

# Privatrecht und Methode

## *Festschrift für Ernst A. Kramer*

Herausgeber  
HEINRICH HONSELL  
ROGER ZÄCH  
FRANZ HASENBÖHLER  
FRIEDRICH HARRER  
RENÉ RHINOW  
  
HELBING & LICHTENHAHN  
*Basel Genf München*

## **Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben**

Thomas Koller\*

### **I. Einleitung**

#### **1. Der „Hubstapler-Fall“ als Ausgangspunkt**

Im schweizerischen Kaufrecht hat die Unterscheidung zwischen *aliud* (*Falschlieferung*) und *peius* (*Schlechtlieferung*) während langer Zeit keine hohen Wellen geworfen<sup>1</sup>. Wohl wurde in den obligationenrechtlichen Lehrbüchern früherer Jahre auf diese Differenzierung und die daraus resultierenden unterschiedlichen Rechtsfolgen hingewiesen, aber besonders viel Raum nahm diese Problematik nicht ein und vor allem wurde die entsprechende Diskussion praktisch emotionslos geführt<sup>2</sup>. Dies mag seinen Grund darin gehabt haben, dass aliud-Fälle in der schweizerischen Gerichtspraxis eher selten waren (und wohl immer noch sind<sup>3</sup>). Zudem hatte das Bundesgericht der Unterscheidung

---

\* Meiner Assistentin Frau Fürsprecherin Meret Kessler danke ich herzlich für die konstruktiv-kritische Mitarbeit bei der Ausarbeitung dieses Beitrages. Das Manuskript wurde am 28. 1. 2004 abgeschlossen.

<sup>1</sup> Ebenso ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, 78 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu als Bsp. nur etwa EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988, 118 f.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. Bern 1991, 86 ff.; THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. Zürich 1991 (aufgrund der Ausgabe von HANS MERZ und MAX KUMMER bearbeitet von ALFRED KOLLER und JEAN NICOLAS DRUEY), 364. – Immerhin wurde bereits in der früheren Literatur verschiedentlich die Meinung vertreten, die Falschlieferung beim Gattungskauf sollte ausschliesslich nach den Sachmängelgewährleistungsregeln beurteilt werden, um schwierige Abgrenzungsfragen zu vermeiden (vgl. dazu etwa die Literaturhinweise in BGE 121 III 453 ff., 457/8 E. 4 a).

<sup>3</sup> Vgl. aus neuerer Zeit immerhin BGE 4C.204/2002 vom 9.10.2003 (Lieferung von Normalbenzin mit zu hohem Reid-Vapour-Pressure-Wert und von Superbenzin mit zu tiefem Oktanwert; aliud bejaht); BGE 4C.152/2003 vom 29.8.2003 (Lieferung von Geräten mit nicht vertragskonformem Gasgewinde; Frage, ob aliud oder peius

viel von seiner Schärfe genommen, indem es im so genannten „Jaguar-Fall“ der Käuferin, die Opfer einer aliud-Lieferung geworden war, nicht nur die Berufung auf die Verzugsregeln nach Art. 102 OR, sondern (in dogmatisch allerdings fragwürdiger Weise) alternativ auch auf die Sachmängelgewährleistungsansprüche gemäss Art. 197 ff. OR zugestand<sup>4</sup>.

Mit dem berühmten „Hubstapler-Fall“<sup>5</sup> änderte sich die Situation indes schlagartig. In diesem Fall hätte der Käufer Anspruch auf die Lieferung eines näher umschriebenen (gebrauchten) Hubstaplers mit Automatikgetriebe gehabt, erhielt aber stattdessen vom Verkäufer einen Hubstapler gleichen Typs mit Handschaltgetriebe. Das Bundesgericht versagte dem Käufer – abweichend vom „Jaguar-Fall“ – ein Vorgehen nach den Sachmängelgewährleistungsregeln und erachtete ausschliesslich die Bestimmungen des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) als anwendbar. Gleichzeitig betonte das höchste Schweizer Zivilgericht in seinen Urteilsabwägungen mit klaren Worten die dogmatische Unterscheidung zwischen aliud und peius: Jede gelieferte Sache, welche nicht alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist, stellt nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache, ein aliud, dar. Keine andere, sondern eine mangelhafte Kaufsache (peius) liegt beim Gattungskauf hingegen – so das Bundesgericht – vor, wenn die gelieferte Sache zwar der geschuldeten Gattung zugehört, nicht aber die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität besitzt<sup>6</sup>.

## 2. Die Reaktion von Ernst A. Kramer auf den „Hubstapler-Fall“

Der „Hubstapler-Fall“ wurde in der (schweizerischen) Schuldrechtsliteratur z.T. tendenziell zustimmend<sup>7</sup>, z.T. auch indifferent bzw. gemässigt-kri-

vorliegt, offen gelassen, da die gelieferten Gegenstände aus andern Gründen mangelhaft waren); BGE 4C.279/2000 vom 11.1. 2001 (Lieferung eines Mercedes-Benz E 430 Elegance mit grünen statt – wie vereinbart – mit blauen Scheiben; Frage, ob aliud oder peius vorliegt, mit der im Anwendungsbereich des schweizerischen Obligationenrechts bemerkenswerten Begründung offen gelassen, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, eine Lieferung anzunehmen, die von den wesentlichen Vertragspunkten [sic!] abweicht).

<sup>4</sup> BGE 94 II 26 ff. = Pra 57 (1968) Nr. 145 S. 509 ff.; anders jetzt BGE 121 III 453 ff., 458.

<sup>5</sup> BGE 121 III 453 ff.

<sup>6</sup> BGE 121 III 453 ff., 457.

<sup>7</sup> RAPHAEL LANZ, Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz, recht 1996, 248 ff.; ebenso wohl auch WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 1997, 118 ff.

tisch<sup>8</sup> zur Kenntnis genommen. Ganz anders war die Reaktion von ERNST A. KRAMER auf diesen Bundesgerichtsentscheid. Der Jubilar, dem diese Festschrift gewidmet ist, hat BGE 121 III 453 ff. mit ungewöhnlich scharfen Worten kritisiert. Er bezeichnete die aliud-Lieferung als ein „wahres Schreckgespenst der Doktrin zum besonderen Teil des Vertragsrechts“<sup>9</sup> und sprach von scholastischen, ja geradezu beschämenden Haarspaltereien, von denen man unsere Gerichte und die Studierenden doch möglichst verschonen möge<sup>10</sup>, sowie von homerischen Diskussionen in der deutschen Lehre<sup>11</sup>. In zwei Publikationen<sup>12</sup> hielt KRAMER vehemente Plädoyers, die darauf abzielten, „dem Gespenst der aliud-Lieferung den Garaus zu machen“<sup>13</sup>. Seine Schlussfolgerung war klar und deutlich: „Die Figur der aliud-Lieferung beim Gattungskauf macht nun tatsächlich . . . nicht mehr den fittesten Eindruck; die Zeit für den endgültigen Abschied scheint – vereinzelt Rückzugsgefechten zum Trotz – gekommen zu sein.“<sup>14</sup> Mit diesen starken Worten, die selbstredend mit sachlich starken Argumenten untermauert waren (etwas anderen hätte man von ERNST A. KRAMER ja auch gar nicht erwartet), brachte der Jubilar dieser Festschrift in erfrischender Weise Leben in die sonst so trockene wissenschaftliche Diskussion. Oder müsste man eher sagen: Ein Hubstapler mit falschem Getriebe streute Sand ins gut geölte Getriebe des schweizerischen Kaufrechts?

