Regelwerk «vorteilhaft» sei oder nicht, bloss geringe Bedeutung. Zum vornherein soll unterstellt werden, dass jeder Vertragspartner (sei es aus Bequemlichkeit, oder weil er ein bekanntes Übel weniger fürchtet als ein unbekanntes) sein eigenes nationales Recht jedem anderen und damit auch dem Wiener Kaufrecht vorziehen wird. Der Jurist ist jedoch mit der Tatsache konfrontiert, dass die Parteien eine explizite Rechtswahl entweder im Drange der Geschäfte überhaupt unterlassen und damit das WKR oft durch Stillschweigen in Geltung bringen, oder dass in den Vertragsverhandlungen die Durchsetzung des eigenen Rechts entweder nicht möglich ist oder doch mit Konzessionen in anderen Bereichen erkauf werden müsste, was vermieden werden soll. In den Beiträgen dieser Tagung bleibt daher die Frage, ob sich die Wahl des Wiener Kaufrechts empfehle oder vielmehr dessen Wegbedingung aufdränge (und schon erst recht eine kritische Würdigung des Wiener Kaufrechts insgesamt) bewusst ausgeschaltet. Dagegen wird umgekehrt die praktisch bedeutsamere Frage aufgeworfen, welche Zusatzabsprachen im Rahmen eines im übrigen dem Wiener Kaufrecht unterstellten Vertrages zur Wahrung der eigenen Interessen sich aufdrängen.

Der vorliegende Beitrag versucht, einen Gesamtüberblick zu vermitteln, immerhin unter Ausklammerung der Pflichten der Parteien und der Auswirkungen deren Verletzung im einzelnen, was den Beiträgen der Herren *Schlechtriem*, *Wiegand* und *Weber* vorbehalten ist. Im Vordergrund steht das Grundlegende, die Frage, welchen Platz der Kauf nach Wiener Kaufrecht in der Tradition des Kaufrechts einnimmt. Es geht darum, zu zeigen, dass das Wiener Kaufrecht gegenüber einer über mehrere Jahrtausende zurückzuverfolgenden Überlieferung eine grundlegende Neufassung des Kaufrechts-Modells bringt und nicht als eine Weiterentwicklung des Bisherigen verstanden werden kann: Der Kerngehalt des Kaufs, als eines schuldrechtlichen Vertrages, d. h. das Verständnis der dadurch begründeten Verkäuferpflichten, ist von Grund auf neu konzipiert. Diese Neuschöpfung ist eine Folge der Industrialisierung, welche die unsere Jahre bestimmenden politischen Probleme schafft und selbst im Schuldrecht, einer von den Zeitläufen wenig berührten Domäne, dem Kauf als wichtigstem Vertragstypus die bisherige Grundlage auf weiten Strecken entzieht und neue Lösungen fordert. Solche sind im Wiener Kaufrecht tatsächlich auch verwirklicht: Zum ersten Mal wird die Sachqualität - früher höchstens *Accidens* im Kaufgeschäft - zu einer mit der Sachübergabepflicht auf gleicher Stufe stehenden Verkäuferpflicht erhoben, womit dem Vertragstypus eine grundlegende zusätzliche Dimension verliehen wird.

I. Die überlieferten Kaufrechtsmodelle

1. Ausgangspunkt

Grundproblem des heutigen Kaufrechts ist die Behandlung der sog. *Sachmängel*. Hier ist zu zeigen, dass in den bisher bestehenden Kaufrechtsmodellen dem (inzwischen allerdings abgeschwächten) Grundsatz nach die Sachqualität nicht Bestandteil der Pflichten des Verkäufers bildet, deren Fehlen (das Vorhandensein von Sachmängeln) daher auch nicht eine Verletzung der Verkäuferpflichten darstellt: Sofern Sachmängel als sanktionierungsbedürftig betrachtet werden, kann die Sanktionierung nicht über die Mechanismen der allgemeinen vertraglichen Nichterfüllung erfolgen, sondern muss mit Sondermechanismen erreicht werden. Im römischen Recht wie auch in der sämtliche kontinentalen Rechte bestimmenden romanistischen Tradition sind dies die auf der Ebene ädilischen Sonderrechts geschaffenen Behelfe der *Wandlung* und *Minderung* (dazu unter Ziff. 3) oder, im englischen Sprachbereich, eine als garantieähnliche Zusatzabsprache gedeutete «*warranty*» (Ziff. 4). Diese bisherige Situation ist veranlasst durch «technologischen Fatalismus», d.h. die (früher) im Normalfall als gegeben hinzunehmende Unmöglichkeit der Beeinflussung der Sachqualität (unter Ziff. 5).

2. Historischer Ausgangspunkt in «ursprünglichen» Rechtsordnungen: Kauf als sachenrechtliches Übereignungsgeschäft

a) Beginnen wir für einmal nicht bei den Römern, sondern machen einen Sprung zurück bis anderthalb Jahrtausende vor unserer Zeitrechnung. Von *Hammurabi*, dem ersten uns bekannten Gesetzgeber, sind Keilschriften überliefert, die als Normierung der *Pfandbestellung* und als Regeln über die *Bürgschaft* zu interpretieren sind. Dies deute ich so, dass der Kauf, sicher auch damals unendlich viel verbreiteter als die beiden Sicherungsgeschäfte, überhaupt nicht als schuldrechtlicher Vorgang in unserem Sinn verstanden, sondern als *sachenrechtliche Verfügung* gedeutet wurde und als solche, wie die Abwesenheit von Rechtsnormen indiziert, offenbar *unproblematisch* war. Die Probleme, und damit ein Regelungsbedarf, setzen damals anscheinend erst bei der Ausnahmesituation ein, dass ein Käufer ausnahmsweise nicht Zug um Zug bezahlt oder (wohl seltener) der Verkäufer erst später liefern soll. Erst Aufschub der einen Leistung - Kreditierung, wie wir heute sagen - schafft die Frage der Sicherstellung der aufgeschobenen Leistung und führt anscheinend dann zu ähnlichen Lösungen, wie wir sie heute als Real- bzw.

Personalsicherheit kennen. Für uns ist dieses Primitivmodell des Kaufs deshalb interessant, weil es den Kauf, mit heutigen Denkmustern qualifiziert, nicht als schuldrechtlichen Vertrag, sondern viel eher als sachenrechtlichen Vorgang und Eigentumsübertragungsakt versteht. In diesem Modell ist es selbstverständlich, dass der Kauf auf die Sachqualität in keiner Weise Bezug nimmt: Eigentumsübertragung, die an die Voraussetzungen irgendwelcher Eigenschaften der zu übertragenden Sache geknüpft wäre, ist eine wohl sachlogisch ausgeschlossene Vorstellung.

b) Ein ähnliches Bild bietet die *germanische* Tradition. Auch hier ist der Kauf (*sala*) im typischen Fall Handgeschäft, d.h. Barkauf, und als solches eher als sachenrechtliche Verfügung (Übereignung) denn als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft verstanden³. Die dem germanischen Kaufmodell nachgesagte Zurückhaltung gegenüber der Verkäufergewährleistung geht wohl weniger auf entsprechende Wertvorstellungen zurück, sondern ist vorab durch die Tatsache des Verhaftetseins des Geschäfts in sachenrechtlichen Vorstellungen bedingt, welche für eine schuldrechtliche Garantenstellung irgendwelcher Art des Verkäufers keinen geeigneten Ansatzpunkt bietet.

c) Die Annahme, dass *sala* als das germanische Kaufmodell wesensmässig auf das sachenrechtliche Übereignungsgeschäft ausgerichtet ist, findet seine Bestätigung in der *englischen Tradition*, deren *sale* heute noch diesen Ursprung erkennen lässt (dazu noch weiteres unter Ziff. 4).

3. Römisches Recht und romanistische Tradition

Auch im alten Rom ist der Kauf ursprünglich entweder *Handgeschäft* oder begründet die Pflicht zur Übergabe einer bestimmten Sache: Im Ausgangspunkt ist die Sachqualität nicht im Vertrag berücksichtigt⁴. Es gehört nun zu den grossen und unvergänglichen Leistungen der römischen Juristen, dass sie dabei nicht stehenblieben. Festgehalten wurde zwar das Grundscheema, dass Sachqualität ausserhalb der Verkäuferpflichten steht (massgeblich ist dabei wohl weniger das Verhaftetsein in sachenrechtlichen Konzepten der Eigentumsübertragung als die Tatsache, dass angesichts der fehlenden Möglichkeiten der Beeinflussung der Sachqualität - dazu noch unten Ziff. 5 - die Vorstellung der Vertrags-Nichterfüllung sich verbot). Als Sanktionen wurden gefunden

³ Vgl. etwa *Mitteis/Lieberich*, Deutsches Privatrecht, 10. Aufl. München 1990, § 50, *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, Karlsruhe 1962, S. 44. Zur vorliegenden Frage möge der Leser insbesondere berücksichtigen die in den vorliegenden Band aufgenommenen Untersuchungen von Kollegen Prof. Dr. *B. Huwiler* (S. 249-274), die bei Ausarbeitung dieser Zeilen noch nicht verwertet werden konnten, was der Schreibende bedauert.

⁴ Nicht einmal in unserem heutigen Sinn die Eigentumsverschaffungspflicht: Lediglich Eviktionshaftung, falls der Käufer in seinem Sachgenuss von einem besser Berechtigten gestört würde.

die *actio redhibitoria* bzw. die *actio quanti minoris* (genau entsprechend unserer *Wandelung* und *Minderung*). Es gilt jedoch zu beachten, dass diese Behelfe sich ursprünglich ausserhalb der ordentlichen Justiz des Prätors, d.h. im *Marktpolizeirecht der Ädile* entwickeln. Es handelt sich um selbständige zum Vertrag hinzutretende Behelfe und Sanktionsfolgen; die Konzeption, dass die Sacheigenschaft ausserhalb der Vertragspflichten des Verkäufers steht, wird nicht berührt: Sachmängel werden zwar wirksam sanktioniert (Rückgängigmachung des Geschäfts bzw. Preisreduktion), ohne dass dies aber als Folge der Verletzung von Vertrag oder Verkäuferpflicht verstanden würde.

Noch heute bestimmt die romanistische Tradition das Kaufrecht der nationalen Kodifikationen bis in Details hinein, und dies nicht etwa bloss im deutschen Sprachraum, sondern in sämtlichen «Civil Law Countries», d.h. praktisch überall, wo man nicht englisch spricht und es Kodifikationen in unserem Sinne gibt. Sacheigenschaft ist nicht Vertragsbestandteil i.S. von Leistungsgegenstand, nicht Verkäuferpflicht, nicht am Anfang der Entwicklung, aber auch nicht später und grundsätzlich bis heute eigentlich nicht.

4. Entwicklung im englischen Sprachbereich

Noch im heutigen *englischen Recht* sind die gleichen Ursprünge erkennbar, die für Mesopotamien und das germanische Recht angenommen wurden: *sale* war ursprünglich ausschliesslich und ist auch noch heute primär *sachenrechtliche* Verfügung/Eigentumsübertragung; ein Kauf bzw. ein Kauf mit aufgeschobenem Eigentumsübergang ist nicht *sale*, sondern *agreement to sell*⁵, d.h. gewissermassen ein Vorvertrag zum dinglich wirkenden Geschäft.

Sale im eigentlichen Sinn enthält keinerlei Bezugnahme auf die Sachqualität; ursprünglich gilt auch hier allein, wie im germanischen Recht, das «Augen auf - Kauf ist Kauf». Das Verständnis der *sale* als Figur des Sachenrechts und nicht des Schuldrechts ist mit aller wünschbaren Deutlichkeit erkennbar bei *Blackstone* (1723-1780). Dessen *Commentaries on the Laws of England* (4 Bände, Oxford 1765-69) behandeln die Verträge insgesamt im Zusammenhang des Sachenrechts, dem Book II («Of the Rights of Things») gewidmet ist; innerhalb des Vertragsrechts (ch. 30, p. 440-470) betrifft der Abschnitt über *sale* (Ziff. 1, p. 446-452) ausschliesslich sachenrechtliche Fragen: Grundsatz der Translativwirkung des Abschlusses des *sale*, Ausbleiben des

⁵ Sale of Goods Act, 1893, sec. 1, par. 3: «Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer the contract is called a sale; but where the transfer of the property in the goods is to take place at a future time or subject to some condition thereafter to be fulfilled the contract is called an agreement to sell. » Unter der heute geltenden Sale of Goods Act des Jahres 1979 sinngemäss gleich sec. 2, par. 4 und 5.

Eigentumserwerbs im Falle der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten (dieser Grundsatz wiederum durchbrochen im Falle des Erwerbs auf «market overt» - ähnlich der Regel von ZGB Art. 934/II) usw.; mit keinem Wort wird die Sachqualität, geschweige denn Sachmängelhaftung, angesprochen.

Dass man in der Folge nicht dabei stehenbleiben konnte, ändert nichts am Prinzip: Das sich im Verlauf des 19. Jahrhunderts entwickelnde Einstehe müssen des Verkäufers für bestimmte Eigenschaften wird als *warranty* verstanden, das ist aber eine zum dinglichen *sale* hinzutretende Garantiezusage, die ihre eigenen schuldrechtlichen Gesetzmässigkeiten hat; bei Fehlen notwendiger Eigenschaften wird «breach of warranty» angenommen: Rechtsfolge ist Schadenersatzpflicht i. S. des Einstehe müssens infolge Fehlens der zugesicherten Eigenschaften, wobei diese Haftungsgrundlage weniger als Bestandteil des *sale* als vielmehr als Konsequenz einer zu diesem hinzutretenden (ausdrücklichen oder auch konkludenten) Zusatzabsprache gedeutet wird⁶.

5. «Technologischer Fatalismus» als weiterer Bestimmungsfaktor

Die Sachqualität nicht zum Gegenstand des Kaufgeschäfts zu erheben, die Sachqualität nicht zu einer primären Vertragspflicht des Verkäufers zu machen und Sachgewährleistung, wenn überhaupt, nur im Rahmen eines gewissermassen von aussen an das Geschäft herangetragenen Accidentale zu verwirklichen, ist nicht nur durch den Ursprung des Kaufs im Sachenrecht bedingt, sondern durch die Tatsache, dass im Normalfall die Qualität der verkauften Sache von Natur gegeben ist und mit menschlichem Eingriff nicht oder bloss wenig beeinflusst werden kann. Daher ist es meist unmöglich, die Sachqualität zu einer echten Leistungspflicht zu erheben (*impossibilium nulla obligatio*), und daher auch wenig sinnvoll, den Verkäufer mit einer Haftung für Fehlen von Sacheigenschaften zu belasten: Da die Ware als solche nicht verändert werden kann, soll der Käufer sie vor Vertragsschluss auf Eignung prüfen, wenn er sie aber erwirbt, alle deren Eigenschaften «in Kauf nehmen».

Hier sprechen wir nur vom *Stückkauf* der in traditioneller Sicht den Normalfall darstellt⁷. In kleinen Verhältnissen und in Geschäften unter Anwesenden

⁶ Selbst die (u.a. eine Verbesserung des Verbraucherschutzes anstrebende) *Sale of Goods Act* des Jahres 1979 statuiert noch als allgemeinen Grundsatz die Vermutung gegen das Vorliegen einer *warranty*, damit aber im Ergebnis das Fehlen von Sachmängel-Gewährleistung: sec. 14, par. 1: «Except as provided by this section and section 15 below and subject to any other enactment, there is no implied condition or warranty about the quality or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale».

