

## «The burning Fireball»

### Bachelorklausur im Privatrecht

Thomas Koller\*

Der nachfolgende Fall wurde an der Bachelorklausur im Privatrecht vom 9. Juli 2007 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Aufgabe gestellt. Die Bearbeitungszeit für die Klausur belief sich auf fünf Stunden. Als erlaubte Hilfsmittel standen den Studierenden erstmals ihre eigenen Gesetzestexte zur Verfügung, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Insgesamt 123 Studierende haben die Klausur geschrieben. 86 Arbeiten (69,9%) waren genügend und besser (Note 4 und höher), 37 Arbeiten (30,1%) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). 22% der Arbeiten konnten mit einer guten oder sehr guten Note (Note 5 und höher) bewertet werden.

### A. Aufgabenstellung

X ist Landwirt und bewirtschaftet mit modernen Maschinen einen grossen Hof im süddeutschen Raum. Zu Beginn des Jahres 2002 begann er sich nach einem leistungsfähigen neuen Traktor umzusehen, wobei er sich – in der Hoffnung, etwas Geld zu sparen – auch für Occasionsmaschinen mit nicht allzu vielen Betriebsstunden interessierte. Im Rahmen seiner Nachforschungen stiess er im Internet auf der Website der Y AG (einer in der Schweiz ansässigen mittelständischen Unternehmung, welche mit Landmaschinen handelt) auf ein verlockendes Angebot. Die Y AG hatte einen nur zu Vorführzwecken gebrauchten und hauptsächlich als Ausstellungsmodell verwendeten Traktor des Typs «Fireball» der englischen Herstellerin «K Agricultural Equipment Ltd.» (KAEL) zum attraktiven Preis von Fr. 180 000.– zu verkaufen.

Der technikgläubige X war beeindruckt von der umfangreichen Produktebeschreibung mit Sätzen wie «Die Selectronic-Gruppenschaltung ermöglicht die Vorwahl des benötigten Gruppenganges», «Der elektronisch geregelte Frontkraftheber bietet maximalen Komfort» usw. Daher sandte er der Y AG am 6. August 2002 ein E-Mail und bestellte diesen Traktor. Zwei Tage später bestätigte die Y AG die Bestellung schriftlich («Lieferung nach Eingang des Kaufpreises; Lieferkosten zu unseren Lasten»). Dem Schreiben der Y AG lagen eine Rechnung über den Betrag von Fr. 180 000.–, mehrere farbige Prospekte über KAEL-Traktoren sowie ein mit

«Generelle Lieferkonditionen» überschriebenes Blatt bei, das X – als moderner Mensch jedem Papierkram abhold – zusammen mit der Rechnung und dem Antwortschreiben ungelesen in einen Ordner ablegte. In diesen «Generellen Lieferkonditionen» finden sich unter anderem die folgenden Bestimmungen:

«Ziff. 2: *Verbindlichkeit des Vertrages*

Der vorliegende Vertrag ist mit der Zahlung des Kaufpreises verbindlich. Ein Rücktritt ist ausgeschlossen.

...

Ziff. 5: *Garantie und Haftung*

Die Verkäuferin leistet volle Fabrikgarantie. Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen.

...

Ziff. 13: *Anwendbares Recht*

Der Vertrag untersteht schweizerischem Recht.»

Am 13. August 2002 bezahlte X die Rechnung, woraufhin die Y AG den Traktor am 20. August 2002 einem Camionneur übergab, der ihn noch am Abend desselben Tages bei X ablieferte.

---

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

Meinen Assistenten danke ich herzlich für die konstruktiv-kritische Mithilfe bei der Ausarbeitung des Prüfungsfalles und der Aufbereitung des vorliegenden Manuskripts zur Publikation. Der Text wurde am 13. August 2007 abgeschlossen.

In der Folge benutzte X den Traktor rege. In den ersten Monaten war er mit dem Traktor auch sehr zufrieden. Im Verlauf des Sommers 2003 tauchten allerdings Probleme mit der Elektronik auf und einige Anzeigen des Armaturenbrettes wurden sehr heiss. Vorerst mass X diesen Vorkommnissen keine weitere Bedeutung zu, da er annahm, diese seien eine Folge des ausserordentlichen Hitzesommers, der über Wochen hinweg zu Temperaturen von über 35° Celsius geführt hatte. Als die Probleme dann aber immer häufiger auftraten, benachrichtigte X am 7. September 2003 die Y AG. Diese teilte ihm telefonisch mit, an sich sei die Garantiedauer abgelaufen, aber man sei aus Goodwill bereit, einen Techniker der KAEL, der sich ohnehin in der Nähe befinde, vorbeizusenden, der sich der Sache annehmen werde. Am andern Tag kam der Techniker wie versprochen bei X vorbei und wechselte ein paar elektronische Teile aus. In den folgenden Tagen musste X allerdings feststellen, dass die Probleme dadurch nicht behoben waren. Die Störungen wurden sogar immer schlimmer. Er rügte erneut und die Y AG sandte daraufhin den Techniker der KAEL ausdrücklich «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» nochmals zu X. Der Techniker wechselte wieder mehrere elektronische Teile aus, abermals ohne Erfolg. Da der Traktor nunmehr nur noch in beschränktem Masse einsatzfähig war, schrieb X der Y AG am 30. September 2003 einen Brief und verlangte die Behebung der Störungen binnen sieben Tagen. In diesem Schreiben hielt X zudem fest, dass er sich vorbehalte, sein Geld zurückzuverlangen und den Traktor zurückzugeben, falls diese Störungen nicht innert Frist behoben werden sollten. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2003 lehnte die Y AG jegliche Verantwortung für die Probleme mit der Begründung ab, die Garantiedauer sei abgelaufen.

In der Nacht vom 3. auf den 4. Oktober 2003 brach in der Scheune des X ein Feuer aus, welches den Traktor total zerstörte und weitere landwirtschaftliche Maschinen des X teilweise erheblich beschädigte. Die Untersuchung des Brandfalles durch die zuständigen deutschen Behörden ergab, dass das Feuer auf eine Überhitzung in der Elektronik des Traktors zurückzuführen war. Es stellte sich zudem heraus, dass bei der Herstellung des Traktors ein elektronisches Bauteil aus einer anderen Produktlinie eingebaut worden war, welches zur Überhitzung und anschliessend zum Brand geführt hatte.

Für die Y AG und den Techniker der KAEL war dieser Fehler in der komplizierten Elektronik des modernen Traktors mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln nicht erkennbar gewesen. Im Anschluss an die behördlichen Abklärungen wurden die (wertlosen) Überreste des Traktors entsorgt.

Der von X beigezogene Anwalt machte in der anschliessenden Auseinandersetzung gegenüber der Y AG folgende Schadenposten geltend:

- Fr. 20000.– für von der Versicherung nicht gedeckte Schäden an verschiedenen landwirtschaftlichen Maschinen,
- Fr. 5000.– für entgangenen Gewinn, weil die beschädigten Maschinen nicht sofort ersetzt werden konnten und dies einen Produktionsausfall in dieser Grössenordnung zur Folge hatte.

Zudem erklärte der Anwalt von X zwei Wochen nach dem Brand, der Kaufvertrag werde aufgelöst und die Y AG habe den Kaufpreis von Fr. 180000.– (abzüglich der von der Versicherung bezahlten Summe von Fr. 140000.–) samt Zins zurückzubezahlen.

Die Y AG lehnte all diese Forderungen unter Hinweis auf ihre «Generellen Lieferkonditionen» ab. Die von der Y AG beigezogene Anwältin machte geltend, gemäss Ziff. 2 sei ein Rücktritt vom Vertrag ausgeschlossen. Zudem würden X gemäss Ziff. 5 nur die Ansprüche aus der Fabrikgarantie zustehen. Die KAEL gewähre den Käufern in ihrer Fabrikgarantie bloss das Recht auf kostenlose Behebung allfälliger Mängel während zwölf Monaten ab Lieferung, mehr aber nicht. Schadenersatz schulde die Y AG nicht, weil solche Ansprüche nach Vertrag ausgeschlossen seien. Sodann treffe die Y AG auch kein Verschulden am eingetretenen Schaden, da der Fehler in der Elektronik für sie nicht erkennbar gewesen sei und zudem ausschliesslich die KAEL den Mangel zu verantworten habe. Im Übrigen habe X den Traktor während mehr als eines Jahres nutzen können, was selbstredend nicht ohne Entschädigung möglich wäre.

Am 10. Juli 2004 reichte der Anwalt von X beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht in der Schweiz Klage gegen die Y AG ein, mit der er die erwähnten Forderungen geltend machte. In Anwendung des schweizerischen Obligationenrechts wies das Gericht in der Folge die Klage ab. In den rechtlichen Erwägungen des Urteils wurde festgehalten, dass die «Sofortigkeit» der Rüge nach Art. 201 Abs. 1 und

3 OR zwar gegeben sei und im Übrigen von der Verkäuferin nicht bestritten werde. Auch schlössen die «Generellen Lieferkonditionen» der Y AG bei sachgerechter Interpretation eine Wandelung nicht aus, wohl aber sämtliche Schadenersatzansprüche. Die Mängel des Traktors seien indessen nach Ablauf der Frist von Art. 210 Abs. 1 OR und damit verspätet gerügt worden. Deshalb seien so oder anders alle von X geltend gemachten allfälligen Ansprüche untergegangen. Die Schadenersatzforderungen seien schliesslich auch deshalb nicht begründet, weil sich die Y AG im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR exkulpiert habe. X zog dieses Urteil an das zuständige Obergericht weiter, welches jedoch das erstinstanzliche Urteil mit Entscheid vom 15. April 2007, dem Anwalt des X schriftlich zugestellt am 27. Juni 2007, vollumfänglich mit der gleichen Begründung bestätigte.

Von diesem Prozessausgang enttäuscht, entzog X seinem Anwalt das Mandat und wandte sich am 6. Juli 2007 an das Büro, in dem Sie als Praktikantin/Praktikant angestellt sind. Ihre Chefin zieht einen Weiterzug ans Bundesgericht in Betracht (innerkantonale steht X kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung). Sie vermutet, dass X besser fahren würde, wenn der Fall nicht nach schweizerischem Obligationenrecht, sondern nach UN-Kaufrecht (CISG) beurteilt würde, und ist überzeugt, dass mit der Rechtswahlklausel in Ziff. 13 der «Generellen Lieferkonditionen» das CISG nicht abgewählt worden ist (sofern diese Lieferkonditionen überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind). Sie übergibt Ihnen das Dossier mit der Bitte um Abklärung folgender Fragen unter der Annahme, es werde ihr gelingen, das Bundesgericht von der Auffassung zu überzeugen, dass in casu das CISG grundsätzlich anwendbar sei (**die Anwendungsvoraussetzungen des CISG sind im Folgenden somit nicht zu prüfen, sondern Sie haben bei der Beantwortung der untenstehenden Fragen davon auszugehen, dass das CISG anwendbar ist**).

