

Prof. Dr. Peter V. Kunz
Prof. Dr. Jonas Weber
Prof. Dr. Andreas Lienhard
Prof. Dr. Iole Fagnoli
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Bern für den Schweizerischen
Juristentag 2014



Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Jonas Weber
Andreas Lienhard
Iole Fagnoli
Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

Prof Dr. Peter V. Kunz
Prof Dr. Jonas Weber
Prof Dr. Andreas Lienhard
Prof Dr. Iole Fagnoli
Prof Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

**Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Bern für den Schweizerischen
Juristentag 2014**



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2970-1
ISBN Judocu 978-3-0354-1131-7



Rinder-Lasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxinverseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel?

Überlegungen zum Mangelverdacht bei Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht (CISG)

THOMAS KOLLER* / DAVID JOST**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	36
II.	Eignung für den gewöhnlichen Gebrauch.....	37
	A. Allgemeine Gebrauchstauglichkeit	37
	B. Wiederverkäuflichkeit bei kaufmännischer Verwendung	39
III.	Der Mangelverdacht als Vertragsverletzung.....	40
	A. Mangel eines Stückes legitimiert Mangelverdacht weiterer Stücke	40
	B. Verdacht führt zu öffentlich-rechtlichen Massnahmen oder zu behördlichen Warnungen	41
	1. Allgemeine behördliche Verkaufs- bzw. Verwendungsverbote	41
	2. Behördliche Beschlagnahmung	42
	3. Behördliche Warnungen	42
	4. Ist auf öffentlich-rechtliche Massnahmen im Verkäuferland oder im Käufer- bzw. Bestimmungsland abzustellen?.....	43
	C. Verdacht aufgrund blosser Meldungen in Massenmedien.....	44
	1. Konkrete Verdachtsmomente.....	45
	2. Wesentlichkeit des Mangelverdachts.....	45
	3. Keine hinreichende Ausräumung des Verdachts durch den Verkäufer	47
	4. Fazit	48
IV.	Gefahrübergang	49
	A. Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit	49

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

** MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Das Manuskript wurde am 24. Januar 2014 abgeschlossen.

	B. Beweislastverteilung	52
V.	Rechtsfolgen	53
	A. Rechtsbehelfe nach Leistungserbringung.....	53
	B. Antizipierter Vertragsbruch.....	54
VI.	Schlussbemerkung	54

I. Einleitung

Der sogenannte „Pferdefleischskandal“ erschütterte Anfang 2013 ganz Europa, als in verschiedenen europäischen Ländern in als Rindfleischprodukten deklarierten Lebensmitteln grosse Anteile von Pferdefleisch und anderen nicht deklarierten Fleischsorten gefunden wurden.¹ Der Aufschrei unter Konsumenten wie Detailhändlern war gross, und so wurde die als Sinnbild für diese Falschdeklaration fungierende Lasagne pauschal geächtet und gemieden.²

Rund eineinhalb Jahre zuvor hatte sich ein noch gravierenderer Skandal ereignet, als in Deutschland mehrere Fälle einer schweren bakteriellen Darminfektion auftraten, teilweise gar mit tödlichem Ausgang, ausgelöst durch den sogenannten EHEC-Keim.³ Da zunächst im gesamten Land vor dem Verzehr von rohen Tomaten, Blattsalaten und vor allem spanischen Salatgurken gewarnt wurde, brach der Umsatz der Gemüseproduzenten drastisch ein.⁴ Wie sich später allerdings herausstellte, waren nicht die spanischen Salatgurken Auslöser der Infektionen, sondern der ägyptische Bockshornklee-Samen, aus welchem in Europa Sprossen hergestellt wurden.⁵

Beide Fälle hatten etwas gemeinsam: Bereits der Verdacht auf Falschdeklaration bzw. Bakterienbefall führte dazu, dass die Konsumenten Lebensmittel der verdächtigen Sorte (Lasagne bzw. spanische Salatgurken) nicht mehr kauften und der Handel daher immense materielle Einbussen hinnehmen musste. Mit andern Worten: *Die unter Generalverdacht stehende Ware war nicht oder kaum noch verkäuflich, obwohl der Verdacht möglicherweise nicht der Wahrheit entsprach.*

*Verdachtsfälle bei Lebensmitteln*⁶ treten in der Praxis besonders oft (wenn auch nicht ausschliesslich) bei Waren auf, die in der Absatzkette mindestens

¹ „Erster Verdacht auf Pferde-Lasagne in Deutschland“, in: NZZ vom 13. Februar 2013.

² „Pferdefleisch-Skandal: Coop nimmt Lasagne aus Regalen“, in: Handelszeitung vom 12. Februar 2013.

³ „Todesfälle durch Bakterien“, in: NZZ vom 25. Mai 2011.

⁴ „Gemüse wird zum Ladenhüter“, in: NZZ vom 31. Mai 2011.

⁵ „Ägyptische Samen als Ehec-Verursacher identifiziert“, in: Tagesanzeiger vom 6. Juli 2011.

⁶ Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf Verdachtsfälle bei Lebensmitteln, weil diese häufig vorkommen und – aus naheliegenden Gründen – viel Aufmerksamkeit erregen. Selbstverständlich gibt es in der Praxis aber auch ausserhalb des Lebensmittelbereichs

einmal grenzüberschreitend gehandelt worden sind. Die entsprechenden Verträge dürften in vielen Fällen dem UN-Kaufrecht (CISG, Wiener Kaufrecht)⁷ unterliegen. *Im Folgenden soll erörtert werden, ob und unter welchen Umständen ein Mangelverdacht unter dem UN-Kaufrecht Rechtsbehelfe zu Gunsten des Importeurs auslösen kann.* Nicht Gegenstand dieses Beitrages bildet die Rechtslage nach Schweizerischem Obligationenrecht, das im Verhältnis zwischen dem Konsumenten und dem Detailhändler und gegebenenfalls zwischen dem Detailhändler und dem Importeur anwendbar ist.⁸

II. Eignung für den gewöhnlichen Gebrauch

Konkret stellt sich die Frage, ob eine mit einem Verdacht (z.B. auf bakterielle Verseuchung) behaftete Ware vertragsgemäss i.S.v. Art. 35 CISG ist oder nicht. Um zu prüfen, ob ein Mangelverdacht einen Mangel darstellen kann, ist es daher unerlässlich, zunächst zu bestimmen, welche Anforderungen gemäss UN-Kaufrecht an die „Qualität“ der Ware gestellt werden, damit diese als vertragskonform gilt.

A. Allgemeine Gebrauchstauglichkeit

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. Massgebend für die Beurteilung der Anforderungen an die Vertragsmässigkeit der Ware ist in erster Linie der (ausdrückliche oder stillschweigende) Vertragsinhalt, zu welchem auch Handelsbräuche und Gepflogenheiten gehören.⁹

Soweit die Parteien keine näheren Vereinbarungen über die Beschaffenheit der Ware getroffen haben, bestimmt sich deren Vertragskonformität ge-

Verdachtsfälle (einlässlich zu solchen Fällen etwa RUTGER VON DER HORST, Zum Verdacht als Mangel i.S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB, NJOZ 2013, 385 ff.; siehe auch den Hinweis bei ULRICH MAGNUS, Mangelverdacht als Mangel im CISG, in: Andreas Heldrich et al. [Hrsg.], Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 257 ff., 263 f.).

⁷ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG, SR 0.221.211.1).

⁸ Zur Rechtslage nach schweizerischem Obligationenrecht siehe etwa ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff.

Sehr einlässlich zur Rechtslage nach deutschem BGB FLORIAN FAUST, Argentinische Hasen, belgische Schweine und österreichischer Wein, Der Verdacht als Mangel, in: Thomas Lobinger et al. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 185 ff.; insgesamt kritisch zur deutschen Rechtsprechung BARBARA GRUNEWALD, Der Verdacht als Mangel, in: Barbara Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 131 ff.