⁷ Der hier betonte Grundsatz, dass die Eigenschaften der Kaufsache nicht Bestandteil der Leistungspflichten des Verkäufers darstellen, hat zum vornherein keine Bedeutung beim Gattungskauf: Da nicht der Vertrag, sondern der den Leistungsgegenstand auswählende Verkäufer das zu leistende Objekt bestimmt, besteht für diesen Möglichkeit wie Pflicht, die Auswahl konform mit der normativen Umschreibung des Vertrages auszuwählen. Ein sachenrechtlicher Bezug fehlt beim Gattungskauf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohnehin; beiden hier für den Kauf als wesentlich betrachteten Merkmalen entzieht sich der Gattungskauf. Kein Wunder, dass von verschiedenen Autoren angenommen wird, die *emptio venditio* der Römer sei auf den Stückkauf beschränkt geblieben (so *Beckmann, E. Seckel* u. a.; vgl. die Hinweise bei *F. Haymann*, Haben die Römer den Gattungskauf gekannt? in *Jherings Jahrbuch* Bd. 79/43, 1928, S. 95ff.).

wird auch der Handel in Gattungen rechtlich zum Stückkauf: Man erwirbt ein bestimmtes Behältnis von Wein oder eine Gewichtseinheit eines besichtigten Vorrates von Getreide; da das Aussondern in Gegenwart des Käufers geschieht, muss als Kaufgegenstand die Spezies der ausgesonderten Menge gelten; Handgeschäfte sind Stückkäufe. Dazu kommt, dass bis in die jüngere Neuzeit der Kreis der dem Kauf zugänglichen Gattungen sehr begrenzt ist: In Betracht kommen nur Naturprodukte, soweit diese überhaupt präziser gattungsmässiger Beschreibung zugänglich sind; Kohle und Erdöl fehlen noch so gut wie Kartoffeln.

Es bedarf dieses Hinweises auf entschwundene Zeiten, um ins Bewusstsein zu bringen, wie sehr unsere Gegenwart sich gegenüber der Welt, in der unsere Rechtstraditionen gewachsen sind, verändert hat. Während der römische Jurist, wenn er an *emptio venditio* dachte, Pferd, Vieh oder Sklaven vor Augen hatte, ist unser heutiges Vorlesungsbeispiel die Auto-Occasion. An die Stelle der bisher (und in der Rechtsüberlieferung heute noch) die Vorstellungen des Kaufmodells bestimmenden *naturgegebenen Produkte* sind die von *menschlicher Technik geschaffenen Kaufobjekte* getreten, die anderen nicht geradezu ausschliessend, aber an Bedeutung in den Hintergrund drängend. Während bei den naturgegebenen Kaufobjekten eine Veränderung und Besserung durch Menschenhand nur in beschränktem Umfang oder überhaupt nicht möglich ist, sind der Veränderung von künstlich geschaffenen Produkten keine Grenzen gesetzt; hier ist alles bloss eine Kostenfrage.

6. Technologische Entwicklung überwindet den Typus des Gattungskaufs

In der kontinentalen Tradition wird bisher die Einteilung der Käufe in Stückkäufe und Gattungskäufe als umfassende Einteilung und kontradiktorischer Gegensatz verstanden. Die hier gezeigte Veränderung infolge technischer Entwicklung bezieht sich auf den Stückkauf, im traditionellen Verständnis der Normalfall, auf den die rechtliche Regelung ausgerichtet ist. Aber selbst die Variante des Gattungskaufs wird durch die moderne Technik von Grund auf verändert: Während früher fast nur die Natur Gegenstände gattungsweise hervorbrachte, hat der Mensch mindestens seit der Erfindung des Fließbandes mit der serien- und gattungsmässigen Herstellung von Industrieprodukten

eine neue Situation geschaffen: obwohl die elementaren Bedürfnisse immer noch vorab von Naturprodukten gedeckt werden, dürften für den Juristen die Artefakte die Naturprodukte an Bedeutung weit hinter sich gelassen haben, da Auseinandersetzung der Parteien hier weit eher zu erwarten ist. Die moderne industrielle Massenproduktion hat den früheren geschlossenen Kreis gattungsmässig bestehender Naturprodukte ins Grenzenlose ausgeweitet: Die Zahl serienmässig hergestellter Industrieprodukte könnte nur mit astronomischen Zahlen beschrieben werden. - Indes hat die Technisierung nicht bloss den Kreis handelbarer Gattungen ausgeweitet und damit dem Gattungskauf gegenüber früher neue Gefilde eröffnet; blickt man näher hin, hat sie den Gattungskauf in seiner Bedeutung relativiert, in bestimmten Bereichen als juristische Kategorie überflüssig gemacht. Das Merkmal des Gattungskaufs besteht darin, dass die zu liefernde Sache nicht wie beim Stückkauf durch Verweisung auf eine definierte, real von der übrigen Umwelt abgegrenzte Einheit bestimmt wird, sondern durch Verweisung auf eine bestimmte, zum vornherein und unabhängig vom Vertrag bestehende Gattung von Waren, aus der ein bestimmtes Quantum zu liefern ist. Der Typus des Gattungskaufes wird erst möglich infolge des Bestehens einer Gattung, deren bekannte Eigenschaften die vertragliche, d.h. normative Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch Verweisung auf diese Gattungseigenschaften zulässt. Die moderne Technik schafft nun aber nicht bloss neue Gattungen in Gestalt industrieller Massenprodukte, sondern impliziert die Unterscheidung des Planens vom Ausführen, was durch Verweisung auf die Planung den normativen (vertraglichen) Beschrieb eines erst herzustellenden Kaufobjektes ermöglicht. Das Merkmal der Vielzahl von Exemplaren, wie er im Gattungsbegriff enthalten ist, verliert seine Bedeutung; werden technisch gefertigte Produkte zum Gegenstand eines Kaufs gemacht, spielt es keine Rolle, ob diese als Unikate oder als Serienprodukte hergestellt werden⁸.

Es erweist sich, dass die in alter Tradition stehende Vorstellung des Gattungskaufs mit seiner Umschreibung des Leistungsgegenstandes durch Verweisung auf eine Gattung ebenfalls (wie das oben genannte Ausklammern der Qualität des Kaufobjektes) durch das Fehlen technischer Machbarkeit bedingt ist: Nur die Natur ist in der Lage, Gattungen zu schaffen, die ihrerseits eine definierte Qualität haben, auf die zu verweisen die vertraglich-normative Umschreibung des vom Verkäufer zu liefernden Gegenstandes erlaubt. Sobald industrielle Produkte zum Vertragsgegenstand werden, können diese ihrerseits ohne Bezugnahme auf einen Gattungsbegriff beschrieben werden; die Vorstellung des Gattungskaufes erweist sich als zu eng. Das ist im englischen Sprachbereich früher als bei uns erkannt worden: Man spricht hier seit

⁸ In jedem Fall ist ein technischer Beschrieb des zu liefernden Objektes notwendig; im Falle serienmässiger Produktion (und damit des Bestehens einer Gattung) besteht lediglich die Besonderheit, dass dieser technische Beschrieb durch Verweisung auf ein Muster erfolgen kann.

langem von *sale by description*⁹, der gleichermassen die (wohl ursprünglich auch hier im Vordergrund stehenden) Gattungskäufe in unserem Verständnis erfasst wie auch die Verkäufe industriell gefertigter Produkte. Der englische Jurist, obwohl Abstraktionen traditionell abhold, hat sich hier seit langem auf den wesentlichen Punkt konzentriert, auf den es im Grunde ankommt und der sowohl Gattungskäufe in traditionellem Sinne wie Verkäufe «nach technischem Beschrieb» umfasst: die Tatsache der vertraglich-normativen Bestimmung des Kaufobjekts, das der Bestimmung des Vertragsinhalts durch Individualisierung des Kaufobjekts i.S. unseres Stückkaufs als Sonderfall gegenübertritt.

II. Grundelemente des Kaufs nach Wiener Kaufrecht

1. Negativumschreibung

Die obigen historischen Hinweise hatten allein den Zweck, die im folgenden zu skizzierenden Grundelemente des Wiener Kaufrechts als Neuerungen und Veränderungen gegenüber dem Bisherigen sichtbar zu machen. Das Wiener Kaufrecht, voll der heutigen, durch Technik und Industrialisierung bestimmten Lage Rechnung tragend und im übrigen richtigerweise primär auf den Handel mit industriell gefertigten Produkten ausgerichtet, muss in folgenden Punkten von jahrtausendealter Tradition abgehen:

a) Der *Stückkauf* traditionell als Kauf schlechthin verstanden und die nationalen Kaufrechts-Gesetzgebungen bestimmend, tritt völlig zurück; das massgebliche Modell ist der Kauf mit «normativer» Beschreibung der geschuldeten Sache und deren Qualitäten (Bestimmung des Kaufgegenstandes «by description»), während es Mühe bereitet, im Text und System des Wiener Kaufrechts den Stückkauf im traditionellen Sinn überhaupt noch als miterfasst zu erkennen^{10, 11}. Der traditionelle Stückkauf (Verkauf technisch nicht beeinflussbarer Unikate) existiert zwar immer noch, ist aber im Rahmen des Wiener Kaufrechts sogut wie bedeutungslos: Mögliche Kaufobjekte sind Antiquitäten und Kunstgegenstände, Rennpferde usw. Selbst bei «technisch beeinflussbaren» Kaufgegenständen sind nicht leicht Beispiele zu finden;

⁹ «Sale by description» als Marginale zu Art. 13 sowohl der Sale of Goods Act des Jahres 1979 wie auch bereits derjenigen des Jahres 1893.

¹⁰ Was nicht erstaunen darf und vorbehaltlos als sachgerecht anerkannt werden muss, bereitet es doch heutzutage Schwierigkeiten, im Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts sich Beispiele von Stückkäufen von einiger praktischer Bedeutung auszudenken (dazu auch das Folgende).

¹¹ Legislatorsische Kernpunkte der hier diskutierten Frage sind die Abschnitte I und II der Verkäuferpflichten (Art. 31-44), die wiederum in die Normierung der Lieferpflicht (Abschnitt I) und Vertragsmässigkeit der Ware (Abschnitt II) zerfallen. Der ganze Abschnitt betr. «Vertragsmässigkeit», von zentraler Bedeutung im Rahmen des Wiener Kaufrechts, hat nur eine Funktion bei «normativer Bestimmung» des Kaufobjektes i.S. eines «sale by description» (d. h. im traditionellen Sinne beim Gattungskauf), ist dagegen gegenstandslos beim Stückkauf, wenn dieser im «orthodoxen» Sinn verstanden wird: Hier beschränkt sich die Verkäuferpflicht auf Wahrung der Identität zwischen Kauf- und Lieferobjekt.

neu hergestellte Objekte werden in der Regel «nach Beschrieb» bestellt, nicht i.S. von Stückkauf ein individualisiertes Objekt zum Vertragsgegenstand erhoben. Der Verkauf von «Occasionen», d.h. bereits gebrauchter Objekte, die als Unikat gelten dürfen und damit Gegenstand des Stückkaufs sind, dürfte im Geltungsbereich des WKR nicht häufig sein.

b) Die Sacheigenschaften der zu liefernden Sache sind nicht mehr unbeeinflussbar, sondern werden als machbar vorgestellt und sind daher vom Verkäufer zu vertreten. Dies gilt nach WKR grundsätzlich auch für den (ohnehin bloss Ausnahmefall darstellenden) Stückkauf.

c) Der Gattungskauf im traditionellen Verständnis der kontinentalen Rechtsordnungen verliert seine eigenständige Bedeutung und geht auf in umfassenderen Typus des Kaufs, der die zu liefernde Sache durch Beschreibung der Eigenschaften, die ihr nach Vertrag zukommen müssen, bestimmt.

2. Grundlegende Neuerung des Wiener Kaufrechts: Sachqualität als Bestandteil der prinzipalen Leistungspflicht des Verkäufers

Die geschilderten technologischen Entwicklungen machen es möglich, dass die Eigenschaften der zu liefernden Sache (die Sachqualität, oder die Abwesenheit von Sachmängeln im traditionellen Sinn) - in dieser Grundsätzlichkeit erstmals in der Rechtsgeschichte - zum Gegenstand der Leistungspflicht des Verkäufers gemacht werden und auf der gleichen Stufe stehen wie die Lieferung der Sache selber: Die Eigenschaften der Sache sind gleichermassen geschuldet wie deren Übergabe, Fehlen dieser Eigenschaften («Sachmängel», «Schlechtlieferung») sind dem Grundsatz nach der Nichtlieferung gleichgestellt¹².

Der Grundsatz der Erhebung der Sachqualität zu einer primären vertraglichen Leistungspflicht des Verkäufers wird in Kapitel II («Pflichten des Verkäufers») des Teils II des Wiener Kaufrechts (Titel «Warenkauf», Art. 25-88, d.h. dem Sitz des materiellen Kaufrechts schlechthin) zum Ausdruck gebracht.

¹² Zur Veranschaulichung: Beim traditionellen Kauf (Stückkauf) mögen zahlreiche Autoren ebenfalls von «Pflicht» des Verkäufers bezüglich Sachqualität sprechen. Aber der Begriff «Pflicht» ist vieldeutig, in seiner Bedeutung nur an den Sanktionen der Pflichtverletzung zu erkennen. «Pflichtverletzung» (d.h. Vorliegen von Sachmängeln) erlaubt nicht, die Leistungspflicht als nicht erfüllt zu betrachten: Der Kaufpreis ist, da Erfüllung vorliegt, grundsätzlich geschuldet, mögen auch die Kaufrechtsbehelfe (Wandelung/Minderung) oder gar - systemwidrig - Schadenersatz i.S. von OR Art. 97 wegen Schlechterfüllung zuerkannt werden.

Zwar ist die Einleitungsnorm des Art. 30 («... verpflichtet, die Ware zu liefern ... und das Eigentum an der Ware zu übertragen») hier noch nicht explizit. Auch die Festschreibung der Sachqualität als Verkäuferpflicht in Art. 35/I will als solche noch nichts besagen, da im Rahmen der bisherigen Konzeption die (missverständliche) Formel der Sachqualität als Verkäuferpflicht (im Hinblick auf die Behelfe Wandelung und Minderung, evtl. Schadenersatz) ebenfalls Verwendung findet. Die Gleichstellung von Lieferpflicht einerseits und der Gewährspflicht für Sachqualität wird erst deutlich in der Umschreibung der Sanktionen im Abschnitt III («Rechte des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer», Art- 45-52), wo für die Sachmängel keinerlei Sondernormen statuiert werden, diese vielmehr in den bei vertraglicher Nichterfüllung schlechthin zur Verfügung stehenden Sanktionsfolgen aufgehen¹³.

Die einzige innerhalb der Voraussetzungen von Sanktionsfolgen getroffene Differenzierung bezieht sich auf die Unterscheidung zwischen «wesentlichen» und sonstigen Vertragsverletzungen. Diese Grenzziehung verläuft wohl mitten durch die Mängel der gelieferten Sache hindurch, indem nur solche von einer gewissen Bedeutung die Aufhebung des Vertrages erlauben, so gut wie sonstige Nichtbeachtung von vereinbarten Liefermodalitäten nur im Falle von «Wesentlichkeit» dieses Vorgehen gestattet. Lediglich im Zusammenhang des Erfordernisses der Mängelrüge (Art. 38 und 39; dazu auch unten Ziff. III/3c) kann man eine Sonderbehandlung der Sachmängel erkennen.