1. Welches Rechtsmittel kommt für den Weiterzug in Betracht, sind dessen Voraussetzungen erfüllt und bis wann müsste es spätestens eingereicht werden (Ihre Chefin ist in den kommenden drei bis vier Wochen aus privaten Gründen oft abwesend)? **9 Punkte**
2. Sind die «Generellen Lieferkonditionen» Vertragsbestandteil geworden? **6 Punkte**

3. Sind die Voraussetzungen der Schadenersatzforderungen des X gegeben, falls die «Generellen Lieferkonditionen» *nicht* Vertragsbestandteil geworden sind? **11 Punkte**
4. Was sind die Auswirkungen der «Generellen Lieferkonditionen» auf die unter Frage 3 geprüften Schadenersatzansprüche, sofern die Konditionen als Ganzes Vertragsbestandteil geworden sind? **9 Punkte**
5. Sind die Voraussetzungen für die Rückforderung des Kaufpreises gegeben, falls die «Generellen Lieferkonditionen» *nicht* Vertragsbestandteil geworden sind? **11 Punkte**

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

Bei Ihren Überlegungen können Sie weiter davon ausgehen, dass die Höhe der geltend gemachten Schadenposten feststeht. Allfällige deliktische Ansprüche haben Sie aufgrund einer ausdrücklichen Anordnung Ihrer Chefin nicht zu prüfen.

Ebenso brauchen Sie die Auswirkungen der «Generellen Lieferkonditionen» auf die Frage, ob der Kaufpreis zurückgefordert werden kann, nicht zu untersuchen. Denn Ihre Chefin meint, diese Lieferkonditionen würden ja – falls sie überhaupt Vertragsbestandteil geworden seien – einen allfälligen «Wandelungsanspruch» nicht ausschliessen, wie die beiden Vorinstanzen überzeugend dargelegt hätten.

Auch um die (hypothetische) Frage der Verjährung der Sachmängelgewährleistungsansprüche brauchen Sie sich gemäss Anweisung Ihrer Chefin nicht zu kümmern, da die Verjährung weder nach der Genfer Praxis zum UN-Kaufrecht (zwei Jahre ab Lieferung) noch nach der Berner Praxis (ein Jahr ab Anzeige der Vertragswidrigkeit) eingetreten ist.

### *Hinweise*

- Die Antworten sind unter Angabe der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen zu begründen.
- Für die Zeiteinteilung kann die Punkteverteilung zu den einzelnen Fragen herangezogen werden. Bei Frage 1 sind allerdings die Punkte mit weniger Zeitaufwand zu gewinnen, da hier für die einzelnen Gesichtspunkte nur kurze Begründungen erwartet werden.

- Halten Sie sich bei der Bearbeitung an die durch die Fragen vorgegebene Struktur und gehen Sie nur auf Gesichtspunkte ein, die für die Beantwortung der gestellten Fragen notwendig sind. Es liegt auf der Hand, dass der Fall noch weitere interessante Aspekte aufweist, welche durch die Fragestellungen nicht abgedeckt sind.

## B. Lösungsskizze\*\*

### Frage 1

Da X gegen den Entscheid des Obergerichts innerkantonale kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine *Beschwerde in Zivilsachen* ans Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. BGG erfüllt sind. Andernfalls käme nur noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Betracht (Art. 113 BGG).

Eine Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG kann gegen Entscheide in *Zivilsachen* erhoben werden (Art. 72 Abs. 1 BGG). In casu geht es um Forderungen aus einem internationalen Kaufvertrag, also zweifellos um eine Zivilsache im Sinne des Gesetzes. *Beschwerdegrund* ist hier die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und von Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG), weil geltend gemacht wird, das UN-Kaufrecht sei von den kantonalen Gerichten zu Unrecht nicht angewandt worden, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei unrichtig ausgelegt worden und die von X geltend gemachten Ansprüche würden bei korrekter Interpretation des CISG und des Kaufvertrages bestehen.

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann die Beschwerde nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG nur bei einem *Streitwert von mindestens Fr. 30'000.–* ge-

führt werden. Auch dieses Kriterium ist klar erfüllt, waren doch vor der Vorinstanz (vgl. dazu Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG) Begehren im Umfang von Fr. 65'000.– streitig. Angefochten werden können gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG Entscheide *letzter kantonalen Instanzen*, die als obere Gerichte entschieden haben (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BGG) und gegen die im Kanton kein ordentliches Rechtsmittel mehr erhoben werden kann. Gemäss Sachverhalt steht X gegen das Urteil des Obergerichts innerkantonale kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung, weshalb der *kantonale Rechtsmittelzug ausgeschöpft* ist und somit die Voraussetzungen von Art. 75 BGG gegeben sind. Art. 90 BGG verlangt zudem, dass es sich um einen *Endentscheid* handelt, der das Verfahren abschliesst. Da das Obergericht die Klage von X materiell beurteilt und abgewiesen hat, handelt es sich bei seinem Urteil um einen solchen Endentscheid. Art. 76 Abs. 1 BGG schliesslich bestimmt, dass zur Beschwerde berechtigt ist, *wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat*. X hat am Verfahren vor dem Obergericht teilgenommen und sein Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids ist ein vermögensrechtliches; es handelt sich damit um ein rechtlich geschütztes Interesse.

Somit sind sämtliche Voraussetzungen für eine Beschwerde in Zivilsachen erfüllt. Die Beschwerde muss innerhalb von *30 Tagen nach Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids* der Vorinstanz begründet und unterschrieben beim Bundesgericht eingereicht werden (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 BGG). Der angefochtene Entscheid wurde dem ersten Anwalt des X am 27. Juni 2007 zugestellt, womit die Frist gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG am 28. Juni 2007 zu laufen beginnt und damit am 27. Juli 2007 ablaufen würde. Dieses Datum fällt jedoch in die *Gerichtsferien* vom 15. Juli bis und mit 15. August, während deren Dauer die Frist gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG still steht. Da die Frist nach Tagen bestimmt ist, ruht sie während der Ferien und läuft erst danach weiter<sup>1</sup>. Vor den Ferien sind erst 17 Tage vergangen, d.h. nach dem 15. August verbleiben von der Frist weitere 13 Tage. Daher muss die Beschwerde spätestens am 28. August 2007 beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG).

\*\* Die in dieser Lösungsskizze in den Fussnoten aufgeführten Hinweise zu Bundesgerichtsentscheiden und Literaturstellen konnten in den Klausuren selbstverständlich nicht erwartet werden, da die Studierenden an der Prüfung über keine entsprechende Dokumentation verfügten.

<sup>1</sup> HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2007, Art. 46 N 2.

## Frage 2

Die «Generellen Lieferkonditionen» stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar. Die Frage, ob solche AGB Vertragsbestandteil geworden sind, beurteilt sich nach UN-Kaufrecht und nicht nach dem vom IPR bestimmten nationalen Recht<sup>2</sup>.

Die Ausschreibung auf der Website der Y AG stellt lediglich eine Einladung zur Offertstellung dar, da sie an ein unbestimmtes Publikum gerichtet ist (Art. 14 Abs. 2 CISG). Das E-Mail des X vom 6. August 2002 dagegen erfüllt sämtliche Anforderungen an eine *Offerte* i.S.v. Art. 14 Abs. 1 CISG. Fraglich ist, ob die schriftliche Bestätigung der Y AG als Annahme gemäss Art. 18 CISG gedeutet werden kann. Denn diesem Schreiben liegen die (umstrittenen) AGB bei, mit welchen die Y AG – wie sich im anschliessenden Konfliktfall zeigt – ihre Haftung gegenüber dem X beschränken will. Die Antwort enthält somit eine Einschränkung bzw. Abweichung, welche die Bedingungen des Angebots wesentlich modifiziert (Art. 19 Abs. 3 CISG); sie ist daher als Ablehnung der Offerte und als *Gegenangebot* zu betrachten (Art. 19 Abs. 1 CISG). Diese Gegenofferte hat X gemäss Art. 18 Abs. 3 CISG durch *Bezahlung des Kaufpreises* angenommen. Somit ist der Kaufvertrag als solcher zustande gekommen (was im Übrigen auch von keiner Partei bestritten wird).

Ob damit auch die AGB der Y AG als Ganzes zum Vertragsbestandteil geworden sind, ist nach Art. 8 CISG zu prüfen<sup>3</sup>. In casu wurden die AGB dem X zusammen mit dem Antwortschreiben, der Rechnung und den Prospekten zugestellt und von X ungelesen in einem Ordner abgelegt. X hätte somit zumindest theoretisch die Möglichkeit gehabt, die AGB durchzusehen und deren Inhalt zur Kenntnis zu nehmen. Ob X seinerzeit den (effektiven) Willen i.S.v. Art. 8 Abs. 1 CISG hatte, diese AGB global zu akzeptieren, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor; aufgrund der Umstände ist dies eher zu bezweifeln. Massgebend ist daher Art. 8 Abs. 2 CISG. *Zu prüfen ist, ob die Y AG davon ausgehen durfte, dass eine vernünftige Person in der gleichen Lage wie X mit der Zahlung des Kaufpreises auch die ihrem Antwortschreiben beigelegten AGB global akzeptiert hätte.* Dies hängt davon ab, ob man von einem vernünftigen Menschen erwarten kann zu erkennen, dass

nicht nur dem Antwortschreiben selbst, in dem sich offenbar kein Hinweis auf die AGB findet, sondern auch dem mit «Generelle Lieferkonditionen» überschriebenen Dokument rechtliche Bedeutung zukommt. Von einem modernen Grossbauern, der einen Traktor für Fr. 180000.– kauft, wird man das i.d.R. wohl annehmen dürfen. Etwas anderes würde gelten, wenn der Titel des Dokumentes unauffällig gedruckt sein sollte, sodass man X zugute halten könnte, er habe die AGB nicht als solche erkennen müssen, weil sie im Wust der andern Papiere nicht aufgefallen seien. Der (insoweit lückenhafte) Prüfungssachverhalt liefert dazu zu wenig Anhaltspunkte. Je nachdem, was das Obergericht in seinem Urteil zu diesem Punkt als Sachverhalt für das Bundesgericht verbindlich festgestellt hat (Art. 97 Abs. 1 BGG), kann X mit dem Argument, gestützt auf Art. 8 Abs. 2 CISG habe die Y AG nicht darauf vertrauen dürfen, dass er die Lieferkonditionen global akzeptiert habe, durchdringen oder nicht.