⁹ Art. 9 CISG.

mäss Art. 35 Abs. 2 CISG nach einem objektiven Massstab. Hauptvoraussetzung ist, dass sich die Ware für die Zwecke eignet, für welche Ware gleicher Art gewöhnlich gebraucht wird (sogenannte *allgemeine Gebrauchstauglichkeit*).¹⁰ Je nach den Umständen kann stattdessen aber auch ein vom gewöhnlichen Gebrauch abweichender *besonderer Verwendungszweck* den Massstab für die Vertragskonformität bilden.¹¹ Die für den gewöhnlichen Gebrauch erforderlichen Eigenschaften bestimmen sich nach der Verkehrsanschauung des durchschnittlichen Nutzerkreises, wobei stets auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.¹² Eine wesentliche Rolle spielt dabei auch der Preis: Von einem Anbieter, welcher sich in einem höheren Preissegment positioniert, darf andere (bessere) Qualität erwartet werden als von einem Ramschhändler.¹³

In der Lehre umstritten ist die Frage, ob die Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch Gattungsware von durchschnittlicher Qualität voraussetzt.¹⁴ Die Regelung, wonach Gattungsware mindestens mittlere Qualität aufweisen muss, wie dies der schweizerische Gesetzgeber in Art. 71 Abs. 2 OR ausdrücklich festgelegt hat, kennen viele nationale Rechtsordnungen.¹⁵ In England hingegen wurde lange Zeit lediglich handelbare Ware („merchantable goods“) gefordert,¹⁶ womit auch Ware von unterdurchschnittlicher Qualität als vertragskonform betrachtet wurde, solange sie nur weiterverkauft werden konnte.¹⁷ Inzwischen wurde in England aber die Anforderung der Handelbarkeit durch „zufriedenstellende Qualität“ der Ware („satisfactory quality“), zu messen am Standard einer vernünftigen Person, ersetzt.¹⁸ Ähnlich wurde z.T. auch in der Schiedsgerichtsbarkeit die Auffassung vertreten, der Verkäufer schulde eine den berechtigten Erwartungen des Käufers angemessene Qualität („reasonable quality“).¹⁹

¹⁰ Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG.

¹¹ Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG.

¹² ULRICH MAGNUS, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Berlin 2010, N 13 zu Art. 35 CISG.

¹³ ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013, N 19 zu Art. 35 CISG (nachfolgend STAUDINGER/MAGNUS).

¹⁴ Zu den verschiedenen Lehrmeinungen INGEBORG SCHWENZER, in: Peter Schlechtriem/IngeborgSchwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, München/Basel 2013, Fn. 101 zu Art. 35 CISG.

Eine rechtsökonomische Betrachtung der strittigen Qualitätsanforderung bieten CLAYTON P. GILLETTE/FRANCO FERRARI, Warranties and Lemons under CISG Article 35 (2) (a), in: IHR 2010, 2 ff.

¹⁵ So bspw. in Deutschland § 243 Abs. 1 BGB sowie § 360 HGB, in Frankreich Art. 1246 CCfr. und in den USA § 2-314 (2) (b) Uniform Commercial Code („fair average quality“).

¹⁶ Section 14 (2) des Sale of Goods Act vom 6. Dezember 1979.

¹⁷ SCHWENZER (Fn. 14), N 15 zu Art. 35 CISG, mit Verweis. auf Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord), [1976] Q.B. 44.

¹⁸ Section 14 (2) und (2A) des Sale and Supply of Goods Act (in der Fassung von 1994).

¹⁹ Schiedsspruch Nr. 2319 des Netherlands Arbitration Institute vom 15. Oktober 2002, Absatz 71, CISG-online Nr. 780.

B. Wiederverkäuflichkeit bei kaufmännischer Verwendung

Anerkannt ist, dass Handelsware für die kaufmännische Verwendung geeignet sein muss. Insbesondere muss Ware im internationalen Gross- und Zwischenhandel demnach *wiederverkäuflich* sein.²⁰ Fraglich bleibt allerdings, welchen Grad diese Wiederverkäuflichkeit aufzuweisen hat. Das Mindestmass an Wiederverkäuflichkeit wird durch die Anforderung der Handelbarkeit, wie sie früher im englischen Recht vorgesehen war, definiert. Wie bereits festgestellt, kann jedoch auch Ware unterdurchschnittlicher Qualität handelbar sein, soweit der Preis angepasst wird. Daher ist im Grunde das Kriterium der blossen Handelbarkeit nicht zweckmässig. Entscheidend muss vielmehr sein, ob der Käufer die Ware in dem Preisrahmen weiterverkaufen kann, in welchem er sie beim Verkäufer bezogen hat. Schliesslich widerspiegelt der Preis bei Gattungsware stets auch die Qualitätskategorie.²¹ Nach wohl herrschender Lehre muss daher die Ware, welche zum Weiterverkauf bestimmt ist, zumindest in vernünftiger Weise absetzbar („honestly resaleable“) sein.²² In einem Punkt dürfte dabei Übereinstimmung herrschen: *Wird die Wiederverkäuflichkeit bloss durch allgemeine Markteinflüsse beeinträchtigt, so ist die Ware nicht vertragswidrig.*²³ Nachfrageeinbrüche wegen veränderter Vorlieben von Konsumentinnen und Konsumenten – etwa wenn es aufgrund eines Modetrends plötzlich nicht mehr „angesagt“ sein sollte, spanische Salatgurken zu essen – vermögen offenkundig keine Vertragswidrigkeit zu begründen.

Handelt es sich bei der Ware um Lebensmittel, welche zum menschlichen Verzehr vorgesehen sind, so müssen diese auf jeden Fall *aus objektiver Sicht gesundheitlich unbedenklich bzw. zumindest nicht gesundheitsschädigend*

²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. März 1995, Erwägung 1bb, CISG-online Nr. 144; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, Erwägung 3b, CISG-online Nr. 999; Entscheid des Kantonsgerichts Glarus vom 6. November 2008, Erwägung 1.1, CISG-online Nr. 1996; SCHWENZER (Fn. 14), N 14 zu Art. 35 CISG; FRANCO FERRARI, in: Ferrari et al. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, München 2012, N 14 zu Art. 35 CISG; PETER SCHLECHTRIEM/ULRICH G. SCHROETER, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Auflage, Tübingen 2013, Rn. 372 S. 169.

²¹ CHRISTOPH BENICKE, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Auflage, München 2013, N 10a zu Art. 35 CISG; Schiedsspruch Nr. 2319 des Netherlands Arbitration Institute vom 15. Oktober 2002, Absatz 119 f., m.Hw., CISG-online Nr. 780.

²² Sekretariatskommentar N 5 zu Art. 33 CISG; CHRISTOPH BRUNNER, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004, N 8 zu Art. 35 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 19 zu Art. 35 CISG; a.A. Schiedsspruch Nr. 2319 des Netherlands Arbitration Institute vom 15. Oktober 2002, Absatz 117, CISG-online Nr. 780, wonach die Handelbarkeit vom Gebrauchszweck nicht umfasst ist.

²³ So ansatzweise auch der Bundesgerichtshof im ersten „Hasenfleisch-Fall“ (BGH, Urteil vom 16. April 1969, VIII ZR 176/66, Erwägung 2c, NJW 1969, 1171 f., 1172), sowie FAUST (Fn. 8), 186.

sein, damit sie als wiederverkäuflich i.S.v. Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG gelten.²⁴ Damit ist indessen noch nicht gesagt, dass sie auch *verdachtsfrei* sein müssen.

III. Der Mangelverdacht als Vertragsverletzung

In der wohl herrschenden Lehre und Rechtsprechung wird für einige wenige Fallkonstellationen anerkannt, dass ein blosser Mangelverdacht einen Sachmangel gemäss Art. 35 CISG darstellen kann. Darüber hinaus aber besteht in der Doktrin Unsicherheit, ob und wann bei einem blossen Mangelverdacht von einer Vertragswidrigkeit gesprochen werden kann. Vereinzelt wird gar die These vertreten, Art. 35 CISG knüpfe an den „körperlichen Zustand“ der Sache an, weshalb der blosser Verdacht, mit der Ware sei etwas nicht in Ordnung, noch keinen Mangel beinhalte.²⁵

A. Mangel eines Stückes legitimiert Mangelverdacht weiterer Stücke

Nach der Lieferung hat der Käufer die Ware auf mögliche Vertragswidrigkeiten zu überprüfen und diese festzustellen.²⁶ Diese Untersuchungsobliegenheit gilt für alle Käufer. Fungiert der Käufer als Zwischenhändler, hat er daher die Ware ebenfalls rechtzeitig auf offene Mängel zu untersuchen. Er kann in der Regel nicht auf die Reklamationen seiner Kunden warten und diese an seinen Zulieferer weiterleiten, es sei denn, dass sich der Mangel erst bei längerem Gebrauch entdecken lässt.²⁷

Sofern keine besonderen Abreden getroffen wurden bzw. Gepflogenheiten oder Gebräuche existieren, hat der Käufer die Ware in einer den Umständen angemessenen, handelsüblichen Weise zu untersuchen, wie dies von einem vernünftigen Dritten erwartet würde.²⁸ Bei der Lieferung einer grossen Stückzahl oder von Massenware (gerade auch bei Lebensmitteln) kann dem Käufer nicht zugemutet werden, jedes Stück einzeln zu untersuchen. Er darf sich daher mit (repräsentativen) Stichprobenkontrollen begnügen.²⁹ Zeigen sich bei der Stichprobenkontrolle Mängel, so führt dies gewöhnlich zur Mangelhaftigkeit der gesamten Lieferung, da dem Käufer in der Regel nicht zuzumuten ist, die fehlerfreien Stücke aus der gesamten Lieferung herauszufiltern.³⁰

²⁴ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, Erwägung 3b, CISG-online Nr. 999.

²⁵ GRUNEWALD (Fn. 8), 136, die dann allerdings etwas kryptisch fortfährt, „körperliche Merkmale“ der Ware, auf die der Verdacht zurückzuführen sei, würden einen Mangel bilden.

²⁶ Art. 38, Art. 39 und Art. 43 Abs. 1 CISG.

²⁷ Urteil des Obergerichts Luzern vom 8. Januar 1997, Erwägung 4b, CISG-online Nr. 228; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 11 zu Art. 38 CISG.

²⁸ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 28 zu Art. 38 CISG; SCHWENZER (Fn. 14), N 13 zu Art. 38 CISG.

²⁹ SCHWENZER (Fn. 14), N 14 zu Art. 38 CISG.

³⁰ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 30 zu Art. 38 CISG.

Folglich genügt bei Massenwaren oder Lieferungen grosser Stückzahlen der aus einzelnen Stichproben begründete Verdacht, dass die Lieferung weitere mangelhafte Stücke enthält, um die gesamte Lieferung als mangelhaft gelten zu lassen. Die Mangelhaftigkeit aufgrund des Verdachts kann nicht aufgehoben werden, auch wenn sich später herausstellen sollte, dass der überwiegende Teil der Lieferung mangelfrei gewesen ist.³¹ Anders als bei Verdachtsfällen aufgrund blosser Meldungen in Massenmedien³² wird man hier dem Verkäufer keine Möglichkeit einräumen können, den Verdacht durch einen „Entlastungsbeweis“ auszuräumen.

B. Verdacht führt zu öffentlich-rechtlichen Massnahmen oder zu behördlichen Warnungen

1. Allgemeine behördliche Verkaufs- bzw. Verwendungsverbote

Oft erlassen Behörden auf Verdachtsmomente hin für bestimmte Warenkategorien vorsorglich *Verkaufs- bzw. Verwendungsverbote*, auch wenn nicht feststeht, ob der Verdacht (z.B. auf bakterielle Verseuchung) der Wahrheit entspricht. Solche Verbote beeinträchtigen faktisch die Verkehrsfähigkeit der Ware. Das wirft die Frage auf, ob damit auch die allgemeine Gebrauchstauglichkeit gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG aufgehoben wird.

Sehr eindrücklich lässt sich die Problematik anhand eines bekannten Entscheids des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) aus dem Jahr 2005 illustrieren. Ein deutscher Zwischenhändler hatte bei einer belgischen Fleisch-grosshändlerin grössere Mengen Schweinefleisch mit der Anweisung bestellt, die Ware sei von der Verkäuferin direkt via eine Kundin des Zwischenhändlers an die Endabnehmer in Bosnien-Herzegowina zu liefern. Ein paar Wochen nach der Lieferung kam sowohl in Deutschland wie auch in Belgien der Verdacht auf, dass das in Belgien erzeugte Schweinefleisch dioxinbelastet sei. Auf diesen Verdacht hin wurden in Deutschland, Belgien und der EU Vorschriften zum Schutze der Verbraucher vor belgischem Schweinefleisch erlassen, die das Schweinefleisch für nicht verkehrsfähig erklärten, sofern keine Unbedenklichkeitsbescheinigungen vorgelegt werden konnten, welche die Dioxinfreiheit der Ware bestätigten. Der Zwischenhändler liess die Ware daraufhin vernichten und verweigerte die Zahlung. Der BGH entschied zugunsten des Zwischenhändlers; das Gericht erachtete den Verdacht durch die erlassenen öffentlich-rechtlichen Massnahmen als hinreichend erhärtet und qualifizierte die Ware aufgrund der dahingefallenen Verkehrsfähigkeit als mangelhaft.³³

³¹ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 259.

³² Dazu unten Ziff. III.C.3.

³³ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, Erwägung 3d, CISG-online Nr. 999.

2. Behördliche Beschlagnahmung

Was für den Fall eines generellen Verwendungs- bzw. Verkaufsverbots gilt, lässt sich auch auf den Fall einer *behördlichen Beschlagnahmung* von Lebensmitteln als Folge eines Verdachts auf Gesundheitsschädlichkeit übertragen. In diesem Sinne hat der BGH etwa – für das deutsche BGB – in den berühmten „Hasenfleisch-Fällen“ entschieden.³⁴ Die zuständigen Behörden in Deutschland hatten tiefgefrorenes argentinisches Hasenfleisch wegen Verdachts auf Salmonellenbefall beschlagnahmt, und zwar endgültig, obwohl ein Salmonellenbefall nicht festgestellt werden konnte. Die so herbeigeführte Unverkäuflichkeit der Ware bildete nach Auffassung des BGH einen Mangel i.S.v. § 459 Abs. 1 BGB in der damals geltenden Fassung. Das muss auch für das UN-Kaufrecht gelten, entfällt doch durch eine solche Beschlagnahmung offenkundig die gemäss CISG erforderliche Verkehrsfähigkeit.

3. Behördliche Warnungen

Dass selbst weniger einschneidende Massnahmen, wie z.B. *eine behördliche Warnung*, die Verkehrsfähigkeit beeinflussen können, zeigt der eingangs geschilderte Fall der spanischen Salatgurken, die verdächtigt wurden, mit EHEC-Bakterien befallen zu sein. Zwar wurde in Deutschland kein Verkaufsverbot erlassen,³⁵ jedoch sprach das Bundesverbraucherministerium eine allgemeine Warnung vor dem Verzehr der Gurken aus.³⁶ Aufgrund dieser Warnung verzichtete Umfragen zufolge die Mehrheit der deutschen Konsumenten auf das verdächtige Gemüse,³⁷ womit dieses in Deutschland nicht mehr in vernünftiger Weise absetzbar war. Die behördliche Warnung erhärtete, wie die Verwendungsverbote im Dioxin-Fall, augenscheinlich den Verdacht, dass die spanischen Salatgurken tatsächlich mit EHEC-Erregern befallen waren. Fraglich und soweit ersichtlich in der Lehre noch kaum diskutiert ist, ob eine solche behördliche Warnung einem formellen Verkaufs- bzw. Verwendungsverbote im vorliegenden Zusammenhang gleichgestellt werden kann. Dies müsste wohl bejaht werden. Letztlich kann für die hier interessierende Frage

³⁴ BGH, Urteil vom 16. April 1969, VIII ZR 176/66, NJW 1969, 1171 f.; BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462 f.; kritisch dazu GRUNEWALD (Fn. 8), 131 ff.; zustimmend demgegenüber FAUST (Fn. 8), 185 ff.

³⁵ In einzelnen Bundesländern kam es hingegen zur Auflage, dass der Import von Salatgurken nur noch mit Unbedenklichkeitsnachweisen zulässig sei. Vgl. u.a. Pressemitteilung 121/2011 des Ministeriums für ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg vom 26. Mai 2011 (abrufbar unter [http://www.mlr.baden-wuerttemberg.de/EHEC - Infektionen_Bislang_keine_Hinweise_auf_belastete_Gurken_in_Baden_Wuerttemberg/97331.html](http://www.mlr.baden-wuerttemberg.de/EHEC_-_Infektionen_Bislang_keine_Hinweise_auf_belastete_Gurken_in_Baden_Wuerttemberg/97331.html)).

³⁶ Vgl. „Die Angst vor der Gurke“, in: NZZ vom 31. Mai 2011. Zur Zulässigkeit behördlicher Warnungen in Deutschland: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 1990, BVerwGE 87, 37 – Warnung vor Glykolwein.

³⁷ „Umfrage: 58 Prozent verzichten wegen EHEC auf Gemüse“, in: Hamburger Abendblatt vom 28. Mai 2011.

nicht die formelle Qualifikation des öffentlich-rechtlichen „Eingriffs“ (als Verbot oder als blosser Warnung) relevant sein, sondern vielmehr, dass der Eingriff massgeblich die Verkehrsfähigkeit des jeweiligen Produkts beeinflusst bzw. zu einer Erhärtung des Verdachts führt. Konsequenterweise muss denn auch irrelevant sein, ob die öffentlich-rechtliche Massnahme bzw. behördliche Warnung gültig erlassen wurde oder allenfalls anfechtbar war.³⁸

4. Ist auf öffentlich-rechtliche Massnahmen im Verkäuferland oder im Käufer- bzw. Bestimmungsland abzustellen?

In der Praxis werden bei Verdachtsfällen im Lebensmittelbereich oft bloss öffentlich-rechtliche Massnahmen im Käufer- oder im Bestimmungsland (zum Schutz der „einheimischen“ Verbraucher) getroffen, während im Verkäuferland die Behörden keine Massnahmen ergreifen oder solche hinauszögern (z.B. um die Absatzchancen der ortsansässigen Produzenten nicht zu beeinträchtigen). Das wirft die Frage auf, ob es im vorliegenden Zusammenhang auf Massnahmen im Verkäuferland oder im Käufer- bzw. Bestimmungsland ankommt.

Die Frage, ob die *Einhaltung öffentlich-rechtlicher Beschaffenheitsvorschriften* (z.B. über die Verpackung und Beschriftung der Ware, über Grenzwerte etc.) zur Vertragskonformität gehört, soll sich nach h.L. und Rechtsprechung grundsätzlich nach den Bestimmungen im Verkäuferstaat richten, sofern vertraglich nicht etwas anderes vereinbart worden ist. Begründet wird dies damit, dass der Käufer aufgrund seiner engeren Beziehung zu den Vorschriften im Käuferstaat diese Bestimmungen eher kennen könne als der ausländische Verkäufer, es dem Verkäufer also nicht zugemutet werden könne, sich selber um die Einhaltung dieser Vorschriften zu kümmern.³⁹ Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Verkäufer häufig Ware in das Importland liefert oder sonst in seiner Tätigkeit speziell auf das Importland ausgerichtet ist, so dass er die im Käuferland geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen kennen muss, oder wenn ihn der Käufer vor Vertragsschluss auf die massgebenden Bestimmungen aufmerksam gemacht hat.⁴⁰

³⁸ So auch SCHLECHTRIEM/SCHROETER (Fn. 20), Rn. 373 S. 170.

³⁹ Zur herrschenden Lehre sowie zur ablehnenden Mindermeinung THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, *Vertragsrecht und internationaler Handel – Die Vertragswidrigkeit der Ware im UN-Kaufrecht (CISG) bei national unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Beschaffenheitsvorschriften*, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch*, Zürich 2004, 477 ff., 480; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 22 zu Art. 35 CISG; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. März 1995, Erwägung 1bb, CISG-online Nr. 144; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, Erwägung 3b, CISG-online Nr. 999.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. März 1995, Erwägung 1bb, CISG-online Nr. 144; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, Erwägung 3b, CISG-online Nr. 999; Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. September 2013, Erwägung 1b, CISG-online

Diesem Grundsatz kann jedoch nicht absolut zugestimmt werden.⁴¹ Zudem lassen sich – und dies ist hier noch bedeutsamer – die Überlegungen der h.L. zu Beschaffenheitsvorschriften nicht auf nach Vertragsschluss erlassene Verwendungs- oder Verkaufsverbote sowie auf behördliche Warnungen übertragen, die im Zuge eines generellen Verdachts auf Gesundheitsschädlichkeit einer Ware erlassen werden. Führt ein Mangelverdacht lediglich im Verkäuferstaat zu einem Verwendungsverbot oder zu einer behördlichen Warnung, so wäre gemäss der skizzierten h.L. darin selbst dann eine Vertragswidrigkeit zu sehen, wenn die Ware im Käufer- bzw. Endabnehmerstaat weiterhin handelbar wäre.⁴² Umgekehrt wäre die Ware als vertragskonform zu beurteilen, wenn sie im Käuferstaat (und der restlichen Welt) aufgrund eines Verwendungsverbots oder einer behördlichen Warnung unverkäuflich ist, im Verkäuferstaat hingegen die Behörden untätig bleiben, beispielsweise um die heimische Exportwirtschaft zu schützen.⁴³ Damit wäre zwar das Schweinefleisch im Dioxin-Fall (allerdings erst nach Erlass des Verkaufsverbots in Belgien) mangelhaft, die spanische Salatgurke, vor deren Verzehr in Spanien durch die Behörden nie gewarnt wurde, im EHEC-Fall jedoch vertragskonform, obwohl sie im Zielland nicht mehr wiederverkäuflich war.

Diese Fallbeispiele zeigen auf, dass zumindest bezüglich der Wiederverkäuflichkeit bei Verwendungsverböten oder behördlichen Warnungen in Verdachtsfällen die Umstände im Land des Käufers bzw. im vom Verkäufer bei Vertragsschluss erkennbaren Bestimmungsland und nicht die Umstände im Verkäuferland massgebend sein sollten.⁴⁴

C. Verdacht aufgrund blosser Meldungen in Massenmedien

Ein Verdacht, gewisse Lebensmittel könnten gesundheitsschädlich sein, wird oft durch Medienmeldungen geweckt. Solche Verdachtsmeldungen müssen jedoch nicht stets zu behördlichen Massnahmen oder Warnungen führen. Dennoch können entsprechende Berichte in Massenmedien zum Nachteil von Importeuren und Zwischenhändlern grosse Auswirkungen auf das Kaufverhalten von Konsumentinnen und Konsumenten haben. Das wirft die Frage auf, ob und unter welchen Umständen diesfalls von einer Vertragswidrigkeit der Ware gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG gesprochen werden kann.

Nr. 2472; FERRARI (Fn. 20), N 14 zu Art. 35 CISG; MAGNUS (Fn. 12), N 14 zu Art. 35 CISG; SCHWENZER (Fn. 14), N 17 zu Art. 35 CISG.

⁴¹ Kritisch gegenüber der herrschenden Lehre KOLLER/STALDER (Fn. 39), 492; PETER SCHLECHTRIEM, JZ 2005, 846 ff. 848.

⁴² Siehe SCHLECHTRIEM (Fn. 41), 847.

⁴³ Siehe SCHLECHTRIEM (Fn. 41), 848.

⁴⁴ SCHLECHTRIEM (Fn. 41), 848; vgl. auch die Regelung in Art. 47 Abs. 1 CISG. Für eine differenzierte Lösung bei der Problematik divergierender Produktvorschriften KOLLER/STALDER (Fn. 39), 492.

1. Konkrete Verdachtsmomente

Zunächst bedarf es *konkreter Verdachtsmomente*, welche den Verdacht als begründet und erhärtet erscheinen lassen. Zum Vergleich kann der Massstab des antizipierten Vertragsbruchs nach Art. 71 und 72 CISG herangezogen werden.⁴⁵ Dabei kann der Vertrag ausgesetzt bzw. aufgehoben werden, wenn sich herausstellt bzw. offensichtlich ist, dass die Gegenpartei einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen bzw. eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird.⁴⁶ Beide Artikel setzen zwar keine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, aber dennoch einen hohen Wahrscheinlichkeitsgrad voraus.⁴⁷ Für die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit muss dabei ein objektiver Massstab angewendet werden. D.h. entscheidend ist, ob eine vernünftige Person in derselben Stellung den Verdacht ebenfalls als äusserst wahrscheinlich beurteilen würde.⁴⁸ Für diese Beurteilung ist daher auf darlegungs- und beweisfähige konkrete Tatsachen und objektivierbare Umstände abzustützen. Bloss subjektive Vermutungen, Befürchtungen und Ängste des Käufers – hier also des Importeurs oder Zwischenhändlers – sind demgegenüber unbeachtlich.⁴⁹

Bei einer Medienkampagne ab einer gewissen Intensität, die viele Konsumentinnen und Konsumenten erreicht, werden die Verdachtsmomente in aller Regel hinreichend konkret sein. Falls der kolportierte Verdacht nicht für eine breite Schicht von Adressaten als unhaltbar erkennbar ist, muss der Verdacht im vorliegenden Zusammenhang als hinreichend objektiviert betrachtet werden. Das Gegenteil wird nur gelten, wenn eine Verdachtsäusserung in einem Massenmedium rasch allgemein als völlig unglaubwürdig erkennbar wird.

2. Wesentlichkeit des Mangelverdachts

Allerdings rechtfertigt nicht jeder Mangel, auf den sich der Verdacht bezieht, die Auslösung von Mängelrechten. Vielmehr muss der Verdacht derart schwerwiegend sein, dass der Käufer das gewichtige Recht zur Ersatzlieferung bzw. zur Vertragsaufhebung geltend machen könnte, würde der Mangel tatsächlich vorliegen.⁵⁰ Voraussetzung bei beiden Mängelrechten – wie übrigens auch beim antizipierten Vertragsbruch nach Art. 72 CISG – ist, dass eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt.⁵¹

⁴⁵ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 266.

⁴⁶ Art. 71 Abs.1 bzw. Art. 72 Abs. 1 CISG.

⁴⁷ CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, München/Basel 2013, N 22 zu Art. 71 sowie N 15 zu Art. 72 CISG.

⁴⁸ Art. 8 Abs. 2 CISG.

⁴⁹ So für die Anwendung von Art 71 CISG generell FOUNTOLAKIS (Fn. 47), N 22 zu Art. 71 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 19 zu Art. 71 CISG.

⁵⁰ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 262.

⁵¹ Art. 25 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG.

Gemäss Art. 25 CISG ist eine Vertragsverletzung als wesentlich zu qualifizieren, wenn einer Partei im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, und diese Folge für die vertragsbrüchige Partei voraussehbar war. Grundsätzlich ist es, wie auch bei der Bestimmung der Gebrauchstauglichkeit, Gegenstand der Parteivereinbarung, welche Mängel oder in welchem Ausmass Mängel als wesentlich zu qualifizieren sind. Soweit solche Absprachen jedoch fehlen, können nur erhebliche Mängel als wesentlich betrachtet werden. Darunter fallen insbesondere Mängel, welche nicht unter zumutbarem Aufwand innert angemessener Frist behoben werden können, so dass die Ware unbrauchbar oder unverkäuflich wird.⁵² Dagegen liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor, wenn die Ware – sei es auch mit einem Abschlag – noch in zumutbarer Weise absetzbar ist.⁵³ Erst wenn der Käufer für den Weiterverkauf unzumutbare Vertriebswege suchen oder hohe Aufwendungen tätigen muss oder er durch den Weiterverkauf seinen guten Ruf gefährdet, ist die Grenze der Zumutbarkeit und damit der Wesentlichkeit wohl überschritten.⁵⁴ Eingeschränkt wird das Ganze wiederum dadurch, dass die Wirkung einer Vertragsverletzung für den Verkäufer objektiv voraussehbar gewesen sein muss, d.h. dass ein verständiger Rechtsteilnehmer in gleicher Lage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit den eingetroffenen Folgen seines vertragsbrüchigen Verhaltens hat rechnen müssen.⁵⁵ Ein Verschulden der vertragsbrüchigen Partei wird aber nicht vorausgesetzt.⁵⁶

Bei Lebensmitteln wird dies bedeuten, dass sich der *Verdacht* – wie z.B. bei den spanischen Salatgurken oder beim belgischen Schweinefleisch – auf *eine erhebliche Gesundheitsgefährdung* beziehen muss.⁵⁷ Dasselbe wird man bei *einem Verdacht auf Beimischung von lebensmittelrechtlich nicht erlaubten oder nicht korrekt deklarierten Stoffen in erheblichem Umfang* – wie z.B. von Pferdefleisch in Rinderlasagne – sagen können, und zwar auch dann, wenn die beigemischten Stoffe nicht gesundheitsschädlich sind, sofern nur

⁵² STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 26 zu Art. 25 CISG.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4C.197/1998 vom 28. Oktober 1998, Erwägung 2b, CISG-online Nr. 413; Urteil des Bundesgerichts 4A_68/2009 vom 18. Mai 2009, Erwägung 7.1, CISG-online Nr. 1900; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 27 zu Art. 25 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHROETER (Fn. 20), Rn. 334 S. 154; siehe aber ULRICH G. SCHROETER, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, München/Basel 2013, N 52 f. zu Art. 25 CISG, welcher die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung selbst dann verneint, wenn ein Weiterverkauf nur zu Schleuderpreisen möglich ist.

⁵⁴ SCHROETER (Fn. 53), N 54 zu Art. 25 CISG; Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 6. Juli 1994, CISG-online Nr. 274.

⁵⁵ STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 14 zu Art. 25 CISG.

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.105/2000 vom 15. September 2000, CISG-online Nr. 770.

⁵⁷ Ähnlich (für das BGB) auch der BGH im zweiten „Hasenfleisch-Fall“: „Abgesehen von der polizeilichen Beschlagnahme bildet bei zur Weiterveräusserung bestimmten Lebensmitteln auch schon der blosser Verdacht einer gesundheitsgefährdenden Verseuchung und die dadurch zwangsläufig herbeigeführte Unverkäuflichkeit einen Mangel.“ (BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462, 1463, Erwägung 3b).

die Verbraucher in nennenswertem Umfang die verdächtigen Produkte zu meiden beginnen. Das Gegenteil wird aber gelten müssen, wenn der Verdacht von geringerem Gewicht ist, so z.B. wenn von einem Lebensmittel plötzlich behauptet wird, es enthalte zu viel Zucker oder Salz und sei daher „unge-sund“. Sollte dieser „Vorwurf“ objektiv berechtigt sein, so braucht das noch keine Vertragswidrigkeit zu sein, und sollte eine vorliegen, so wird sie in aller Regel nicht wesentlich sein.⁵⁸ Dann darf ein blosser Verdacht nicht als Vertragswidrigkeit qualifiziert werden. Diesfalls stehen, wenn die Umsätze zu-rückgehen, gewöhnliche Absatzrisiken zur Diskussion, mit denen Importeure und Zwischenhändler im Lebensmittelbereich stets rechnen müssen.

3. Keine hinreichende Ausräumung des Verdachts durch den Verkäufer

Schliesslich darf der Verdacht erst zu einem Mangel führen, wenn er nicht innert angemessener Zeit durch Untersuchung der Ware ausgeräumt werden kann.⁵⁹

Gemäss Art. 38 Abs. 1 CISG ist an sich der Käufer mit der Obliegenheit belastet, die Ware auf Mängel zu untersuchen. Nun wird es aber dem Käufer in den meisten schwerwiegenden Verdachtsfällen überhaupt nicht, nicht mit zumutbarem Aufwand⁶⁰ oder jedenfalls – da die Lebensmittel nicht beliebig lang haltbar sind – nicht in nützlicher Frist gelingen, den Verdacht durch eine Untersuchung zu bestätigen. Das ist in Verdachtsfällen indessen auch nicht erforderlich. Denn würde sich der Verdacht als zutreffend erweisen, so läge die Vertragswidrigkeit gar nicht mehr im Verdacht selber, sondern in der fehlerhaften Beschaffenheit der Ware.

In den beiden (nach BGB beurteilten) „Hasenfleisch-Fällen“ hat der BGH den Verdacht als Mangel bezeichnet, *wenn er nicht ausgeräumt werde*.⁶¹ Dies impliziert, dass es in Verdachtsfällen Sache des Verkäufers ist zu beweisen, dass der Verdacht unberechtigt ist, wenn er für die Vertragswidrigkeit nicht eintreten will. Das kann man auf CISG-Fälle übertragen.⁶² Dem Verkäufer

⁵⁸ Ähnlich STEFAN KRÖLL, in: Stefan Kröll et al. (Hrsg.), UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), München 2011, N 99 zu Art. 35 CISG, dem zufolge eine bloss schlechte Presse („bad press“) für eine Vertragswidrigkeit nicht genügt.

⁵⁹ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 263.

⁶⁰ So im ersten „Hasenfleisch-Fall“ in Deutschland, wo die Untersuchung der gesamten Lieferung auf Salmonellenbefall mehr gekostet hätte als die Ware selbst (BGH, Urteil vom 16. April 1969, VIII ZR 176/66, Erwägung 2a in fine, NJW 1969, 1171, 1172).

⁶¹ BGH, Urteil vom 16. April 1969, VIII ZR 176/66, NJW 1969, 1171, 1172 Erwägung 2a; BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462, 1463 Erwägung 3b. In einem späteren Fall, der sogenannten „Glykolentscheidung“, hat der BGH dies bestätigt (GRUNEWALD [Fn. 8], 138.) und – da dort der Verdacht beseitigt werden konnte – die Mangelhaftigkeit der Ware verneint (GRUNEWALD [Fn. 8], 132).

⁶² So denn auch ansatzweise das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, CISG-online Nr. 999. In diesem Fall sah allerdings schon die Verordnung der Bundesrepublik Deutschland zum Schutz der Verbraucher vor belgischem Schweinefleisch vor, dass mit

muss somit das Recht auf den Beweis zustehen, den Verdacht zu entkräften.⁶³ *Faktisch läuft dies in Bezug auf die Sachqualität auf eine Umkehrung der Beweislast hinaus.*⁶⁴ Liegt ein hinreichender Verdacht im hier diskutierten Sinn vor, hat nicht der Käufer die fehlende Sachqualität nachzuweisen, sondern der Verkäufer das Vorhandensein der Qualität.

Mit einem solchen „Entlastungsbeweis“ sind nun allerdings gewisse Probleme verbunden. Zum einen kann sich der Verkäufer nur entlasten, wenn er den Verdacht hinreichend verlässlich und binnen angemessener Zeit ausräumt, so dass der Käufer die Ware noch weiterveräußern kann.⁶⁵ Gerade bei Lebensmitteln kann dies wegen der oft nur sehr beschränkten Haltbarkeit zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Gelingt dem Verkäufer dieser Nachweis nicht bzw. nicht rechtzeitig, so muss die Ware als mangelhaft gelten, auch wenn der Nachweis später noch erbracht werden kann. Zum andern genügt es nicht, wenn der Verkäufer mit seinem Beweis den Verdacht ausräumt. Erforderlich ist auch, dass so die Handelbarkeit wiederhergestellt wird.⁶⁶ Bei in Massenmedien in grossem Stil thematisierten Verdachtsfällen wird dazu – insbesondere im Lebensmittelbereich – ein blosses Expertengutachten in der Regel nicht genügen. Dazu werden weitere Anstrengungen durch den Verkäufer, so etwa die rasche und überzeugende Verbreitung des gelungenen „Entlastungsbeweises“ in den Medien, erforderlich sein. Ob das hinreichend ist, wird nur im Einzelfall entschieden werden können.⁶⁷

Da dem Verkäufer das Recht auf einen solchen „Entlastungsbeweis“ zusteht, darf der Käufer die ihm bei einer Vertragsverletzung an sich zustehenden Rechte nicht sofort ausüben. Das kann im Einzelfall zu Problemen führen, vor allem weil der Käufer oft nur schwer abschätzen können, wann die dem Verkäufer für die Ausräumung des Verdachts zuzugestehende Frist abgelaufen ist. Übt der Käufer seine Rechte zu früh aus, so riskiert er, diese später „nach Jahr und Tag“ wieder zu verlieren.⁶⁸

4. Fazit

Der blosser Verdacht, die gelieferte Ware sei mangelhaft, begründet noch keine Vertragswidrigkeit. *Erst wenn ein solcher Verdacht zum Verlust der Wie-*

einer Unbedenklichkeitsbescheinigung das Fleisch wieder als verkehrsfähig erklärt werden konnte.

⁶³ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 263; ähnlich auch FAUST (Fn. 8), 199; kritisch dazu GRUNEWALD (Fn. 8), 138, als Folge ihrer grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber der „Verdachtsjudikatur“.

⁶⁴ So auch GRUNEWALD (Fn. 8), 138, die sich generell ablehnend zur „Verdachtsjudikatur“ äussert.

⁶⁵ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 263.

⁶⁶ FAUST (Fn. 8), 199; RUSCH (Fn. 8), 45.

⁶⁷ FAUST (Fn. 8), 199.

⁶⁸ GRUNEWALD (Fn. 8), 138, die ausführt, auch aus diesem Grund mache die späte „Entlastungsmöglichkeit“ des Verkäufers wenig Sinn.

derverkäuflichkeit führt, kann eine Vertragswidrigkeit überhaupt in Betracht gezogen werden.⁶⁹ Bei Lebensmitteln kann unter Umständen schon eine kleine Meldung in einem Massenmedium dazu führen, dass die Verkäufe an die Endabnehmer massiv zurückgehen. Das genügt für sich aber noch nicht, um eine Vertragswidrigkeit der Ware anzunehmen. An der Vertragskonformität der Ware fehlt es erst, wenn dem Verdacht ein starkes Gewicht zukommt, wenn also, sollte sich der Verdacht als zutreffend erweisen, eine wesentliche Vertragsverletzung vorläge, und wenn die Wiederverkäuflichkeit der Ware nicht rasch durch Ausräumung des Verdachts wiederhergestellt werden kann.

IV. Gefahrübergang

A. Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit

Die Gewährleistung des Verkäufers für einen Mangel kennt eine zeitliche Grenze, nämlich diejenige des Gefahrübergangs. Gemäss Art. 36 CISG haftet der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit nur, wenn sie bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer besteht; dies aber auch dann, wenn die Vertragswidrigkeit erst nach diesem Zeitpunkt offenbar wird. Zudem haftet er für eine später eintretende Vertragswidrigkeit, sofern sie auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen ist.

Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs hängt in erster Linie von der Parteivereinbarung ab. Soweit eine solche Vereinbarung fehlt, beurteilt sich der Gefahrübergang nach den Art. 67 – 69 CISG.⁷⁰ Im Wesentlichen – mit Nuancen im Einzelnen – geht die Gefahr beim Versandkauf mit Übergabe der Ware an den ersten Beförderer,⁷¹ bei auf dem Transport befindlicher Ware mit Vertragsschluss⁷² und in den übrigen Fällen mit tatsächlicher oder fälliger Übernahme der Ware durch den Käufer⁷³ über.⁷⁴ Haben die Parteien eine INCOTERM-Klausel vereinbart, bestimmt sich der Gefahrübergang nach der jeweiligen Klausel. So geht die Gefahr z.B. bei FOB Incoterm 2010 mit dem Verbringen der Ware an Bord des Schiffes („by placing them on board the vessel“) bzw. bei DAP Incoterm 2010 mit dem Angebot zur Entladung am

⁶⁹ MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 261; grundlegend a.A. GRUNEWALD (Fn. 8), passim und spez. 138, die ausführt, für eine Sonderbehandlung von Handelsware, die durch einen Verdacht die Wiederverkäuflichkeit verliere, fehle eine tragfähige Begründung.

⁷⁰ Ausführungen dazu etwa bei HERBERT SCHÖNLE/THOMAS KOLLER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Berlin 2010, Kommentierung der Art. 66 ff. CISG.

⁷¹ Art. 67 Abs. 1 CISG.

⁷² Art. 68 CISG.

⁷³ Art. 69 Abs. 1 CISG.

⁷⁴ Zusammenfassung nach STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 8 zu Art. 36 CISG.

Bestimmungsort („by placing them at the disposal of the buyer on the arriving means of transport ready for unloading at the agreed point“) über.⁷⁵

Die Regel, dass der Verkäufer nur für eine Vertragswidrigkeit haftet, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs schon besteht, gilt grundsätzlich auch für die hier interessierenden Verdachtsfälle. Unproblematisch ist dieses Erfordernis, wenn die Wiederverkäuflichkeit der Ware aufgrund des Verdachts bereits vor dem Übergang der Gefahr auf den Käufer dahingefallen ist.⁷⁶ Heikler ist die Sachlage aber, wenn der Verdacht erst nach dem Gefahrübergang aufkommt, die Ware also im massgebenden Zeitpunkt (faktisch) noch handelbar war. Bei einer formalen Betrachtungsweise könnte der Standpunkt vertreten werden, dass der Verkäufer diesfalls für die erst nach Gefahrübergang eingetretene Unverkäuflichkeit der Ware nicht einzustehen habe. In der Praxis wäre damit ein Regress des Importeurs auf den Lieferanten in sehr vielen Verdachtsfällen ausgeschlossen.

Eine solche Betrachtungsweise würde nun allerdings zu kurz greifen. Wie bereits erwähnt haftet der Verkäufer auch dann, *wenn die Vertragswidrigkeit erst nach dem Gefahrübergang offenbar wird*, sofern sie nur zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits bestanden hat.⁷⁷ Zu prüfen ist, ob und inwieweit sich diese Regelung über verdeckte Mängel für Verdachtsfälle, bei denen der Verdacht erst nach dem Gefahrübergang entsteht, fruchtbar machen lässt.

Auf diese Problematik musste der BGH im Dioxin-Fall eingehen.⁷⁸ Der Vertrag über die Lieferung des belgischen Schweinefleischs war im April 1999 geschlossen worden. Die Lieferungen erfolgten in drei Teilmengen zwischen Mitte April und der ersten Maiwoche. Der Verdacht, dass belgisches Schweinefleisch dioxinbelastet sein könnte, kam erst Anfang Juni 1999 auf, und die Verordnung, mit welcher die Bundesrepublik Deutschland das Fleisch als nicht verkehrsfähig erklärte, trat am 11. Juni 1999 in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt lag die Gefahr längst bei der Käuferin. Der BGH erachtete hier nun aber Art. 36 Abs. 1 letzter Halbsatz CISG als einschlägig. Der Verdacht auf Dioxinbelastung bestand bei allen Schweinen, die zwischen dem 15. Januar und dem 23. Juli 1999 geschlachtet worden waren. Das Fleisch von zwei der drei Teillieferungen war in diesem Zeitraum verarbeitet worden. Der BGH leitete daraus ab, *dass die Eigenschaften, die (später) zur Beschlagnahme und zum Verlust der Verkehrsfähigkeit geführt haben, dem Fleisch bereits bei Gefahrübergang angehaftet hätten*, weil objektiv schon zu diesem Zeitpunkt festgestanden habe, dass es aus dioxinverdächtigen Beständen

⁷⁵ Incoterms 2010, ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms/Die Regeln der ICC zur Auslegung nationaler und internationaler Handelsklauseln, englisch-deutsche Ausgabe, gültig ab 1. Januar 2011, FOB A4/A5 (S. 94 bzw. S. 228) und DAP A4/A5 (S. 66 f. bzw. S. 196/198).

⁷⁶ Ähnlich für das BGB FAUST (Fn. 8), 193 ff.

⁷⁷ Art. 36 Abs. 1 letzter Halbsatz CISG.

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2005, CISG-online Nr. 999.

stamme. *Dass der Verdacht erst Wochen später bekannt geworden sei und in Deutschland, in der EU und schliesslich auch in Belgien zu weitreichenden amtlichen Vorsorgemassnahmen geführt habe, ändere nichts an der Existenz der potentiell gesundheitsschädlichen Beschaffenheit der Ware im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.*

Im Kern gehen diese Überlegungen des BGH letztlich auf die „Hasenfleisch-Fälle“ (die nach BGB zu beurteilen waren) zurück. Bereits dort hatte der BGH festgehalten, die Unverkäuflichkeit beruhe darauf, dass die Ware aus argentinischen Hasenimporten stamme, auf denen der Verdacht einer Salmonellenverseuchung laste, und sei somit in sachbedingten Verhältnissen begründet, die schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen seien.⁷⁹

Folgt man dieser Rechtsprechung, *so genügt die letztlich bloss potentielle Vertragswidrigkeit bei Gefahrübergang*, bestehend in der sich erst später manifestierenden Unverkäuflichkeit aufgrund eines Verdachts. Bei hinreichend schweren Verdachtsfällen *haftet der Verkäufer daher nur dann nicht, wenn die den Verdacht begründenden Sachumstände nach Gefahrübergang eingetreten sind*, so etwa wenn bei einem Versendungskauf (mit Gefahrübergang bei Übergabe der Ware an den ersten Frachtführer) ein Verdacht auf Verseuchung von Lebensmitteln durch transportbedingte Ursachen aufkommt.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Anwendung der Regelung über verdeckte Mängel in Art. 36 Abs. 1 letzter Halbsatz CISG bei Verdachtsfällen Schwierigkeiten bereiten kann. Beruht ein Verdacht darauf, dass in andern Fällen effektiv Qualitätsmängel aufgetreten sind – wie in den Hasenfleisch-Fällen,⁸⁰ im Dioxin-Fall⁸¹ und bei der Pferde-Lasagne –, so existieren konkrete Sachumstände, die zeitlich fixiert werden können. Was aber gilt, wenn sich herausstellt, dass ein Generalverdacht auf blossen Vermutungen beruhte, wie das offenbar bei den spanischen Salatgurken der Fall war? Dann dürfte für die Anwendung von Art. 36 Abs. 1 letzter Halbsatz CISG jede Basis fehlen,⁸² d.h. der Verkäufer hat diesfalls für die Vertragswidrigkeit

⁷⁹ BGH, Urteil vom 16. April 1969, VIII ZR 176/66, NJW 1171, 1172 Erwägung 2c; ähnlich auch BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462, Erwägung 3a). Zustimmend dazu FAUST (Fn. 8), 195, und RUSCH (Fn. 8), 45; im Ansatz kritisch demgegenüber GRUNEWALD (Fn. 8), 138 f.

Siehe im selben Sinn auch das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Juni 2008 = LMRR 2008, 57 ff., sowie das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Januar 2004, CISG-online Nr. 882.

⁸⁰ Das verdächtige Hasenfleisch wurde von demselben Herstellerbetrieb geliefert, aus dem eine andere, infolge Schmierinfektion teilweise verseuchte Lieferung stammte (BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 756/71, NJW 1972, 1462, 1463 Erwägung 3b in fine).

⁸¹ In belgischem Schweinefleisch wurden im Frühling 1999 effektiv Dioxinrückstände entdeckt.

⁸² Im zweiten Hasenfleisch-Fall liess der BGH diese Frage offen, machte aber immerhin eine entsprechende Andeutung (BGH, Urteil vom 14. Juni 1972, VIII ZR 756/71, NJW 1972, 1462, 1463 Erwägung 3b in fine).

nur einzustehen, wenn die Handelbarkeit der Ware aufgrund eines Verdachts schon vor dem Gefahrübergang entfallen ist.

B. Beweislastverteilung

Erhebliche Bedeutung kommt bei der Beurteilung, ob ein Mangel bereits bei Gefahrübergang bestand, der Frage nach der Verteilung der Beweislast zu. Diese richtet sich nicht nach nationalem Recht, sondern nach dem CISG.⁸³ In der Literatur ist umstritten, ab welchem Zeitpunkt die Beweislast vom Verkäufer auf den Käufer übergeht.⁸⁴ Nach wohl überwiegender Lehre und Rechtsprechung muss der Käufer, sobald er die Ware angenommen hat, nachweisen, dass sie einen Sachmangel hat, wenn er daraus Rechte ableiten will.⁸⁵ Weist der Käufer die Ware allerdings umgehend zurück oder rügt er die Mängel sofort bei Empfang der Ware, so hat der Verkäufer die Vertragsmässigkeit der Ware bei Gefahrübergang zu beweisen.⁸⁶

Wesentlich heikler und vorliegend von grösserem Interesse ist aber eine andere Frage, und zwar für den Fall, dass die Beweislast für die Vertragswidrigkeit an sich beim Käufer liegt: *Muss der Käufer diesfalls auch beweisen, dass die Vertragswidrigkeit bereits bei Gefahrübergang vorlag oder ist es Sache des Verkäufers zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit erst später entstanden ist?* Dass diese Frage bei Verdachtsfällen brisant ist, liegt auf der Hand. Die fehlende Verkehrsfähigkeit der Ware aufgrund eines Verdachts wird der Käufer in aller Regel leicht beweisen können. Oft kann es aber schwer zu beweisen sein, ob die den Verdacht begründenden Umstände vor Gefahrübergang (etwa im Produktionsprozess) oder später (z.B. während des Transports) eingetreten sind.

Sachgerecht ist es nach unserem Dafürhalten (und entgegen der wohl h.L.), bei grundsätzlich erwiesener Vertragswidrigkeit zu vermuten, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang vertragswidrig war.⁸⁷ Dies jedenfalls dann,

⁸³ BGE 138 III 601 E. 8.1 S. 608 f., CISG-online Nr. 2371; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Januar 2002, CISG-online Nr. 651; SCHWENZER (Fn. 14), N 49 zu Art. 35 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 22 zu Art. 36 CISG; a.A. Urteil des U.S. Court of Appeals vom 22. Juni 2002, CISG-online Nr. 625.

⁸⁴ Zu den verschiedenen Ansichten siehe STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 24 zu Art. 36 CISG.

⁸⁵ BGE 138 III 601 E. 8.1 S. 608 f., CISG-online Nr. 2371; BRUNNER (Fn. 22), N 24 zu Art. 35 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13); N 24 zu Art. 36 CISG; a.A. GRUNEWALD (Fn. 8), 137.

⁸⁶ SCHWENZER (Fn. 14), N 52 zu Art. 35 CISG; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13), N 24 zu Art. 36 CISG; BRUNNER (Fn. 22), N 25 zu Art. 35 CISG.

⁸⁷ SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), N 39 zu Art. 66 CISG, m.Hw.; MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 260; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 13) in der Voraufgabe (Neubearbeitung 2005), N 25 zu Art. 36 CISG; anders aber DERS. in der aktuellen Auflage, N 25 zu Art. 36 CISG, nach der nun bloss noch je nach den Umständen *Beweiserleichterungen für den Käufer* zum Tragen kommen sollen; ähnlich wie neuerdings Magnus auch BRUNNER (Fn. 22), N 26 zu Art. 35 CISG, der von einer bloss *natürlichen Vermutung* ausgeht.

wenn die Vertragswidrigkeit relativ zeitnah zum Gefahrübergang zutage tritt.⁸⁸ Dem Verkäufer steht es dann offen, diese Vermutung durch den Beweis des Gegenteils zu widerlegen. Das muss auch für Verdachtsfälle gelten. Im Zweifel wird man daher davon ausgehen müssen, dass die Sachumstände, welche zum Verdacht geführt haben, schon vor dem Gefahrübergang bestanden haben.

V. Rechtsfolgen

A. Rechtsbehelfe nach Leistungserbringung

Bei einer Vertragsverletzung durch Mangelverdacht stehen dem Käufer gemäss Art. 45 ff. CISG grundsätzlich die Rechtsbehelfe der *Minderung*, *Nachlieferung* oder *Vertragsaufhebung* zu.⁸⁹ Sowohl der Anspruch auf Nachlieferung wie auch das Recht zur Vertragsaufhebung setzen voraus, dass eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.v. Art. 25 CISG vorliegt.⁹⁰ Da mit vollständiger Aufhebung der Verkehrsfähigkeit dem Käufer im Wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, nämlich die Ware weiterzuverkaufen, stehen ihm hier sämtliche Rechtsbehelfe offen.

Sodann kann der Käufer zusätzlich zu diesen Rechtsbehelfen grundsätzlich auch Schadenersatz verlangen. Gegen Schadenersatzansprüche – nicht aber gegen die anderen Rechtsbehelfe – wird sich der Verkäufer allerdings in vielen Fällen unter Berufung auf Art. 79 CISG zur Wehr setzen können. Ist der Verdacht auf Gründe zurückzuführen, die ausserhalb seines Einflussbereichs liegen, kommt die Entlastung nach Art. 79 CISG zum Tragen. So werden z.B. die spanischen Gurkenlieferanten den Importeuren keinen Schadenersatz schulden, weil der Verdacht, spanische Gurken könnten EHEC-verseucht sein, seine Ursache nicht in ihrem Einflussbereich hatte. Wer hingegen mit einer Lieferung von „Rinder-Lasagne“ mit Pferdefleisch erwischt worden ist, kann bei anderen Lieferungen, bei denen bloss ein Verdacht auf Beimischung von Pferdefleisch besteht und die Ware daher nicht mehr handelbar ist, Schadenersatzansprüche nicht gestützt auf Art. 79 CISG erfolgreich abwehren. Gegenteiliges wiederum wird für einen „unschuldigen“ Lieferanten gelten, dessen Ware nicht wiederverkäuflich ist, weil ein Konkurrent Lasagne in Verruf gebracht hat.

Grundsätzlich hat der Verkäufer die Möglichkeit, mittels Nacherfüllung nach Art. 48 CISG den Mangel selbst zu beheben, bevor der Käufer seine Rechtsbehelfe durchsetzen kann. Diese Nacherfüllung ist vom Käufer, ausser

⁸⁸ Differenziertere Ausführungen dazu bei SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), N 39 zu Art. 66 CISG, m.Hw.

⁸⁹ Der Rechtsbehelf der Nachbesserung (Art. 46 Abs. 3 CISG) ist bei einer Vertragsverletzung infolge Mangelverdachts nicht relevant.

⁹⁰ Art. 46 Abs. 2 bzw. Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG.

im Falle der Vertragsaufhebung, zu dulden, sofern keine unzumutbaren Verzögerungen, Unannehmlichkeiten oder Ungewissheit über Auslagenersatz entstehen. Allerdings wird in den meisten Fällen dem Käufer die Annahme von Ersatzware nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar sein, wird sich der Mangelverdacht doch in der Regel auch auf die nachgelieferten Stücke beziehen oder gar ausweiten.⁹¹ Eine Nacherfüllung wird praktisch nur in Frage kommen, wenn mit der vertraglichen Umschreibung übereinstimmende Ware existiert, die dem Verdacht nicht unterliegt.⁹²

B. Antizipierter Vertragsbruch

Ist die Leistung noch nicht erfolgt, allerdings der Verdacht bereits entstanden, dass die Ware mangelhaft ist, stehen dem Käufer die Rechtsbehelfe der Vertragsaussetzung nach Art. 71 CISG sowie der Vertragsaufhebung nach Art. 72 CISG offen.⁹³

VI. Schlussbemerkung

Verdachtsfälle sind – wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben – vertragsrechtlich heikel. Ist eine Ware infolge eines schwerwiegenden allgemeinen Verdachts, z.B. auf Verseuchung oder auf unerlaubte Beimischungen, nicht mehr vernünftig absetzbar, so stellt sich die Frage, wer der „superior risk bearer“ ist;⁹⁴ dies jedenfalls dann, wenn keine der Kaufvertragsparteien selber eine Ursache für den Verdacht geschaffen hat. Die Funktion von Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG besteht denn *auch in einer sachgerechten Risikoallokation* für den Fall, dass die Parteien im Vertrag die Risikoverteilung nicht selber geregelt haben. Unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Analyse des Rechts wird dabei der Standpunkt vertreten, sachgerecht sei eine Risikoallokation, welche die meisten Handelspartner vernünftigerweise vorziehen würden. Eine Risikotragung durch den Verkäufer würden die Parteien vorziehen, wenn dieser die betreffenden Risiken leichter tragen könne als der Käufer.⁹⁵ Das sei – so wird etwa geltend gemacht – bei Qualitätsmängeln im eigentlichen Sinne der Fall.⁹⁶

⁹¹ Vgl. MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 265.

⁹² FAUST (Fn. 8), 198, sinngemäss mit folgendem Beispiel: Ist gemäss Vertrag generell Hasenfleisch geschuldet, kann statt des verdächtigen argentinischen unverdächtiges kanadisches Hasenfleisch nachgeliefert werden. Ist dagegen gemäss Vertrag spezifisch argentinisches Hasenfleisch geschuldet, so kommt eine Nachlieferung nicht in Betracht.

⁹³ Dazu ausführlich MAGNUS, Mangelverdacht (Fn. 6), 265 ff.

⁹⁴ Ähnlich RUSCH (Fn. 8), 47.

⁹⁵ GILLETTE/FERRARI (Fn. 14), 3.

⁹⁶ GILLETTE/FERRARI (Fn. 14), 5.

Würde man diese Betrachtungsweise uneingeschränkt akzeptieren, so liessen sich Verdachtsfälle kaum unter Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG subsumieren, wenn der Verkäufer selber keine Ursachen für den Verdacht gesetzt hat. Denn er steht diesfalls dem Verlust der Handelbarkeit der Ware genauso fern wie der Käufer. Unter diesem Gesichtspunkt müsste konsequenterweise der Standpunkt vertreten werden, es sei das Risiko des Zwischenhändlers, wenn nach Vertragsschluss – aus welchem Grund auch immer – die Nachfrage nach der gekauften Ware zusammenbreche.

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung vertritt – wie dargelegt – für Verdachtsfälle unter gewissen Voraussetzungen die gegenteilige Auffassung. Das erscheint uns zumindest im Lebensmittelbereich sachgerecht. *Verdachtsfälle bei Lebensmitteln berühren einen sehr sensiblen Bereich des Verbraucherschutzes.* Die Erfahrung zeigt, dass Verbraucherschutz faktisch am besten funktioniert, wenn auch die Zwischenhändler in der Handelskette rechtlich hinreichend geschützt sind. Wer als Zwischenhändler eine gute Chance auf einen erfolgreichen Regress auf den Vorlieferanten hat, ist in der Regel eher bereit, seinerseits Konsumentenschutzinteressen wahrzunehmen. Das spricht dafür, Verdachtsfälle grundsätzlich – aber stets unter Beachtung der vorstehend skizzierten Voraussetzungen – unter dem Gesichtspunkt der Vertragswidrigkeit i.S.v. Art. 35 CISG zu prüfen.

Das Ganze erinnert an ein früher beliebtes Kartenspiel für Kinder, dessen Namen man heute aus Gründen der political correctness öffentlich nicht mehr ausspricht. Die ungeliebte Karte bleibt zwangsläufig bei einem der Spieler hängen. Mit unserem Beitrag haben wir versucht zu zeigen, welcher Spieler das bei Verdachtsfällen im internationalen Lebensmittelhandel sein könnte.