Die Erhebung der Sachqualität zu einer Leistungspflicht und die Deutung von Sachmängeln als Nichterfüllungstatbestand ist die grundlegende Neuerung des Wiener Kaufrechts, die den Kauf als Vertragstypus bis in dessen Fundamente hinein verändert; die Umschreibung der Pflicht der die charakteristische Leistung erbringenden Vertragspartei ist die zentrale rechtliche Entscheidung, die schlechthin das Wesen des in Frage stehenden Vertragstypus ausmacht. Diese m.E. von der bisherigen Literatur nicht in ihrer vollen Tragweite gewürdigte neue Konzeption des Kaufs wurde möglich und notwendig allein durch die grundlegend *veränderte technologische Basis*, auf der sich der Warenaustausch in unserer Industriegesellschaft abspielt, und die in den wesentlichen Punkten vom jahrtausendelang Gewohnten von Grund auf abweicht.

¹³ Art. 45/I: «Erfüllt der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen nicht, so kann der Käufer ...» (folgt die Nennung aller überhaupt zur Verfügung gestellten Sanktionsbehelfe).

3. Gegenstandslosigkeit des Typus des Gattungskaufes; Ausweitung des Kaufs hin zum Werkvertrag

Die Integrierung der Eigenschaften der verkauften Sache in die vertraglichen Pflichten des Verkäufers (diese als Leistungspflichten bzw. vertragliche Hauptpflichten verstanden) hat die Konsequenz, dass einerseits die traditionelle Figur des *Gattungskaufs* ihre selbständige Bedeutung einbüsst und im allgemeinen Vertragsbegriff aufgeht. Umgekehrt öffnet sich das Wiener Kaufrecht-Vertragsmodell gegenüber dem *Werkvertrag*, mit dem der Kauf in gewissem Sinne verschmolzen wird.

Der *Gattungskauf* ist gegenüber dem Normalfall des Kaufs (d.h. dem Stückkauf) dadurch gekennzeichnet, dass nicht das zu liefernde Objekt als solches im Vertrag körperlich bestimmt und individualisiert, sondern normativ umschrieben wird durch Verweisung auf eine als bekannt vorausgesetzte (vertraglich im einzelnen zu präzisierende) Sachgattung. Während in einer vorindustriellen Ära die normative Umschreibung des Kaufgegenstandes die von Natur vorgegebenen Produkte-Gattungen voraussetzte, auf die bei der Formulierung der vertraglichen Soll-Beschaffenheit verwiesen werden konnte, schafft die moderne Technik nicht bloss eine Vielzahl von Produkten, die infolge ihrer serienmässigen Herstellung ihrerseits Gattungen konstituieren, sondern die technischen Produkte lassen sich überhaupt, unerachtet der Herstellung in Mehrzahl oder Einzahl, in ihrem Sollbestand genau beschreiben und definieren. Ob die vertragliche Soll-Qualität sich auf eine von Natur geschaffene Gattung oder aber auf ein (als Einzelstück oder in Vielzahl zu lieferndes) Kunstprodukt bezieht, macht grundsätzlich keinen Unterschied; die Tatsache, dass im einen Fall (bei Naturprodukten oder bei von Dritten in Serie hergestellten Industrieprodukten) der Verkäufer auf die Herstellung der Ware und damit das Vorhandensein der Soll-Eigenschaften keinen direkten Einfluss hat, somit die Verkäuferpflicht sich praktisch auf die gehörige Auswahl des zu beschaffenden Leistungsgegenstandes reduziert, während in anderen Fällen (der Herstellung der verkauften Objekte im eigenen Verantwortungsbereich) die gehörige Herstellung des Kaufgegenstandes als Pflicht des Verkäufers betrachtet wird, ist grundsätzlich unerheblich. Damit deckt der Begriff des Gattungskaufs keinen eigenständigen Problem- bzw. Regelungsbereich mehr ab und kann nur noch zur Erfassung von Sonderproblemen (etwa im Falle einer «begrenzten Gattungsschuld», «Vorratsschuld» o.dgl.) dienen.

Mit der hier beschriebenen Neufassung der Leistungspflicht des Verkäufers, die im Ergebnis auf die Bewirkung eines bestimmten *Erfolges* zielt (den Käufer in den Besitz einer Sache mit bestimmten Eigenschaften zu setzen), ist der Unterschied zum und die Abgrenzung gegenüber dem *Werkvertrag* im Kernbereich aufgehoben und auf eher zufällige (nicht immer in der Definition

der Vertragspflicht sich niederschlagende) Elemente reduziert. Die Hauptpflicht des Werkunternehmers, wie jene des Verkäufers unter Wiener Kaufrecht, geht auf die *Bewirkung eines Erfolges*. In beiden Fällen ist dieser Erfolg grundsätzlich auf ein sachliches Substrat bezogen. Zwar trifft es zu, dass der Werkvertrag im ursprünglichen Sinn eine Erfolgsbewirkung im *Eigentumsbereich des Bestellers* zum Gegenstand hat: Es ist der *locator* («Besteller»), der die zu reinigende Toga oder den zu einem Kleid zu verarbeitenden Stoff «stellt», während der *conductor* das ihm Übergebene be- oder verarbeiten soll, in der Folgezeit wird vor allem bedeutsam der Bauunternehmer, dessen auf dem Grund des Bestellers zu errichtendes Gebäude infolge des Akzessionsprinzips zum vornherein in dessen Eigentum entsteht. Bei diesem traditionellen Typus des Werkvertrages entfällt das Element der Eigentumsübertragung. Indessen werden seit langem auch Verträge, bei denen das zur Herstellung des Werks benötigte Material vom Unternehmer gestellt wird, den Werkverträgen zugeordnet (vgl. OR Art. 365/I), ohne dass im übrigen der oft als «Werklieferungsvertrag» bezeichnete Typus in den Grundzügen vom Werkvertrag im traditionellen Sinn abweichen würde; zu den «normalen» Elementen des Werkvertrages tritt lediglich die Übereignungspflicht des Unternehmers sowie dessen Haftung (analog jener des Verkäufers) im Falle der Mangelhaftigkeit des Stoffes hinzu¹⁴.

Ein zusätzlicher Unterschied könnte noch im Umstand erkannt werden, dass der Werkvertrag, entgegen obiger Annahme, nicht immer notwendig sachbezogen ist, d.h. eine Gruppe von Werkverträgen existiert, die dieses - für den Kauf natürlich konstitutive Element - nicht aufweist. Dieser Unterschied besteht tatsächlich, wird aber in seiner Bedeutung durch die Feststellung relativiert, dass diese Ausweitung des Werkvertragsbegriffes auf «Erfolgsverträge schlechthin» erst das Ergebnis einer jüngeren Entwicklung ist: Da in der romanistischen Tradition keine anderen Erfolgsverträge überliefert sind, das Erfolgselement jedoch mit Fortentwicklung der Technik an Bedeutung gewinnt, werden dann auch Erfolgsverträge ohne dauerndes körperliches Substrat hier eingeordnet: ein Gebäude zu heizen, ein Theater- oder Filmspektakel zu veranstalten¹⁵.

Wenn wir von diesen - unter dem Gesichtspunkt der Pflichten des die charakteristische Leistung erbringenden Partners - bloss sekundären Unterschieden absehen, ergibt sich eine weitgehende Übereinstimmung des WKR-Kaufs und des traditionellen Werkvertrages. Es ist daher nur folgerichtig, dass das Wiener Kaufrecht seinen Anwendungsbereich auf die (in vorgenanntem Sinn thematisch eingeschränkten) Werkverträge i.S. der Werklieferungsverträge ausdehnt: Unter den Begriff des Kaufs i.S. des Wiener Kaufrechts

¹⁴ BGB § 651/I; in OR Art. 365/I wird zwar die Verkäuferhaftung normiert, die Übereignungspflicht jedoch nicht explizit statuiert; schon die Ablieferungspflicht bleibt unausgesprochen!

¹⁵ Vgl. z.B. BGE 70 II 34, 80 II 218 usw.

fallen auch Verträge, in deren Rahmen der Verkäufer die zu liefernde Sache erst herzustellen hat (WKR Art. 3/I). Die Bedeutung dieser Erweiterung liegt darin, dass sie auch die Bereitstellung von Maschinen, Anlagen u.dgl. erfasst, die ganz nach den Bedürfnissen des Erwerbers konstruiert, evtl. auch in dessen Bereich montiert werden¹⁶. Mit dieser Grundsatzentscheidung werden die Probleme der Abgrenzung der Werklieferungsverträge gegenüber den Kaufverträgen¹⁷ gegenstandslos. Zwangsläufig wird damit die traditionelle Problematik der Grenzziehung zwischen Werkvertrag einerseits, Arbeitsleistungsverträgen andererseits zu einem kaufrechtlichen Problem, dem Art. 3/II gewidmet ist: Es dürfen die «an Ort» zu erbringenden Montage-, Anpassungs-, Instruktionen- und sonstigen Arbeitsleistungen nicht einen überwiegenden Teil der Leistungspflichten ausmachen, damit der Kaufcharakter i.S. des Wiener Kaufrechts und damit dessen Anwendbarkeit gewahrt bleibt.

III. Materielles Kaufrecht: Gegenüberstellung Wiener Kaufrecht und Obligationenrecht in ihren Einzelanordnungen

1. «Definition» des Kaufvertrages und der Vertragspflichten

Gesetzgeber sind Definitionen mit gutem Grund abhold. Im OR (wie im BGB) hilft man sich, bei der Abgrenzung des zu behandelnden Typus durch die Beschreibung der durch den Vertrag begründeten Pflichten der Parteien (OR 184/I, BGB § 433/I, II). Im WKR findet sich keine Umschreibung unter den «Allgemeinen Bestimmungen»; da Käufer- und Verkäuferpflichten systematisch getrennt werden (Pflichten des Verkäufers 30-52; des Käufers 53-65), wird auch diese «indirekte Definition» zwangsläufig aufgespalten; so die Art. 30 und 53.

WKR Art. 30 deckt sich mit *OR 184/I*: Pflicht zur Übergabe und zur Eigentumsverschaffung, wobei als Ergänzung «Übergabe der sie betreffenden Dokumente» beigefügt wird. Diese Präzisierung bringt indes nichts grundlegend Neues: Soweit Wertpapiere bestehen, ist deren Übergabe hinsichtlich der faktischen Verfügungsmacht (Übergabe) oder/und hinsichtlich Eigentumsverschaffung

¹⁶ Sogar Montage am Ort einschliesslich der Verankerung im Grund (mit welchen der «Kaufgegenstand» den Charakter als bewegliche Sache einbüsst), schliesst den Kaufcharakter i.S. des WKR nicht aus.

¹⁷ Solche stellen traditionell sich regelmässig bei den sog. Werklieferungsverträgen, in denen eine mehr oder weniger auf die Bedürfnisse des Erwerbers ausgerichtete Ware herzustellen und zu liefern ist, jedoch das Geschäft in der Sicht der Parteien weitgehend nach kaufrechtlichen Mechanismen verstanden wird.

notwendig und deshalb bereits Bestandteil der allgemeinen Verkäuferpflichten. Lediglich für ausserhalb dieses Bereichs wirksame Papiere (Versicherungsdokumente, Qualitätszertifikate o.dgl.) werden hier Nebenpflichten explizit formuliert. In Art. 34 wird sodann eine etwas «betuliche» Präzisierung betreffend Dokumente beigefügt, die ebenfalls wohl nur ohnehin Geltendes zu formulieren versucht. Mit Bezugnahme auf Dokumente wollte das WKR auf zwar jahrhundertealte, aber in heutiger Bedeutung doch moderne Mechanismen Bezug nehmen. «Modernität» impliziert Gefahr rascher Alterung: Die dokumentenlose elektronische Datenerfassung und -übermittlung, die in Ansätzen seit ganz kurzem sichtbar wird, mag in wenigen Jahrzehnten im Warenaustausch so weit fortgeschritten sein, dass diese dokumentenbezogenen Regeln vielleicht nostalgische Gefühle erwecken werden.

Die Abnahmepflicht des Käufers ist bereits in der Schweiz umstritten (OR Art. 211 erwähnt eine solche, OR 184/I dagegen nicht); WKR bringt in Art. 60 m.E. keine Klärung: Auch hier wird gelten, dass Abnahmepflicht nicht auf gleich hoher Stufe steht wie die Pflicht zu zahlen, ob und wenn ja in welchem Sinne eine Käuferpflicht zur Abnahme besteht, bestimmt sich nach Vertrag bzw. den Interessen des Verkäufers. Nur in Ausnahmefällen wird bei Nicht-Abnahme - unerachtet erfolgter Bezahlung - eine «wesentliche Vertragsverletzung» i.S. Art. 64/I/a angenommen werden und der Verkäufer «Aufhebung des Vertrages» erklären können¹⁸.

2. Modalitäten der Lieferung und des Leistungsaustausches

Fälligkeit der Preiszahlung: WKR 58 begründet, ähnlich wie OR 82, eine Vermutung für Zug-um-Zug-Leistung (allerdings mit der zusätzlichen Vermutung, dass bereits der Fixierung eines bestimmten Zahlungstermins ein vertraglicher Verzicht auf Zug-um-Zug-Austausch zu entnehmen sei); im übrigen wird das Prinzip auf Sonderfälle abgewandelt.

Eigentumsverschaffungspflicht: Nicht mit einem Wort wird auf sie Bezug genommen: Die Frage, ob der Käufer auch Eigentümer der empfangenen Ware geworden ist, darf nicht ins Spiel gebracht werden; die den Gegenanspruch auslösende Verkäuferleistung ist allein die faktische Sachübergabe bzw. sind deren Surrogate. Die (kontinentale bzw. romanistische Kaufrechtstradition verkörpernde) Ausschaltung der Eigentumsverschaffung innerhalb der primären Leistungspflichten des Verkäufers wird zugunsten des Käufers auf der Ebene der Rechtsmängel durch eine Verschärfung kompensiert: Vgl. unten Ziff. 5.

¹⁸ Vgl. auch Hager, Komm. *Schlechtriem* Art. 64 N. 6, der ebenfalls nur für Ausnahmefälle eine Abnahmepflicht annimmt.

Ort des Leistungsaustausches (Erfüllungsort): Eine generelle Regel wie jene von OR 74 fehlt; aus WKR 31, lit. b lässt sich für Stückschulden oder Vorratsschulden wohl dieselbe Regel wie jene von OR 74/II/3 entnehmen: Erfüllungsort ist der *Lageort bei Vertragsschluss*. In den übrigen Fällen gilt *Verkäuferdomizil*; WKR Art. 31, lit. c, analog OR Art. 74/II/Ziff. 3. Den Parteien steht es frei, den Erfüllungsort vertraglich zu bestimmen. Ein dahingehender Parteiwille soll allerdings nur mit Vorsicht angenommen werden; zu beachten ist insbesondere, dass die Vereinbarung von Lieferklauseln (CIF, FOB usw.) zwar (neben der Kostentragung) Übergang der Preisgefahr normieren, jedoch nicht den Erfüllungsort festlegen (der den Übergang der Leistungsgefahr bestimmt; vgl. dazu auch unten Ziff. VI/1 und Anm. 32).

Hier wird sichtbar die (praktisch gerechtfertigte) Ausrichtung des WKR auf den *Versendungskauf* (der im OR nicht geregelt, sondern in Art. 185/II - im Rahmen der Gefahrtragungsregel - als bekannt vorausgesetzt wird): 31/lit. a, 32 und 34.

Erfüllungszeit: OR Art. 75 stellt eine Vermutung für *sofortige Fälligkeit* bei Vertragsschluss auf, die Regel von 33/lit. c «innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsabschluss» ist realistischer (aber aufgrund der Umstände auch nach OR geltend). Lit. a und b enthalten Selbstverständlichkeiten.