**Korrekturhinweis:** In den Klausuren waren somit beide Ergebnisse möglich. Massgebend für die Bewertung war die Gedankenführung.

## Frage 3

Gemäss Art. 74 Satz 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG kann der Käufer Schadenersatz für den ihm entstandenen Verlust, einschliesslich des entgangenen Gewinns, verlangen, wenn dieser *die Folge einer Vertragsverletzung des Verkäufers* ist. Dieser Schadenersatz darf jedoch den Verlust nicht übersteigen, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte

<sup>2</sup> THOMAS KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 65. Geburtstag, hrsg. von Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch, Zürich 2002, 223 ff., spez. 236 ff.; CHRISTOPH BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004, Art. 4 CISG N 41 ff.

<sup>3</sup> TH. KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), 236.

voraussehen müssen (Art. 74 Satz 2 CISG). Erklärt der Käufer die Aufhebung des Vertrages, so verliert er das Recht, Schadenersatz zu verlangen, nicht (Art. 45 Abs. 2 CISG). Keinen Schadenersatz schuldet der Verkäufer, wenn er sich i.S.v. Art. 79 CISG entlasten kann. Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind im Folgenden zu prüfen.

### a) Vertragsverletzung

Gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. Die Bestimmung der erforderlichen Warenbeschaffenheit richtet sich nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung (subjektiver Fehlerbegriff)<sup>4</sup>. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so bestimmt sich die Vertragsmässigkeit der Ware nach Art. 35 Abs. 2 CISG. Gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird. Dabei sind die vernünftigen Qualitätserwartungen im Einzelfall entscheidend und zudem darf die Ware nicht Gefahren schaffen, mit denen der Käufer nicht zu rechnen hat<sup>5</sup>. In casu durfte X davon ausgehen, dass er den Traktor störungsfrei benutzen kann. Von einem Traktor kann erwartet werden, dass er keine falschen Bauteile enthält, die seine Funktionen beeinträchtigen und zu einer Überhitzung führen. Gerade bei elektronischen Komponenten darf eine entsprechende Fehlerlosigkeit vom Käufer vorausgesetzt werden, zumal solche Fehler bekanntermassen eine gewisse Gefahrenquelle darstellen. Folglich hat die Y AG gemäss Art. 35 CISG eine Vertragsverletzung begangen. Da das falsche Bauteil schon bei der Herstellung eingebaut worden war, bestand die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt des Gefah-

renübergangs; das erst spätere Zutagetreten derselben ist gemäss Art. 36 Abs. 1 CISG nicht relevant.

### b) Rügebefristung

Nach Art. 38 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 CISG muss der Käufer die Ware innerhalb kurzer Zeit untersuchen und eine allfällig festgestellte Vertragswidrigkeit innerhalb angemessener Frist rügen. Gemäss Sachverhalt wird die Einhaltung der Prüfungs- und Rügefristen i.S.v. Art. 201 OR von der Y AG nicht bestritten. Da Art. 39 Abs. 1 CISG anders als Art. 201 OR nicht eine sofortige Rüge nach Entdeckung der Vertragswidrigkeit, sondern bloss eine Anzeige binnen angemessener Frist verlangt, muss die Rechtzeitigkeit der Rüge unter UN-Kaufrecht erst recht angenommen werden.

**Korrekturhinweis:** Im Übrigen wäre die Rügefrist wohl auch sonst eingehalten: In Frage stehen könnte einzig der Umstand, dass X das Heisslaufen der Elektronik nicht sofort gerügt hatte, sondern dieses zuerst auf die Temperaturen des Jahrhundertsommers 2003 zurückführte. Eine effektive «Feststellung» des Mangels kann man wohl erst im Zeitpunkt annehmen, als die Störungen immer häufiger auftraten und damit effektiv erkennbar wurden. Von diesem Zeitpunkt an lief die Rügefrist gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG, die bei Vertragswidrigkeiten an dauerhaften Gütern nach in Deutschland und in der Schweiz anerkannter Lehre auf ca. einen Monat anzusetzen ist<sup>6</sup>.

Der Einwand der Y AG, die Garantiefrist sei auf jeden Fall abgelaufen, da die KAEL Mängelbehebung bloss innert zwölf Monaten gewähre, trifft zudem ins Leere, wenn die AGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG verwirken die Rechte des Käufers, wenn er die Vertragswidrigkeit nicht nach zwei Jahren ab der tatsächlichen Übergabe der Ware anzeigt. Zwischen der Übergabe der Sache (20. August 2002) und dem Zeitpunkt der Rüge (erste Rüge 7. September 2003, letzte Rüge 30. September 2003) waren keine zwei Jahre vergangen, womit die Ansprüche des X nach UN-Kaufrecht (anders als nach schweizerischem Obligationenrecht) nicht verwirkt sind.

### c) Die Kausalität und die Voraussehbarkeit des Schadens

Der Einbau des falschen Bauteils war – wie die Feststellungen der zuständigen Behörden ergeben haben –

<sup>4</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 35 CISG N 4; SCHWENZER, Art. 35 CISG N 6, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), hrsg. von Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, 4. Aufl. München 2004 (im Folgenden: Schlechtriem/Schwenzer/Bearbeiter).

<sup>5</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 35 CISG N 8 m.w.Hw.; ausführlich zum Fehlerbegriff SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Fn. 4), Art. 35 CISG N 14 ff.

<sup>6</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Fn. 4), Art. 39 CISG N 17.

die Ursache des Brandes und damit auch der geltend gemachten Schadenposten. Diese sind somit i.S.v. Art. 74 CISG «infolge der Vertragsverletzung» entstanden. Das Kriterium der *natürlichen Kausalität* ist erfüllt.

Des Weiteren ist zu prüfen, ob der entstandene Schaden für die Y AG *voraussehbar* war. Für die Voraussehbarkeit wird ein *objektiver Massstab* angelegt. Ob ein Schaden zur Zeit des Vertragsschlusses voraussehbar war, muss durch Auslegung des Vertrages nach Art. 8 CISG ermittelt werden<sup>7</sup>. Anhaltspunkt für die Beurteilung der Lage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist der damals vorgesehene Verwendungszweck des Traktors.

Dass Fehler in der Elektronik eines Fahrzeuges einen Brand verursachen können, ist ein für jedermann erkennbares Risiko und damit voraussehbar. Schäden an weiteren Rechtsgütern des Käufers (Mangelfolgeschäden) erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Voraussehbarkeit, sofern die Ware bestimmungsgemäss verwendet wurde<sup>8</sup>. Dass ein durch den Mangel am Traktor verursachtes Feuer die umstehenden Maschinen beschädigen würde, ist ohne weiteres voraussehbar. Dasselbe gilt bei entgangenem Gewinn für einen Betriebsausfall, wenn der Verkäufer weiss oder damit rechnen muss, dass die Ware für einen entsprechenden Betrieb eingesetzt werden soll<sup>9</sup>. Die Y AG musste selbstredend davon ausgehen, dass X den Traktor in seinem Bauernbetrieb verwenden wird. Obwohl der Schaden nicht direkt durch den Ausfall des Traktors, sondern durch den Ausfall der beschädigten Maschinen entstanden ist, kann die Voraussehbarkeit bezüglich des Betriebsausfalls aufgrund der in voraussehbarer Weise beschädigten Maschinen bejaht werden. Somit sind auch der Betriebsausfall und der damit entgangene Gewinn voraussehbar. Nicht erforderlich ist, dass die konkrete Höhe des eingetretenen Schadens vorausgesehen werden kann<sup>10</sup>; es genügt, wenn mit einem Schaden in der entsprechenden Höhe vernünftigerweise gerechnet werden muss. Das ist bei beiden vorliegend geltend gemachten Schadenposten, die nicht sehr hoch sind, der Fall.

#### d) Die Entlastung nach Art. 79 CISG

Gemäss Art. 79 Abs. 1 CISG hat eine Partei für die Nichterfüllung ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem

*ausserhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht* und von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Dies trifft zu bei objektiv nicht beherrschbaren Risiken, die der vertragsbrüchigen Partei vertraglich nicht zugewiesen werden können<sup>11</sup>. Die Haftung nach Art. 79 CISG ist relativ streng; eine Entlastung des Vertragsbrüchigen kommt daher selten in Betracht<sup>12</sup>.

Art. 79 CISG findet auch bei der Lieferung vertragswidriger Ware Anwendung. *Zulieferer oder Vorlieferanten gehören in den Risikobereich des Verkäufers i.S.v. Art. 79 Abs. 1 CISG*<sup>13</sup>; hat der Verkäufer von einem Lieferanten fehlerhafte Ware erhalten, so vermag ihn dies daher gegenüber seinem Abnehmer nicht zu entlasten.

**Korrekturhinweis:** *Lieferanten gelten nicht als Dritte i.S.v. Art. 79 Abs. 2 CISG. Für sie hat der Verkäufer nach Abs. 1 einzustehen. Von den Studierenden konnte diese Differenzierung allerdings nicht erwartet werden.*

Der Einwand der Y AG, der Mangel sei einzig durch die KAEL verursacht worden und habe durch deren Techniker nicht behoben werden können, geht somit fehl, da die KAEL eindeutig zur Risikosphäre der Y AG gehört. Auch die Feststellung der Behörden, dass die Ursache der Überhitzung weder für die Y AG noch für den Techniker der KAEL erkennbar gewesen war, hat keine Befreiung nach Art. 79 CISG zur Folge. Denn Art. 79 CISG begrün-

<sup>7</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 74 CISG N 12; ULRICH MAGNUS, Art. 74 CISG N 35, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung von Ulrich Magnus 2005, Berlin 2005 (im Folgenden: Staudinger/Magnus).

<sup>8</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/STOLL/GRUBER (Fn. 4), Art. 74 CISG N 47; BRUNNER (Fn. 2), Art. 74 CISG N 46 f.; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 74 CISG N 46 f.