Es ist hier nicht der Ort, auf sämtliche Überlegungen unseres Jubilars, die für die Abschaffung der Unterscheidung zwischen aliud und peius sprechen, einzugehen. Vielen wird man ohne weiteres zustimmen können, so vor allem dem Argument, eine vernünftige Abgrenzung sei oft schwierig. ERNST A. KRAMER illustriert die Schwierigkeiten der Unterscheidung sehr schön anhand des Beispiels der Lieferung von völlig verrostetem Eisengerät, die entwe-

<sup>8</sup> In diesem Sinne wohl etwa HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. Bern 2003, 123, und PHILIPP GELZER, Bemerkungen zur Unterscheidung zwischen aliud und peius beim Gattungskauf, AJP 1997, 703 ff. (der BGE 121 III 453 ff. de lege lata für richtig hält, de lege ferenda aber eine Unterstellung aller Lieferungen des Verkäufers unter die Bestimmungen der Sachmängelgewährleistung befürwortet).

<sup>9</sup> KRAMER (FN 1), 78.

<sup>10</sup> KRAMER (FN 1), 82; DERS., Abschied von der aliud-Lieferung?, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 247 ff., spez. 251.

<sup>11</sup> KRAMER (FN 10), 255.

<sup>12</sup> KRAMER (FN 1), 78 ff.; DERS. (FN 10), 247 ff.

<sup>13</sup> KRAMER (FN 1), 79.

<sup>14</sup> KRAMER (FN 10), 260.

der eine Schlechtlieferung des an sich richtigen Typs oder eine aliud-Lieferung – nämlich die Lieferung von Schrott – darstellen könne<sup>15</sup>.

Persönlich noch besser – weil kulinarisch anregend – gefällt mir der Fall, den das Handelsgericht des Kantons Zürich am 24.9.1934 zu entscheiden hatte<sup>16</sup>: Vereinbart war die Lieferung von „Parmesankäse stravecchio 1929“; geliefert wurde zwar Parmesankäse, aber nicht Parmesankäse stravecchio 1929. Da der Käufer selbst vorgebracht hatte, Parmesankäse stravecchio 1929 sei *eine besondere Qualität sehr alten Parmesankäses*, verwundert es nicht, dass das Handelsgericht eine peius-Lieferung annahm (weil die geschuldete und die gelieferte Ware der gleichen Gattung Parmesankäse angehöre). Ein Feinschmecker hätte wohl eher argumentiert, der gelieferte Käse möge qualitativ noch so gut sein (was offenbar ebenfalls nicht zutraf), er sei aber auf jeden Fall etwas ganz anderes als bestellt. Ungeschickte Argumentation des Käufers (oder seines Anwalts?), mangelndes kulinarisches Unterscheidungsvermögen der Richter („Käse ist Käse!“) und ein aus heutiger Sicht falscher Gattungsbegriff<sup>17</sup> liessen den Käseeinkäufer seinen Prozess verlieren.

Von Interesse ist hier *der rechtsvergleichende Hinweis* des Jubilars, das UN-Kaufrecht (CISG)<sup>18</sup> – auch Wiener Kaufrecht genannt – und das deutsche Recht (Letzteres mit In-Kraft-Treten der Schuldrechtsmodernisierung am 1.1.2002) würden auf die Unterscheidung von aliud und peius verzichten<sup>19</sup>. Insbesondere aus dem Umstand, dass das UN-Kaufrecht die beiden Tatbestände gleich behandelt, leitet KRAMER ein gewichtiges Argument ab: „Die Einführung von modernem Einheitsprivatrecht sollte doch Anlass sein, traditionelle dogmatische Verkrustungen und Spitzfindigkeiten der nationalen Rechtsordnungen kritisch zu überdenken und diese, wenn dies de lege lata überzeugend begründet werden kann, zugunsten einer Harmonisierung von Einheitsprivatrecht und nationalem Privatrecht über Bord zu werfen.“<sup>20</sup> Wer könnte sich der Kraft dieses Arguments leichthin entziehen?

<sup>15</sup> KRAMER (FN 1), 82 (das von KRAMER erwähnte Beispiel beruht auf OGH SZ 26 Nr. 113).

<sup>16</sup> ZR 34 [1935] Nr. 124.

<sup>17</sup> So zutreffend LANZ (FN 7), 253 Anm. 44.

<sup>18</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), für die Schweiz in Kraft seit 1.3.1991 (SR 0.221.211.1).

<sup>19</sup> KRAMER (FN 1), 83 (betr. CISG); DERS. (FN 10), 251 ff. (betr. CISG) und 254 ff. (betr. deutsches Recht).

<sup>20</sup> KRAMER (FN 1), 83.

### 3. Das Ziel dieses Beitrages

Im Folgenden möchte ich mich (nur) mit diesem rechtsvergleichenden Argument KRAMERS auseinander setzen. Um eines gleich vorwegzunehmen: Auch ich hätte an sich nichts dagegen, die Unterscheidung zwischen aliud und peius über Bord zu werfen. Indessen bin ich der Meinung, dass die Zeit dafür im schweizerischen Recht noch nicht reif ist. Denn das schweizerische Kaufrecht stellt – wie zu zeigen sein wird – den Käufer, dem vertragswidrige Ware geliefert wird<sup>21</sup>, in verschiedener Hinsicht deutlich schlechter als das CISG und als das deutsche Kaufrecht. Solange diese sachlich fragwürdigen Benachteiligungen des Käufers nicht beseitigt sind, ist es nach meinem Dafürhalten richtig, wenigstens dem Opfer einer aliud-Lieferung entgegenzukommen und ihm nicht die ausserordentlich verkäuferfreundlichen Sachmängelgewährleistungsregeln aufzuzwingen, sondern ihm die Vorteile der im Allgemeinen (wenn auch nicht durchwegs) gläubigerfreundlicheren Verzugsregeln zuzugestehen<sup>22</sup>. Zuzugeben ist: Das Opfer einer peius-Lieferung bleibt auf diese Weise weiterhin benachteiligt, und die Ungleichbehandlung der beiden doch so ähnlichen Tatbestände wird dadurch auch nicht überzeugender. Gelöst werden könnte dieses Problem indessen nur durch den Gesetzgeber mit einer käuferfreundlicheren Ausgestaltung der Sachmängelgewährleistungsregeln<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> So die Terminologie des UN-Kaufrechts (vgl. z.B. Art. 39 CISG).

<sup>22</sup> GL.M. LANZ (FN 7), 259. – Im Hubstapler-Fall wären die Sachmängelgewährleistungsregeln für den Käufer wohl aber günstiger gewesen als die Verzugsregeln. Das Bundesgericht versagte dem Käufer den verzugsrechtlichen Rücktritt mangels Nachfristansetzung (Art. 107 OR); bei der Wandelung nach Art. 205 ff. OR wäre eine solche Nachfristansetzung nicht erforderlich gewesen. Fraglich ist nach der neueren – m.E. indessen sachlich unhaltbaren – Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 205 Abs. 2 OR aber, ob der Käufer des Hubstaplers den Kaufvertrag überhaupt hätte wandeln können, wenn Sachmängelgewährleistungsrecht zur Anwendung gekommen wäre, oder ob ihm bloss ein Minderungsrecht zugestanden worden wäre (vgl. zu diesem Problemkreis BGE 124 III 456 ff. und zu Recht ablehnend dazu WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 1999, 569 ff.).

<sup>23</sup> Vgl. dazu die Vernehmlassungsvorlage eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) samt Begleitbericht (abrufbar unter <http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>), spez. den Vorschlag für einen rev.Art. 201 OR und Ziff. 210.17 des Begleitberichts, und die Zusammenstellung der Vernehmlassungen (<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/ve-ber-bges.pdf>).

## II. Überblick über die Rechtsstellung des Käufers bei der Lieferung vertragswidriger Ware im Rechtsvergleich (OR/CISG/deutsches Recht)

### 1. Die käuferunfreundlichen Sachmängelgewährleistungsregeln des schweizerischen Rechts

Die Sachmängelgewährleistungsregeln des geltenden schweizerischen Kaufrechts sind in verschiedener Hinsicht verhältnismässig käuferunfreundlich ausgestaltet, wie sich anhand einiger Beispiele leicht aufzeigen lässt.