3. Gewährleistung: Sachmängel

a) Sachmängelbegriff

Wie im OR wird eine Unterscheidung getroffen zwischen Rechts- und Sachmängeln, jedoch wird - im Gegensatz zu OR und BGB wie auch zum franz. CC - die Sachmängelhaftung vorangestellt (für Sachmängel Art. 35-40; Rechtsmängel Art. 41-44); unser Gesetz spiegelt noch die romanistische Tradition, wo angesichts fehlenden Gutgläubensschutzes bei anvertrauten Sachen und «*probatio diabolica*» die Rechtsmängelhaftung eine viel grössere Rolle spielte als heute.

Das WKR umschreibt nicht die *Sachmängel*, sondern umgekehrt (positiv) die *geforderte Sachqualität* Art. 35/II/a: «Wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird.» (Die Formulierung erinnert an die «Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche» von OR 197/I, welche Vorschrift, wie BGB § 459/I, auf Dresd.E. Art. 172 zurückgeht, der seinerseits auf dem *französischen CC art. 1641* beruht («Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ...»)).

b) Massgeblicher Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Gemäss Art. 36 sind Sachmängel («Vertragswidrigkeit») der Ware festzustellen bezogen auf den *Zeitpunkt des Gefahrübergangs* (Art. 66-70, unten Ziff. VI).

c) Prüfungs- und Rügepflicht; Art. 38 und 39/I

Die Prüfungs- und Rügepflicht, uns aus OR Art. 201 wohl bekannt, wird hier in Art. 38 und 39, Absatz I, je gesondert behandelt. Art und Umfang der *Prüfung* (Art. 38) werden (wie im OR) nicht umschrieben. Die Ware ist zu prüfen «innerhalb einer so kurzen Frist, wie es die Umstände erlauben». Sofern der Transport in den Vertrag einbezogen ist, darf die Untersuchung bis zum Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden. Im Falle des direkten Weiterverkaufs (der vom Verkäufer als Möglichkeit vorausgesehen werden muss) ist die Prüfung auch erst beim Endabnehmer erlaubt.

Die *Rüge* (Art. 39) soll erfolgen «innerhalb einer angemessenen Frist» seit Kenntnis. Zwischen anfänglichen feststellbaren (offenen oder verdeckten) und später zum Vorschein kommenden Mängeln wird nicht unterschieden.

d) Relativierung der Sanktionen versäumter Rüge (Art. 40, 44)

aa) Art. 40: Bezüglich Mängeln, die der *Verkäufer* gekannt hat (hätte kennen müssen), gibt es keine Sanktionen für eine unterlassene Rüge. Vorbild ist die Regelung in HGB 377/IV. Damit entfällt wohl ein erheblicher Teil aller Verwirkungstatbestände, denn was der Käufer bei üblicher Prüfung an Mängeln feststellen kann, kennt der Verkäufer zum vornherein, oder müsste es wenigstens kennen. Es wird damit das Vorbild von HGB § 377/IV («arglistig verschwiegener Mangel») in zugunsten des Käufers abgeschwächter Form übernommen (während nach OR Art. 203 dem Käufer sein Rügeversäumnis nur geradezu im Fall «absichtlicher Täuschung» nicht schadet).

bb) Art. 44: Über das Gesagte hinaus gibt diese Bestimmung auch im Falle versäumter Rüge wenigstens reduzierten Schutz (Schadenersatz auf negatives Interesse oder Preisminderung, wenn auch keine Vertragsaufhebung bzw. Wandelung), falls der Käufer «eine vernünftige Entschuldigung dafür hat, dass er die erforderliche Anzeige unterlassen hat».

4. Beschränkung der Gewährspflicht auf 2 Jahre (Art. 39, Absatz II)

Nichts mit der Frage der gebührenden Promptheit der Rüge nach Entdeckung zu tun hat die Regel von Art. 39, Absatz II. Was nicht binnen 2 Jahren

gerügt ist, kann überhaupt nicht geltend gemacht werden. Diese Regel ist uns von OR Art. 210/I her bekannt, nur ist die Frist gegenüber OR verdoppelt (vervierfacht gegenüber ABGB und BGB, wo je eine 6-Monate-Frist gilt). Durch die Regel von Art. 39/II wird - anders als mit der Verwirrung stiftenden Vermischung beider Fragen in OR Art. 210 - die Frage der *Verjährung* der Gewährleistungsansprüche *nicht* berührt, vgl. dazu unten Ziff. VII/6.

5. Gewährleistung: Rechtsmängel (Art. 41-43)

Der Aufbau von Art. 41ff. zeigt, dass der Kaufpreis mit faktischer Sachübergabe fällig wird, mangelnde Eigentumsverschaffung dem Käufer gegenüber der Kaufpreisforderung keine Einrede gibt. Im Ergebnis wird die Pflicht des Verkäufers auf eine reine *Eviktionshaftung* guten römischrechtlichen Ursprungs reduziert, die auch dem franz. CC und dem OR zugrunde liegt (im BGB allerdings abgeschwächt erscheint und in einzelnen neueren Lehrmeinungen durch Aufwertung der Eigentumsverschaffung und deren Gleichstellung mit der faktischen Sachübergabe völlig aus den Angeln gehoben wird): Wie auch immer die Eigentumsfrage zu beurteilen ist, der Verkäufer haftet dann und nur dann, wenn der Käufer wegen des Rechtsmangels Angriffe erleidet. Auch hier jedoch findet sekundär eine Anpassung an neue Gegebenheiten statt: Es ist der Käufer nicht nur geschützt im Falle des Bestehens besserer *dinglicher* Rechte Dritter, sondern auch bei solchen auf der Ebene der Immaterialgüterrechte. Diesen Ansprüchen aus «gewerblichem oder anderem geistigen Eigentum» ist eine Sonderregel (Art. 42) gewidmet. Einzelne Autoren wollen diesen Schutz auf beliebige, insbesondere auch *rein schuldrechtliche Ansprüche ausdehnen* und einen Gewährleistungstatbestand selbst im Falle von unbegründeten Ansprüchen Dritter annehmen¹⁹; nach einigen soll dies wiederum nicht gelten bei «offensichtlicher» Unhaltbarkeit, «Frivolität» der vom Ansprecher geltend gemachten Rechtspositionen. Ich glaube, dass hier Vorsicht am Platze ist:

Das Postulat, auch «*obligatorische*» Ansprüche einzubeziehen, ist m.E. gehaltlos. Sollte aus Mietvertrag ein Anspruch auf Mietbesitz bestehen, kann die Sache gar nicht geliefert werden, so dass keine Erfüllung vorliegt, Rechtsgewährleistung gar nicht zum Zuge kommt. Sollten aber, etwa aufgrund einer englischen «lease», Ansprüche Dritter (aus deren Vertrag mit dem Verkäufer) durchgesetzt werden, liegen in kontinentaler Diktion keine obligatorischen, sondern eben dingliche Rechte vor. Das gleiche gilt, wenn nach dem für den Anspruch des Dritten massgeblichen nationalen Recht etwa im Falle eines Doppelverkaufs der Erstkäufer die Sache vom Zweitkäufer herausfordern

¹⁹ Vgl. *Schwenzer* in Komm. *Schlechtriem*, Art. 41 N. 3ff., mit Nachweisen.

könnte; wenn diese Regel tatsächlich irgendwo bestünde und gegenüber dem Käufer durchgesetzt werden könnte, wäre dieser natürlich schadlos zu halten, wobei dieser (hierzulande schwer vorstellbare, dem Schreibenden nicht gut scheinende) Anspruch nicht mehr als obligatorischer, sondern ebenfalls als dinglicher zu bezeichnen wäre.

Die These der Verkäufergewährleistung im Falle ungerechtfertigter Ansprüche Dritter hat im Gesetzestext keine Basis, denn «Rechte und Ansprüche» Dritter sind, in juristisch-technischer Diktion, immer *begründete* Ansprüche. Immerhin würde ich der These insofern und (nur) dann zustimmen, wenn die Drittansprüche vom Verkäufer vorausgesehen werden konnten oder diese aus «seinem Bereich» stammen, also von seinem Geschäftspartner o.dgl. erhoben werden. Undenkbar, da ohne jede innere Rechtfertigung ist die These aber dann, wenn der Drittsprecher keinerlei Beziehung zu den Parteien hat, sein Auftreten ein rein zufälliges Ereignis ist. Indiskutabel wird die Regel dann, wenn sie auf den Fall angewendet wird, dass der Drittsprecher aus der Sphäre des Käufers stammt, also wenn z.B. dessen Konkurrent oder in Zerwürfnis geratene Vertragspartner den Käufer behelligen.

6. Behelfe des Käufers bei Vertragsverletzung des Verkäufers (WKR Art. 45-52)

Die Rechte des Käufers sind naturgemäss in gewissem Sinne die spiegelbildliche Umkehrung der Pflichten des Verkäufers, wenn auch mit der Besonderheit, dass nicht der Normalfall (d.h. die Erfüllungsansprüche), sondern vielmehr umgekehrt die Sanktionsfolgen (Sekundäransprüche im Falle nicht richtiger Erfüllung der käuferischen Primäransprüche) in Frage stehen. Die Behandlung im einzelnen sei meinen Mitreferenten *Schlechtriem* und *Wiegand* überlassen; hier lediglich der Hinweis, dass die *Grundstruktur* der Sanktionsfolgen im Zusammenhang mit den eingangs geschilderten Grundsachverhalten gesehen werden muss:

Schadenersatz ist (wie in OR Art. 97) die Grundsanktion, die in jedem Fall Platz greifen kann und durch die Beanspruchung anderer Behelfe nicht ausgeschlossen wird, d.h. neben diesen kumulativ beansprucht werden kann (so ausdrücklich Art. 45/II);

Der Anspruch auf *Erfüllung* i.S. der *Realexekution* wird (wie in OR und BGB) an erster Stelle genannt (Art. 46/I)²⁰. Dieser Anspruch auf judizielle

²⁰ Die *Durchsetzbarkeit* des Anspruchs auf Realexekution wird allerdings nicht im WKR geregelt, sondern ist nach dem Vorbehalt von Art. 28 nur soweit gewährleistet, als auch nach dem Recht des die Exekution anordnenden Gerichts Durchsetzbarkeit gewährt wäre. Im *englischen Sprachbereich* ist der Anspruch auf «*specific performance*» gewissermassen die Ausnahme (gegeben nicht auf der Ebene des Common Law, sondern für Sonderfälle - diese kaum verwirklicht im Anwendungsbereich des WKR! - im Rahmen des Equity-Rechts).

Bewirkung der Erfüllung hat im Rahmen nationaler Kaufrechte bloss untergeordnete Bedeutung; dies dürfte auch unter dem WKR nicht anders sein. Wichtiger sind indes die in Art. 46 weiterhin gewährten Behelfe des Rechts auf *Nachlieferung* und *Nachbesserung*, die ihrerseits als Abarten der Realerfüllung betrachtet werden können. Die *Ersatzlieferung* (Art. 46/II) steht je doch nicht (anders als gemäss OR Art. 206/I) in jedem Falle zu, sondern bloss bei Vorliegen einer «wesentlichen Vertragsverletzung» (i.S. von Art. 25). Umgekehrt ist grundsätzlich immer (d.h. auch bei nicht «wesentlicher Vertragsverletzung») *Nachbesserung* geschuldet, wenn diese für den Verkäufer nicht geradezu «unzumutbar» ist (beide Behelfe sind an rechtzeitige Geltendmachung gebunden, d.h. müssen zusammen mit der Rüge gemäss Art. 39 erfolgen oder wenigstens innerhalb einer angemessenen Frist danach).

Diese Neuerungen werden erst infolge der heutigen wirtschaftlich-technologischen Lage möglich; sie sind zudem die zwangsläufige Folge des Konzepts, dass Sachqualität zu den Verkäuferpflichten gehört und wie diese den allgemeinen Vertragsregeln zu unterwerfen ist. Die Ausweitung der Rechtsbehelfe des Käufers gegenüber dem bisherigen Zustand besteht einmal darin, dass die Nachlieferung nicht auf den Gattungskauf beschränkt bleibt (zum grundsätzlichen Entfallen dieser Kategorie vgl. oben Ziff. I/6), sondern auf jeden Kauf, d.h. auch den *Stückkauf* ausgedehnt wird²¹; die Beschränkung war ja durch die technologische Unmöglichkeit bedingt, bei anderen als Gattungskäufen überhaupt Realersatz zu verwirklichen. An Stelle der Nachlieferung kann nun auch die *Nachbesserung* der Kaufsache treten. Auch diese ist natürlich bei jeglichem Kauf gegeben und bleibt nicht auf den Gattungskauf beschränkt²²; es genügt die (wie vom WKR als Regelfall vorausgesetzte) technische Möglichkeit der Nachbesserung.

Neben den genannten Ansprüchen auf Nachbesserung und Ersatzlieferung, die Neuerungen des WKR darstellen, sind auch die traditionellen Sanktionen verfügbar. Die in Art. 49 normierte Aufhebung des Vertrages hat verschiedene Funktionen:

Im Falle der *Nichtlieferung* bzw. der *Lieferverspätung* wird eine Lösung, die derjenigen von OR Art. 107 im Ergebnis nahekommt, statuiert: Vertragsaufhebung kann nach Ablauf einer angesetzten *Nachfrist* (dazu Art. 47) erklärt werden (Art. 49, Abs. I, lit. b); auf Nachfristansetzung kann verzichtet werden, wenn Nichtlieferung «wesentliche Vertragsverletzung» darstellt, was im Ergebnis weitgehend die als Fixgeschäfte bezeichneten Fälle erfassen

²¹ Wobei in diesem Fall die sachlogische Schranke bestehen bleibt, dass Nachbesserung nur bei Stückkäufen über «technisch machbare» Kaufobjekte in Betracht fällt, damit aber die Käufe im Sinne der traditionellen Modellvorstellung dieses Vertragstypus ausgeschlossen bleiben.

²² Wobei auch hier, wie beim Stückkauf, die Fälle von Gattungskäufen i.S. traditioneller Modellvorstellung von naturgegebenen Gattungen (Agrarprodukte u.dgl.) im Regelfall faktischer Nachbesserung entzogen bleiben, weshalb nur Nachlieferung erwogen wird (OR Art. 206, BGB § 480).

dürfte (Art. 49, Abs. I, lit. a). Beachtlich ist, dass selbst in diesem letzteren Fall (d. h. bei Verträgen, die ein genau präzisiertes, als zwingend vorgegebenes Lieferdatum vorsehen), eine *explizite* Erklärung des Verkäufers gefordert ist; eine Vermutung des Verzichts des Käufers auf Lieferung entsprechend der Regel von OR Art. 190 ist dem WKR nicht bekannt²³. - Die nach OR Art. 107 nur für den Fall der noch ausstehenden Lieferung gewährte Rücktrittsmöglichkeit wird von WKR Art. 49, Abs. II, lit. a auch auf den Fall bereits erfolgter verspäteter Lieferung ausgedehnt.

Der Fall der *Schlechtlieferung* wird in WKR Art. 49, Abs. II, lit. b unter dem Gesichtspunkt einer «*anderen Vertragsverletzung*» erfasst; der Käufer kann binnen angemessener Frist Vertragsaufhebung erklären, was im Ergebnis der *Wandelung* i.S. der Tradition der *actio redhibitoria* gleichkommt. (Demgegenüber ist die *Preisminderung* als expliziter Sonderfall in WKR Art. 50 geregelt).