<sup>9</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 74 CISG N 39.

<sup>10</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 74 CISG N 12.

<sup>11</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 79 CISG N 7; BRUNNER (Fn. 2), Art. 79 CISG N 1.

<sup>12</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 79 CISG N 1; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 79 CISG N 7.

<sup>13</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 79 CISG N 14 und N 22.

det keine Verschuldenshaftung, sondern eine Garantiehaftung. Für Konstruktions- und Fabrikationsfehler hat der Verkäufer nach h.L. auch dann einzustehen, wenn er die Ware nicht selbst hergestellt hat<sup>14</sup>. Dass die KAEL ein elektronisches Bauteil einer anderen Produktlinie in den Traktor eingebaut hat, liegt somit immer noch im Einflussbereich der Y AG. Die Y AG kann sich folglich nicht gemäss Art. 79 CISG entlasten.

#### e) Fazit

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruches über Fr. 20 000.– für von der Versicherung nicht gedeckte Schäden an verschiedenen landwirtschaftlichen Maschinen sowie über Fr. 5 000.– für entgangenen Gewinn, weil die beschädigten

Maschinen nicht sofort ersetzt werden konnten, sind somit erfüllt<sup>15</sup>.

#### Frage 4

Hier stellt sich die Frage, ob die Klausel in Ziff. 5 der AGB die geprüften Schadenersatzansprüche ausschliesst. Solche Ansprüche sind gemäss Art. 6 CISG grundsätzlich abdingbar; es handelt sich um *dispositives Recht*<sup>16</sup>.

Die Tragweite von AGB-Klauseln ist durch *Auslegung in Anwendung des UN-Kaufrechts* (und nicht in Anwendung des schweizerischen OR) zu ermitteln. Im Falle eines für den Gegner des Verwenders ungünstigen Auslegungsergebnisses ist nach allgemeinen internationalen Grundsätzen, die dem Übereinkommen zugrunde liegen (Art. 7 Abs. 2 CISG), zu prüfen, ob die fragliche Klausel trotz *global erklärter Zustimmung zu den AGB als Ganzes ausnahmsweise vom Konsens nicht gedeckt ist*. Dabei kommen im Wesentlichen ähnliche Prinzipien zum Tragen, wie sie für die *Ungewöhnlichkeitsregel* nach schweizerischem Recht gelten<sup>17</sup>. Die Frage der *Zulässigkeit von Freizeichnungsbeschränkungen* dagegen würde sich nach schweizerischem Recht beurteilen, da es sich dabei um eine Gültigkeitsfrage handelt (Art. 4 lit. a CISG)<sup>18</sup>. Auf Letzteres braucht hier jedoch nicht näher eingegangen werden, da eine allfällige Freizeichnung der Y AG offenkundig weder die Schranke von Art. 100 OR noch diejenige von Art. 199 OR verletzt.

**Korrekturhinweis:** *Damit kann in casu auch offen bleiben, wie sich die beiden Bestimmungen des schweizerischen Rechts zueinander verhalten, wenn Sachmangelgewährleistungsansprüche in Frage stehen*<sup>19</sup>.

Ziff. 5 der AGB besagt Folgendes: «Die Verkäuferin leistet volle Fabrikgarantie. Weiter gehende Ansprüche sind ausgeschlossen.» Die Tragweite dieser Bestimmung ist i.S.v. Art. 8 CISG auszulegen. Dabei ist gemäss Art. 8 Abs. 1 CISG in erster Linie auf den wirklichen Willen abzustellen, sofern die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Zum wirklichen Willen der Parteien über Ziff. 5 der Lieferkonditionen fehlen im Sachverhalt jedoch tragfähige Hinweise. In zweiter Linie wird *auf den objektiven Erklärungsgehalt abgestellt, der nach Treu und Glauben (Vertrauens-*

<sup>14</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7) Art. 79 CISG N 26; BRUNNER (Fn. 2), Art. 79 CISG N 22 i.V.m. N 21; einschränkender SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/STOLL/GRUBER (Fn. 4), Art. 79 CISG N 40.

<sup>15</sup> Gemäss Art. 78 CISG würde der Verkäufer auch noch Zinsen schulden. Ob der erste Anwalt von X solche geltend gemacht hat, lässt sich dem Prüfungssachverhalt nicht entnehmen.

<sup>16</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 45 CISG N 17; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN (Fn. 4), Art. 45 CISG N 36; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 45 CISG N 45.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Art. 2.1.20 (1) Unidroit Principles 2004 («No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.»).

Im Kommentar der Unidroit zu diesem Artikel steht dazu treffend: «An important exception ... is, however, laid down in this article which states that, notwithstanding its acceptance of the standard terms as a whole, the adhering party is not bound by those terms which by virtue of their content, language or presentation are of such a character that it could not reasonably have expected them.» (Unidroit International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit Principles 2004, Rome 2004, 68).

<sup>18</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 4 CISG N 13 und 47; vgl. zur AGB-Kontrolle im Spannungsfeld zwischen Einheitskaufrecht und nationalem Schuldrecht einlässlich TH. KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), 235 ff.

<sup>19</sup> Siehe zu dieser Frage etwa THOMAS KOLLER, in: Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, hrsg. von Thomas Koller/Ivo Schwander, St. Gallen 2004, 365 Bemerkung 4a, m.Nw.

prinzip) im Einzelfall zu ermitteln ist, d.h. massgebend ist gemäss Art. 8 Abs. 2 CISG die Sicht eines vernünftigen Dritten in derselben Situation<sup>20</sup>. Bei einer derart objektivierten Auslegung von AGB kommt zudem die auch im internationalen Vertragsrecht anerkannte *Unklarheitenregel* (contra-proferentem-Regel) zum Tragen; im Zweifel ist das Verständnis des vernünftigen Empfängers massgeblich<sup>21</sup>.

Eine «Fabrikgarantie» wird im Anwendungsbereich des OR regelmässig als vertraglich eingeräumter Nachbesserungsanspruch angesehen, da das OR einen solchen Anspruch nicht gewährt<sup>22</sup>. Auch im vorliegenden Fall sind die Parteien offenkundig davon ausgegangen, dass dem Käufer grundsätzlich ein Nachbesserungsanspruch zusteht. Die Y AG bestreitet einen solchen Anspruch des X nicht grundsätzlich, sondern nur insofern, als die *Garantiedauer abgelaufen* sei. Dieser Einwand der Y AG ist allerdings unbehelflich, denn aus der fraglichen Klausel ergibt sich nicht, dass die Garantiedauer bloss, wie von der Y AG behauptet, zwölf Monate betrage. Jedenfalls fehlt es der AGB-Klausel an der notwendigen Klarheit, um die zweijährige Frist von Art. 39 Abs. 2 CISG zu verkürzen.

Ob mit dieser Klausel dem Käufer nicht bloss ein Nachbesserungsanspruch eingeräumt wird, sondern ihm im Gegenzug sämtliche Ansprüche auf Ersatz des aus der Lieferung vertragswidriger Ware entstandenen Schadens genommen werden, ist demgegenüber zweifelhaft. Die Auffassung, die Y AG schulde gewährleistungsrechtlich überhaupt nichts und X habe nur Ansprüche aus der Fabrikgarantie gegen die KAEL, hätte zur Folge, dass die Y AG im Ergebnis zur blossen «Vermittlerin» von Traktoren zwischen der KAEL und den Käufern würde. Dies ist bei einer Unternehmung, die formell als Verkäuferin auftritt, nicht leichthin anzunehmen. *Der Zusatz «volle» Fabrikgarantie in Ziff. 5 der Lieferkonditionen deutet eher darauf hin, dass der Käufer mit dieser Garantie besser gestellt werden soll*, obwohl man sich fragen kann, welche Art von Besserstellung in Frage käme, wenn schon das CISG selbst anders als das OR dem Käufer unter gewissen Umständen einen Nachbesserungsanspruch einräumt (Art. 46 Abs. 3 CISG). Die Wendung «Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen» erscheint in diesem Zusammenhang eher als irreführend<sup>23</sup>. Mit der von der Y AG vertretenen Interpretation von Ziff. 5 der Lieferbedingungen würde der Käufer auf

wichtige Rechtsbehelfe verzichten, obwohl die Zusage der vollen Fabrikgarantie eine Besserstellung des Käufers suggeriert. Das wäre letztlich ein Widerspruch. Die Y AG hätte es ohne weiteres in der Hand gehabt, in ihren AGB näher auszuführen, was die «volle Fabrikgarantie» genau beinhaltet und dass damit gleichzeitig sämtliche Schadenersatzansprüche gegen sie ausgeschlossen sein sollen. Als Ganzes fehlt der knapp gehaltenen Klausel mithin die erforderliche Bestimmtheit für eine derart weitreichende Haftungsbeschränkung, weshalb sie in Anwendung der Unklarheitenregel zugunsten des Käufers X auszulegen ist<sup>24</sup>. Folglich kann sie nicht als Verzicht von X auf jegliche Schadenersatzforderungen aufgefasst werden. Zumindest dürfte eine gute Chance bestehen, das Bundesgericht von dieser Auffassung zu überzeugen.

**Korrekturhinweis:** Das Gegenteil ist selbstverständlich auch vertretbar. Hier ging es darum, dass die Studierenden die Frage der Auslegung der betreffenden AGB-Klausel als Problem erkannten, dass sie Art. 8 CISG und die Unklarheitenregel erwähnten und dass sie Argumente für die eine oder andere Lösung anführten.

Sollte das Bundesgericht die besagte AGB-Klausel gegen X auslegen, so wäre noch zu prüfen, ob diese Vertragsbestimmung ausnahmsweise, trotz Einbezug der AGB als Ganzes in den Vertrag, nicht vom Konsens gedeckt ist. Dies beurteilt sich nach der auch im internationalen Vertragsrecht anerkannten

Ausführlich zur Tragweite von Art. 100 OR einerseits und Art. 199 OR andererseits im Zusammenhang mit dem UN-Kaufrecht unterstehenden Verträgen BRUNNER (Fn. 2), Art. 4 CISG N 13.

<sup>20</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 8 CISG N 6; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 8 CISG N 17; TH. KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), 239.

<sup>21</sup> TH. KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), 239; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 8 CISG N 18 m.w.Hw.; BRUNNER (Fn. 2), Art. 8 CISG N 9.

Vgl. dazu Art. 4.6 Unidroit Principles 2004 («If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.»).