#### a) Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers

Gemäss Art. 201 Abs. 1 OR soll der Käufer, sobald es *nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich* ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem *sofort* Anzeige machen. Kommt der Käufer dieser Obliegenheit zur (relativ kurzfristigen) fristgerechten Prüfung des Kaufgegenstandes und zur raschen Rüge erkennbarer Mängel nicht nach, so gilt die Kaufsache insoweit als genehmigt<sup>24</sup>, d.h. der Käufer verliert in Bezug auf bei gehöriger Untersuchung erkennbare Mängel sämtliche Gewährleistungsrechte<sup>25</sup>. Diese Regelung gilt unterschiedslos für sämtliche Kaufverträge, sei dies ein Handelsgeschäft unter Kaufleuten, ein Konsumentenvertrag oder ein gewöhnlicher Kaufvertrag unter Privaten. Die Anwendung derart – jedenfalls dem Gesetzeswortlaut nach – *rigider Prüfungs- und Rügeobliegenheiten* auch auf nichtkaufmännische Verträge ist – wie KRAMER ausgeführt hat – rechtsgeschichtlich vor dem Hintergrund des Bestrebens des schweizerischen Gesetzgebers zu sehen, das Obligationenrecht, namentlich das Vertragsrecht, auch inhaltlich zu vereinheitlichen, d.h. möglichst einheitliche Regelungen für den kaufmännischen und den nichtkaufmännischen Verkehr vorzusehen. Die so bewirkte „Kommerzialisierung des Vertragsrechts“ sei vom historischen Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen und mit dem Argument begründet worden, dass sich wegen der allgemein verbreiteten geschäftlichen Begabung des Schweizervolkes eine Sonderregelung erübrige<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Art. 201 Abs. 2 OR.

<sup>25</sup> EUGEN BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, 1 ff., spez. 1.

<sup>26</sup> ERNST A. KRAMER, Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 1998, Bern 1998, 205 ff., spez. 213. – Art. 201 OR wird seit je „als Paradebeispiel für die punktuelle Kommerzialisierung des Obli-

Schon vor Jahrzehnten wurde in der Lehre zu Recht geltend gemacht, dass Art. 201 OR für den bürgerlichen Kauf kaum sachgerecht sei, da er den Durchschnittskäufer überfordere<sup>27</sup>. BUCHER hat bereits zu Beginn der siebziger Jahre die Schätzung gewagt, dass Art. 201 OR über das Schicksal von rund drei Viertel aller Gewährleistungsansprüche negativ, d.h. zu Lasten des Käufers entscheide<sup>28</sup>, und unser Jubilar hat sich dieser Kritik angeschlossen<sup>29</sup>. Inwieweit Aufrufen in der Lehre, Art. 201 OR bei privaten Käufern weniger streng anzuwenden als bei Kaufleuten<sup>30</sup>, in der Praxis Erfolg beschieden war, lässt sich kaum feststellen. KRAMER selbst ist – wohl zu Recht – pessimistisch, weist er doch darauf hin, dass derartige Appelle jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Werkvertrag bis jetzt keinen Niederschlag gefunden haben<sup>31</sup>. Eine gewisse Sicherheit ist (wenn überhaupt) erst zu erwarten, wenn Art. 201 OR – wie ursprünglich vorgesehen, dann aber vom Bundesrat und vom Parlament auf die lange Bank geschoben<sup>32</sup> – entsprechend modifiziert wird<sup>33</sup>.

gationenrechts“ gesehen (PIO CARONI, Der „demokratische“ code unique von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883–1983, Bern und Stuttgart 1984, 19 ff., spez. 53 Anm. 158, m.Hw.). – Zum rechtshistorischen Hintergrund des schweizerischen code unique insgesamt vgl. einlässlich etwa CARONI, a.a.O., 19 ff.

<sup>27</sup> So namentlich BUCHER (FN 25), 1 ff.

<sup>28</sup> BUCHER (FN 25), 2.

<sup>29</sup> KRAMER (FN 26), 213 ff.

<sup>30</sup> CR CO I-VENTURI, art. 201 N 10; BK-GIGER, Art. 201 OR N 43; BUCHER (FN 25), 21; KRAMER (FN 26), 214.

<sup>31</sup> KRAMER (FN 26), 214, unter Verweisung auf BGE 107 II 172 ff. (bestätigt in BGE 118 II 142 ff.).

<sup>32</sup> Das Parlament hat am 19.12.2003 ein neues Bundesgesetz über die Elektronische Signatur verabschiedet (AB 2003 N 1794 ff.; AB 2003 S 850 ff.; BBl 2003, 8221 ff.), während zurzeit (Januar 2004) noch kein bundesrätlicher Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr vorliegt, in dem u.a. das Kaufrecht käuferfreundlicher ausgestaltet werden sollte (vgl. dazu oben FN 23). Der Nationalrat hat einen Rückweisungsantrag einer Minderheit seiner vorberatenden Kommission mit dem Auftrag, das Signaturgesetz sei in das zukünftige Gesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr zu integrieren, verworfen (AB 2003 N 804 ff.). Nationalrat Jost Gross sprach in diesem Zusammenhang von einer „exekutiven Salamtaktik“ und von einer „sozialpolitischen Zeitbombe“ (AB 2003 N 808).

<sup>33</sup> In der Vernehmlassungsvorlage zu einem rev.Art. 201 OR (vgl. oben FN 23) wird zwar an der Umschreibung der Prüfungsfrist nichts geändert, wohl aber soll künftig der Käufer nicht mehr „sofort“ nach Entdeckung eines Mangels, sondern bloss noch „innert angemessener Frist“ rügen müssen.

b) *Die Rechtsstellung des Käufers bei absichtlicher Täuschung durch den Verkäufer*

Besser gestellt ist der Käufer (und zwar auch der kaufmännische) immerhin dann, wenn ihn der Verkäufer *absichtlich getäuscht* hat; diesfalls schadet ihm die versäumte Anzeige nichts<sup>34</sup>. Allerdings trägt der Käufer die Beweislast für die absichtliche Täuschung<sup>35</sup>. Das täuschende Verhalten muss sich auf Mängel oder Eigenschaften der Kaufsache beziehen und kann in einem arglistigen Verschweigen – falls eine Aufklärungspflicht besteht<sup>36</sup> – oder in einem (wissentlichen) Vorspiegeln falscher Tatsachen bestehen.<sup>37</sup>

c) *Die kurze Befristung der Sachmängelgewährleistungsrechte des Käufers*

Käuferunfreundlich ist schliesslich auch die kurze (dispositive) Einjahresfrist, binnen der verdeckte Mängel längstens (selbstredend aber nur sofort nach ihrer Entdeckung<sup>38</sup>) gerügt werden können, sowie die bloss ein Jahr dauernde Verjährungsfrist für Sachmängelgewährleistungsansprüche<sup>39</sup>. Besser gestellt ist der Käufer auch in dieser Hinsicht nur, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt hat, kommt der Käufer diesfalls doch in den Genuss einer zehnjährigen Verjährungsfrist<sup>40</sup>.

d) *Die Rechtsstellung des Käufers im Falle einer aliud-Lieferung*

All diesen Inkonvenienzen sieht sich der Käufer nicht ausgesetzt, wenn der Verkäufer ein aliud geliefert hat. Bei der Falschlieferei besteht, da nicht die Gewährleistungsregeln, sondern die Bestimmungen des Schuldnerverzuges

<sup>34</sup> Art. 203 OR; vgl. ebenso etwa § 377 Abs. 5 des deutschen HGB.

<sup>35</sup> BSK OR-I-HONSELL, Art. 203 N 3; CR CO I-VENTURI, art. 203 N 3. – Im deutschen Recht gilt die gleiche Beweislastverteilung (ULRICH STUHLFELNER, § 377 HGB Rn 11, in: PETER GLANEGGER et al., Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. Heidelberg 2002 [im Folgenden: HK-HGB/BEARBEITER]).