Schliesslich führt das WKR nach dem Vorbild des *anticipatory breach*, des englischen Sprachraums in Art. 71-73 als Neuerung Behelfe im Falle *vorweggenommener Vertragsverletzung* ein.

7. Pflichten des Käufers (WKR Art. 54-60)

Während die Leistungspflichten des Verkäufers, da i.S. einer Neuerung des WKR auch die Sachqualität mitumfassend, gesonderte Betrachtung erforderten, bedarf die im Grundsätzlichen selbstverständliche Preiszahlungspflicht des Käufers kaum vieler Worte. Präzisierend die folgenden Bemerkungen:

Art. 54 statuiert in Ergänzung der Preiszahlungspflicht eine Zusatzobligation zur Vornahme allenfalls notwendiger Formalitäten, dies wohl einschliesslich der Beschaffung erforderlicher devisenrechtlicher Genehmigungen. Diesbezüglich ist wohl nicht bloss eine Pflicht des Tätigwerdens gemeint, sondern eine Haftung für den Erfolg, enthält doch wohl das Versprechen einer Preiszahlung die Gewährübernahme für deren rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit.

Art. 55 betrifft nicht die Zahlungspflicht als solche, sondern stellt eine Regel dar zur Bestimmung des Preises; vgl. dazu auch unten Ziff. V/3.

Art. 57/I: Die Parteien können den Erfüllungsort bestimmen; fehlt eine Absprache, ist das *Verkäuferdomizil* Erfüllungsort. Soll Zahlung gegen Übergabe von Dokumenten erfolgen, gilt der für den Austausch vorgesehene Ort als Erfüllungsort (praktisch wohl häufig der Ort der ein Akkreditiv notifizierenden Bank, d.h. in der Regel wiederum das Verkäuferdomizil).

²³ Die Regel von OR Art. 190 ist fragwürdig, da sie wohl in Widerspruch zu den Anschauungen der beteiligten Kreise steht, was unter anderem durch das WKR belegt wird. Vorbild für OR Art. 190 war ADHGB § 357/I bzw. HGB § 376/I.

Die Regel des Verkäuferdomizils als Erfüllungsort (und ganz allgemein jene der Geldschulden als Bringschulden) entspricht alter Tradition und ist in der Schweiz seit je vertraut (OR Art. 74/II/Ziff. 1). Das Bild wird verdüstert durch die Regel von Art. 5, Ziff. 1 des «Lugano-Abkommens», der ganz allgemein (damit auch im Falle von Geldschulden) am Erfüllungsort ein zusätzliches Klagedomizil einräumt. Das bedeutet, dass der Gläubiger (Verkäufer) nicht dem Schuldner folgen muss, sondern an seinem Domizil klagten kann. Dieses sachlich schwer zu rechtfertigende (zudem Art. 59 unserer Bundesverfassung widersprechende) Ergebnis ist nicht vom WKR, sondern vom Lugano-Abkommen verschuldet. Im Rahmen der nationalen Gesetzgebung kann eine Korrektur herbeigeführt werden, indem man die Sonderregel «Geldschulden sind Bringschulden» aufhebt; ein Vorgehen, das ich bezüglich Art. 74/III Ziff. 1 OR dringend empfehle und das der deutsche Gesetzgeber bereits anno 1900 im BGB verwirklicht hat²⁴. Im Geltungsbereich des WKR ist diese Korrekturmöglichkeit dem nationalen Gesetzgeber verwehrt; dem Käufer bleibt es überlassen, durch Vertragsabsprache sein Domizil als Erfüllungsort der Kaufpreisschuld auszubedingen, wozu Art. 57/I ohne weiteres Raum lässt.

Art. 58 und 59 beziehen sich auf den *Zeitpunkt* der Zahlung. Massgeblich ist das vertraglich Vereinbarte mit der Präzisierung von Art. 59, dass der Verkäufer ohne weitere Aufforderung im vertraglich festgesetzten Zeitpunkt zu zahlen habe, womit wohl nicht bloss Fälligkeit, sondern nach unserer Diktion auch Verzugseintritt gemeint sein dürfte, da damit i.S. von Art. 74 und 78 Verzugszinse und ebenso Schadenersatz für Verspätung verfallen. Im übrigen wird in Art. 58 vorab eine Vermutung für Zug-um-Zug-Leistung statuiert mit Angabe von Sondermodalitäten. Art. 60 zur Abnahmepflicht: Vgl. Hinweise oben Ziff. III/1.

8. Ansprüche des Verkäufers bei Verletzung von Käuferpflichten (Art. 61-65)

Es wiederholt sich das für die Verkäuferpflichtverletzung Gesagte, jedoch mit den sachlogisch sich ergebenden Vereinfachungen (Nachbesserung entfällt sogut wie Ersatzlieferung). Voraussetzung der «Aufhebung des Vertrages» ist die Nachfristansetzung (Art. 63).

Art. 64: Voraussetzung der Vertragsaufhebung ist auch hier das Vorliegen einer «wesentlichen Vertragsverletzung». Bei Ausbleiben des Kaufpreises

²⁴ Dies im Hinblick auf § 29/I der deutschen ZPO des Jahres 1877, der, wie das Lugano-Abkommen, den Erfüllungsort zum Gerichtsstand erhebt. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich erklären, weshalb das BGB nicht, wie das OR, Geldschulden als Bringschulden deklariert, sondern die allgemeine Regel (Schuldnerdomizil als Erfüllungsort, BGB § 269) bestehen lässt, um das auch von ihm gewollte Ergebnis der Bringschuld mit der Formel von § 270/I zu erreichen: «Geld hat der Schuldner ... auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.»

wird sie grundsätzlich immer gegeben sein. Fraglich erscheint immerhin, quid iuris, wenn 70, 90, 95 oder 99 % des Kaufpreises bezahlt sind. Liegt auch im letzten Fall (Ausstehen von 1 % des Preises) noch «wesentliche Vertragsverletzung» vor? Verweigerung der Abnahme ist wohl nur ganz ausnahmsweise «wesentliche Vertragsverletzung».

Rechtsvergleichend erscheint beachtlich, dass das WKR keine Regel i.S. OR 214/III (entsprechend BGB § 454) kennt, womit im Falle des Ausbleibens der Zahlung ein Rücktrittsrecht des Verkäufers immer, und nicht (wie nach OR und BGB) bloss bei entsprechendem Vorbehalt besteht; mangels Sondernorm gilt die allgemeine Regel²⁵.

IV. Allgemeine Bestimmungen (Art. 7-13)

Kapitel II (Art. 7-13) enthält einige zusammengewürfelte Bestimmungen, die für die Schweiz keine grundlegenden Neuerungen bringen. Immerhin sei das Folgende festgehalten:

Art. 7 will insgesamt in Fällen von *Auslegungsfragen* verhindern, dass im Zweifel auf nationales Recht zurückgegriffen wird: Nach *Abs. I* soll das WKR insbesondere aus sich selber heraus, aufgrund weltweit verbreiteter, nicht nationaler Auffassungen, und im Hinblick auf «einheitliche Anwendung» interpretiert werden.

Abs. II betrifft Regelungslücken innerhalb des Sachbereichs des WKR, soweit diese nicht nach Art. 4 nationalem Recht überlassen sind: Auch hier wird primär betont die Massgeblichkeit des WKR, d.h. die «allgemeinen Grundsätze, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen»; nur subsidiär, wenn dies nicht hilft, soll nach nationalem Recht (jenem, das nach IPR anwendbar wäre) die Lücke gefüllt werden.

Art. 8 enthält insgesamt im Ergebnis kaum etwas anderes als eine Beschreibung der hierzulande unter der Etikette «*Vertrauensprinzip*» zusammengefassten Grundsätze.

Abs. III (in fine) bringt eine wertvolle Präzisierung eines oft zuwenig beachteten Grundsatzes: Zu berücksichtigen ist auch das «*spätere Verhalten*» der Parteien (gemeint wohl insbesondere jenes im Rahmen der Vertragsabwicklung). Dies ist nicht nur deshalb richtig, weil zu vermuten ist, die Parteien würden sich im Rahmen ihres oder des gemeinsamen Vertragsverständnisses bewegen: eine gemeinschaftlich und unwidersprochen beobachtete Vertragspraxis kann darüber hinaus eine stillschweigende Vertragsänderung implizieren (vgl. dazu auch *Bucher*, OR AT § 12/IV/2).

²⁵ So auch die *französische Tradition*, die von der «condition résolutoire-Regel» (franz. CC art. 1184/I) keine Ausnahme für den Preiszahlungsverzug statuiert (explizit franz. CC art. 1654: «Si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente.»)

Art. 9: Handelsbräuche, d.h. in der fraglichen Branche allgemein geltende Regeln, binden dann, wenn explizit anerkannt (Abs. I), jedoch auch, wenn sie im fraglichen Geschäftszweig einerseits «regelmässig beachtet» werden und überdies die Parteien diese kannten oder kennen mussten. Im übrigen hält *Abs. I* fest, dass die zwischen den Parteien des Vertrages anlässlich anderer Geschäfte entwickelten *partiinternen Gepflogenheiten* sie auch im zu beurteilenden Geschäft binden.

Art. 10 betrifft die Frage der *örtlichen Verknüpfung* durch Umschreibung des vom Gesetz verwendeten Begriffes der «Niederlassung», wobei im Falle mehrerer konkurrierender Anknüpfungspunkte Bewertungsregeln aufgestellt werden. Bei Fehlen einer festen örtlichen Beziehung wird auf den «gewöhnlichen Aufenthalt» verwiesen.

Art. 11: Es wird der Grundsatz der *Formfreiheit* festgeschrieben, der in der Schweiz ohnehin im Bereich des WKR vorbehaltlos gilt. Im internationalen Verhältnis ist jedoch höchst beachtlich und von grundlegender Bedeutung der Zusatz, dass der Vertrag «auf jede Weise», «auch durch Zeugen» bewiesen werden könne und dem Richter insofern freie Beweiswürdigung offensteht. Damit wird einer Tradition, die dem französischen wie dem englischsprachigen Rechtskreis gemeinsam ist, eine Absage erteilt: Der Regel, dass zum Beweis von Forderungen, die einen bestimmten Wert übersteigen, der Zeugenbeweis versagt sei²⁶. Diese Tradition wird verkörpert durch die «*Ordonnance de moulins*» des Jahres 1566, die in Art. 54 den Zeugenbeweis ausschloss für Forderungen, die den Betrag von «100 livres» überstiegen. Der Einfluss dieser Regel blieb nicht auf Frankreich bzw. den romanischen Sprachbereich beschränkt, sondern soll auch das *Statute of Frauds* beeinflusst haben²⁷. Angesichts der bis heute weltweit immer noch weitreichenden Bedeutung dieser Tradition kann die Entscheidung des WKR zu Gunsten des uns selbstverständlichen Prinzips nicht hoch genug veranschlagt werden²⁸.

Art. 12 eröffnet den Signatarstaaten die Möglichkeit, mit einem Vorbehalt durch Erklärung i.S. von Art. 96 die Regel von Art. 11 auszuschalten.

Art. 13 statuiert, dass «Telegramm oder Fernschreiben» dem Schriftefordernis, soweit im WKR gefordert, Genüge tut.

²⁶ *Französischer Code Civil*, art. 1341ff., wo in heutiger Fassung die Grenze bei 5000 Franken festgesetzt wird. Im ursprünglichen Code Civil des Jahres 1804 lag die Grenze bei 150 Franken und damit geldwertmässig vielleicht zwanzig Mal höher als heute.

²⁷ Vgl. dazu *Ernst Rabel*, *The Statute of Frauds and Comparative Legal History*, *Law Quarterly Rev.* 61 (1947) 174-187, oder in *Rabel*, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. III (Tübingen 1967), S. 261ff. Die Regel von Art. 54 der *Ordonnance des moulins* beruht ihrerseits auf langer Tradition (vgl. Hinweise a.a.O., S. 263f.).

²⁸ Art. 11 des WKR hat einen Vorläufer in *ZGB Art. 10*, welche Regel verhindern sollte, dass die welschen Kantone, um ihren bisherigen am französischen Code Civil orientierten Rechtszustand zu bewahren, den bundesrechtlich-materiellrechtlichen Grundsatz der Formfreiheit auf prozessrechtlicher Ebene ins Gegenteil wenden würden.

V. Abschluss des Vertrages (Art. 14-24)

1. Allgemeines

Hier werden keine allgemeinen Konsensregeln statuiert, sondern über *Offerte* und *Akzept* Grundsätze aufgestellt, die weitgehend mit dem uns Gewohnten übereinstimmen:

Art. 14: «*Angebot*» setzt voraus, dass ihm der Wille, im Falle einer Annahme gebunden zu sein, entnommen werden darf. Dies erfordert Adressierung an einen beschränkten Personenkreis; bei «*Streuung*» der Erklärung wird lediglich eine Einladung zur Offertstellung vermutet (ähnlich OR Art. 7/II). Angebot wie Annahme werden wie nach OR wirksam mit *Zugehen beim Adressaten* (in dessen Briefkasten, Kenntnisnahme nicht gefordert; Art. 15/I, 18/II). Das Wirksamwerden kann durch überholende schnellere Erklärung ausgeschaltet werden (Art. 15/II, 22; wie OR Art. 9). Ein Angebot erlischt durch Ablehnung (Art. 17); eine «*modifizierende Annahme*» wird als Ablehnung, verbunden mit einer Gegenofferte, verstanden (Art. 19/I). In diesem Zusammenhang findet sich eine sinnvolle Einschränkung, die für die Behandlung von *Bestätigungsschreiben* bedeutsam ist: Nicht wesentliche Änderungen, denen nicht «*unverzüglich*» widersprochen wird, hindern das Zustandekommen des Vertrages nicht (Art. 19/II). Dieser Grundsatz erfährt in Art. 19 Abs. III wiederum eine Einschränkung, wonach Zusätze betr. Preis, Ware oder «*Beilegung von Streitigkeiten*» (Schieds- oder Gerichtsstandsklauseln!) von den nicht wesentlichen explizit ausgenommen sind, d.h. nicht auf dem Umweg über Bestätigungsschreiben modifiziert bzw. eingeführt werden können.

Art. 23 mit Verweisung auf *Art. 18/II* regelt den *Zeitpunkt* des Vertragsschlusses (und der *Bindungswirkungen*): entscheidend ist der *Zugang* (nicht die Kenntnis) *der Annahmeerklärung*²⁹.

Art. 21 betrifft den Fall *verspäteten Eintreffens* der Annahme-Erklärung. Absatz II enthält eine im wesentlichen OR Art. 5/III entsprechende Regel, wonach im Falle erkennbar rechtzeitiger Versendung der Akzept-Empfänger im Falle der Verspätung in der Übermittlung eine ablehnende Erklärung abgeben muss, um nicht gebunden zu sein. In Art. 5/III OR wird die (von WKR

²⁹ Eine Regel entsprechend *OR Art. 10* (Rückbezug der Bindungswirkungen auf Zeitpunkt der Versendung) besteht zum Glück nicht. Diese letztere Regel stellt nicht mehr dar als eine Konzession an rationalistische Konsensstheorien, wonach «*eigentlich*» der Konsens bereits mit Versendung der Annahme bestand. Eine sachliche Rechtfertigung von OR Art. 10 kann nicht erkannt werden.

21/II explizit geforderte) Erkennbarkeit nicht genannt, muss aber wohl trotzdem als Voraussetzung gelten³⁰.

