

PD Dr. Christoph Brunner / Dr. Markus Vischer

## **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide**

---

Der Beitrag von Christoph Brunner und Markus Vischer führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für die Jahre 2008 und 2009 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

---

Rechtsgebiet(e): Kaufrecht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 26. Juli 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkung
- II. CISG
  1. Die Verjährung von Ansprüchen infolge vertragswidriger Lieferung nach CISG (Kauf einer Produktionsanlage, wesentliche Vertragsverletzung)
  2. Lieferort gem. Art. 31 CISG und Gerichtsstand des Erfüllungsorts
  3. Beweis des entgangenen Gewinns des Käufers bei Nichtlieferung durch den Verkäufer (unterbliebene Uhrenlieferung)
  4. Auslegung von nationalem Recht im Lichte des CISG («material breach»)
- III. Auslegungs- und Abgrenzungsfragen
  1. Anwendung von Art. 212 Abs. 1 OR bei Vorliegen eines normativen Konsens über den Kaufpreis
  2. Qualifikation als Werk- oder Kaufvertrag; Verjährung
  3. Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags hinsichtlich eines Kaufvertrags
  4. Querverweise
- IV. Für M & A – Praxis relevante Entscheide
  1. Begriff des Schadens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf
  2. Substanzwertüberlegungen im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf
  3. Aktienkaufvertrag: Auslegung von Steuerklauseln
  4. Anwendung der Bestimmungen zur Konventionalstrafe auf Forderungsverlust, der an Nichterfüllungstatbestand geknüpft ist
  5. Anwendung vom Art. 317 OR auf Forderungskauf mit kreditierter Kaufpreiszahlung
  6. Liegenschaftsverkauf: Zusicherungsfähigkeit auch wirtschaftlicher Eigenschaften der Kaufsache, Art. 200 OR; Berechnung des Minderwerts
- V. Grundstückskauf
  1. Rechnungsfehler, Erklärungsirrtum, zugesicherte Eigenschaft, Kausalität der Zusage für Kaufentscheid
  2. Form eines Vorvertrages betreffend den Kauf von Grundstücken und Fahrnis zu einem Pauschalpreis; Auslegung von Bedingungen
  3. Gültigkeit eines limitierten Vorkaufsrechts an einem Grundstück; Verrechnung
  4. Rücktritt vom Kaufvertrag gem. Art. 109 OR; Zinsanspruch des Käufers
  5. Formbedürftige Änderung eines Grundstückskaufvertrags (Art. 12 OR) oder formfrei gültiger Aufhebungsvertrag (Art. 115 OR)?
  6. Bestimmbarkeit des Kaufpreises bei Übertragung von Grundeigentum zufolge Ausübung eines Kaufrechts (fixer Betrag «zuzüglich wertvermehrende Aufwendungen»)
  7. Kaufvertrag über ein Grundstück mit Baumeisterverpflichtung: Überbindung auf einen Dritterwerber; zeitliche Befristung; Verjährung
  8. Ungültigerklärung eines Grundstückskaufvertrags wegen Übervorteilung i.S. von Art. 21 OR und Sittenwidrigkeit i.S. von Art. 20 OR?
  9. Grundstückskauf mit streitigem Gewährleistungsausschluss
  10. Querverweise
- VI. Gewährleistungsrecht (Querverweise)

## I. Vorbemerkung

[Rz 1] Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2008 und 2009 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2007 im Jusletter 13. Oktober 2008 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2006 im Jusletter vom 12. November 2007 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2005 im Jusletter vom 19. Juni 2006 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2004 im Jusletter vom

18. April 2005 (Markus Vischer) und für die Jahre 2000-2003 im Jusletter vom 18. Oktober 2004 (Angela Geisselhardt).

## II. CISG

### 1. Die Verjährung von Ansprüchen infolge vertragswidriger Lieferung nach CISG (Kauf einer Produktionsanlage, wesentliche Vertragsverletzung)