<sup>36</sup> Vgl. dazu etwa BGE 116 II 431 ff., 434 E. 3 a.

<sup>37</sup> BSK OR-I-HONSELL, Art. 203 N 1; CR CO I-VENTURI, art. 203 N 4; a.M. offenbar BUCHER (FN 2), 96, der blosses „arglistiges Verschweigen“ nicht genügen lassen will.

<sup>38</sup> Art. 201 Abs. 3 OR.

<sup>39</sup> Art. 210 Abs. 1 und 2 OR. Zur Doppelfunktion der Einjahresfrist von Art. 210 Abs. 1 OR vgl. BUCHER (FN 2), 94 f. (ungenau BSK OR-I-HONSELL, Art. 210 N 2, und BGE 104 II 357, m.Nw.); zur Käuferunfreundlichkeit dieser Regelung 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., spez. 45 ff.

<sup>40</sup> Art. 210 Abs. 3 OR; BGE 107 II 231 ff.

zur Anwendung gelangen<sup>41</sup>, keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers und dementsprechend auch keine kurze Verwirkungsfrist für die Beanstandung. Seine Ansprüche unterliegen zudem der allgemeinen Verjährungsfrist von 10 Jahren gemäss Art. 127 OR.

## 2. Die Lieferung vertragswidriger Ware im UN-Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht behandelt, wie sogleich zu zeigen sein wird, den Käufer, dem vertragswidrige Ware geliefert wird, wesentlich weniger streng als das schweizerische Obligationenrecht. Dies ist umso bemerkenswerter, als das CISG in der Praxis beinahe ausschliesslich auf Handelskäufe Anwendung findet<sup>42</sup>.

a) *Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers*

Auch das Wiener Kaufrecht kennt eine Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers. Gemäss Art. 38 Abs. 1 CISG hat der Käufer die gelieferte Ware *innerhalb so kurzer Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben*. Diese Formulierung liesse an sich auf eine mit dem schweizerischen Recht vergleichbare kurze Prüfungsfrist schliessen. Indessen wird in der (deutschsprachigen) Lehre zu Recht geltend gemacht, bei der Auslegung von Art. 38 und Art. 39 CISG müsse deren Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden; *Strenge mit dem Käufer sei daher nicht am Platz*<sup>43</sup>. In der englischsprachigen Litera-

<sup>41</sup> BGE 121 III 453 ff., 458/459.

<sup>42</sup> Konsumentenkäufe und Kaufgeschäfte unter Privaten sind vom Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ausgeschlossen, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für den persönlichen Gebrauch des Käufers oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt bestimmt ist (Art. 2 lit. a CISG). Unter das CISG fallen aber neben den Handelskäufen auch Kaufverträge zwischen einem Privaten als Verkäufer und einem Gewerbetreibenden als Käufer. Solche Fälle dürften im grenzüberschreitenden Verkehr allerdings selten sein. Im Übrigen spielt aber die Unterscheidung zwischen zivilrechtlichem und handelsrechtlichem Kauf im Wiener Kaufrecht keine Rolle (Art. 1 Abs. 3 CISG).

<sup>43</sup> INGBORG SCHWENZER, Art. 38 CISG Rn 2, in: PETER SCHLECHTRIEM, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. München 2000 (im Folgenden: SCHLECHTRIEM/BEARBEITER); ULRICH MAGNUS, Art. 38 Rn 20, in: HEINRICH HONSELL, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin etc. 1997 (im Folgenden: HONSELL/BEARBEITER); weniger deutlich STAUDINGER/MAGNUS (1999), Art. 38 CISG Rn 4. A.A. offenbar KARL H. NEUMAYER/CATHERINE MING, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Lausanne 1993, Art. 38 CISG N 3, die von einem „délai ... exceptionnellement court“ sprechen.

tur zum CISG scheint man den Käufer – so jedenfalls mein Eindruck – gar noch milder behandeln zu wollen<sup>44</sup>. Zudem kann der Käufer, der mit der Untersuchung der Ware in Verzug geraten ist, den Rückstand durch schnellere Anzeige der Vertragswidrigkeit unter Umständen ausgleichen.<sup>45</sup> Dies ist ihm umso leichter möglich, als das CISG die Mängelanzeige nicht wie das schweizerische OR „sofort“ nach der Entdeckung der Vertragswidrigkeit, sondern gemäss Art. 39 Abs. 1 bloss „innerhalb einer angemessenen Frist“ verlangt. Die Gesamtfrist für die Untersuchung und die Rüge ist zwar nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen, soll aber tendenziell – wie in der Literatur zutreffend geltend gemacht wird – *nicht allzu kurz bemessen werden*<sup>46</sup>. KRAMER hat denn auch zu Recht festgehalten, dass im UN-Kaufrecht ein milderes Regime gilt als nach Art. 201 OR<sup>47</sup>.

b) *Die käuferfreundlichen Bestimmungen von Art. 40 und Art. 44 CISG*

Darüber hinaus kommt das UN-Kaufrecht dem „zögerlichen“ Käufer noch in zweifacher Hinsicht entgegen<sup>48</sup>. Gemäss Art. 44 CISG verliert der Käufer, der die Ware nicht fristgerecht geprüft und gerügt hat, sein Recht auf Kaufpreisminderung nach Art. 50 CISG und auf Schadenersatz (ausser auf Ersatz für entgangenen Gewinn) nicht, wenn er eine *vernünftige Entschuldigung* dafür

<sup>44</sup> Vgl. etwa C. M. BIANCA, Art. 38 CISG Ziff. 2.5., in: C. M. BIANCA/M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milan 1987 (im Folgenden: BIANCA/BONELL/BEARBEITER); JOHN HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3. Aufl. Den Haag 1999, Art. 38 CISG § 252.

<sup>45</sup> STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 38 CISG Rn 13; ähnlich auch HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 38 CISG Rn 13; unklar NEUMAYER/MING (FN 43), Art. 39 CISG N 3.

<sup>46</sup> Vgl. dazu etwa SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 39 CISG Rn 17, die von einem groben Mittelwert von circa einem Monat ausgeht; ebenso INGO SAENGER, Art. 39 CISG Rn 8; in: GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2001, und LANZ (FN 7), 258; zurückhaltender STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 39 CISG Rn 35 ff., und HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 39 CISG Rn 22 (Daumenregel; zwei Wochen) sowie ROLF HERBER/BEATE CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, München 1991, Art. 39 CISG Rn 9. – Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte von Art. 39 CISG wohl ebenfalls für eine eher grosszügige Fristbemessung BIANCA/BONELL/SONO (FN 44), Art. 39 CISG Ziff. 2, und HONNOLD (FN 44), Art. 39 CISG § 257.

<sup>47</sup> KRAMER (FN 26), 214; ebenso LANZ (FN 7), 258.

<sup>48</sup> Vgl. dazu auch KRAMER (FN 26), 214, der in diesem Zusammenhang ebenfalls auf Art. 44 CISG hinweist.

hat, dass er die erforderliche Anzeige unterlassen hat<sup>49</sup>. Viel wichtiger als diese Bestimmung, die offenbar bis anhin in der Praxis keine grosse Bedeutung erlangt hat<sup>50</sup>, ist indessen Art. 40 CISG. Nach dieser Norm kann sich der Verkäufer nicht auf die Art. 38 und 39 berufen, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, *die er kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte* und die er dem Käufer nicht offenbart hat, d.h. diesfalls schadet dem Käufer eine verspätete oder gänzlich unterlassene Untersuchung der Ware bzw. Anzeige der Vertragswidrigkeit nicht. Auch die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 39 Abs. 2 CISG, binnen der erst später erkennbare Vertragswidrigkeiten längstens gerügt werden können, kommt in diesem Fall nicht zum Tragen<sup>51</sup>.