2. Insbesondere: Bindende Offerten?

In der Schweiz wie nach BGB sind bindende Offerten zulässig, d.h. der Offerent bestimmt, wie lange er die Offerte «offenhält» und der Empfänger den Vertrag durch Annahme zustande bringen kann, obwohl er, der Offerent, vielleicht bereits nicht mehr kontrahieren möchte. Es geht um die Doppelfrage, ob Offerten innerhalb eines bestimmten Rahmens geschaffener Erwartungen als unwiderrufen verstanden werden, oder ob umgekehrt, bei vermuteter Widerruflichkeit, der Offerent wenigstens durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung seine Offerte bindend (d.h. unwiderruflich) machen kann.

Im *englischen Sprachbereich* wird Bindungswirkung der Offerte i.S. deren Unwiderruflichkeit grundsätzlich abgelehnt; selbst durch ausdrückliche Zusicherung der Unwiderruflichkeit tritt dieser Erfolg nicht ein. Massgeblich ist das Argument, dass Bindung an eine Offerte nicht bestehen könne, da für dieses Gebundensein «consideration» (d.h. die Einräumung eines diese Bindung rechtfertigenden Gegenvorteils) fehle³¹.

Im Bereich des *französischen Code Civil* (der zur Frage schweigt), hat sich die Auffassung herausgebildet, dass Bindung an sich möglich sei, dieser Wille des Offerenten jedoch nicht vermutet werde, sondern explizit erklärt werden müsse. Auf dieser «mittleren Linie» bewegt sich Art. 16 des WKR, bleibt jedoch insgesamt etwas schwankend, bringt aber zusätzliche wesentliche neue Elemente:

Die *Widerruflichkeit* wird als allgemeiner Grundsatz an den Anfang gestellt; die Wirksamkeit des Vermutungsweise zulässigen Widerrufs setzt voraus, dass er dem Oblaten zugeht (jedoch nicht notwendigerweise zur Kenntnis kommt), bevor dieser seine Annahmeerklärung versandt hat (Art. 16/I).

Ausschluss der Widerruflichkeit und damit *Bindungswirkung der Offerte* tritt nach Art. 16/II in zwei Fällen ein, deren gegenseitige Abgrenzung allerdings nicht leicht fallen wird:

³⁰ Die in Absatz I aufgestellte Forderung, dass im Falle des (aus irgendwelchen Gründen) verspäteten Eintreffens der Annahme der Offerent, um den Akzeptierenden im Vertrag zu behaften, eine explizite Erklärung abgeben müsse, scheint mir etwas des Realitätsbezugs zu entbehren und Ausdruck eines überholten Vertragsverständnisses zu sein.

³¹ Diese Regel wird freilich durch Sondererlasse durchbrochen; wichtigstes Beispiel ist der Uniform Commercial Code (UCC), dessen § 2-205 «firm offers» zulässt im Falle expliziter schriftlicher Zusicherung der Unwiderruflichkeit, auch dies allerdings nur im Rahmen des Kaufrechts und unter Ausschluss einer drei Monate übersteigenden Bindungswirkung.

(lit. a) im Falle einer die Widerruflichkeit ausschliessenden *Erklärung des Offerenten* (dieser muss die Unwiderruflichkeit «zum Ausdruck» gebracht haben);

(lit. b) im Falle eines *Vertrauenstatbestandes seitens des Offert-Empfängers*. Dieser muss, das ist die hochinteressante Neuerung des WKR, nicht bloss berechnete Erwartungen in das Zustandekommen eines Vertrages hegen dürfen; gefordert ist vielmehr, dass er auch gestützt auf das «Vertrauen auf das Angebot gehandelt hat» (z.B. Anstalten zur eigenen Vertragserfüllung oder zur Entgegennahme bzw. Verwendung der Gegenleistung getroffen hat). Abgrenzungsprobleme gegenüber dem Tatbestand gemäss lit. a (wo eine «Vertrauenshandlung» nicht vorausgesetzt wird) ergeben sich zwangsläufig aus dem Umstand, dass auch das «Vertrauen» gemäss lit. b zweifellos voraussetzt, dass dieses nicht durch Zufall verursacht, vielmehr durch das Verhalten des Offerenten geschaffen wurde, wir uns damit zwangsläufig dem «zum Ausdruck bringen» des lit. a nähern.

3. Insbesondere: Erfordernis der Preis-Bestimmtheit? Art. 14, Art. 55)

Zu einem Zentralthema des Kaufrechts gehört seit je die Frage, ob das Zustandekommen des Kaufs Preisvereinbarung voraussetze oder nicht. Aus Zeitgründen konnte darauf an der Tagung nicht eingegangen werden; mit den Tagungsunterlagen wurde auszugsweise ein diesem Gegenstand gewidmeter Aufsatz abgegeben, der als Anhang beigefügt wurde (S. 53-82).

VI. Übergang der Gefahr (Art. 66-70)

1. Vorbemerkungen - Preisgefahr und Leistungsgefahr

Eine Umschreibung des Begriffs des Gefahr-Übergangs versucht Art. 66: Die dortige Formel stellt klar, dass «Gefahr» als «*Preisgefahr*» zu verstehen ist. Im übrigen macht sie bewusst, dass es hier nicht bloss um die Zuordnung von sachimmanenten Risiken des Untergangs bzw. der Verschlechterung geht, sondern um die grundlegendere Frage, in welchem Zeitpunkt *Erfüllung der Verkäuferpflicht* (sc. der Hauptpflicht der Sachverschaffung) unter dem Gesichtspunkt des dadurch ausgelösten Entstehens des Anspruchs auf Gegenleistung (sc. Preiszahlung) anzunehmen ist.

Der hier im Vordergrund stehenden *Preisgefahr* wird begrifflich die *Leistungsgefahr* gegenübergestellt, welche die Frage bezeichnet, in welchem Zeitpunkt der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit wird (und deshalb auch nicht wegen Nichtlieferung oder Lieferverspätung ersatzpflichtig

werden kann)³². Mangels expliziter die Leistungsgefahr treffender Regeln muss angenommen werden, dass die für die Preisgefahr statuierten Regeln Gefahrübergangsregeln schlechthin sind: Es wird unter beiden Aspekten (Entstehung des Anspruchs auf Gegenleistung, Befreiung von der eigenen Leistungspflicht) der Zeitpunkt vertragswirksamer Leistungserbringung übereinstimmend definiert. Eine Präzisierung ist immerhin insofern notwendig, als in Art. 31 eine selbständige Umschreibung der Verkäuferpflichten vorliegt, die gleichzeitig auch statuiert, wann die Leistung als erbracht, der Verkäufer als befreit zu gelten hat. Dies würde bedeuten, dass im Falle einer Abweichung der Regeln von Art. 31 gegenüber Art. 66ff. (insbesondere, beim Platzkauf, Art. 31 lit. c gegenüber Art. 69/I)³³ erstere vorgehen würden. Die Unterschiede sind aber wohl marginaler Natur; soweit bestehend, dürfen sie jedenfalls nur in einer Richtung wirken, dass nämlich die Leistungspflicht früher erlischt, der Kaufpreisanspruch in späterem Zeitpunkt erst entsteht, da die entgegengesetzte Variante (der Verkäufer hat zwar bereits seinen Preis verdient, steht aber noch in Lieferpflicht, d.h. muss die untergegangene Sache neu beschaffen) als sachlogisch ausgeschlossen zu gelten hat.

Hier ist ganz allgemein vorzuschicken, dass die Frage der Preisgefahr insofern von geringer Bedeutung ist, als die Parteien routinemässig (insbesondere durch Vereinbarung von Lieferklauseln) eine vertragsautonome Regelung vereinbaren und damit die gesetzliche Regel ausschalten.

2. Massgeblicher Gesichtspunkt für Gefahrübergang: Sachübergabe

Das WKR lässt grundsätzlich die Preisgefahr zusammen mit der Sache auf den Käufer übergehen, wobei im einzelnen umschrieben wird, welche Tatbestände als Sachübergang gelten oder wenigstens in den Folgen gleich behandelt werden sollen (dazu Ziff. 3).

Es liegt eine Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung vor. Sie ist unter sachlichen Gesichtspunkten unzweifelhaft die beste Lösung, im übrigen aber auch durch die Tatsache bedingt, dass das WKR auf die Regelung des Eigentumsübergangs zum vornherein verzichtet (Art. 4, lit. c), womit zwangsläufig das weltweit immer noch grosse Bedeutung bewahrende *Gegenmodell des Gefahrübergangs als Folge des Eigentumsübergangs, dieser seinerseits mit Vertragsschluss eintretend*, als legislative Möglichkeit ausgeschlossen wird³⁴.

³² Im Rahmen von CIF- oder FOB-Klauseln fallen z.B. beide Gefahrenzeitpunkte auseinander: Preisgefahr geht je im Zeitpunkt des Passierens der Reling über, während die Leistungsgefahr richtigerweise wohl am (durch CIF- oder FOB-Klauseln wie auch die übrigen Lieferklauseln nicht veränderten) *Erfüllungsort*, d.h. also mit Verlassen des Verkäufersdomizils, als übergegangen gelten muss.

³³ So der Hinweis bei *Hager*, in Komm. *Schlechtriem*, Art. 69, N. 10.

³⁴ Dieses Gegenmodell ist vor allem im *französischen Code Civil* verwirklicht und die zwangsläufige Folge der an den Vertragsschluss geknüpften Eigentumsübertragungswirkungen (CC art. 711, art. 1138/II und art. 1606). Diese Lösung ist in weiten Teilen des romanischen Sprachbereichs (immerhin mit Ausnahme von Chile, Argentinien, Spanien, Kolumbien und Brasilien) verwirklicht (vgl. dazu *A. Röthlisberger*, *Mobiliarübergang*, Zürich 1982). Auch die heute niemandem mehr Freude bereitende Gefahrtragungsregel von OR Art. 185 war gesetzgeberisch die Folge der Verankerung der französischen Schweiz in dieser Tradition (vgl. dazu die Hinweise bei *E. Bucher*, OR/BT § 3/VI/4). Im *englischen Sprachbereich* ist Eigentumsübergang die Folge eines Sale (nicht aber eines Agreement to Sell); vgl. dazu die Hinweise oben Ziff. I/4. Die Preisgefahr folgt auch hier dem Eigentum, geht also bei Sale vermutungsweise bereits mit Vertragsschluss über (vgl. Sale of Goods Act, 1979, sec. 20/I: «... when the property in them - the goods - is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not»).

3. Die drei Grundregeln

M. E. lassen sich die Regeln von Art. 66-70 auf drei Grundprinzipien zurückführen:

a) *Regel I: Gefahrübergang mit faktischer Sachübergabe*

Ich beginne mit der von den Urhebern des WKR an zweite Stelle gerückte Regel (Art. 69/I). Diese ist nicht eine Ausnahme, sondern vielmehr eine Subsidiärregel, die, wie alle Subsidiärregeln, das allgemeine Prinzip verkörpert, das solange gilt, als nicht die Voraussetzungen einer Sonderregelung verwirklicht sind. Gefahrübergang mit faktischer Sachübergabe ist ein einleuchtendes, einfaches Prinzip, das allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen entspricht: Sachübergabe ist die wichtigste Verkäuferpflicht. Hat er diese Pflicht erfüllt (die auch gleichzeitig die Pflicht ist, deren Erfüllung äusserlich sichtbar ist, und jene, die dem Käufer den wohl praktisch entscheidenden körperlichen Zugriff auf die Sache gibt), so soll er auch die vertragliche Gegenleistung erhalten. Es ist die Lösung, die beispielsweise mit jener des deutschen BGB³⁵ sich weitgehend deckt.

Die für die direkte Übergabe der Sache durch den Verkäufer an den Käufer bzw. für die direkte Übernahme der Sache durch den Käufer beim Verkäufer aufgestellte Regel hat einen weiteren Anwendungsbereich, als man annehmen könnte: Sie muss immer auch dann gelten, wenn der Käufer durch «seine Leute» die Ware beim Verkäufer abholen lässt oder wenn sie von ihm an einem dritten Ort übernommen wird.

b) *Regel II: Übergabe an den ersten Frachtführer lässt Gefahr übergehen*

Der Sachverhalt, der vom WKR als häufigster vorausgesetzt und daher in der Normierung als allgemeine Regel vorangestellt wird (Art. 67/I), betrifft den Fall, dass die Ware gemäss Vertrag der Parteien transportiert werden muss. Dies ist dahin zu präzisieren, dass das Prinzip von Art. 67/I nur gilt, wenn der Transport durch einen vertragsfremden Dritten zu geschehen hat; hat der

³⁵ BGB § 446/I, 1. Satz: «Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über ...».

Verkäufer mit seinen eigenen Transporteinrichtungen die Ware zu transportieren, soll das Risiko während des Transports noch vom Verkäufer getragen werden, in dessen Bereich sich die Ware damit noch befindet³⁶.

Jener der in Art. 67/I statuierten Grundregel zugrunde liegende Sachverhalt deckt sich weitgehend, wenn auch nicht völlig, mit der Vereinbarung eines «Versendungskaufs» i.S. der Doktrin zu BGB und OR. Der Unterschied liegt darin, dass die Versendung, d.h. die Veranlassung des Transports, beim Versendungskauf als eine Verkäuferpflicht verstanden wird, im Rahmen von Art. 67/I jedoch dem einen wie dem anderen Vertragspartner (oder auch einem Dritten) obliegen kann, und der Vertrag immer noch i.S. von Art. 67 einen Transport «involviert». Beim Versendungskauf geht sowohl in Deutschland (BGB § 447) wie in der Schweiz (OR Art. 185/II) die Gefahr mit Übergabe an den ersten Frachtführer auf den Erwerber über, eine Lösung, die jener von WKR Art. 67 entspricht³⁷.

c) Regel III: Bei Verabredung eines vom Verkäufersdomizil verschiedenen Erfüllungsortes geht die Gefahr erst am Erfüllungsort über

Die Verabredung eines Erfüllungsortes (der hier als ein vom Verkäufersdomizil verschiedener Ort vorausgesetzt wird) lässt die Gefahr erst übergehen, wenn sich die Ware an diesem Ort befindet und noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Diese hängen davon ab, ob ein Transporteur oder aber der Käufer selber die Ware am Erfüllungsort übernehmen soll:

Ist die Ware am Erfüllungsort einem *Transporteur* (der «Dritt-Transporteur» sein muss, d.h. weder in das Unternehmen des Verkäufers noch jenes des Käufers integriert sein darf) zu übergeben, bewirkt erst die Übergabe an diesen den Übergang der Gefahr (WKR Art. 67/I, 2. Satz), es wird gewissermassen die Regel II (Art. 67/I, 1. Satz) auf den Sonderfall der Verabredung eines Erfüllungsortes transportiert.

Hat am Erfüllungsort der *Käufer* die Ware selber zu übernehmen, so greift WKR Art. 69/II Platz; danach geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn sich die Ware am Erfüllungsort befindet, die Leistung fällig ist und der Käufer Kenntnis von der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers hat. Auf ein formelles Anbieten der Leistung an den Käufer wird allerdings verzichtet; geht die Ware unter, nachdem der Käufer auf irgendeine Weise Kenntnis erhalten hatte, dass die Ware zu seiner Verfügung stand, muss dieser den Preis bezahlen, ohne Nachlieferung verlangen zu können. - Wenn im Vertrag gleichermassen

³⁶ So auch *John Honnhold*, Uniform Law for International Sales, Deventer 1982, No. 368, und *Peter Schlechtriem*, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981, S. 80.