<sup>22</sup> Vgl. etwa BGE 91 II 344 E. 2a S. 348.

<sup>23</sup> Vgl. dazu BGE 91 II 344 E. 2c S. 349 betreffend eine ähnlich lautende Vertragsklausel, die nach schweizerischem OR zu beurteilen war.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 91 II 344 E. 2b S. 349 (zum schweizerischen OR).

*Ungewöhnlichkeitsregel* (surprising terms)<sup>25</sup>. Eine AGB-Klausel ist nach dieser Regel unwirksam, wenn die andere Partei sie vernünftigerweise nicht zu erwarten brauchte. Das dürfte in casu aber ausgeschlossen sein. Denn die Wegbedingung der Haftung des Verkäufers für Schäden, welche aus der Vertragswidrigkeit einer Ware erwächst, ist zumindest objektiv nicht ungewöhnlich. In der Praxis sind solche Haftungsbeschränkungen häufig und es lässt sich kaum sagen, dass der Käufer bei einem internationalen Investitionsgüterkauf nicht mit einer solchen Haftungsbeschränkung rechnen muss (sofern sie im Vertrag klar genug geregelt ist). Geschäftsfremd sind Haftungsmodifikationen bei einem Kaufvertrag nicht. Daher dürfte es schwierig sein, vor Bundesgericht mit dem Argument durchzudringen, Ziff. 5 der «Generellen Lieferkonditionen» sei unwirksam, falls sie so wie von der Y AG vertreten ausgelegt wird.

**Korrekturhinweis:** Die gegenteilige Auffassung lässt sich auch vertreten, wenn auch meines Erachtens weniger überzeugend. Wichtig war wiederum die Gedankenführung.

## Frage 5

X möchte von der Y AG im Weiteren den Kaufpreis in Höhe von Fr. 180000.– (abzüglich der Versicherungssumme) samt Zins zurückfordern. Diesen Anspruch kann er nur geltend machen, sofern die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Vertrages i.S.v. Art. 49 CISG erfüllt sind.

**Korrekturhinweis:** Die Prüfung eines Grundlagenirrtums macht in casu keinen Sinn. Erstens wird die Berufung auf Willensmängel durch Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten (hier Schadenersatz) grundsätzlich ausgeschlossen<sup>26</sup>, und zweitens würde durch die

*Geltendmachung eines Grundlagenirrtums die Einforderung von Schadenersatz (positives Interesse) verunmöglich, was klar dem Willen des X zuwiderliefe. Zudem ist das Verhältnis zwischen dem nationalen Willensmängelrecht und dem CISG in der Literatur umstritten, soweit sich der Willensmangel auf eine Vertragsverletzung bezieht<sup>27</sup>.*

Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht durch den Verkäufer eine *wesentliche Vertragsverletzung* darstellt. Eine Vertragsverletzung ist gemäss Art. 25 CISG dann wesentlich, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

Zu prüfen ist somit, ob die Lieferung des Traktors mit dem falschen elektronischen Bauteil, das einen Brand auslöste, eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Dies ist der Fall, wenn der Nachteil ein solches Ausmass erreicht, dass das Interesse der vertragstreuen Partei an der Durchführung des Vertrages im Wesentlichen entfallen ist<sup>28</sup>. Bei dieser Beurteilung kann u.a. der Umfang des eingetretenen Schadens als Indiz dienen<sup>29</sup>. In casu liegt mit dem Einbau des falschen elektronischen Bauteils eine Beschaffenheitsabweichung vor, welche i.d.R. nur dann wesentlich ist, wenn es sich um einen schwerwiegenden Mangel handelt. Behebbarer Mängel sollen vorerst durch Nacherfüllung behoben werden. Das falsche Bauteil hätte in casu durch das richtige ersetzt werden können, d.h. der Mangel wäre an sich behebbar gewesen. Die Y AG bzw. der Techniker der KAEL ist indessen zwei Mal daran gescheitert, den Traktor zu reparieren. Die Lehre geht z.T. davon aus, dass ein zweiter fehlgeschlagener Reparaturversuch als wesentliche Vertragsverletzung zu betrachten sei<sup>30</sup>. Dies und die Tatsache, dass der Traktor offenbar nur noch in beschränktem Masse einsatzfähig war, deuten auf das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung. Im Übrigen kann die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung spätestens nach dem Ausbruch des Brandes, der zur totalen Zerstörung des Kaufgegenstandes geführt hat, bejaht werden.

<sup>25</sup> Vgl. dazu oben bei Fn. 17.

<sup>26</sup> Grundlegend dazu BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; siehe auch BGE 129 III 18 E. 2.3 S. 23.

<sup>27</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 4 CISG N 48 ff. m.w.Hw.

<sup>28</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 25 CISG N 13; BRUNNER (Fn. 2), Art. 25 CISG N 8.

<sup>29</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 25 CISG N 7.

<sup>30</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 46 CISG N 41; BRUNNER (Fn. 2), Art. 46 CISG N 13.

Die nach Art. 25 CISG geforderte Voraussehbarkeit bezieht sich nicht auf die Vertragsverletzung, sondern auf deren mögliche Auswirkungen; sie wäre nur dann zu verneinen, wenn auch ein verständiger Dritter in derselben Lage mit der eingetretenen Folge nicht gerechnet hätte<sup>31</sup>. Die beschränkte Einsatzfähigkeit des Traktors nach den misslungenen Nachbesserungsversuchen sowie der Brandausbruch als mögliche Folge des Fehlers in der Elektronik waren jedoch in diesem Sinne ohne weiteres voraussehbar.

Nach Art. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG kann die Aufhebung des Vertrages nicht erklärt werden, wenn im Falle einer anderen Vertragsverletzung als der verspäteten Lieferung die Aufhebung *nicht innert angemessener Frist* erfolgt ist, nachdem eine vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzte Nachfrist abgelaufen ist oder nachdem der Verkäufer erklärt hat, dass er seine Pflichten nicht innerhalb der Nachfrist erfüllen wird. Im vorliegenden Fall hat X am 30. September 2003 eine siebentägige Nachbesserungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzt. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2003 lehnte die Y AG die Nachbesserung jedoch ab, da die Garantiedauer abgelaufen sei; sie erklärte damit, dass sie ihre Pflichten nicht erfüllen werde. Die *Angemessenheit der siebentägigen Frist muss somit nicht beurteilt werden, denn diese Frage stellt sich nur, wenn der Schuldner Erfüllung anbietet*<sup>32</sup>. Die Vertragsaufhebung wurde indes erst rund zwei Wochen nach dem Brand, d.h. am 18. Oktober 2003, durch den Anwalt des X erklärt, denn im Brief vom 30. September 2003 hat sich X dieses Recht nur vorbehalten. Es fragt sich also, ob die 16 Tage (von der Weigerung der Y AG am 2. Oktober 2003 bis zur effektiv geltend gemachten Vertragsaufhebung am 18. Oktober 2003) als angemessen i.S.v. Art. 49 Abs. 2 lit. b ii CISG angesehen werden können. *Da der Verkäufer den Mangel in diesem Fall kannte, ist die Frist (gerade auch unter Berücksichtigung der Gedanken von Art. 40 und 43 CISG) eher länger als üblich anzusetzen*<sup>33</sup>. Fristen von zwei bis fünf Wochen sind wohl zulässig<sup>34</sup>. Die Angemessenheit der Frist, innert derer X die Aufhebung erklärt hat bzw. durch seinen Anwalt hat erklären lassen, muss folglich bejaht werden.

**Korrekturhinweis:** Das Gegenteil wäre auch vertretbar, nach meiner Beurteilung allerdings weniger gut. Wichtig war auch hier die Gedankenführung.

Damit sind sämtliche Voraussetzungen nach Art. 49 CISG für eine Vertragsaufhebung erfüllt.

Ist die Vertragsaufhebung wirksam, so kann X den Kaufpreis gestützt auf Art. 81 Abs. 2 CISG zurückfordern. Im Gegenzug wäre X an sich zur Rückgabe des Traktors verpflichtet, wozu er indessen wegen des Brandes nicht mehr in der Lage ist. Dieser Umstand hindert X aber nicht daran, den Vertrag aufzuheben. Denn gemäss Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG ist die Vertragsaufhebung nicht ausgeschlossen, wenn die Unmöglichkeit, die Ware zurückzugeben, nicht auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht. In casu war es nicht X, der den Untergang der Kaufsache verursacht hat, sondern die Zerstörung war eine Folge der Vertragswidrigkeit des Traktors.

Demgemäss kann X von der Y AG die Rückzahlung des Kaufpreises in der Höhe von Fr. 180 000.– zuzüglich Zinsen nach Art. 84 Abs. 1 CISG seit der Zahlung verlangen. Im Gegenzug schuldet X der Y AG jedoch gemäss Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG den *Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware gezogen hat*. Dazu gehört einerseits der Ersatz des objektiven (Netto-)Gebrauchswerts dafür, dass X den Traktor mehr als ein Jahr – wenn auch z.T. nur eingeschränkt – nutzen konnte<sup>35</sup>. Hinzu kommen andererseits die Versicherungsleistungen, die X infolge der Beschädigung des Traktors erhalten hat (das sogenannte stellvertretende Commodum)<sup>36</sup>. Letzteres bietet X an, indem er nur den um die Versicherungssumme reduzierten Kaufpreis zurückfordert. Erstes ist noch zu ermitteln, da der Sachverhalt dazu zu wenig Anhaltspunkte liefert.

## C. Bemerkungen

### I. Vorbemerkungen

#### 1. Zu den Prüfungsergebnissen

Die Bachelorklausur im Privatrecht vom 9. Juli 2007 wies insgesamt einen mittleren Schwierigkeitsgrad

<sup>31</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 25 CISG N 14.

<sup>32</sup> BGE 91 II 344 E. 3b S. 351 (zum schweizerischen OR).

<sup>33</sup> STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 49 CISG N 39.

<sup>34</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 49 CISG N 14; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 49 CISG N 38.

<sup>35</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 84 CISG N 5 f.