Art. 40 CISG hat zwar eine gewisse Ähnlichkeit mit Art. 203 OR, *geht letztlich aber deutlich weiter*<sup>52</sup>. Denn diese Bestimmung umfasst – wie sich aus ihrem Wortlaut klar ergibt – nicht bloss das arglistige Verschweigen von Mängeln bzw. die absichtliche Vorspiegelung falscher Tatsachen<sup>53</sup>. Zwar besteht in der Literatur über die genaue Tragweite der Wendung „über die er nicht in Unkenntnis sein konnte“ keine Einigkeit; fest steht aber dennoch, dass sich auch ein Verkäufer, dem ein positives Wissen um die Vertragswidrigkeit der Ware nicht nachgewiesen werden kann, je nach den Umständen Art. 40 CISG entgegen halten lassen muss. In der Literatur wird z.T. die Auffassung vertreten, *grobe Fahrlässigkeit beim Nichtwissen* genüge<sup>54</sup>. Z.T. wird aber auch geltend ge-

<sup>49</sup> Art. 44 CISG ist – entgegen seinem Wortlaut – nicht nur auf die Rüge (Art. 39 Abs. 1 CISG), sondern auch auf die Untersuchung (Art. 38 CISG) anwendbar (SCHLECHTRIEM/HUBER [FN 43], Art. 44 CISG Rn 5 a; HONSELL/MAGNUS [FN 43], Art. 44 CISG Rn 4; STAUDINGER/MAGNUS [FN 43], Art. 44 CISG Rn 5; SAENGER [FN 46], Art. 44 CISG Rn 3).

<sup>50</sup> Vgl. immerhin den interessanten Entscheid des ICC Court of Arbitration vom 1. 6. 1999, CISG-online 705, Case 9187, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/705.htm> (Das Schiedsgericht nahm eine „vernünftige Entschuldigung“ des Käufers an, weil einer von beiden Vertragsparteien beigezogenen Mittelsperson bei der ersten Untersuchung der Ware [Koks] ein Fehler unterlaufen war).

<sup>51</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 9; HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 11; SAENGER (FN 45), Art. 40 CISG Rn 5; BIANCA/BONELL/SONO (FN 44), Art. 40 Ziff. 2.2.

<sup>52</sup> Ebenso NEUMAYER/MING (FN 43), Art. 40 CISG N 2 Anm. 4.

<sup>53</sup> HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 4; ebenso ICC International Court of Arbitration, Entscheid vom 1. 8. 1999, CISG-online 706, Case 9083, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/706.htm> (im Vergleich zu § 377 des österreichischen HGB).

<sup>54</sup> STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 5; HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 4; HERBER/CZERWENKA (FN 46), Art. 40 CISG Rn 2; SAENGER (FN 46), Art. 40 CISG Rn 2; LANZ (FN 7), 258; ebenso ICC Court of Arbitration,

macht, es brauche *mehr als grobe Fahrlässigkeit*; es müsse sich um eine *ins Auge springende Vertragswidrigkeit*<sup>55</sup> bzw. um „*négligence consciente*“<sup>56</sup> handeln. Das allfällige Wissen oder Wissenmüssen von Hilfspersonen (d.h. von eigenem Personal oder von aussenstehenden Erfüllungsgehilfen) hat sich der Verkäufer in analoger Anwendung von Art. 79 CISG zurechnen zu lassen<sup>57</sup>. Umstritten ist, ob der Käufer die Beweislast für das Kennen bzw. Kennenmüssen des Verkäufers trägt<sup>58</sup> oder ob der Verkäufer seine Gutgläubigkeit zu beweisen hat<sup>59</sup>; die Gerichtspraxis hat bisweilen auch zu Zwischenlösungen Zuflucht genommen<sup>60</sup>.

Entscheid vom 1. 6. 1999, CISG-online 705, Case 9187, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/705.htm>.

<sup>55</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 4; HONNOLD (FN 44), Art. 40 CISG § 260 Anm. 8 i.V.m. Art. 35 CISG § 229 („these are the facts that are before the eyes of one who can see“).

<sup>56</sup> NEUMAYER/MING (FN 43), Art. 40 CISG N 2; ähnlich Entscheid des Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce vom 5. 6. 1998, CISG-online 379 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html>), in dem von „at least a conscious disregard of facts that meet the eyes and are of evident relevance to the non-conformity“ die Rede ist (Erwägung 6.3).

<sup>57</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 6; HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 7; STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 9; HERBER/CZERWENKA (FN 46), Art. 40 CISG Rn 5; SAENGER (FN 46), Art. 40 CISG Rn 3; Entscheid des ICC Court of Arbitration vom 1. 6. 1999, CISG-online 705, Case 9187, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/705.htm>; implizite auch Entscheid des Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce vom 5. 6. 1998, CISG-online 379, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html>, Erwägung 6.3. – Zur Wissenszurechnung von Hilfspersonen nach schweizerischem Recht vgl. z.B. BGE 108 II 419 ff. (Abschlussgehilfin ohne Stellvertretungsmacht) sowie BGE 112 II 503 ff. (Abschlussgehilfe mit Stellvertretungsmacht).

<sup>58</sup> So SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 12, m.Nw.; SAENGER (FN 46), Art. 40 CISG Rn 6.

<sup>59</sup> So HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 13; STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 13, m.Nw. auch auf die Gegenmeinung (und immerhin mit der Einschränkung, dass der Käufer nachzuweisen habe, dass eine offenkundig nicht zu übersiehende Vertragswidrigkeit vorlag); HERBER/CZERWENKA (FN 46), Art. 40 CISG Rn 7.

<sup>60</sup> Entscheid des Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce vom 5. 6. 1998, CISG-online 379, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html>, Erwägung 6.3. („The article as phrased is intended to alleviate the burden of proof on the buyer in respect of the seller's awareness, a burden that otherwise often would be impossible. If the evidence and the undisputed facts show that it is more likely than not that the seller is conscious of the facts that relate to the non-conformity, it must be up to the seller to show that he did not reach the requisite state of awareness. It is in

Bei Art. 40 CISG handelt es sich um eine ganz zentrale Norm des UN-Kaufrechts, die dem Schutz des (redlichen, aber säumigen) Käufers dient. Deren Anwendung scheint allerdings gewissen Gerichten, vor allem in Deutschland, Mühe zu bereiten. Andere Gerichte indessen haben mit dieser Bestimmung weniger Schwierigkeiten. So hat etwa das Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce in einem Urteil zwar den Standpunkt vertreten, Art. 40 CISG sollte (als Ausnahmeregel) nur unter speziellen Umständen („in special circumstances“) angewandt werden, gleichzeitig aber auch treffend Folgendes ausgeführt: „Thus, the Article 40 is an expression of the principles of fair trading ... and it is by its very nature a codification of a general principle.“<sup>61</sup> Dass verschiedene nationale Gesetzgeber wie z.B. der schweizerische oder der deutsche dies bis anhin nicht erkannt haben und immer noch am *Arglistigerfordernis* festhalten, *blosses Wissenmüssen des Verkäufers also nicht genügen lassen*, ist bedauerlich.

Wann von einem Wissenmüssen des Verkäufers im Sinne von Art. 40 CISG ausgegangen werden kann, lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände feststellen. Immerhin wird man als Faustregel davon ausgehen dürfen, dass *bei erheblichen Vertragswidrigkeiten eher ein Kennenmüssen anzunehmen ist* als bei geringfügigen Abweichungen der Ware vom vertraglich geschuldeten Soll-Zustand. Im Allgemeinen wird nun insbesondere bei aliud-Lieferungen eine eher bedeutende<sup>62</sup> und leicht feststellbare Vertragswidrigkeit vorliegen, *so dass Art. 40 CISG bei den meisten Falschlieferungen zum Tragen kommen wird*<sup>63</sup>. Ausnahmen mögen vorkommen bei *bloss leicht fahrlässiger Verwechslung der Ware* durch den Verkäufer<sup>64</sup> – was indessen in der Praxis insbesondere wegen der Zurechnung von Hilfspersonenverhalten nicht leichthin angenommen werden darf – oder unter gewissen Umständen, wenn der Verkäufer blosser

the nature of things when applying Article 40 that considerable time may have passed since manufacture or delivery of the goods and that the evidentiary situation may be difficult. But once the buyer has sufficiently established the basis for his claim under Article 40, it is the seller that must assume the risk of not being able to counterbalance this with evidence on his own design and manufacturing process that, after all, he is in a better position to secure than the buyer.“).

<sup>61</sup> Entscheid des Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce vom 5. 6. 1998, CISG-online 379; <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html>, Erwägung 6.2. und Erwägung 6.3.

<sup>62</sup> Ob eine solche Vertragsverletzung auch wesentlich im Sinne von Art. 25 CISG ist, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung.

<sup>63</sup> So auch SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 5; HONSELL/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 4; STAUDINGER/MAGNUS (FN 43), Art. 40 CISG Rn 6; SAENGER (FN 46), Art. 40 CISG Rn 2; LANZ (FN 7), 258.

<sup>64</sup> So SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 5.

*Zwischenhändler* ist und die Ware originalverpackt blieb, da in diesem Fall – wie in der Literatur z.T. geltend gemacht wird – „Bösgläubigkeit“ nur selten vorliegen soll<sup>65, 66</sup>.

Die allgemein verbreitete Aussage, das UN-Kaufrecht behandle die aliud-Lieferung gleich wie die peius-Lieferung, ist mithin zwar theoretisch richtig<sup>67</sup>, bedarf aufgrund dieser Ausführungen indessen der Präzisierung. Dem Käufer, der Opfer einer Falschlieferung wird, obliegen (ausser im Falle einer geringfügigen Vertragswidrigkeit) unter Umständen gerade keine Prüfungs- und Rügepflichten, d.h. er verliert seine Rechte nach Art. 45 CISG nicht, wenn er den Bestimmungen von Art. 38 und 39 CISG nicht nachkommt. Nach schweizerischem Kaufrecht wäre dies anders, wenn die aliud-Lieferung – wie von KRAMER postuliert – gleich behandelt würde wie die Schlechtlieferung. Denn im schweizerischen Recht ist der Käufer wie dargelegt von seiner Prüfungs- und Rügeobliegenheit nur befreit, wenn er dem Verkäufer Arglist nachweisen kann; der blosser Umstand, dass der Verkäufer die Vertragswidrigkeit hätte erkennen können, genügt dagegen nicht.

#### c) Die Befristung der Rechte des Käufers bei der Lieferung vertragswidriger Ware

Wesentlich käuferfreundlicher als das schweizerische Kaufrecht ist das internationale Einheitskaufrecht schliesslich auch hinsichtlich der *Ausschlussfrist für das Erheben von Mängelrügen*. Gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG beträgt diese – anderweitige vertragliche Abreden der Parteien vorbehalten – zwei Jahre ab Übergabe der Ware, ist also doppelt so lang wie im schweizerischen Obligationenrecht.

Im UN-Kaufrecht nicht geregelt ist die *Verjährung* der Ansprüche des Käufers aus der Lieferung vertragswidriger Ware. Diese Frage beurteilt sich nach dem nationalen Recht, das gemäss dem internationalprivatrechtlichen Kollisionsrecht des Forumsstaats auf den Kaufvertrag anwendbar ist<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (FN 43), Art. 40 CISG Rn 5; SAENGER (FN 46), Art. 40 CISG Rn 2; Entscheid des ICC International Court of Arbitration vom 1. 6. 1999, CISG-online 705, Case 9187, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/705.htm>.

<sup>66</sup> Der Zwischenhändler darf originalverpackte Ware allerdings nur dann ohne Prüfung ungeöffnet weiterleiten, wenn die Öffnung den Warenwert erheblich beeinträchtigen oder eine teure Verpackung zerstören würde (ULRICH MAGNUS, ZEuP 2002, 537).

<sup>67</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 1 CISG.

<sup>68</sup> Vgl. dazu ausführlich TH. KOLLER (FN 39), 41 ff. m.z.Hw.

### 3. Die Lieferung nicht vertragskonformer Ware nach deutschem Recht

Auch das deutsche Recht behandelt, wie sogleich zu zeigen sein wird, den Käufer, dem vertragswidrige Ware geliefert wird, beinahe durchwegs<sup>69</sup> besser als das schweizerische Obligationenrecht.

#### a) Die deutsche Schuldrechtsmodernisierung und das Modell CISG

Mit Wirkung ab 1. 1. 2002 wurden zahlreiche Bestimmungen des BGB (und einige wenige des Handelsgesetzbuches [HGB]) – vor allem des *Leistungsstörungenrechts* – im Rahmen einer umfassenden Schuldrechtsreform geändert<sup>70</sup>. Bei dieser so genannten *Schuldrechtsmodernisierung*, zu der insbesondere (auch) die Umsetzung von EG-Richtlinien<sup>71</sup> Anlass war, stand im Bereich des Kaufrechts für die Neuregelung der Mängelhaftung das CISG Modell. Diesem Modell folgend ist die *Mängelhaftung des Verkäufers in das Leistungsstörungenrecht integriert* worden<sup>72</sup>. Die Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache stellt jetzt eine Hauptleistungspflicht des Verkäufers dar<sup>73</sup>. Doch nicht in jedem Punkt der Reform war das CISG in gleichem Ausmass Vorbild. Zwar hält das revidierte BGB fast lapidar in § 434 Abs. 3 fest: „Einem Sachmangel steht es

<sup>69</sup> Mit dem schweizerischen Recht vergleichbar ist einzig die Rigorosität der Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers bei einem beidseitigen Handelskauf (§ 377 HGB). Vgl. dazu unten Ziff. 3.b).

<sup>70</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 61 vom 29. 11. 2001, 3138 ff. – Die Literatur zur Schuldrechtsreform ist abundant. Statt aller seien hier nur erwähnt: PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002; REINER SCHULZE/HANS SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001; PALANDT, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. München 2002 (im Folgenden: PALANDT/BEARBEITER, Ergänzungsband). – In den neueren Kommentaren und Lehrbüchern sind die neuen gesetzlichen Regeln selbstverständlich bereits berücksichtigt.

<sup>71</sup> Insbesondere die Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 über den Verbrauchsgüterkauf.

<sup>72</sup> PALANDT/HEINRICHS, Ergänzungsband (FN 70), Einleitung zum Ergänzungsband Rn 9.

<sup>73</sup> § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB; PETER SCHLECHTRIEM, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. Tübingen 2003, Rn 32; PALANDT/HEINRICHS, Ergänzungsband (FN 70), Einleitung zum Ergänzungsband Rn 9; CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 ff., spez. 836.



gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache . . . liefert“, womit neu die Lieferung eines aliud ebenso wie im UN-Kaufrecht grundsätzlich wie ein Sachmangel behandelt wird<sup>74</sup>. Auch das HGB hat den Wandel vollzogen und verzichtet grundsätzlich auf die unterschiedliche Behandlung von aliud und peius<sup>75</sup>.

Immerhin wird in der deutschen Lehre z.T. geltend gemacht, Voraussetzung dafür, das aliud gleich zu behandeln wie die Schlechtlieferung, sei, dass der Verkäufer mit dem gelieferten (falschen) Gegenstand habe erfüllen wollen<sup>76</sup>. Diese These würde allenfalls die Möglichkeit eröffnen, dem Käufer bei der *irrtümlichen Falschlieferung* weiterhin den (etwas käuferfreundlicheren) primären Erfüllungsanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zuzugestehen und nicht die Mängelrechte nach § 437 BGB anzuwenden<sup>77</sup>. Diese Schlussfolgerung steht allerdings auf unsicheren Füßen, weil die Autoren, welche die Auffassung vertreten, der Verkäufer müsse bei der Falschlieferung mit Erfüllungswillen gehandelt haben, nicht näher darlegen, was damit gemeint ist.

An anderer Stelle zeigen sich jedoch nach wie vor markante Unterschiede zwischen dem deutschen Kaufrecht und dem CISG. Insbesondere die Prüfungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers stellen sich nach deutschem Recht, bedingt durch die Unterscheidung in Handelskauf (nach HGB) einerseits und Konsumentenkäuf bzw. bürgerlichen Kauf (nach BGB) andererseits, sehr verschieden dar. Nachfolgend wird indessen nicht der Vergleich des reformierten deutschen Rechts mit dem UN-Kaufrecht, sondern der Vergleich zwischen

<sup>74</sup> SCHLECHTRIEM (FN 73), N 36. – Vereinzelt wird für den Stückkauf an der Unterscheidung zwischen aliud und peius dennoch hartnäckig festgehalten. So bezeichnet es SAENGER als umstritten, ob die Gleichstellung von Falschlieferung und Schlechtlieferung allein die Gattungs- oder aber auch die Stückschuld erfasst, und er plädiert im Hinblick auf die unterschiedlichen Verjährungsfristen beim Erfüllungsanspruch einerseits (§ 195 BGB) und beim Nacherfüllungsanspruch andererseits (§ 438 BGB) dafür, dem Käufer bei Lieferung eines Identitätsaliuds den primären Erfüllungsanspruch zu erhalten (INGO SAENGER, § 434 BGB Rn 20, in: HEINRICH DÖRNER et al., Handkommentar BGB, 3. Aufl. Baden-Baden 2003 [im Folgenden: HK-BGB/BEARBEITER]). Nach anfänglichen Zweifeln rang sich dagegen etwa PUTZO zur Ansicht durch, dass selbst für den offensichtlichen Identitätsmangel (Pferd statt Rind) § 434 BGB gilt (HANS PUTZO, § 434 BGB Rn 52a, in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl. München 2004 [im Folgenden: PALANDT/BEARBEITER]); vgl. demgegenüber noch DERS., § 434 BGB Rn 52, in der 62. Aufl. München 2003).

<sup>75</sup> Indem § 378 HGB ersatzlos gestrichen wurde (HK-HGB/STUHLFELNER [FN 35], § 377 HGB Rn 6).

<sup>76</sup> PALANDT/PUTZO (FN 74), § 434 BGB Rn 52; SCHLECHTRIEM (FN 73), Rn 36.

<sup>77</sup> Im gleichen Sinne, aber mit anderer Begründung, bei der Lieferung eines Identitätsaliuds im Falle eines Stückkaufs HK-BGB/SAENGER (FN 74), § 434 BGB Rn 20.

dem neuen deutschen Kaufrecht und dem schweizerischen Recht interessieren.

#### b) Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit<sup>78</sup> des Käufers nach deutschem Recht

Für das *beiderseitige* Handelsgeschäft<sup>79</sup> verlangt das HGB wie bis anhin<sup>80</sup> *unverzügliche* Prüfung der Ware nach Ablieferung, *soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist*, und ebenso *unverzügliche Anzeigerstattung* im Falle eines Mangels. Das deutsche HGB unterscheidet sich insoweit praktisch kaum vom schweizerischen Obligationenrecht, sofern man nicht annimmt, die Regelung der Rügefrist sei im schweizerischen Recht etwas strenger<sup>81</sup>. Anders als nach HGB, CISG und OR ist dagegen bei Kaufverträgen nach BGB – d.h. bei *Konsumentenkäufen*, bei *Kaufgeschäften unter Privaten* und bei *Verkäufen von Privaten an Unternehmer* – wie schon vor der Schuldrechtsreform<sup>82</sup> nicht erforderlich, dass der Käufer die Kaufsache auf Mängel untersucht und einen erkannten<sup>83</sup> bzw.

<sup>78</sup> In der deutschen Lehre wird der Begriff der Untersuchungs- und Rügepflicht verwendet (HK-HGB/STUHLFELNER [FN 35], § 377 HGB Rn 6 und 8). Die terminologische Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit interessiert im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht.

<sup>79</sup> Zum Begriff der Handelsgeschäfte siehe §§ 343 ff. HGB.

<sup>80</sup> § 377 Abs. 1 HGB.

<sup>81</sup> Zum deutschen Recht vgl. z.B. PALANDT/HEINRICHS (FN 74), § 121 N 3: „Unverzüglich ist nicht gleichbedeutend mit sofort“ (mit Verweis auf RGZ 124, 118); ebenso HK-BGB/DÖRNER (FN 74), § 121 N 3; a.M. HK-HGB/STUHLFELNER (FN 35), § 377 HGB N 8 („Unverzüglich bedeutet idR. sofort nach Ablieferung.“). Inwieweit sich die sprachliche Unterscheidung zwischen „sofort“ (Art. 201 Abs. 1 und 3 OR) und „unverzüglich“ (§ 377 Abs. 1 und 3 HGB) in der Rechtsprechung der beiden Länder tatsächlich auswirkt, muss hier offen bleiben.

<sup>82</sup> Vor der Schuldrechtsmodernisierung war eine (freiwillige) Mängelanzeige für den Käufer nach BGB immerhin in einem Fall von Vorteil: Hatte der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt war – und diese Verjährung trat bei beweglichen Sachen bereits sechs Monate nach Ablieferung ein (§ 477 Abs. 1 BGB a.F.)! –, so blieb ihm wenigstens gegenüber der Zahlungsklage die Mängelrede erhalten (§ 478 Abs. 1 BGB a.F.). Diese Regelung entsprach (abgesehen von der kürzeren Frist) Art. 210 Abs. 2 OR.

<sup>83</sup> Nach altem Recht verlor allerdings der Käufer seine Sachmängelgewährleistungsrechte, wenn er eine mangelhafte Sache vorbehaltlos annahm, *obschon er den Mangel kannte* (§ 464 BGB a.F.). Diese Bestimmung kam allerdings nur bei *positiver Kenntnis im Zeitpunkt der Annahme* zur Anwendung, nicht jedoch dann, wenn der Käufer den Mangel erst nach der Übergabe erkannte (HARM PETER WESTERMANN, § 464 BGB Rn 9, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. München 1995 [im Folgenden MK-BEARBEITER]).

erkennbaren Mangel rügt<sup>84</sup>. Bei unterbliebener (fristgerechter) Untersuchung und Rüge verliert der Käufer nach HGB (wie der Käufer nach schweizerischem Schuldrecht) grundsätzlich seine Rechte aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware<sup>85</sup>, es sei denn, der Verkäufer habe den Mangel arglistig verschwiegen<sup>86</sup>. Dem vorderhand zögernden BGB-Käufer dagegen bleiben seine Ansprüche aus der Lieferung eines aliud oder peius ohne weiteres erhalten. Private Käufer und gewerbliche Käufer, die mit einem Privaten einen Kaufvertrag schliessen, sind daher insoweit nach deutschem Recht ganz erheblich besser gestellt als nach schweizerischem Recht.

c) *Die Befristung der Rechte des Käufers bei der Lieferung vertragswidriger Ware*

Eine *Ausschlussfrist* für die Erhebung einer Mängelrüge im Falle eines verdeckten Mangels, wie sie in Art. 210 Abs. 1 und 2 OR<sup>87</sup> bzw. in Art. 39 Abs. 2 CISG enthalten ist, kennt das HGB nicht. Auch im BGB ist, anders als noch vor der Reform (nämlich zur Erhaltung der so genannten *Mängelrede*)<sup>88</sup>, keine solche Frist mehr vorgesehen. Selbstredend unterliegen aber die Mängelrechte des Käufers der *Verjährung*. Die Verjährungsregeln wurden nun allerdings in der Schuldrechtsmodernisierung wesentlich käuferfreundlicher ausgestaltet. Während sich früher die (dispositive) Frist für die Verjährung der Mängelrechte beim Kauf beweglicher Sachen auf bloss sechs Monate seit der Abliefe-

<sup>84</sup> Vgl. z.B. SCHLECHTRIEM (FN 73), Rn 70, der für eine Rügeobliegenheit (ohne Untersuchungspflicht) bei *erkannten* Mängeln innert einer Frist von zwei Monaten plädiert und deren Fehlen als groben Fehler bezeichnet.

<sup>85</sup> § 377 Abs. 2 und 3 HGB.

<sup>86</sup> § 377 Abs. 5 HGB. – Die Beweislast für das Vorliegen von Arglist trägt der Käufer (HK-HGB/STUHLFELNER [FN 35], § 377 HGB Rn 11). Eine Art. 40 CISG entsprechende Norm kennt das deutsche HGB nicht.

<sup>87</sup> Vgl. dazu vorne FN 39.

<sup>88</sup> Gemäss § 477 Abs. 1 BGB a.F. *verjährten* die Mängelrechte des Käufers bei beweglichen Sachen in sechs Monaten nach der Ablieferung. Hatte der Käufer indessen die Mängelrüge erhoben, bevor seine Ansprüche verjährt waren, so konnte er auch nach Eintritt der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt gewesen wäre (§ 478 Abs. 1 BGB a.F.; vgl. dazu statt aller etwa MK-WESTERMANN [FN 83], § 478 BGB Rn 1 ff.). Siehe bereits auch vorn FN 82. – § 478 BGB a.F. fand sowohl auf den HGB-Käufer als auch auf den BGB-Käufer Anwendung. Insoweit war somit vor der Reform auch für den BGB-Käufer eine Mängelrüge von Vorteil. – Das neue Recht kennt zwar die so genannte *Mängelrede* des Käufers immer noch (§ 438 Abs. 4 Satz 2 und 3 BGB), verlangt dazu aber keine Mängelanzeige mehr (HK-BGB/SAENGER [FN 74], § 438 BGB Rn 13).

rung belief<sup>89</sup>, wurde diese beim Kauf beweglicher Sachen, die nicht für ein Bauwerk verwendet werden, neu – und für Verbraucherverträge zwingend<sup>90</sup> – *auf zwei Jahre verlängert*<sup>91</sup> (im Falle arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer allerdings auf drei Jahre verkürzt<sup>92</sup>). Diese Verjährungsfrist gilt nicht nur für Kaufverträge nach BGB, sondern auch für Handelskäufe nach HGB<sup>93</sup>. Die *Hemmung der Verjährung* beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften von §§ 203 ff. BGB<sup>94</sup>. Gehemmt wird die Verjährung nicht bloss durch bestimmte Rechtsverfolgungsmassnahmen des Gläubigers<sup>95</sup>, sondern insbesondere auch durch das *Führen von Verhandlungen* zwischen Schuldner und Gläubiger – hier also zwischen Verkäufer und Käufer – über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände<sup>96</sup>. Die beträchtliche Verlängerung der Verjährungsfrist einerseits und die gläubigerfreundliche Regelung der Verjährungshemmung beim Führen von Verhandlungen andererseits haben die Rechtsstellung des Käufers im deutschen Recht ganz erheblich verbessert. In krassem Gegensatz dazu steht das schweizerische Recht mit seiner bloss halb so langen Verjährungsfrist; und von einem Verjährungsstillstand während Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer über Sachmängelgewährleistungsansprüche darf in einer Rechtsordnung wie der unseren, in der Ansprüche gar während eines hängigen Prozesses verjähren können<sup>97</sup>, nicht einmal geträumt werden.

### III. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das (noch) geltende schweizerische Kaufrecht im Vergleich zum CISG und zum modernisierten deutschen Kaufrecht den Käufer bei der Lieferung vertragswidriger Ware durch den Verkäufer deutlich ungünstiger behandelt. Weitgehend gleich ist

<sup>89</sup> § 477 Abs. 1 BGB a.F.

<sup>90</sup> § 475 Abs. 2 BGB.

<sup>91</sup> § 438 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 BGB.

<sup>92</sup> § 438 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 195 BGB. Der Beginn des Fristenlaufs richtet sich diesfalls nach § 199 BGB (HK-BGB/SAENGER [FN 74], § 438 BGB Rn 12; SCHLECHTRIEM [FN 73], Rn 105).

<sup>93</sup> Die §§ 433–453 BGB gelten grundsätzlich auch für den Handelskauf (PALANDT/PUTZO [FN 74], Einführung vor § 433 BGB Rn 9).

<sup>94</sup> HK-BGB/SAENGER (FN 74), § 438 BGB Rn 11.

<sup>95</sup> § 204 BGB.

<sup>96</sup> § 203 BGB.

<sup>97</sup> BGE 123 III 213 ff.

nur noch die strenge *Prüfungs- und Rügeobliegenheit* des Käufers im schweizerischen und deutschen Recht beim beidseitigen Handelskauf, während das – in der Praxis beinahe ausschliesslich ebenfalls auf Handelskäufe anwendbare – UN-Kaufrecht von weniger rigiden Prüfungs- und Rügefristen ausgeht und Käufer, die nur nach BGB beurteilt werden, überhaupt keiner Prüfungs- und Rügepflicht unterliegen. Besonders ins Gewicht fällt die Erleichterung, die Art. 40 CISG für den Käufer mit sich bringt und diesen bei für den Verkäufer erkennbaren Vertragswidrigkeiten gänzlich von der Prüfungs- und Rügeobliegenheit entbindet, mithin also *von der Genehmigungsfiktion bei unterlassener oder verspäteter Prüfung und Rüge* – anders als das schweizerische Recht für alle Kaufverträge und anders als das deutsche Recht für beidseitige Handelskäufe – *nicht erst bei einem (in der Regel nur schwer nachweisbaren) arglistigen Verhalten des Verkäufers absieht*. Insbesondere bei aliud-Lieferungen dürfte diese wichtige Bestimmung oft zum Tragen kommen. Käuferfreundlicher sind das Wiener Kaufrecht und das deutsche Kaufrecht aber auch in Bezug auf die *zeitliche Befristung der Käuferrechte*, kennt doch das CISG eine *doppelt so lange Ausschlussfrist* für die Rüge verdeckter Vertragswidrigkeiten und das deutsche Recht (neben einer sehr gläubigerfreundlichen Verjährungshemmungsregel) eine *doppelt so lange Verjährungsfrist* der Mängelrechte des Käufers wie das schweizerische Recht.

Das rechtsvergleichende Argument unseres Jubilars, im schweizerischen Recht sei auf die Unterscheidung zwischen aliud und peius zu verzichten, weil auch das internationale Einheitskaufrecht und das modernisierte deutsche Kaufrecht beide Leistungsstörungstatbestände gleich behandeln, ist auf den ersten Blick durchaus einleuchtend. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass das schweizerische Sachmängelgewährleistungsrecht dem UN-Kaufrecht und dem deutschen Recht in verschiedenen anderen – viel wichtigeren – Punkten hintennachhinkt. Bevor der schweizerische Gesetzgeber hier seine Hausaufgaben nicht erledigt und die Stellung des Käufers deutlich verbessert, besteht daher wenig Anlass, dem Opfer einer Falschlieferung die Anwendung der im internationalen Vergleich käuferunfreundlichen Sachmängelgewährleistungsregeln aufzuzwingen. Man darf aber sicher damit rechnen, dass ERNST A. KRAMER eine umfassende Modernisierung des schweizerischen Kaufrechts grundsätzlich unterstützen wird, so dass sich anschliessend ein Verzicht auf die unterschiedliche Behandlung von aliud und peius durchaus rechtfertigen lässt.