³⁷ Für das schweizerische Recht ist immerhin anzumerken, dass die hier beschriebene Versendungskauf-Regel gemäss OR 185/II nur für den Gattungskauf gilt, während im Bereich des Stückkaufs, Versendungskauf hin oder her, es bei der allgemeinen Gefahrtragungsregel von OR Art. 185/I sein Bewenden hat.

verabredet ist, dass der Verkäufer die Ware zum Transport einem dritten Transporteur zu übergeben und der Käufer die Ware an einem benannten Bestimmungsort zu übernehmen habe, also gleichzeitig die Tatbestände von Art. 67/I, 1. Satz und Art. 69/II gegeben sind, hat m.E. die Regel II (Art. 67/I) Vorrang, da die Einschränkung von Art. 69/I, dass diese Bestimmung bloss für die nicht von Art. 67 und 68 erfassten Fälle gelte, sich wohl nicht bloss auf Abs. I, sondern auf den ganzen Art. 69 bezieht.

4. Spezifikation des Leistungsgegenstandes als Voraussetzung des Gefahrübergangs

Weniger positivrechtliche Norm als vielmehr die Anerkennung sachlogischer Zwangsläufigkeit stellt die an zwei Stellen (WKR Art. 67/II und Art. 69/III) ausgedrückte Regel dar, dass Gefahrübergang (sc. im Rahmen eines Gattungskaufs bzw. eines «sale by description») in jedem Fall erst dann stattfinden kann, wenn der Kaufgegenstand ausgesondert ist, wobei die erste Bestimmung exemplifikatorisch die Mittel derartiger Spezifikation aufzählt.

5. Sonderfall der «goods sold in transit» (WKR Art. 68)

Die für den Verkauf reisenden Guts getroffene Sonderregelung des Gefahrenübergangs hat eine bewegte Entstehungsgeschichte³⁸, die an dieser Stelle nicht näher interessieren darf. Hier nur einige grundsätzliche Bemerkungen. Während die Grundregel, wonach die Preisgefahr mit Vertragsschluss übergeht, sich in den Rahmen bekannter Konzepte einfügt, stellt die demgegenüber statuierte Ausnahmeregel des Rückbezugs des Übergangs der Gefahr auf den Zeitpunkt des Verladens der (damals noch nicht verkauften) Ware eine exzeptionelle Regel dar. Denn es wird nicht bloss eine Gefahrtragungsregel aufgestellt, sondern vielmehr ein Prinzip, das die *Vertragsgültigkeit*, die Frage des Zustandekommens eines rechtswirksamen Vertrages, betrifft, die gemäss der Programmerkklärung von WKR Art. 4 lit. a gerade nicht Gegenstand der Konvention sein soll. Ist nämlich die Ware nach Verladen, jedoch vor deren Verkauf, untergegangen, ist der Vertrag wohl nach den meisten Rechtsordnungen der kontinentalen Rechtsfamilie wegen Unmöglichkeit ungültig (*impossibilium nulla obligatio*)³⁹. Dies dürfte aber auch nach englischem Recht zutreffen; leading case ist *Couturier v. Hastie*, in dem das House of Lords 1856 einem Kauf einer Schiffsladung Mais, die bereits vor Vertragsschluss

³⁸ Vgl. dazu *Schlechtriem*, a.a.O., S. 81f.

³⁹ Vgl. ABGB § 878, OR Art. 20/I, BGB § 306; ähnlich im Ergebnis auch der französische Code Civil.

wegen Gärung notverkauft worden war, die Gültigkeit versagte. In WKR Art. 68 wird daher nicht bloss ein eventueller Gefahrübergang auf den Käufer statuiert, sondern vor allem (wenn auch unausgesprochen) vorerst einmal die Regel, dass der Vertrag trotz bei Vertragsschluss bereits nicht mehr bestehender Kaufsache gültig ist.

Der Konventionstext verschweigt das anscheinend unbestrittenermassen massgebliche Element, das einen rückwirkenden Gefahrübergang auf den Käufer zu rechtfertigen vermag, nämlich das Bestehen einer *Versicherung*, aus welcher der Käufer begünstigt ist und welche dessen Verlust deckt. Das ist zu bedauern. Sodann muss, zur Vermeidung von Illusionen, bedacht werden, dass der böse Glaube des Verkäufers (d.h. sein Wissen oder Wissenmüssen um den zwischenzeitlichen Verlust des reisenden Kaufgegenstandes) vom Käufer nachzuweisen ist (ZGB Art. 3; ähnlich wohl die Beweislastregeln der meisten Rechtsordnungen), was nicht in allen Situationen leichtfallen dürfte und missbräuchlichen Machenschaften des Verkäufers Raum gibt.

VII. Die vom WKR nicht erfassten, daher nach nationalem Recht (ZGB und OR) zu behandelnden Fragen - Abgrenzungsprobleme

1. Ausgangspunkt: WKR Art. 4, Hinweis auf Art. 5 und 28

Kaufvertragsrecht ist nicht ein isolierter Bereich, sondern ist integriert in allgemeines Vertragsrecht, ja in die Privatrechtsordnungen überhaupt. Das WKR kann nur einen Sektor des Ganzen regeln, daher entstehen Probleme der Grenzziehung; diesen ist die Regelung von in Art. 4 gewidmet.

Art. 4 geht das Problem von beiden Seiten an: *Erstens* wird der vom WKR erfasste Bereich umschrieben: «Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten». Aber selbst diese *positive* Umschreibung wird mittelbar ins Negative gewendet, indem gesagt wird, dass «*ausschliesslich*» dieser Bereich erfasst werde, alles übrige nicht. Im übrigen werden dann negativ die nicht erfassten Bereiche umschrieben (und zwar lediglich exemplifikativ, nicht abschliessend: «insbesondere») und folgende Beispiele genannt:

a) die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen oder die Gültigkeit von Handelsbräuchen;

b) die Wirkungen, die der Vertrag auf das Eigentum an der verkauften Ware haben kann.»

Neben Art. 4 bestehen weitere ausschliessende Klauseln. *Art. 5* betrifft Mangelfolgeschäden bei Personen, einen Teil der «Produktehaftung»; *Art. 28* bezieht sich auf Vollstreckung/Realexekution. Andere Bereiche sind ausgeschlossen,

ohne dass ein expliziter Vorbehalt bestünde (so z.B. hinsichtlich der *Verjährung*; unten Ziff. 6).

2. In den vom WKR nicht erfassten Bereichen gilt jenes Recht, das nach IPR-Grundsätzen anwendbar ist

Das WKR, selbst wenn global übernommen und überall geltend, würde nicht Kollisionsprobleme ausschliessen, internationales Privatrecht entbehrlich machen. Dies sei anhand zweier Beispiele vorweg kurz erläutert:

- Eigentum, d. h. die Frage, wann/wie Eigentum übertragen wird, entscheidet nicht das WKR, sondern das jeweilig anwendbare Sachenrecht;

- die *Zedibilität* der aus dem WKR unterliegenden Verträge sich ergebenden einzelnen Ansprüche (auf Lieferung, Preiszahlung) wird nicht vom WKR geregelt; sofern die allgemeine Kollisionsregel Recht macht, dass das Statut der abzutretenden Forderung für deren Abtretung massgeblich sei (nach IPRG Art. 145/I allerdings nur dann geltend, wenn im Abtretungsvertrag eine Rechtswahl fehlt), sind wir auf WKR zurückverwiesen; dessen Schweigen führt zur subsidiären Anwendung jenes Rechts, auf welches das IPR des Gerichtsstandes verweist (Sicherungszession des Exporteurs untersteht daher in der Regel dessen Recht).

Die nicht geregelten Fragen können, wie jene des Eigentumsübergangs, direkt das Kaufgeschäft betreffen oder lediglich Vorfragen (Handlungsfähigkeit, Stellvertretung) oder Annexprobleme (*Zedibilität*). Immer dann, wenn nach dem Verständnis des Prozessdomizils die vom WKR offengelassene Frage an sich vom Vertragsstatut zu beantworten ist, stellt dieses - nach IPR-Grundsätzen bestimmte - Recht gegenüber dem WKR ein *subsidiäres Recht* dar.

3. Die nach Art. 4, lit. a ausgenommenen Bereiche («Gültigkeit» des Vertrages) im allgemeinen⁴⁰

Zu untersuchen bleibt die angeblich ausgenommene «Gültigkeit des Vertrages» insgesamt oder einzelner seiner Bestimmungen. Nachdem WKR einerseits die Vertragsentstehung (Art. 14-24, oben Ziff. V) regelt, andererseits die «Aufhebung» des Vertrages infolge wesentlicher Vertragsverletzung zu einem Zentralthema macht, kann dieser Vorbehalt nicht wörtlich gemeint sein, betroffen sein können nur die übrigen, nicht behandelten Aspekte. Dieser Grundsatz ist im Ergebnis und im allgemeinen unbestritten; Meinungsverschiedenheiten

⁴⁰ *Lit. b* - Eigentum - ist bereits behandelt; «Gültigkeit» von Handelsbräuchen ist für unser Verständnis keine normativ-materiellrechtliche Frage, vielmehr eine Fakten- und Beweisfrage.

bestehen aber wohl hinsichtlich der Frage der Auswirkungen im einzelnen.

In Betracht kommen Normen objektiven (insbesondere öffentlichen) Rechts, die bestimmte Verträge als solche nicht zulassen, dann sonstige, ausserhalb des Schuldrechts i.e.S. liegende Gültigkeitsvoraussetzungen der Rechtsfähigkeit, der Geschäftsfähigkeit, des Vertretungsrechts usw.

a) *Rechtsfähigkeit*

Sie gibt bei *natürlichen Personen* keine Probleme auf. Anders bei *juristischen Personen*; hier gilt wohl das für diese massgebliche Recht. Nach IPRG Art. 154 (Verweisung gemäss Art. 155, lit. c) ist massgebend das «Recht des Staates, *nach dessen Vorschriften* sie organisiert sind».

b) *Handlungsfähigkeit*

Bei *natürlichen Personen* bestimmt sich diese nach dem für die handelnde Person massgeblichen Statut; gemäss IPRG Art. 35 gilt das Recht deren Wohnsitzes.

Bei *juristischen Personen* gilt das oben lit. a Gesagte. Damit wird insbesondere die praktisch höchst bedeutsame Frage beantwortet, welche natürliche Person unter welchen Voraussetzungen die betreffende juristische Person vertreten könne, d.h. ob beispielsweise deren Organstellung als solche genüge, oder ob eine Sonderermächtigung erforderlich sei (also etwa: ob ein Verwaltungsrat die Gesellschaft vertreten könne, oder ob die Beschlüsse irgendwelcher übergeordneter Instanzen notwendig sind).

c) *Vertretung*

Bürgerliche Stellvertretung (OR Art. 32ff.) oder *kaufmännische Vertretung* (OR Art. 458ff.), vgl. IPRG Art. 126, für die Vertretung juristischer Personen vgl. oben lit. b.

d) *Gesetzes- oder Sittenverstösse*

Vorbehalt bleibt OR Art. 20 (oder BGB § 138), jedoch unter Ausschluss der Frage der Unmöglichkeit (dazu unten).

e) *AGB- Gesetzgebung (Deutschland/Österreich):*

Es wird die Auffassung vertreten, dass im Falle kollisionsrechtlicher Anwendbarkeit nationalen Rechts die AGB-Schutzgesetzgebung gelten sollte.

Diese Auffassung mag zwar mit WKR vereinbar sein, jedoch werden die Rechtssicherheit im internationalen Bereich und das Ziel der Schaffung eines Einheitsrechts in Frage gestellt. Problematisch erscheint, dass AGBG-Restriktionen inhaltlich nur eingeordnet werden können als Regeln der *Vertragsentstehung* oder als materielle Schranken inhaltlicher Gestaltung. Ersteres (Entstehung) ist explizit im WKR geregelt. Mangels Vorbehalt muss dies aber auch für den *Inhalt* gelten; WKR setzt Vertragsfreiheit voraus. Damit erweist sich die Durchsetzung des AGB-Gesetzes als dessen Erhebung in den Rang des nationalen *ordre public*⁴¹, woraus sich deren Schranken ergeben.

4. Erfasst der Vorbehalt in Art. 4 WKR anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit i.S. von OR Art. 20 bzw. 119?

Ohne weiteres ist klar, dass der Vorbehalt von lit. a den Vorbehalt der *Widerrechtlichkeit* und der *Sittenwidrigkeit* wie in Art. 20 (bzw. BGB § 138) festgehalten erfasst; in diesen Punkten liegt ein Hauptanliegen des Vorbehalts. Auch der «*Wuchervorbehalt*», wie im Übervorteilungstatbestand von Art. 21 enthalten, fällt in diese Gruppe von Gegenständen, die nicht vom WKR, sondern dem nationalen Subsidiärrecht geregelt werden.

Nicht so klar ist dies bei der *anfänglichen Unmöglichkeit*, wie ebenfalls in Art. 20 normiert. Eine Gleichbehandlung dieser Frage, bloss weil sie in derselben Gesetzesvorschrift beantwortet wird, ist in keiner Weise begründet; es darf hier darauf hingewiesen werden, dass die beiden Dinge im BGB wie im ABGB legislatorisch getrennt sind: Unmöglichkeit in BGB § 306, im ABGB (der Sittenwidrigkeit unmittelbar vorangestellt) in § 878. Der legislatorische Sinn der Ungültigkeit von Verträgen, die zu unmöglicher Leistung verpflichten, ist fraglich: dass nicht erfüllt werden wird, ist ohnehin klar; von Interesse sind nur die Sanktionsfolgen. Solche wird man jedenfalls dann erwägen müssen, wenn der sich zu Unmöglichem Verpflichtende bei Vertragsschluss die Unmöglichkeit kannte; die Nichtigkeitsfolge, die ihn von Vertragspflichten freistellt, muss jedenfalls durch eine *Culpa-in-contrahendo*-Haftung ergänzt werden. Es darf hier immerhin die Frage gestellt werden, ob nicht die direkte Anwendung des WKR zu einer sachlich adäquateren Lösung führen und zahlreiche Abgrenzungsfragen vermeiden würde⁴².

⁴¹ Herber, Komm. *Schlechtriem*, Art. 4, N. 12, Art. 6, N. 28.

⁴² Stoll (Komm. *Schlechtriem*, Art. 79, N. 21) nimmt zudem mit guten Gründen an, dass die in OR 20 - wie in zahlreichen ausländischen Ordnungen - enthaltene Ungültigkeitsregel als «abdingbare Interpretationsregel» zu verstehen ist. Die Regel ist nicht eine solche der Vertragsgültigkeit, sondern eine solche der Vertragsentstehung und -auslegung (bei Vereinbarung von Unmöglichem - hypocaustum dari - wird Fehlen der Ernsthaftigkeit vermutet), als solche aber vom WKR geregelt und nationalem Recht entzogen.

Ähnliche Gesichtspunkte gelten m.E. auch bei der *nachträglichen Unmöglichkeit i.S.* von OR Art. 119. Nur bleibt hier festzuhalten, dass der normative Gehalt dieser Regel minimal ist; es geht vorab um «dogmatische Konstruktion» ohnehin geltender allgemeiner Grundsätze, die auch dem WKR zugrunde liegen.