<sup>36</sup> BRUNNER (Fn. 2), Art. 84 CISG N 8.

auf. Die erste, prozessrechtliche Frage war allerdings bewusst leicht gehalten. Seit Anfang Jahr ist das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG) an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern Prüfungsstoff im Bachelorexamen. Mit der Fragestellung wurde bezweckt, ein paar wenige Grundkenntnisse über die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zu prüfen und so bei den Studierenden ein Zeichen dafür zu setzen, dass das BGG als Lernstoff ernst zu nehmen ist. Künftig werden die zivilprozessualen Prüfungsfragen wieder wie bis anhin etwas schwieriger sein. Die materiellrechtlichen Fragen (Frage 2 bis 5) betrafen das UN-Kaufrecht (CISG), welches an unserer Fakultät bereits seit der ersten Hälfte der Neunzigerjahre zum Prüfungsstoff im Privatrecht gehört und daher in unregelmässigen Abständen zum Gegenstand eines Klausurfalles wird<sup>37</sup>. Die verschiedenen materiellrechtlichen Fragen waren unterschiedlich schwer. Die Frage 2 zum Einzug der «Generellen Lieferkonditionen» (AGB) in den Vertrag war mit ein wenig Grundwissen über den Vertragsabschluss nach UN-Kaufrecht leicht zu beantworten. Die Fragen 3 und 5 zum Schadenersatzanspruch bzw. zur Vertragsaufhebung setzten einige weiter gehende Kenntnisse im CISG voraus und waren daher etwas schwieriger. Am anforderungsreichsten war Frage 4: Hier mussten sich die Studierenden zum einen darüber ausweisen, dass sie die Mechanismen der AGB-Kontrolle im Zusammenspiel zwischen Einheitskaufrecht und nationalem Recht beherrschen; zum andern wurde mit dieser Frage geprüft, wie die Studierenden mit dem Problem der Auslegung einer kritischen AGB-Klausel umgehen.

Gemäss Notenstatistik bewegen sich die Ergebnisse im üblichen Rahmen. Erfreulich ist, dass 22% der Studierenden mit einer guten oder sehr guten Leistung aufwarten konnten. Die 48% der Studierenden mit den Noten 4 und 4,5 haben den Ausweis über einige vorhandene Kenntnisse im Prozessrecht und im materiellen Privatrecht erbracht, müssen sich aber bewusst sein, dass ihr juristisches Wissen

lückenhaft und ihre Rechtsanwendungstechnik über weite Strecken noch stark verbesserungsbedürftig ist. Bedauerlicherweise wurden im Vergleich zur Bachelorprüfung im Privatrecht vom letzten Sommer etwas weniger Noten 4,5 und mehr (z.T. knappe) Noten 4 erzielt. Bis zu einem gewissen Grad dürften diese Noten die Haltung vieler Studierender im Hörsaal (vor allem in den Übungen, an denen im vergangenen Sommersemester oft eine hohe Zahl völlig Unvorbereiteter teilnahm) widerspiegeln. Die Studierenden mit ungenügenden Noten (d.h. rund 30%) wären (noch) nicht geeignet, in der Praxis einen entsprechenden Fall selbständig – ohne weitreichende Hilfe und enge Überwachung – zu bearbeiten.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage erzielbaren maximalen Punktezahl ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung. Dabei konnten allerdings, wie auf dem Aufgabenblatt ausdrücklich vermerkt wurde, die Punkte unter Frage 1 mit deutlich weniger Zeitaufwand geholt werden als bei den andern Fragen. Die damit verbundene relative Höhergewichtung dieser Frage war ein bewusster Entscheid, um einmal mehr zum Ausdruck zu bringen, dass das Prozessrecht insgesamt und speziell das neue Bundesgerichtsgesetz einen wichtigen Bestandteil der Ausbildung im Privatrecht an unserer Fakultät bilden.

Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster. Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung im Einzelfall nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemässen Ermessen vorgenommen wird. Der Korrekturraster ist daher bloss als Hilfsmittel zur sachgerechten Bewertung der Prüfungsleistungen und nicht als Schema zu betrachten, an das der Korrektor starr gebunden wäre. Im Gegenzug wurde bei der Korrektur auch nicht erwartet, dass die Klausuren eine ähnliche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. All dies schlug sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder. Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht ganz die Hälfte, für die Note 6 bei weitem nicht die Maximalpunktezahl erforderlich.

<sup>37</sup> Letztmals war dies im Herbst 2003 der Fall (vgl. dazu THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Verunreinigter Paprika – ein Prüfungsfall aus dem Bereich des UN-Kaufrechts [CISG] mit prozessualen Aspekten, recht 2004, 10 ff.).

## 2. Zur Aufgabenstellung

Die materiellrechtlichen Probleme der Klausur betrafen einen Fall, mit dem ein Rechtspraktikant oder eine Rechtspraktikantin in einem renommierten und gut geführten Anwaltsbüro ohne weiteres in Kontakt kommen kann. Ein Klient, der mit dem Ausgang seines Prozesses vor zwei kantonalen Instanzen nicht zufrieden ist, wechselt die Anwaltskanzlei, weil er sich durch seinen bisherigen Anwalt nicht gut vertreten fühlt. Die kantonalen Instanzen haben den Fall – vermutlich gestützt auf die Rechtswahlklausel in Ziff. 13 der «Generellen Lieferkonditionen» – nach schweizerischem Obligationenrecht beurteilt. Damit musste der Klient den Prozess unweigerlich verlieren, denn er macht Sachmängelgewährleistungsrechte geltend und hat die einjährige Verwirkungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR verpasst. Die neue Anwältin kommt aufgrund einer ersten summarischen Beurteilung zum Schluss, dass ihr Klient eine Chance hat, den Fall zu gewinnen, wenn sich dieser nach UN-Kaufrecht beurteilt, weil die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 39 Abs. 2 CISG nicht abgelaufen war, als sich ihr Klient am 7. September 2003 erstmals an die Verkäuferin wandte und die Probleme mit der Elektronik des Traktors beanstandete. Ziff. 13 der «Generellen Lieferkonditionen» («Der Vertrag untersteht schweizerischem Recht.») muss nicht zwingend als Abwahl des UN-Kaufrechts beurteilt werden, weil das UN-Kaufrecht ebenfalls zum schweizerischen Recht gehört. In der Lehre wird denn auch überwiegend die Auffassung vertreten, die blosse Wahl des Rechts eines Landes, welches dem UN-Kaufrecht beigetreten ist, bedeute nicht die Abwahl des Einheitskaufrechts; dazu sei vielmehr eine ausdrückliche Opting-out-Klausel erforderlich<sup>38</sup>. Daher lohnt es sich für die Anwältin, die Praktikantin bzw. den Praktikanten mit näheren Abklärungen zum UN-Kaufrecht zu betrauen, um abschätzen zu können, ob eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erfolversprechend ist<sup>39</sup>.

Die Anwältin beauftragt die Praktikantin bzw. den Praktikanten aus Effizienzgründen nur mit der Abklärung einzelner Aspekte des Falles. Gesichtspunkte, die für sie klar sind – z.B. die Verjährungsfrage<sup>40</sup> oder die Frage des Beweises der Schadenhöhe –, klammert sie sinnvollerweise vom Auftrag aus. Das Ausklammern der Frage, ob die «Generel-

len Lieferkonditionen» einen allfälligen Anspruch von X auf Vertragsaufhebung ausschliessen, ist ebenfalls vertretbar. Denn es gibt gute Gründe für die Annahme, diese Lieferkonditionen würden (sofern sie überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind) bei einer sachgerechten Auslegung einer Auflösung des Kaufvertrages durch X nicht entgegenstehen. Der Ausschluss des Rücktritts in Ziff. 2 kann *zwanglos als blosse Regelung im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss gesehen werden*; die Überschrift «Verbindlichkeit des Vertrages» und der erste Satz von Ziff. 2 («Der vorliegende Vertrag ist mit der Zahlung des Kaufpreises verbindlich.») deuten klar darauf hin. Daher wird man ohne weiteres annehmen können, dass damit eine *Vertragsaufhebung im Falle einer Leistungsstörung*, wie sie in casu zur Diskussion steht, nicht ausgeschlossen sein soll; und wenn schon, so müsste eine derart einschneidende Wegbedingung von Käuferrechten in den Lieferkonditionen jedenfalls klarer zum Ausdruck kommen. Auch aus dem zweiten Satz von Ziff. 5 («Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen.») lässt sich ein Ausschluss des Vertragsaufhebungsrechts des Käufers bei der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware kaum herleiten. Das Bundesgericht hat im

<sup>38</sup> Siehe dazu statt aller etwa STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 7), Art. 6 CISG N 24, m.w.Nw.

<sup>39</sup> Offen gelassen sei hier die Frage, ob eine Partei vor Bundesgericht erstmals geltend machen kann, ein Fall sei nicht nach OR, sondern nach CISG zu beurteilen. Diese Frage ist heikel. Rechtsnoven sind zwar vor Bundesgericht zulässig (Art. 99 Abs. 1 BGG e contrario); bestreitet aber eine Partei vor den kantonalen Instanzen nicht, dass das OR anwendbar sei, so könnte dies als nachträgliche Zustimmung zur Abwahl des CISG gewertet werden.

In casu geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, ob der erste Anwalt von X sich gegen die Anwendung des OR zur Wehr gesetzt hat oder nicht. Die Studierenden brauchten sich um diese Frage nicht zu kümmern, da sie gemäss ausdrücklicher Aufgabenstellung den Fall ausschliesslich nach UN-Kaufrecht zu beurteilen hatten.

<sup>40</sup> Damit kann auch offen bleiben, ob die Verkäuferin im vorliegenden Fall überhaupt eine genügende Verjährungseinrede i.S.v. Art. 142 OR erhoben hat. Ob der Einwand der Y AG, man gewähre bloss die kostenlose Behebung von Mängeln binnen zwölf Monaten, mehr aber nicht, als Verjährungseinrede qualifiziert werden kann, ist nicht sicher. Nähere Einzelheiten über die Einwände der Y AG lassen sich dem Prüfungssachverhalt nicht entnehmen.

bekanntem «Nockenwellen-Fall» überzeugend dargelegt, dass die Zusage einer «vollen Fabrikgarantie» beim Durchschnittskäufer den Eindruck erwecke, nach allen Richtungen besonders gut abgesichert zu sein, und dass die anschliessende Bemerkung, weiter gehende Ansprüche seien ausgeschlossen, zu allgemein gehalten sei, als dass sie den Käufer auf den Gedanken bringen müsste, mit der Zustimmung zu der vom Verkäufer vorgeschlagenen Regelung begeben er sich seiner gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, insbesondere des Rechts auf Wandelung<sup>41</sup>. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung dürfte denn auch der Grund dafür gewesen sein, dass im vorliegenden Fall die kantonalen Instanzen zum Schluss gekommen sind, die Lieferkondition schlossen bei sachgerechter Interpretation eine Wandelung nicht aus.

Erstaunlicherweise haben viele Studierende die erwähnten Rahmenbedingungen und Beschränkungen der Aufgabenstellung nicht begriffen und sich zu Aspekten des Falles geäussert, die von der Anwältin ausdrücklich vom Abklärungsauftrag ausgeklammert worden waren. So haben sich etwa viele Studierende einlässlich mit der Frage befasst, welche Auswirkungen die «Generellen Lieferbedingungen» auf das Recht des X zur Vertragsaufhebung haben. Damit haben sie unnötig Zeit verloren, die

ihnen für die Beantwortung der gestellten Fragen fehlte. Andere haben den Fall vollständig nach OR oder – ganz besonders originell – sowohl nach OR als auch nach CISG gelöst, obwohl der Auftrag klar und gemäss Aufgabenblatt sogar fettgedruckt lautete: «**Sie haben bei der Beantwortung der untenstehenden Fragen davon auszugehen, dass das CISG anwendbar ist.**» Wer als künftiger Jurist oder als künftige Juristin nicht einmal Fettgedrucktes liest, dem ist nicht zu helfen. Wieder andere haben zumindest bei Frage 4 das OR angewandt mit der Begründung, Ziff. 13 der Lieferkonditionen sei als Rechtswahl auf das OR zu verstehen. Selbstredend kann man diese Auffassung vertreten, auch wenn man damit beinahe die ganze (deutschsprachige) Literatur und Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht gegen sich hat. Nur: Die Chefin hat ja deutlich gemacht, dass sie überzeugt davon sei, mit Ziff. 13 der Lieferkonditionen werde das CISG nicht abgewählt und daher habe die Praktikantin bzw. der Praktikant sämtliche gestellten Fragen nach CISG zu prüfen. Künftige Praktikantenbetreuer in Anwaltskanzleien werden keine grosse Freude haben, wenn sie feststellen müssen, dass ihre Lehrlinge anderes tun, als die erteilten Aufträge auszuführen<sup>42</sup>.

Die prozessrechtliche Frage hätte die Anwältin ihrer Praktikantin oder ihrem Praktikanten natürlich nicht stellen müssen, weil sie (hoffentlich) die Antwort längst selber kennt. Aber sie kann sie z. B. stellen, um die Praktikantin bzw. den Praktikanten im Verfahrensrecht zu testen (etwa weil sie dem Notenblatt der Universität nicht ganz traut) oder schlicht um ihrem Ausbildungsauftrag nachzukommen.

Im Folgenden sollen die häufigsten Fehler, die sich in den 123 korrigierten Klausuren fanden, aufgelistet und besprochen werden.

## II. Häufigste Fehler

### 1. Allgemeines

a) Ein häufiger Fehler bestand darin, dass *die massgebenden Bestimmungen des BGG und des UN-Kaufrechts überhaupt nicht oder nicht richtig bzw. nicht vollständig wiedergegeben wurden*. So haben etwa viele Studierende an sich zu Recht bei Frage 3 Art. 74 CISG oder bei Frage 5 Art. 25 CISG auf-

<sup>41</sup> BGE 91 II 344 E. 2b S. 348 f. (zum schweizerischen OR).

<sup>42</sup> Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, dass man als Praktikantin oder Praktikant einen Auftrag der Chefin nicht kritisch hinterfragen soll. Es ist ja denkbar, dass die Chefin einen wesentlichen Gesichtspunkt des Falles übersehen hat, den abzuklären sich auch noch lohnen könnte. Nur müsste man zuerst mit der Chefin darüber diskutieren. In casu könnte man z. B. die Erwägung der kantonalen Instanzen, die Schadenersatzforderungen des X seien auch deshalb nicht begründet, weil sich die Y AG im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR exkulpiert habe, hinterfragen. Denn gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts im «Papageien-Fall» (BGE 133 III 257) liessen sich vielleicht die Schäden, welche X erlitten hat, als unmittelbare Schäden gemäss Art. 208 Abs. 2 OR qualifizieren, womit eine Exkulpationsmöglichkeit der Verkäuferin entfiel. Nützlich wären entsprechende Abklärungen im vorliegenden Fall allerdings kaum, da X wie bereits erwähnt offensichtlich die Rügebefristung nach Art. 210 Abs. 1 OR verpasst hat und somit den Fall so oder anders nicht gewinnen kann, wenn sich der Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht beurteilen sollte.

geführt, ohne aber das in beiden Bestimmungen enthaltene *Tatbestandsmerkmal der Voraussehbarkeit* zu erwähnen. Dementsprechend haben sich diese Studierenden dann auch nicht mit dem Tatbestandsmerkmal auseinandergesetzt. Verglichen mit der Bachelorklausur im Privatrecht vom Vorjahr war aber immerhin bei der Wiedergabe von Gesetzesbestimmungen eine deutliche Verbesserung zu verzeichnen.

b) Im Vergleich zum Vorjahr ebenfalls verbessert hat sich die (formale) *Subsumtionstechnik*. Erfreulicherweise haben offenbar in der Zwischenzeit viele Studierende begriffen, wie diese juristische Argumentationsweise funktioniert (so z.B.: «Der Käufer kann die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung ... eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt [Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG]. Gemäss Art. 25 CISG ist eine von einer Partei begangene Vertragsverletzung wesentlich, wenn ... Im vorliegenden Fall hat die Y AG eine wesentliche Vertragsverletzung begangen, weil ...»). Vor allem bei den Klausuren, die als ungenügend oder bloss als knapp genügend bewertet werden konnten, war die Subsumtionstechnik aber oft mangelhaft.

Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, sei wiederum betont, dass der skizzierte Ablauf der Subsumtion nur äusserlich formal ist; seit langem ist allgemein anerkannt, dass der Subsumtionsvorgang materiell nicht «mechanistisch», sondern wertend zu erfolgen hat.

c) Im Vergleich zu früheren Klausuren fanden sich diesmal sehr oft an sich korrekte Ausführungen, *welche aber für die Beantwortung der gestellten Fragen nicht relevant waren*. So haben z.B. sehr viele Studierende bei Frage 3 im Zusammenhang mit Art. 74 CISG lehrbuchartig erwähnt, dass das UN-Kaufrecht das Kommerzialisierungsverbot kenne, in seinem Schadenbegriff kein pönales Element stecke, Punitive Damages nicht geschuldet seien und immaterieller Schaden nicht ersetzt werde. Das ist alles unbestrittenermassen zutreffend, spielt im vorliegenden Fall aber keine Rolle. Wahrscheinlich dürfte die Vielzahl solcher Hinweise darauf zurückzuführen sein, dass es den Studierenden an diesem Prüfungstermin erstmals erlaubt war, eigene Gesetzestexte mitzunehmen, welche mit Randnotizen versehen sein durften. Aus welchem Lehrbuch unsere modernen Glossatoren die erwähnten Er-

kenntnisse zum UN-Kaufrecht herhaben, kann man nur vermuten<sup>43</sup>. Negativ bewertet wurden solche überflüssigen Hinweise selbstredend nicht; der mit ihnen unweigerlich verbundene Zeitverlust bei einer Klausur mit dicht gedrängtem Aufgabenvolumen war «Strafe» genug.

d) Der Sinn der *Reihenfolge* der von mir gestellten Fragen wurde wiederum von etlichen Studierenden nicht begriffen. Bei vielen schwachen und mittelmässigen Arbeiten wurden vor allem Ausführungen zu den Fragen 3 und 5 wirt miteinander vermischt. Diese Studierenden haben grösstenteils nicht erkannt, dass für einen Schadenersatzanspruch bereits eine «einfache» Vertragsverletzung genügt (Frage 3), für eine Vertragsaufhebung die Vertragsverletzung aber qualifiziert, nämlich «wesentlich» i.S.v. Art. 25 CISG, sein muss (Frage 5). Die meisten guten und sehr guten Klausuren haben sich unter anderem (auch) dadurch ausgezeichnet, dass die gestellten Fragen systematisch sauber bearbeitet wurden.

## 2. Beim prozessualen Teil der Aufgabenstellung

a) Verschiedene Studierende haben mit dem OG oder der BZP statt mit dem BGG argumentiert. Einige wenige haben untersucht, ob eine direkte Klage beim Bundesgericht möglich ist. Erfreulicherweise waren aber derart elementare Fehler eher selten. Insgesamt wiesen sich die meisten Studierenden über recht gute Kenntnisse über die Beschwerde in Zivilsachen nach BGG aus.

b) Mühe bereitete demgegenüber vielen Studierenden die korrekte Berechnung des (hypothetischen) Fristablaufs. Ohne Gerichtsferien hätte die Beschwerde spätestens am 27. Juli 2007 eingereicht werden müssen. In relativ vielen Klausuren wurde behauptet, diese Frist laufe am 28. Juli 2007 ab<sup>44</sup>, weil das begründete letztinstanzliche kantonale Urteil

<sup>43</sup> Grob falsch wird man wohl nicht liegen, wenn man auf HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage Bern 2006, 142, tippt.

<sup>44</sup> Diesfalls käme noch die Samstag-/Sonntagregel gemäss Art. 45 Abs. 1 BGG zum Tragen, weshalb sich die Frist bis Montag, 30. Juli 2007, verlängern würde. Da die Studierenden keine Agenda zur Prüfung mitnehmen durften, konnte

dem ersten Anwalt von X am 27. Juni 2007 zugestellt worden sei und gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG die Frist erst am folgenden Tag zu laufen beginne. Dabei haben sie übersehen, dass dieser Tag (d.h. der 28. Juni 2007) der Tag 1 und nicht der Tag 0 der Fristrechnung ist.

c) Die Bestimmung von Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG über die Gerichtsferien vom 15. Juli bis und mit 15. August haben die wenigsten erwähnt. Von der Aufgabenstellung her hätte man eigentlich leicht auf die Gerichtsferienproblematik stossen sollen: Die Chefin wäre ja wegen ihrer häufigen Abwesenheit aus privaten Gründen (auch renommierte Anwältinnen haben ein Privatleben ...) offensichtlich froh, wenn sie im Juli keine Beschwerde einreichen müsste.

d) Ein paar wenige Studierende, welche Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG erwähnten, haben Fehler bei der Fristberechnung begangen. Verschiedene waren der Ansicht, die Beschwerdefrist laufe am 16. August 2007 ab, haben also den Mechanismus des Friststillstandes nicht begriffen. Andere – es waren zum Glück nicht viele – haben das Fristende nach dem 28. August 2007 angesetzt. Das wäre dann ein Fall für die Berufshaftpflichtversicherung der Anwältinnen ...

e) Verschiedentlich wurden als Rügegründe statt Art. 95 lit. a und b BGG (Verletzung von Bundesrecht und von Völkerrecht) Art. 96 lit. a oder b BGG genannt. Diese Rügegründe sind im vorliegenden Fall nicht zutreffend. Das UN-Kaufrecht ist nicht ausländisches Recht, das kraft schweizerischem Kollisionsrecht anzuwenden ist, sondern Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Zudem könnte die unrichtige Anwendung des UN-Kaufrechts über Art. 96 lit. b BGG nicht gerügt werden, weil der Streit eine vermögensrechtliche Sache betrifft.

### 3. Beim materiellen Teil der Aufgabenstellung

a) Bei Frage 2 haben sehr viele Studierende den Vertragsschlussmechanismus nicht bzw. nicht richtig

analysiert. Für den Vertrag als Ganzes war es selbstverständlich nicht erforderlich zu untersuchen, wie er genau zustande kam. Denn keine der Parteien bestreitet, dass überhaupt ein Kaufvertrag geschlossen wurde. Aber für die Beantwortung der Frage, ob die «Generellen Lieferkonditionen» insgesamt in den Vertrag einbezogen worden sind, war eine Diskussion des Austausches von Offerte und Akzept praktisch nicht verzichtbar.

b) In etlichen Klausuren wurde behauptet, das «Angebot» der Y AG auf ihrer Website sei eine Offerte i.S.v. Art. 14 Abs. 1 CISG. Das lässt sich kaum vertreten, da sich der Vorschlag der Y AG zum Abschluss eines Vertrages an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtete und daher vernünftigerweise nur als *invitatio ad offerendum* gemäss Art. 14 Abs. 2 CISG gedeutet werden kann. Mit einer Warenauslage mit Angabe des Preises nach Art. 7 Abs. 3 OR kann ein «Angebot» auf dem Internet nicht verglichen werden (so aber die Argumentation in verschiedenen Klausuren), ausser der Internetnutzer könnte direkt auf der Website seine Zustimmung zum Vertragsschluss abgeben (was in casu aber nicht der Fall war). Die gegenteilige Auffassung würde für den Betreiber der Website das Risiko mit sich bringen, dass eine beliebige Zahl von Interessenten mit ihm einen Vertrag schliessen könnte, und daran hat jemand wie die Y AG, die einen gebrauchten Traktor verkaufen will (*und nicht mehrere!*), in für alle Internetnutzer erkennbarer Weise kein Interesse. Kein vernünftiger Internetnutzer kann daher den Vorschlag der Y AG zum Vertragsschluss als (bindende) Offerte auffassen.

c) Viele Studierende haben bei Aufgabe 3 zur Frage, ob X die Vertragswidrigkeit binnen angemessener Frist i.S.v. Art. 39 Abs. 1 CISG und damit rechtzeitig gerügt hat, sehr ausführlich Stellung genommen. Das war in casu überflüssig; eine kurze Begründung hätte genügt. Die kantonalen Instanzen haben die «Sofortigkeit» der Rüge nach Art. 201 Abs. 3 OR bejaht und die Verkäuferin hat das gemäss Sachverhalt nicht bestritten. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass die Rügefrist gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG sicher nicht kürzer (sondern eher länger) als die Rügefrist nach Art. 201 Abs. 1 und 3 OR zu bemessen ist. Damit hat X ohne weiteres auch die Frist von Art. 39 Abs. 1 CISG gewahrt.

---

selbstverständlich nicht erwartet werden, dass (bei der ohnehin falschen) Fristberechnung dieser Gesichtspunkt auch noch erkannt wurde.

d) Etliche Studierende haben angenommen, X habe die Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG verpasst (was aufgrund der vorstehenden Überlegung kaum vertretbar ist), komme aber in den Genuss von Art. 44 CISG, weil er für die Verspätung eine vernünftige Entschuldigung habe; im aussergewöhnlichen Hitzesommer 2003 sei die Vertragswidrigkeit nicht oder nur schwer erkennbar gewesen. Diese Argumentation ist nicht konsequent: Solange ein Problem mit einem Kaufgegenstand vernünftigerweise nicht als Vertragswidrigkeit erkannt werden kann, läuft die Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG nicht. Als «falsch» wurden entsprechende Ausführungen in der Klausur aber nicht gewertet.

e) Verschiedenen Studierenden war der Unterschied zwischen der Rügebefristung nach Art. 39 Abs. 2 CISG und der Verjährung von Ansprüchen aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware (die sich nach schweizerischem OR beurteilen würde) nicht bekannt, obwohl im Unterricht immer wieder auf diese Unterscheidung (ebenso wie auf die Unterscheidung zwischen der Rügeverwirkung und der Anspruchsverjährung in Art. 210 Abs. 1 OR) hingewiesen wurde<sup>45</sup>. So führten z.B. mehrere Studierende aus, die Frist von Art. 39 Abs. 2 CISG müsse nicht geprüft werden, da ja die Chefin ausdrücklich erklärt habe, um die (hypothetische) Frage der Verjährung müsse man sich nicht kümmern.

f) Ein paar Studierende haben die Reparaturversuche der Y AG als Anerkennung der Mangelhaftigkeit des Traktors oder als verjährungsunterbrechende Schuldanerkennung bzw. als Verzicht auf den Einwand der abgelaufenen Rügefrist qualifiziert. Das lässt sich nicht vertreten. Die Y AG hat sich immer auf den Standpunkt gestellt, die Garantiefrist sei abgelaufen und sie unternehme die Reparaturversuche *ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*.

g) Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, die Y AG habe mit den Reparaturversuchen einen Auftrag übernommen, den sie schlecht erfüllt habe und aus dem sie daher schadenersatzpflichtig werde. Auch das lässt sich kaum vertreten. Die Y AG gibt klar zu erkennen, dass nach ihrer Auffassung die Garantiedauer abgelaufen sei und dass sie *nur aus Goodwill* einen Techniker der KAEL vorbeisenden werde, der sich der Sache annehme. Einen Rechts-

bindungswillen hat sie damit klar abgelehnt. Warum sollte sie bei dieser Ausgangslage schärfer haften, als wenn sie überhaupt keinen Reparaturversuch unternommen hätte (falls sich ihr Standpunkt als zutreffend erweisen sollte, sie habe für den Traktor nur während eines Jahres Gewähr zu leisten)?

h) Bei Frage 4 war sehr vielen Studierenden nicht klar, welche Stufen der AGB-Kontrolle sich nach UN-Kaufrecht und welche nach nationalem Recht, in casu also nach schweizerischem Obligationenrecht, beurteilen<sup>46</sup>. Die meisten Studierenden haben sich zu diesem Problem überhaupt nicht oder nur diffus geäußert. In den guten Arbeiten fanden sich dazu in der Regel zumindest brauchbare Ansätze, während in den sehr guten Klausuren diese Frage z.T. methodisch hervorragend bearbeitet wurde.

i) Sehr viele Studierende haben sich bei Frage 4 (oder bereits bei Frage 2) einlässlich dem Einbezug und der Auslegung der Ziff. 2 und 13 der «Generellen Lieferkonditionen» gewidmet. Das war überflüssig. Gefragt waren bloss die Auswirkungen dieser Lieferkonditionen auf die von X geltend gemachten *Schadenersatzansprüche* (für den Fall, dass diese Lieferkonditionen als Ganzes überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind, was unter Frage 2 zu untersuchen war). Die Ziff. 2 betrifft Schadenersatzansprüche offenkundig nicht, die Ziff. 13 nur am Rande, indem sie klarstellt, dass sich die *Frage der Gültigkeit einer allfälligen Haftungsmodifikation oder -freizeichnung* nach schweizerischem Recht und nicht nach deutschem Recht beurteilt (dasselbe ergibt sich aber auch schon gestützt auf den Hinweis zum internationalen Privatrecht in der Aufgabenstellung). Wer sich einlässlich mit dem Einbezug und der Auslegung der Ziff. 2 und 13 der Lieferkonditionen befasste, hat unnötig Zeit verloren.

j) Erstaunlicherweise haben viele Studierende bei Frage 4 die Auffassung vertreten, Ziff. 5 der «Gene-

<sup>45</sup> Vgl. dazu einlässlich THOMAS KOLLER, Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, recht 2003, 41 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu ausführlich TH. KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (Fn. 2), 235 ff.

---

rellen Lieferkonditionen» sei klar, und haben daher auf eine Auslegung dieser Klausel verzichtet. Sehr viele haben auch ausgeführt, die Y AG gewähre mit der Fabrikgarantie bloss ein Recht auf Nachbesserung während zwölf Monaten, ohne zu realisieren, *dass es sich dabei vorerst um eine blosse Behauptung der Y AG handelt*. Eine solch kritiklose Hinnahme einer Behauptung der Gegenpartei als massgebender Vertragsinhalt sollte bei keinem juristischen Examen, und schon gar nicht auf der Stufe eines Bachelorexamens im Privatrecht, vorkommen. Aufgabe der Juristinnen und Juristen in einem privatrechtlichen Prozess ist es, die Parteistandpunkte kritisch zu hinterfragen. In casu hätte also geprüft werden müssen, ob der von der Y AG eingenommene Standpunkt durch die Auslegung von Ziff. 5 der Lieferbedingungen gedeckt wird oder nicht.

k) Verschiedene Studierende haben sich bei Frage 5 nochmals, wie schon unter Frage 3, einlässlich zur Vertragsverletzung und zur Einhaltung der Rügefrist nach Art. 39 Abs. 1 CISG geäussert. Das war ein unnötiger Zeitverlust; eine Rückverweisung auf die entsprechenden Ausführungen unter Frage 3 hätte genügt. Wichtiger wäre es gewesen, sich bei Frage 5 mit den Problemen der Wesentlichkeit und der Abgabe der Vertragsaufhebungserklärung binnen angemessener Frist zu befassen.

l) Und zu guter Letzt: Jemand hat die Überreste des Traktors, die entsorgt werden mussten, als Frack bezeichnet! Sehr kleidsam dürfte das Wrack allerdings nicht gewesen sein ...