**BGE 4A\_68/2009** vom 18. Mai 2009 (CB)

[Rz 2] Im Jahre 2000 verkaufte die in Basel ansässige Verkäuferin (Beschwerdeführerin) der Käuferin mit Sitz in Spanien (Beschwerdegegnerin) eine Abfüll- und Verpackungsanlage. Nach deren Lieferung und Installation sollte die Verkäuferin einen Probelauf durchführen, wobei sich die Parteien über die zu erreichende Produktionsleistung uneinig waren. Die gelieferte Anlage kam auch nach mehreren Versuchen nicht annähernd an die von der Käuferin geforderte Leistungsmenge von 180 Flacons pro Minute. Die Verkäuferin erklärte der Käuferin, dass eine solche Leistung nicht möglich und so auch nicht vereinbart worden sei. Effektiv erreichte die Anlage nur 52 Flacons pro Minute, was eine Produktionseinbusse von 71% bedeutete. Im März 2003 erklärte die Käuferin die Auflösung des Vertrags und forderte dessen Rückabwicklung. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hiess die Klage der Käuferin gut und verurteilte die Verkäuferin, dieser die geleisteten Anzahlungen Zug um Zug gegen Rückgabe der Verpackungsanlage zurückzuzahlen. Die Widerklage der Verkäuferin auf Bezahlung des Restpreises wurde abgewiesen. Vor Bundesgericht beantragte die Verkäuferin die Aufhebung des Urteils der Vorinstanz. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 3] Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass die Käuferin berechtigt war, den Vertrag infolge Vorliegens einer wesentlichen Vertragsverletzung aufzuheben (E. 7). Nach Art. 25 CISG ist eine Vertragsverletzung wesentlich, wenn der anderen Vertragspartei wegen des Nachteils durch die Verletzung im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Nur Warenmängel von erheblichem Gewicht erfüllen in der Regel die Voraussetzungen von Art. 25 CISG. Dazu zählen insbesondere solche Mängel, die mit zumutbarem Aufwand in angemessener Frist nicht behoben werden können, so dass die Ware praktisch unbrauchbar oder unverkäuflich oder ihr Weiterverkauf jedenfalls nicht zumutbar ist. Ist die Ware für die eigene Produktion bzw. die Bedürfnisse des Käufers oder für den Weiterverkauf durch ihn ungeeignet, kann der Käufer den Vertrag aufheben. Bei der Prüfung der Frage, ob für den Käufer die Absetzbarkeit oder Verwendbarkeit der mangelhaften Ware noch zumutbar ist, ist insbesondere darauf abzustellen, ob der Käufer Wiederverkäufer (Händler) oder Produzent bzw. Endabnehmer für die jeweilige Ware ist. Die Verwendbarkeit

bzw. Veräusserbarkeit minderwertiger Ware für einen Produzenten oder Endabnehmer, der nicht mit den bezogenen Komponenten oder Materialien handelt, wird in der Regel zu verneinen sein<sup>1</sup>.

[Rz 4] Nach dem Vertrag hätte die Käuferin eine Leistungsmenge von 180 Flacons pro Minute erwarten dürfen. Die effektive, nach zahlreichen erfolglosen Nachbesserungsversuchen seitens der Verkäuferin, erreichte Leistung von 52 Flacons pro Minute (Langzeitdurchschnitt) lag damit deutlich unter der vertraglich vereinbarten Leistung. Aufgrund der damit verbundenen Produktionseinbusse von 71% entging der Käuferin somit im Wesentlichen, was sie von der Maschine hätte erwarten dürfen. Sie konnte damit grundsätzlich gemäss Art. 49 CISG den Vertrag aufgrund einer wesentlichen Vertragsverletzung aufheben und das bereits Geleistete zurückfordern.

[Rz 5] Das Bundesgericht lehnte die Rüge der Verkäuferin, die Käuferin habe nicht innert angemessener Frist nach Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG die Aufhebung des Vertrags erklärt, ab (E. 8). Nach der Installation der Anlage am 5. Oktober 2001 folgte eine rege Korrespondenz zwischen den Parteien aufgrund der zahlreichen Nachbesserungsversuche der Verkäuferin. Erst am 14. Februar 2003 wurde der Käuferin bewusst, dass ihr im Wesentlichen entging, was sie vom Vertrag hätte erwarten dürfen, womit auch ab diesem Zeitpunkt die Frist nach Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG zu laufen begann. Die Aufhebungserklärung der Käuferin am 23. März 2003 fand somit noch innerhalb dieser Frist statt. Eine Frist von einem bis zwei Monaten erachtete selbst die Verkäuferin als angemessen. Eine Verwirkung des Rechts auf Vertragsaufhebung gem. Art. 82 Abs. 1 CISG lag ebenfalls nicht vor (E.9).

[Rz 6] Schliesslich verwarf das Bundesgericht auch die Rüge der Verkäuferin, die Vorinstanz habe Art. 210 Abs. 1 OR verletzt (E. 10). Die Verjährung von Ansprüchen aus internationalen Warenverträgen ist durch das CISG nicht geregelt, weshalb hierfür das jeweils anwendbare nationale Recht herangezogen wird. Aufgrund des schweizerischen Sitzes der Verkäuferin war das schweizerische OR anwendbar. Die Klage auf Sachmängelgewährleistung nach Art. 210 OR verjährt mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Ware an den Käufer. Dies kann bei Verträgen, die dem CISG unterliegen, zum stossenden Ergebnis führen, dass die Ansprüche infolge Vertragswidrigkeit nach Art. 210 OR bereits verjährt sind, während die zweijährige Rügefrist nach Art. 39 Abs. 2 CISG noch läuft. Das Bundesgericht pflichtet der überwiegenden Lehrmeinung bei, wonach die Anwendung der einjährigen Verjährungsfrist gem. Art. 210 Abs. 1 OR auf Kaufverträge, die dem CISG unterliegen, abzulehnen ist (E. 10.3). Die Verjährungsfrist von Art. 210 OR ist nur soweit anzuwenden, als dies nicht zum völkerrechtswidrigen Resultat führt, dass die

einjährige Verjährung des Art. 210 OR vor Ablauf der zweijährigen Rügefrist des Art. 39 Abs. 2 CISG eintritt. Nach Vorbringen einiger Lösungsansätze, wie die Regel von Art. 210 OR angepasst werden könnte, liess das Bundesgericht die Frage aber offen, welchem Ansatz in casu gefolgt werden soll (E. 10.3). Das Bundesgericht erwog, die Verjährung sei jedenfalls gemäss Art. 135 OR unterbrochen worden; zum einen durch den letzten Nachbesserungsversuch der Verkäuferin vom 31. Oktober 2002 (implizite Anerkennung der Forderung), zum andern durch die Betreuungshandlung der Käuferin vom 9. Februar 2004. Dies führte zur Verwerfung der Verjährungseinrede.

#### **Bemerkung**

[Rz 7] Der Entscheid des Bundesgerichts ist vor allem hinsichtlich der Verjährungsproblematik von Bedeutung<sup>2</sup>. Das Bundesgericht lehnte zunächst eine wortgetreue Anwendung von Art. 210 Abs. 1 OR auf Ansprüche aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware, die dem CISG unterstehen, ab. Es unterstrich die Notwendigkeit einer Anpassung von Art. 210 Abs. 1 OR an die zweijährige Rügefrist (Verwirkungsfrist) von Art. 39 Abs. 2 CISG. Bedauerlicherweise<sup>3</sup> liess das Bundesgericht die Frage, welchem Lösungsansatz zur Anpassung von Art. 210 Abs. 1 OR im Anwendungsbereich des CISG den Vorzug zu geben ist, offen. Dennoch scheint der Entscheid zum Ausdruck zu bringen, dass das Bundesgericht die Lösung, wonach die Verjährungsfrist des Art. 210 Abs. 1 OR auf zwei Jahre seit der Ablieferung der Kaufsache ausgedehnt wird (sog. Genfer Praxis), favorisiert. Damit entsteht ein Gleichlauf der absoluten Rügefrist gem. Art. 39 Abs. 2 CISG und der Verjährungsfrist. Diese Interpretation des Entscheids beruht auf den zwei folgenden Umständen:

[Rz 8] Das Bundesgericht führte aus, «[v]orliegend kann die Frage offengelassen werden, welcher Lösung der Vorzug zu geben ist, namentlich ob eine zwei- oder eine zehnjährige Verjährungsfrist zur Anwendung gelangen soll» (E. 10.3). Zuvor hatte das Bundesgericht die in der Literatur vorgeschlagenen Lösungsansätze zusammengefasst, d.h. die Genfer Praxis, die Berner Praxis (Beginn der Einjahresfrist nicht mit Ablieferung, sondern mit der Mängelrüge) und die Anwendung der Zehnjahresfrist von Art. 127 OR. Wie die oben wiedergegebene Formulierung aber nahe legt, scheint

<sup>1</sup> E. 7.1, mit Verweis auf Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Art. 25 N 16.

<sup>2</sup> Vgl. die Besprechungen von Thomas Koller, Die Verjährung von Ansprüchen aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware nach UN-Kaufrecht (CISG) – Keine Anwendung der Einjahresfrist von Art. 210 Abs. 1 OR, Jusletter 20. Juli 2009; derselbe, Die Verjährung von Ansprüchen aus der Lieferung nicht vertragsgemässer Ware nach UN-Kaufrecht (CISG) – ein Rückschlag für die internationale Attraktivität des schweizerischen Rechts im globalen Wettstreit der Rechtsordnungen, recht 2009, 179 ff.; Florian Mohs/Pascal Hachem, Verjährung von Ansprüchen des Käufers wegen Nichtlieferung und Lieferung vertragswidriger Ware aus CISG nach internem Schweizer Recht, AJP 2009, 1541 ff.

<sup>3</sup> Der Grundsatz, dass Verjährungsregeln transparent, einfach und klar sein sollten, hätte hier eine eindeutige und unmissverständliche Klarstellung durch das Bundesgericht aufgedrängt.

das Bundesgericht ernsthaft nur zu erwägen, ob die Zweijahresfrist gemäss Genfer Praxis oder die Zehnjahresfrist anzuwenden sei.

[Rz 9] In der Sache selbst machte das Bundesgericht *ratione decidendi* – leider nur implizit – klar, dass es die Anwendung der Einjahresfrist gemäss Berner Praxis ausschliesst. Wie oben gesehen war zwischen den zwei streitentscheidenden Unterbrechungstatbeständen, also dem letzten Nachbesserungsversuch des Verkäufers am 31. Oktober 2002 und der Betreibung des Verkäufers am 9. Februar 2004, mehr als ein Jahr vergangen. Bei einer Unterbrechung der Verjährung beginnt die (ursprüngliche) Verjährungsfrist von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass die Folgerung des Bundesgerichts, wonach im konkreten Fall der Anspruch nicht verjährt war, voraussetzt, dass die Berner Praxis (Einjahresfrist seit Mängelrüge) unanwendbar ist.

[Rz 10] Im Ergebnis kann also der Entscheid dahingehend interpretiert werden, dass das Bundesgericht dazu tendiert, im Anschluss an den Vorschlag der herrschenden Lehre<sup>4</sup>, die Genfer Praxis anzuwenden. Mit einer Anwendung der zehnjährigen Frist dürfte in Zukunft kaum zu rechnen sein. Eine Anwendung der Zehnjahresfrist des Art. 127 OR ist abzulehnen, da sie dem in Art. 210 OR zum Ausdruck gelangenden Willen des Gesetzgebers, die Sachmängelgewährleistung im Interesse der Schaffung baldiger Rechtsklarheit und der Vermeidung beweisrechtlicher Schwierigkeiten einer kurzen Verjährungsfrist zu unterstellen, nicht Rechnung trägt. Überdies würde die Zehnjahresfrist im internationalen Vergleich für Sachmängelgewährleistungsansprüche eine ausserordentlich lange Verjährungsfrist darstellen<sup>5</sup>. Eine direkte Anwendung von Art. 127 OR wäre zudem äusserst problematisch, weil diese den Parteien aufgrund von Art. 129 OR verunmöglichen würde, diese überaus lange Frist durch vertragliche Vereinbarungen zu verkürzen<sup>6</sup>.

## 2. Lieferort gem. Art. 31 CISG und Gerichtsstand des Erfüllungsorts

**BGE 4A\_131/2009** vom 26. Juni 2009 (CB)

[Rz 11] Ein Verkäufer mit Sitz in Deutschland schloss im Jahr 2005 mit einem in der Schweiz domizilierten Käufer einen Kaufvertrag über 191 kg Graffitienschutzmittel ab. Am 7.

Februar 2006 erhob der Käufer eine Mängelrüge wegen Blasenbildung an verschiedenen Fassadenoberflächen infolge des darauf aufgetragenen Graffitienschutzmittels. Der Käufer klagte beim Bezirksgericht Hinwil, worauf der Verkäufer die Einrede der Unzuständigkeit erhob. Im Unterschied zum Bezirksgericht bejahte das Obergericht des Kantons Zürich die örtliche und internationale Zuständigkeit des Bezirksgerichts und wies es an, auf die Klage einzutreten.

[Rz 12] Vor Bundesgericht war nun streitig, ob das Bezirksgericht Hinwil für die Schadenersatzklage des Käufers international und örtlich zuständig war. Zur Bestimmung einer internationalen Zuständigkeitsfrage gelangt gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zur Anwendung (E. 4.1). Unter der Voraussetzung, dass ein Vertrag oder Ansprüche aus demselben Grund den Streitgegenstand bilden, ist es gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ dem Kläger möglich, den Beklagten entweder am Wohnsitzgerichtsstand nach Art. 2 LugÜ oder alternativ dazu am Erfüllungsort zu verklagen. Der Erfüllungsort im Sinne des Art. 5 LugÜ bestimmt sich nach dem auf die vertragliche Verpflichtung anwendbaren Recht, in casu nach dem CISG.

[Rz 13] Das Bundesgericht verwarf die Rüge des Verkäufers, dass der massgebliche Erfüllungsort nicht mit einer Lieferortvereinbarung gemäss Art. 31 CISG festgelegt werden könne. Es führte dazu aus, dass die Lieferortvereinbarung gemäss Art. 31 CISG auch ein Anknüpfungspunkt für prozessrechtliche Bestimmungen sein kann, die wiederum eine Anknüpfung an den Erfüllungsort zulassen. Der vereinbarte Lieferort der Parteien i.S. von Art. 31 CISG kann Erfüllungsort sein, an dem der Gerichtsstand des Erfüllungsorts liegt. In casu vereinbarten die Parteien eine Bringschuld, indem der Verkäufer sich verpflichtete, das Graffitienschutzmittel an den Ort des Käufers zu bringen. Diese Bringschuld stellte zugleich den Erfüllungsort i.S. von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ dar. Hiermit bestätigte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz, dass sich der Erfüllungsort in der Schweiz befinde und das Bezirksgericht Hinwil demnach international und örtlich zuständig war.

### Bemerkung

[Rz 14] Am 1. Januar 2011 wird das revidierte Lugano-Übereinkommen in Kraft treten. Mit dem neuen Art. 5 Ziff. 1 rev-LugÜ wird – entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) – die bisherige Regelung verändert und kompliziert. Nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b revLugÜ ist für Kaufverträge über bewegliche Sachen und für Dienstleistungsverträge der in einem LugÜ-Mitgliedsstaat gelegene Erfüllungsort nunmehr für das jeweilige Vertragsverhältnis einheitlich nach der vertragscharakteristischen Leistung zu bestimmen. Massgebend ist danach bei Kaufverträgen in erster Linie der tatsächliche Lieferort der Ware. Bloss subsidiär, wenn noch nicht geliefert worden ist oder Uneinigkeit besteht, wo zu liefern war, ist auf

<sup>4</sup> Vgl. Diana Akikol, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Diss. Luzern 2008, 36; Brunner, op.cit., Art. 4 N 26; Daniel Girsberger, The Time Limits of Article 39 CISG, (2005-06) 25 J. L. & Com. 241, 249; Jean-Marc Joerin/Claude Treyer, Discrepancies between lack of conformity notification requirements in CISG 39(2) and the statute of limitations in CO 210(1): Gap Filling by Arbitral Tribunals or prerogative of legislator?, ASA Bull. 2000, 82, 89 f.; Thomas Koller, Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, recht 2003, 41 ff.

<sup>5</sup> Brunner, op.cit., Art. 4 N 26.

<sup>6</sup> Dazu Koller, recht 2009, 179 ff.; Mohs/Hachem, AJP 2009, 1547.

den rechtlichen Lieferort abzustellen. Dieser ergibt sich aus einer Lieferortvereinbarung oder dem anwendbaren materiellen Recht. Ist das CISG anwendbar, richtet sich der Lieferort nach Art. 31 CISG<sup>7</sup>. Liegt dieser Ort ausserhalb des geographischen Geltungsbereichs des LugÜ, so findet nicht Art. 5 Ziff. 1 lit. b, sondern Art. 5 Ziff. 1 lit. a revLugÜ Anwendung. Im Rahmen dieser Bestimmung können die Parteien den Erfüllungsort vereinbaren, sofern dieser Ort einen Zusammenhang mit der Vertragswirklichkeit aufweist<sup>8</sup>.

[Rz 15] Nach dem revLugÜ wäre man also im vorliegenden Fall zum selben Resultat gelangt.

### 3. Beweis des entgangenen Gewinns des Käufers bei Nichtlieferung durch den Verkäufer (unterbliebene Uhrenlieferung)

**BGE 4A\_440/2009** vom 17. Dezember 2009 (CB)

[Rz 16] A (Käuferin; Klägerin) ist eine juristische Person mit Sitz in der Ukraine, die in Kiev Uhren an Endabnehmer weiterverkauft. A (Käuferin) wurde bisher durch die Manufaktur B SA mit Sitz im Kanton Neuenburg (Beklagte) mit Uhren beliefert. Die B SA stellte allerdings ihre Lieferungen an A ein, nachdem sie einen Alleinvertriebsvertrag mit einem anderen ukrainischen Endverkäufer (Alleinabnehmer) abgeschlossen hatte, der zugleich Konkurrent der A war. Somit wäre A von nun an gezwungen gewesen, sich durch den ukrainischen Alleinabnehmer mit den Uhren einzudecken und folglich auch mehr zahlen zu müssen, da der Verkaufspreis eines Einzelhändlers weitaus höher ist als der Preis des Direktverkaufs bei der Manufaktur. Das Obergericht des Kantons Neuenburg wies die Klage von A ab, mit der diese die Differenz zwischen dem «Exportpreis», den sie der B AG hätte zahlen müssen, und dem höheren Weiterverkaufswert für dreissig Uhren verlangte. Das Bundesgericht hiess die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde teilweise gut.

[Rz 17] Nach der Feststellung der Vorinstanz lag jedenfalls für zehn Uhren ein gültiger Kaufvertrag vor, deren Lieferung unterblieben war. Indessen wies sie die Schadenersatzforderung der A ganz ab, weil diese den höheren Weiterverkaufswert nicht mittels Verträgen mit Endkunden bewiesen hatte. Das Bundesgericht wies diese Argumentation zurück. Entgegen dem Käufer infolge Nichtlieferung der Ware, die erkennbar zum Weiterverkauf bestimmt war, Weiterverkaufsgewinne, kann er diese in der Höhe der üblichen Gewinnmargen als entgangenen Gewinn geltend machen (E. 4). Die Vorinstanz hatte weiter festgestellt, dass A die Möglichkeit gehabt hätte, die Uhren beim neuen Alleinabnehmer der B SA zu einem höheren Preis zu beziehen, dies aber unterlassen hatte. Das

Bundesgericht erwog, dass aufgrund der Schadensminderungspflicht gem. Art. 77 CISG A verpflichtet gewesen wäre, diese Deckungskäufe zu tätigen, um dadurch ihren Schaden zu mindern. Die Abweisung der ganzen Klage durch die Vorinstanz widersprach aber den Art. 74-77 CISG, da A so zu stellen war, wie wenn sie die Deckungskäufe getätigt hätte, d.h. der Schaden war entsprechend zu berechnen. Da der Preis solcher Deckungskäufe aus dem Urteil der Vorinstanz nicht hervorging, hob das Bundesgericht das Urteil insoweit auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

#### Bemerkung

[Rz 18] Das Bundesgericht spricht in seinem Urteil auch die Frage an, ob das CISG das zur Bestimmung des Weiterverkaufspreises erforderliche Beweismass regelt bzw. inwieweit das CISG generell die Frage regelt, ob ein entgangener Gewinn hinreichend bewiesen ist (E. 4). Kann der Betrag des Schadenersatzes nicht mit hinreichender Bestimmtheit ermittelt werden, so liegt die Festsetzung im Ermessen des Gerichts (Schadenschätzung). Die Befugnis zur Schadensschätzung ergibt sich entweder – soweit subsidiär schweizerisches Recht Anwendung findet – aufgrund von Art. 42 Abs. 2 OR, oder – was dogmatisch wohl vorzuziehen ist – aufgrund einer einheitsrechtlichen Lösung durch Lückenfüllung nach Art. 7 Abs. 2 CISG gemäss Art. 7.4.3(3) UNIDROIT Prinzipien<sup>9</sup>. Aber auch in diesem Fall ist eine Schätzung nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten unmöglich oder unzumutbar ist. Das Obergericht Neuenburg hatte eine Schadensschätzung mit dem Argument abgelehnt, dass A es unterlassen hatte, Verträge betreffend den Weiterverkauf der Uhren vorzulegen. Das Bundesgericht hielt demgegenüber im Ergebnis fest, dass der Schaden sich auch mittels Nachweis des Weiterverkaufspreises des neuen Alleinabnehmers der B SA beweisen lasse, gestützt auf die Differenz zwischen diesem Preis und dem Kaufpreis.

### 4. Auslegung von nationalem Recht im Lichte des CISG («material breach»)

**BGE 4A\_240/2009** vom 16. Dezember 2009 (CB)

[Rz 19] Eine südafrikanische Verkäuferin schloss mit einer US-amerikanischen Käuferin einen Kauvertrag betreffend die Lieferung von jährlich 85'000 WMT (wet metric tons) Flussspat (Calciumfluorid), das in den Minen der südafrikanischen Partei abgebaut wurde, ab. Die Vereinbarung wurde am 16. Februar 2001 vorerst bis am 31. Dezember 2005 abgeschlossen. Danach sollte der Vertrag jeweils um ein Jahr verlängert werden, sofern er von keiner Partei sechs Monate im Voraus gekündigt wurde.

[Rz 20] Am 19. Januar 2006 kündigte die Käuferin die

<sup>7</sup> Vgl. Brunner, op.cit., Art. 31 N 15, Art. 57 N 13; siehe auch BGH, Urteil vom 22.4.2009 – VIII ZR 156/07, IHR 2009, 222-25.

<sup>8</sup> Siehe BGH, Urteil vom 22.4.2009 – VIII ZR 156/07, IHR 2009, 222-25, betreffend Vereinbarung des Incoterm FOB.

<sup>9</sup> Vgl. Brunner, op.cit. Art. 74 N 57 Fn. 1644.

Vereinbarung fristlos mit der Begründung, die Verkäuferin habe eine wesentliche Vertragsverletzung («material breach») begangen. Hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeit sah Ziffer 3(c) des Vertrags unter anderem Folgendes vor: «*This Agreement may be terminated by either party in the following instances: (i) if either party is in material breach of the Agreement, which breach remains uncured following thirty (30) days written notice from the non-breaching party, the non-breaching party may terminate the Agreement immediately, by written notice; ...*»

[Rz 21] Die Vereinbarung enthielt neben einer Schiedsklausel eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts mit folgendem Wortlaut: «*This Agreement shall be construed and interpreted in accordance with the laws of Switzerland as applied between domestic parties provided, however, that the express agreements, understandings and provisions contained herein shall always prevail.*»

[Rz 22] In der Folge leitete die Käuferin gegen die Verkäuferin ein Schiedsverfahren ein. Strittig war dabei insbesondere die Gültigkeit der am 19. Januar 2006 erfolgten fristlosen Kündigung durch die Käuferin.

[Rz 23] Das Schiedsgericht hat ausgehend von der Feststellung, dass der von den Parteien verwendete Begriff des «material breach» im traditionellen schweizerischen Vertragsrecht nicht verwendet werde, erwogen, dass für dessen Auslegung die Umschreibung der wesentlichen Vertragsverletzung («fundamental breach») nach Art. 25 CISG beigezogen werden könne, obwohl das CISG grundsätzlich nicht auf die Vereinbarung anwendbar sei. Gleichzeitig hat das Schiedsgericht auch auf Art. 7.3.1 der «Unidroit Principles of International Commercial Contracts» (Recht zur Vertragsaufhebung bei wesentlicher Nichterfüllung) verwiesen.

[Rz 24] Im Rahmen einer gegen das Schiedsurteil gerichteten Schiedsbeschwerde der Käuferin (Beschwerdeführerin) hat das Bundesgericht deren Behauptung, das Schiedsgericht habe in Abweichung des gewählten schweizerischen Rechts ausländisches Recht angewendet, als unzutreffend zurückgewiesen. Die Berücksichtigung der entsprechenden Grundsätze des CISG bei der Auslegung des Begriffs «material breach» erfolgte insbesondere im Rahmen der Prüfung der Frage, wie die Parteien als im internationalen Handelsverkehr tätige Unternehmen den von ihnen verwendeten Begriff verstanden haben bzw. verstehen durften. Das Schiedsgericht hat damit eine Vertragsauslegung nach Schweizer Recht vorgenommen und nicht entgegen der Rechtswahl der Parteien ausländisches Recht angewendet.

#### **Bemerkung**

[Rz 25] Das Urteil des Bundesgerichts enthält eine willkommene höchstrichterliche Klarstellung, dass ein Schiedsgericht (oder ein staatliches Gericht) allgemeine vertragsrechtliche Prinzipien, wie sie im CISG und auch den UNIDROIT Prinzipien niedergelegt sind, sowohl bei der Auslegung des

nationalen (schweizerischen) Rechts als auch der Auslegung des Vertrags selbst als Interpretationshilfe berücksichtigen kann und gegebenenfalls auch sollte<sup>10</sup>.

### **III. Auslegungs- und Abgrenzungsfragen**

#### **1. Anwendung von Art. 212 Abs. 1 OR bei Vorliegen eines normativen Konsens über den Kaufpreis**

**BGE 4A\_229/2009** vom 25. August 2009 (MV)

[Rz 26] Im Jahr 2004 schloss der Verkäufer mit der Käuferin einen Kaufvertrag über einen Teleskoplader ab. Da der Verkäufer den zu liefernden Teleskoplader von einer Leasinggesellschaft geleast hatte, musste der Leasinggesellschaft vorerst ein Kaufpreis von CHF 15'382 bezahlt werden. Mittels Einzahlungsschein, welcher ihr vom Verkäufer übergeben wurde, veranlasste die Käuferin alsdann die Bezahlung des Kaufpreises. Daraufhin lieferte der Verkäufer der Käuferin den Kaufgegenstand. Nach Ansicht der Käuferin wurde als Kaufpreis der an die Leasinggesellschaft bezahlte Betrag von CHF 15'382 vereinbart. Der Verkäufer hielt demgegenüber dafür, dass dieser Betrag lediglich an einen nach dem Marktpreis des Teleskopladers zu bestimmenden Kaufpreis anzurechnen sei. Am 4. Juni 2008 verurteilte das Bezirksgericht Zuzach die Käuferin zur Bezahlung von CHF 32'018. Nachdem das Obergericht des Kantons Aargau die Appellation der Käuferin guthiess, gelangte der Verkäufer mittels Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht.

[Rz 27] Unter anderem hatte sich das Bundesgericht in vorliegendem Fall mit dem Vorwurf auseinanderzusetzen, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie von einem normativen Konsens über einen Kaufpreis von CHF 15'382 ausging. Diesbezüglich äusserte sich das Bundesgericht in einem ersten Schritt zu den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhaltelementen sowie zur aktuellen Rechtsprechung bezüglich des Vertrauensprinzips (E. 3.1). Es kam sodann in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass zwischen Verkäufer und Käuferin normativer Konsens herrschte, da die Käuferin die Willensäusserung des Verkäufers nach Treu und Glauben in der Tat dahingehend verstehen durfte, dass als Kaufpreis der Betrag von CHF 15'382 vereinbart wurde (E. 3.2).

[Rz 28] Des Weiteren befasste sich das Bundesgericht mit der Rüge des Verkäufers, die Vorinstanz habe bei der Bestimmung des Kaufpreises statt Art. 212 Abs. 1 OR zu Unrecht Art. 184 Abs. 3 OR angewendet und damit Bundesrecht

---

<sup>10</sup> Weiterführend Christoph Brunner, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration, Kluwer Law International, 2009, 29-31. Vgl. auch GAR (Global Arbitration Review) 14. April 2010, «Tribunal right to consider international law in Swiss arbitration» mit Anm. Christoph Brunner.