5. Insbesondere nicht erfasst: Irrtumsanfechtung, OR Art. 23ff.

Ob betreffend Sacheigenschaften (d.h. Sachmängeln) eine Irrtumsanfechtung zulässig sei, ist kontrovers. Dies wird im Bereich des BGB abgelehnt, jedenfalls nach Lieferung/Gefahrübergang (Sachmängelgewährleistung als die Allgemeinregel von § 119 ausschaltende Sondernorm), während in der Schweiz das Bundesgericht konsequent den Gegenstandspunkt vertritt. Obwohl ich die Praxis des Bundesgerichts für zutreffend halte, neige ich im Rahmen des WKR eher zur Annahme der *Unzulässigkeit der Irrtumsanfechtung*. Zwar wird in Art. 4, lit. a aus dem Anwendungsbereich des WKR die *Geltung* des Vertrages ausgeschlossen. Die Irrtumsfrage betrifft jedoch die *Entstehung* der Verträge und ist jedenfalls Bestandteil des *Konsensproblems* (das ja, über Offerte und Akzept, zum Regelungsbereich des WKR gehört); das Fehlen einer Irrtumsanfechtung im Rahmen des WKR kann als qualifiziertes Schweigen verstanden werden, so dass Irrtumsanfechtung als ausgeschlossen zu gelten hat. Darüber hinaus muss festgehalten werden, dass von der Sache her bei den WKR unterliegenden Verträgen kaum Anwendungsfälle der Irrtumsanfechtung vorstellbar sind. Irrtum bezogen auf Sacheigenschaften kommt hauptsächlich beim *Stückkauf* in Frage: Er bezieht sich auf effektive Eigenschaften der Sache und beruht nicht auf Fehlern der normativen Beschreibung des Leistungsgegenstandes im Rahmen des Vertragsschlusses. Damit bleiben zum vornherein nur ausserhalb der Qualität des Kaufobjektes liegende Irrtümer im Bereich des Möglichen.

Das vorstehend für die Irrtumsanfechtung Gesagte gilt nicht zwangsläufig für die Willensmängel der *Täuschung* und *Drohung* (deren Behandlung sich auch in der Geschichte anders entwickelt hat als jene des Irrtums, der als Dissens- und Nichtigkeitstatbestand verstanden wurde), die diesbezüglichen Regeln können als auf die «Gültigkeit des Vertrages» bezogen gelten und werden daher vom Vorbehalt zugunsten nationalen Rechts von WKR Art. 4, lit. a erfasst.

6. Verjährung

Es steht fest, dass das WKR die Verjährung nicht regelt, demnach also der Anspruch auf Lieferung der Sache bzw. auf Zahlung des Kaufpreises ebenso

wie derjenige auf Schadenersatz nach 10 Jahren gemäss OR Art. 127 verjährt, falls schweizerisches Recht als Subsidiärrecht zur Anwendung gelangt.

Eine Sonderüberlegung fordert das Zusammenspiel von WKR 39/II mit OR Art. 210. Nach WKR wird - wie in OR 210/I - eine Verwirkungsfrist statuiert, innerhalb derer die Mängelrüge erfolgt sein muss, sollen Gewährleistungsansprüche überhaupt entstehen. Die Frist wird von WKR Art. 39/II auf 2 Jahre bemessen, während sie nach OR nur 1 Jahr beträgt. Es steht fest, dass das WKR nicht bloss die Rügefrist verlängert, sondern dass auch die (in OR Art. 210/I ebenfalls enthaltene) Frist der Verjährung der infolge der gerügten Sachmängel bestehenden Ansprüche erstreckt werden muss, da andernfalls die Mängel (nach WKR) zwar noch rügbar, die daraus resultierenden Ansprüche (nach OR) bereits verjährt wären. In wörtlicher Gesetzesanwendung würde Art. 127 OR gelten und die Frist 10 Jahre betragen; eine korrigierende Annahme etwa einer Frist von 2 Jahren lässt sich allerdings nicht ausschliessen (wobei hier das Argument der Gleichbemessung der in Art. 210 OR enthaltenen Rüge- und Verjährungsfrist berufen werden könnte). Falls man sich für die letztere Variante entscheiden will, müsste immerhin daran festgehalten werden, dass i. S. einer echten Verjährung deren Frist erst mit der Entstehung des fraglichen Anspruchs zu laufen beginnt, d.h. bei Sachgewährleistungsansprüchen wohl mit der Entdeckung des Mangels (nicht aber, wie unglücklicherweise in OR Art. 210/I, mit «Ablieferung» der Kaufsache an den Käufer).

VIII. Schlussbemerkungen - Rückwirkungen des WKR auf das Verständnis der nationalen Kaufrechte

Das hier besprochene Kaufrechts- Übereinkommen wird nicht nur auf weiten Strecken den künftigen Welthandel regeln, sondern als Gesetzgebungswerk auch für alle absehbare Zukunft gelten und Wirksamkeit entfalten: Sind schon die nationalen Kaufrechte innerhalb der nationalen Kodifikationen der kontinentaleuropäischen Tradition von erwiesener Langlebigkeit, kann einem internationalen Abkommen, dessen Neufassung wohl grössere Schwierigkeiten im Weg stehen würden, noch grössere Lebenserwartung zuerkannt werden. Diese Perspektive ruft der Frage nach den in den kommenden Jahrzehnten, ja Jahrhunderten, zu erwartenden Auswirkungen. Und zwar geht es, nicht um die praktische Bedeutung des WKR in dessen eigentlichen Anwendungsbereich, sondern vielmehr um dessen Einfluss auf das Kaufrecht schlechthin, d.h. das Verständnis des Kaufs im Rahmen der nationalen Rechtsordnungen.

Beeinflussung der nationalen Kaufrechte durch das WKR steht mit Sicherheit zu erwarten, sie wird in kleinen Ländern, in denen der Anteil des Aussenhandels

am gesamten Geschäftsvolumen am grössten ist, am ausgeprägtesten sein. Dieser Einfluss wird in konkreten Einzelanordnungen sichtbar werden. Es lässt sich nur schwer vorstellen, dass die in der Schweiz traditionelle, vom Schreibenden bereits vor zwei Jahrzehnten kritisierte Überspannung der Anforderungen der Rügepflicht des Käufers⁴³ in bisheriger Form weiterdauern kann; der Richter, der im internationalen Verhältnis und regelmässig bezogen auf Kaufleute eine Verwirkung der Sachgewährleistungs-Ansprüche wegen versäumter Mängelrüge nur unter wesentlich eingeschränkten Voraussetzungen annehmen darf und zudem die Billigkeitsregel von WKR Art. 44 (Minderung oder Schadenersatz trotz versäumter Mängelrüge im Falle «vernünftiger Entschuldigung») berücksichtigen muss, wird kaum geneigt sein, den geschäftsunerfahrenen privaten Käufer mit bisher gewohnter Härte zu behandeln. Oder es wird wohl die in OR Art. 190 enthaltene «Rücktrittsvermutung» neuer Überprüfung zugänglich sein (dazu oben Anm. 23); weitere Beispiele ähnlicher Art werden gewiss folgen.

An dieser Stelle interessieren mehr die Auswirkungen auf das Verständnis des Kaufrechts im Grundsätzlichen. Es wurde oben zu zeigen versucht, dass das WKR mit seiner Ausrichtung auf die Lieferung einer vertraglich-normativ beschriebenen (bei Vertragsschluss jedoch den Parteien nicht vorliegenden) Sache i.S. einer Sale by description einen grundsätzlich neuen Vertragstypus schafft, der näher beim Werkvertrag als beim Kauf im traditionellen Sinne steht und dessen wesentlichste Neuerung darin besteht, dass die Qualität der gelieferten Sache Bestandteil der Leistungspflicht des Verkäufers bildet und Sachmängel, wie Nichtlieferung oder Lieferverspätung, als Verletzung der eigentlichen Leistungspflicht des Verkäufers zu qualifizieren sind, welche die üblichen Nichterfüllungsfolgen (unter Einschluss der Befugnis der eigenen Leistungs-, d.h. Zahlungsverweigerung) nach sich zieht. Wird diese Neuerung in voller Tragweite erkannt, zwingt dies zu erkennen, wie grundlegend das in den nationalen Kaufrechten überlieferte Modell abweicht: Auf den Stückkauf ausgerichtet und in orthodoxem Verständnis auf eine Sache bezogen, die nicht besserungsfähig ist, kann dieser Kaufrechtstypus die Sachqualität nicht zu einer echten Leistungspflicht des Verkäufers machen, da sie ausserhalb des Könnens des Verkäufers liegt. Diese zum WKR gegensätzliche Position in voller Konsequenz sich zu vergegenwärtigen ist deshalb von Bedeutung, da bereits im Bisherigen der das orthodoxe Kaufrechtsverständnis rechtfertigende «technologische Fatalismus» keineswegs in allen Fällen zwingend war und man nicht konsequent dabei bleiben wollte, Sachmängel nur im Rahmen der traditionellen Sachgewährleistung (Wandelung und Minderung) zu sanktionieren, nicht jedoch sie auch gleichzeitig als Vertragsverletzung anzuerkennen. Der Praxis fehlten aber insgesamt klare

⁴³ Vgl. *Bucher*, Der benachteiligte Käufer, in SJZ 1971 1ff., 17ff.

Konturen; es bleibt bei der Feststellung der Anwendbarkeit der Regel von OR Art. 97⁴⁴. Hier wird, so hoffe ich, das Kontrastmodell des Wiener Kaufrechts Anlass der Feststellung sein, dass eine auf die Sachqualität bezogene Vertragspflicht i.e.S. aus sachlogischen Gründen zwar beim Gattungskauf oder beim Verkauf nach technischem Beschrieb, im Falle des Stückkaufs jedoch nur bei technologischer Beeinflussbarkeit der Sachqualität in Frage kommt, eine Vertragshaftung nach OR Art. 97 daher auch bloss in diesen Fällen in Betracht gezogen werden kann; neben die Vertragspflichtverletzung in den Fällen beeinflussbarer Sachqualität tritt bei fehlender Beeinflussbarkeit die Möglichkeit einer Haftung aus «Übernahmeverschulden», d.h. zufolge Vertragsschlusses in Kenntnis (oder schuldhafter Unkenntnis) vertragswidriger, jedoch nicht beeinflussbarer Eigenschaften der Sache. Eine letzte Möglichkeit ist die Übernahme einer Garantie i.S. einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung, welche letztere Variante jedoch m.E. nicht ohne eine zum Kauf i.e.S. hinzutretende vertragliche Zusatzvereinbarung angenommen werden sollte. Über diese Dinge mehr nachzudenken, wird das WKR Anlass sein.

Als weiteren, letzten Gesichtspunkt möchte ich die *Eigentumsverschaffungspflicht* des Verkäufers nennen, die zwar zu einer echten Leistungspflicht gemacht werden könnte, trotzdem nicht auf die Stufe der primären Leistungspflicht gehoben werden darf (und in der romanistischen und deutschsprachigen Tradition auch nicht als echte Leistungspflicht verstanden wurde): Diesfalls könnte der Käufer, obwohl er die Sache erhalten hat und sie ungestört nutzen kann, die Preiszahlung verweigern, was als nicht akzeptabel erscheint. Das traditionelle Kaufrecht verlangt denn auch, als Voraussetzung der Leistungserfüllung bzw. der Entstehung des Kaufpreisanspruchs, vom Verkäufer nichts weiter als faktische Sachübergabe und Vornahme der zum Eigentumsübergang allenfalls notwendigen zusätzlichen Handlungen (und insbesondere das Unterlassen von Eigentumsübergangs-Hinderungen, wie Eigentumsvorbehalt o.dgl.), während der Eintritt des Erfolgs, d.h. Erlangung echter Eigentümerstellung seitens des Käufers, nicht gefordert wird, der Preis auch bei ausgebliebenem Eigentumserwerb geschuldet ist und der Schutz des Käufers ausschliesslich über die Eviktionshaftung im Rahmen kaufrechtlicher Rechtsgewährleistung erfolgt. Auch hier gab es, seit den Zeiten naturrechtlicher Aufklärungsphilosophie, Bestrebungen, welche den Eigentumsübergang in den Status einer prinzipalen Verkäuferpflicht erhoben und damit zu einer Leistungsvoraussetzung machten («Garantieprinzip» o.dgl.). Gegenüber der reinen Eviktionshaftungs-Tradition lässt OR Art. 196 Sanktionen auch bei blosser *Gefahr* der Entwehrung eintreten, während umgekehrt

⁴⁴ Echtes Präjudiz und leading case ist BGE 82 II 139, während in weiteren Entscheidungen (vgl. Hinweise bei *Bucher*, OR Allg. Teil, Zürich 1988, § 4/VII/3/b, S. 105f.) meist obiter dicta vorliegen.

BGB § 440 auch die freiwillige Herausgabe an den besser Berechtigten als Tatbestand der Rechtsgewähr betrachtet (woraus die Lehre Rückschluss auf eine wenigstens teilweise Verwirklichung des Garantieprinzips ableiten will). Wichtiger ist, dass anscheinend heute ein Teil der Literatur dahin zu neigen scheint, gestützt auf den Wortlaut von BGB § 433 («Verkäufer verpflichtet ... Eigentum an der Sache zu verschaffen ...»), dem nicht zum Eigentümer gewordenen Käufer die Einrede der ausstehenden Vertragserfüllung zu gestatten, was m.E. guter kontinentaler Rechtstradition zuwiderläuft, Schemadenken und Fehlen an Sachbezug verrät. Das WKR nun, das den Eigentumsübergang nicht regelt, kann die Eigentumsübertragung weder zur Verkäuferpflicht machen noch an dessen Ausbleiben unmittelbar Sanktionen anknüpfen. Das dem Käufer gebotene Arsenal von Nichterfüllungs-Ansprüchen wird insgesamt nur spielen, wenn dem Käufer infolge von Drittansprüchen praktisch Nachteile entstehen, ein Resultat, das im praktischen Ergebnis von der traditionellen Eviktionshaftung nicht allzuweit abweichen kann. Daraus wird wohl folgen, dass auch die das BGB behandelnde Doktrin sich gezwungen sehen wird, in dieser vielleicht mehr grundsätzlich wichtigen als praktisch bedeutsamen Frage für allenfalls divergierende Auffassungen ernsthafte Sachgründe vorzutragen⁴⁵.

⁴⁵ Lediglich als Fussnote sei nachgetragen, dass der obige, bei der Eigentumsfrage besonders deutlich zutage tretende Gesichtspunkt auch bei den Sacheigenschaften wirksam wird: Die Leistungspflicht einer Vertragspartei muss auf ein einziges Element beschränkt bleiben, oder, umgekehrt gesehen, die Pflicht der Gegenleistung darf nur vom Erfülltsein eines einzigen Elementes abhängen, da andernfalls der Partner aufgrund des Fehlens eines Elementes trotz verwirklichter anderer Elemente mit dem Argument der Nichterfüllung seine Gegenleistung verweigern könnte. Dieser Umstand zwingt, bei jedem Vertragstypus das zentrale Element als massgebliche Leistung herauszustellen und die übrigen Elemente in den Hintergrund zu verweisen. Beim Kauf ist dieses zentrale Element die Sachübergabe und die Verschaffung faktischer Sachherrschaft. Ist dieses Element verwirklicht, ist auch die Preiszahlung geschuldet; es kann dem Käufer nicht gestattet werden, dass er, obwohl den Vertrag nicht auflösend und die Kaufsache besitzend, unter Hinweis auf fehlende Sachqualität oder aber auf noch nicht erfolgten Eigentumserwerb die Preiszahlung verweigert. Noch viel weniger dürfte man umgekehrt dem Verkäufer, der keine Lust hat zu erfüllen, die Berufung auf Vertragsungültigkeit infolge Unmöglichkeit (der Verschaffung der Ware als mangelfreie, oder der Eigentumsverschaffung) einräumen: Dem Verkäufer mangelbehafteter Ware kann man aufgrund der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht sowenig einräumen wie dem Verkäufer einer gestohlenen Sache infolge der Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung.