

# CIF oder FOB beim Kauf von Karbamid? – Ein weiterer Prüfungsfall zum UN-Kaufrecht (CISG) auf universitärer Masterstufe

Thomas Koller\*

*Die nachfolgenden Aufgaben zum UN-Kaufrecht (CISG) waren am 18. April 2023 anlässlich einer Prüfung von Studierenden auf Masterstufe an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern im Rahmen einer von mir durchgeführten Gastlehrveranstaltung zu lösen. Die Prüfung dauerte eine Stunde, wurde von den Studierenden an der Universität auf Laptops geschrieben und war elektronisch einzureichen. Sie erfolgte «open book», aber mit «no electronic sources», d.h. den Studierenden war die Verwendung von physischen Unterlagen (Vorlesungsunterlagen, Literatur) erlaubt, nicht aber der Zugang zu Datenbanken und anderen Internetquellen. Die Gastlehrveranstaltung selbst fand rund zwei Wochen vorher in vier Blöcken (im Gesamtumfang von einer Semesterwochenstunde, d.h. 14 Lektionen) vor Ort statt.*

*An der Prüfung teilgenommen haben 20 Studierende. Die Prüfungen waren mit «passed» oder «failed» zu bewerten. Erfreulicherweise haben alle 20 Studierenden bestanden.*

## A. Aufgabenstellung

Die X AG hat ihren Sitz in der Schweiz und handelt unter anderem mit Chemikalien. Am 23. März 2022 sandte sie der ebenfalls im Chemikalienhandel tätigen Y Ltd mit Sitz in Shanghai (China) eine E-Mail mit einer bis am Abend des 24. März 2022 gültigen Offerte über den Kauf von 100 Tonnen Karbamid (Urea; Harnstoff), feinkörnig, zum Preis von US-Dollar 800 pro Tonne, zahlbar per Banküberweisung nach der Verladung auf dem Schiff, «CIF (Incoterms 2020) Antwerpen», verschiffbar im Juni 2022, spätestens bis Ende Juni 2022. Die Y Ltd antwortete am 24. März 2022 ebenfalls per E-Mail, verdankte die Kaufofferte und erklärte sich zur Lieferung bereit. Dabei bestätigte sie die in der Kaufofferte enthaltenen Angaben, ersetzte aber die Lieferklausel «CIF (Incoterms 2020) Antwerpen» durch «FOB (Incoterms 2020) Shanghai».

Die Einkaufschefin der X AG riet der Geschäftsleitung, der Y Ltd mitzuteilen, dass man mit der FOB-Klausel nicht einverstanden sei und auf der CIF-Klausel beharre. In der Hektik des Alltagsge-

schäfts ging diese Empfehlung jedoch unter, sodass eine Antwort vorerst unterblieb. Anfangs April 2022 erinnerte sich die Einkaufschefin an diese Pendeuz, war aber der Ansicht, dass sich im Hinblick auf den von den Behörden in Shanghai Ende März 2022 verhängten Lockdown die Sache ohnehin erledigt habe und sich damit eine Antwort erübrige.

Anfangs Juni 2022 fragte die Y Ltd (Verkäuferin) bei der X AG nach, wann das von der X AG bereitzustellende Schiff im Hafen von Shanghai eintreffen werde, damit das Karbamid verladen werden könne.

\* Prof. em. Dr. Dr. h.c., vormalig Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern.

Die Prüfungsfälle früherer Jahre in dieser Gastlehrveranstaltung habe ich publiziert in ius.full 2020 S. 150 ff. («Fehlerhafte Drehstromzähler» und «Alpkäse gegen Vorkasse»? – Kleine Fälle zum UN-Kaufrecht [CISG], geprüft auf der universitären Masterstufe) sowie in ius.full 2022 S. 118 ff. («Mitgenommene Ware» wegen «mitgenommener Verpackung»? – Ein Prüfungsfall zum UN-Kaufrecht auf universitärer Masterstufe).

Das Typoskript wurde am 12. Mai 2023 abgeschlossen.

Die X AG antwortete umgehend, sie habe kein Schiff organisiert und werde auch keines organisieren, da kein Vertrag zustande gekommen sei. Die Y Ltd stellte sich auf den Standpunkt, die Parteien hätten einen wirksamen Kaufvertrag (mit Einbezug der FOB-Klausel) geschlossen. Daher sei die X AG zur Annahme der Ware und zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Als die X AG auf ihrem Standpunkt beharrte, es sei kein Vertrag zustande gekommen und sie sei daher zu nichts verpflichtet, erklärte die Y Ltd die Auflösung des Vertrages, verkaufte das Karbamid umgehend an einen Dritten zum Preis von US-Dollar 650 pro Tonne (dem Marktpreis Mitte Juni 2022 in Shanghai) und verlangte von der X AG Schadenersatz. Die X AG lehnte dies ab.

Seither debattieren die Parteien über die Rechtslage. Die X AG ist verunsichert und wendet sich an Sie als Konsultantin bzw. Konsulenten.

#### Hinweise:

- Bei der CIF-Klausel (Incoterms 2020) hat die Verkäuferin die Ware zu liefern, indem sie diese an Bord des Schiffes verbringt (hier in Shanghai). Sie muss den Schiffstransport organisieren und die Transportkosten bis zum Bestimmungshafen (hier also Antwerpen) übernehmen.
- Bei der FOB-Klausel (Incoterms 2020) hat die Verkäuferin die Ware an Bord des von der Käuferin benannten Schiffes im Verschiffungshafen zu verbringen (hier also in Shanghai). Es ist Sache der Käuferin, dafür zu sorgen, dass im Verschiffungshafen ein Schiff zur Verfügung steht; die Kosten des Schiffstransports gehen demgemäss zu ihren Lasten. Die Käuferin muss der Verkäuferin den Namen des Schiffes, die Ladestelle und gegebenenfalls den gewählten Lieferzeitpunkt innerhalb des vereinbarten Lieferzeitraums mitteilen.

**Frage 1:** Die X AG befürchtet, dass sich die Streitigkeit nach chinesischem Recht beurteilt, das sie nicht kennt. Können Sie sie beruhigen und ihr versichern, dass die Streitigkeit dem UN-Kaufrecht unterliegt? **3 Punkte**

**Frage 2:** Angenommen, der Fall beurteilt sich nach UN-Kaufrecht: Ist ein Vertrag zustande gekommen? **3 Punkte**

**Frage 3:** Würde sich an Ihrer Beurteilung etwas ändern, wenn es einen Handelsbrauch gibt, wonach Karbamid in der Regel mit der Lieferklausel FOB angeboten wird? **2 Punkte**

**Frage 4:** Angenommen, es ist ein Vertrag unter UN-Kaufrecht (mit der FOB-Klausel) zustande gekommen: Steht der Y Ltd ein Schadenersatzanspruch zu und wie berechnet er sich? **5 Punkte**

**Frage 5:** Im Verlauf des Monats März 2022 häuften sich Meldungen über Corona-Ausbrüche in Shanghai. Die lokalen Behörden erliessen schrittweise verschiedene Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie, bis schliesslich Ende März über die Stadt ein Lockdown verhängt wurde. Ende Mai 2022 wurde der Lockdown beendet. Da der Hafen während zwei Monaten nur eingeschränkt in Betrieb war, hatte sich vor dem Hafen ein Rückstau an Schiffen gebildet, der sich über den ganzen Monat Juni (und darüber hinaus) hinzog. Könnte sich die X AG von einer allfälligen Schadenersatzpflicht (bei einem Kaufvertrag mit der FOB-Klausel) eventualiter mit dem Einwand entlasten, eine Verschiffung wäre daher bis Ende Juni ohnehin nicht möglich gewesen? **5 Punkte**

## B. Lösungsskizze

### Frage 1

Die X AG und die Y Ltd haben ihre jeweiligen Niederlassungen in verschiedenen Vertragsstaaten (Schweiz bzw. China) des UN-Kaufrechts. Im Streit steht ein (möglicher) Kaufvertrag über eine Ware (Karbamid). Damit sind die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG erfüllt. Ein Kaufvertrag über Chemikalien für den gewerbsmässigen Gebrauch, wie er bei Chemikalienhändlern üblich ist, unterliegt keinem der Anwendungsausschlüsse nach Art. 2 CISG. Grundsätzlich beurteilt sich daher die vorliegende Streitigkeit nach UN-Kaufrecht, soweit es um den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten der Parteien geht. Eine Frage der Gültigkeit des Vertrages, die sich nicht nach UN-Kaufrecht beurteilen würde (Art. 4 CISG), steht nicht zur Debatte.

Zu prüfen wäre allerdings noch, ob sich in den ausgetauschten E-Mails eine Abwahlklausel (Art. 6

## CIF ODER FOB BEIM KAUF VON KARBAMID? – EIN WEITERER PRÜFUNGSFALL ZUM UN-KAUFRECHT (CISG) AUF UNIVERSITÄRER MASTERSTUFE

CISG) findet. Dann käme ein nationales Recht, allenfalls in der Tat das chinesische Recht, zur Anwendung. Für eine solche Abwahlklausel findet sich im Sachverhalt indessen kein Anhaltspunkt.

### Frage 2

Die E-Mail der X AG vom 23. März 2022 stellt ein Angebot i.S.v. Art. 14 Abs. 1 CISG dar. Die (fristgerecht) eingegangene Antwortmail der Y Ltd enthält gegenüber dem Angebot eine Änderung, hat die Y Ltd doch die im Angebot aufgeführte CIF-Klausel durch eine FOB-Klausel ersetzt. Die Antwort der Y Ltd ist daher eine Ablehnung des Angebots und stellt eine Gegenofferte dar (Art. 19 Abs. 1 CISG). Auf dieses Gegenangebot hat die X AG nicht reagiert, auch nicht durch ein konkludentes Handeln. Dieses Stillschweigen kann nur dann zu einem Vertrag (mit den in der Antwort der Angebotsempfängerin enthaltenen Änderungen) führen, wenn die Abweichung die Bedingungen des Angebots nicht wesentlich ändert (Art. 19 Abs. 2 CISG).

Gemäss Art. 19 Abs. 3 CISG gilt eine Abweichung, die sich auf den Preis bezieht, als wesentlich. Das dürfte hier der Fall sein. Zwar akzeptiert die Y Ltd den im Angebot aufgeführten Kaufpreis. Die FOB-Klausel hat aber zur Folge, dass nicht die Y Ltd als Verkäuferin, sondern die X AG als Käuferin die Kosten für den Seetransport von Shanghai nach Europa (hier Antwerpen) zu tragen hat. Das wirkt sich im Ergebnis wie eine Erhöhung des Kaufpreises aus<sup>1</sup>. Damit wäre kein Kaufvertrag zustande gekommen.

Nun enthält allerdings nach wohl herrschender Lehre Art. 19 Abs. 3 CISG bloss eine widerlegliche Vermutung, dass die dort erwähnten Regelungsgegenstände «wesentlich» sind.<sup>2</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass es der Y Ltd gelingt, diese Vermutung zu widerlegen.<sup>3</sup> Denkbar wäre dies etwa, wenn die Frachtkosten im Verhältnis zum Warenwert relativ niedrig sein sollten, die Preisabweichung letztlich also nur geringfügig wäre. Dazu fehlen im Sachverhalt Anhaltspunkte. Sehr wahrscheinlich dürften aber die Kosten für einen Seetransport von Shanghai bis Antwerpen quantitativ doch ins Gewicht fallen, sodass es die Y Ltd schwer haben dürfte, die Vermutung der Wesentlichkeit zu widerlegen.

**Zwischenbemerkung:** Zu prüfen wäre allenfalls noch, ob die FOB-Klausel einerseits und die CIF-Klausel andererseits zu international unterschiedlichen Gerichtsstän-

den führen könnten, falls die Parteien keine Gerichtsstandsvereinbarung treffen (wofür in casu keine Anhaltspunkte bestehen). Sollte mit der FOB-Klausel ein Gerichtsstand in einem anderen Land (z.B. in China) als mit der CIF-Klausel (z.B. in Belgien oder in der Schweiz) gegeben sein, so dürfte die Abweichung wohl – unabhängig von der Frage des Preises – wesentlich i.S.v. Art. 19 Abs. 3 CISG sein.

Diese Frage beurteilt sich nach den massgebenden Regeln des internationalen Zivilprozessrechts. Mangels hinreichender Kenntnisse in diesem Fachbereich kann ich sie nicht bzw. nicht verlässlich beantworten. Im Bereich der

<sup>1</sup> Vgl. dazu das Beispiel bei ULRICH MAGNUS, Art. 19 CISG Rz. 18 (Ersetzung einer FOC-Klausel [«Free of Charge»] in der Offerte durch die EXW-Klausel in der «Auftragsbestätigung»; CISG-Online Nr. 2226, OLG Stuttgart, 18. April 2011 [abrufbar unter [https://cisg-online.org/files/cases/8142/fullTextFile/2226\\_21089791.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/8142/fullTextFile/2226_21089791.pdf)]), in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2018, Berlin 2018 (im Folgenden: STAUDINGER/MAGNUS).

Die FOC-Klausel ist keine Incotermklausel und hat offenbar keinen genau feststehenden Inhalt. Das OLG Stuttgart interpretierte die Klausel im konkreten Fall dahingehend, dass die Käuferin keine Transportkosten übernehmen wollte (CISG-Online Nr. 2226, Rz. 35), die bei der EXW-Klausel (einer Incotermklausel) zu ihren Lasten gegangen wären. Aus dem Urteil geht leider nicht klar hervor, ob das OLG Stuttgart von einer wesentlichen oder unwesentlichen Abweichung ausgegangen wäre, soweit bloss die Transportkosten zur Debatte standen.

<sup>2</sup> ULRICH G. SCHROETER, Art. 19 CISG Rz. 36, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München 2019; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 19 CISG Rz. 16.

<sup>3</sup> In der Rechtsprechung wurde bisweilen gar die Auffassung vertreten, eine blossige Änderung der Transportkostenregelung in der Annahmeerklärung stelle an sich keine wesentliche Abweichung dar, weshalb der Vertrag bei ausbleibender Remonstration des Offerenten gestützt auf Art. 19 Abs. 2 CISG zustande gekommen sei (CISG-Online Nr. 716, Urteil des OLG Koblenz vom 4. Oktober 2002 [abrufbar unter [https://cisg-online.org/files/cases/6654/fullTextFile/716\\_84099570.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/6654/fullTextFile/716_84099570.pdf)]). Das lässt sich in dieser Absolutheit m.E. nicht vertreten.

<sup>4</sup> Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:de:PDF>).

EuGVVO<sup>4</sup> bzw. des LugÜ<sup>5</sup> wird die Frage soweit ersichtlich nicht einheitlich beantwortet. Zur Debatte steht dabei der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ; Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO), der im internationalen Prozessrecht nicht an das materielle Recht (d.h. an die *lex causae*) anknüpft, sondern übereinkommensautonom bestimmt wird.<sup>6</sup> Die Verwendung der FOB-Klausel soll offenbar zu einem Gerichtsstand im Verschiffungshafen führen.<sup>7</sup> Bei der Verwendung einer C-Klausel (wie z.B. der CIF-Klausel) wird z.T. die Auffassung vertreten, damit werde ein Gerichtsstand am Bestimmungsort begründet,<sup>8</sup> z.T. aber auch, sowohl bei den C- als auch bei den F-Klauseln könne auf dem Weg der Auslegung ein Gerichtsstand am Versendungsort begründet werden.<sup>9</sup>

Da das internationale Zivilprozessrecht nicht Gegenstand der Gastlehrveranstaltung war, habe ich von den Studierenden selbstverständlich keine Ausführungen zur allfälligen Gerichtsstandsproblematik erwartet.

### Frage 3

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird gemäss Art. 9 Abs. 2 CISG angenommen, dass sie sich in ihrem Vertrag oder – was hier von besonderem Interesse ist – bei seinem Abschluss stillschweigend auf Handelsbräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mussten und die im inter-

nationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmässig beachtet werden. Sollte ein Handelsbrauch bestehen, wonach Karbamid in der Regel mit der Lieferklausel FOB angeboten wird, so müsste sich die X AG diesen Handelsbrauch entgegenhalten lassen. Denn als im Chemikalienhandel tätige Unternehmung musste sie einen derartigen (allfälligen) Handelsbrauch kennen.

Ein solcher Handelsbrauch könnte allenfalls bedeuten, dass die Ersetzung der CIF- durch die FOB-Klausel in der Antwortmail der Y Ltd schon aus diesem Grund als unwesentlich gewertet bzw. die Vermutung von Art. 19 Abs. 3 CISG widerlegt würde.<sup>10</sup> Das würde selbst dann zu einem Vertragsabschluss führen, wenn die Frachtkosten im Verhältnis zum Kaufpreis nicht geringfügig ausfallen sollten. Ob die Gerichte so entscheiden würden, ist allerdings nicht sicher.

### Frage 4

Im vorliegenden Fall hat die Y Ltd den Vertrag aufgehoben und einen Deckungsverkauf getätigt. Falls sie zur Vertragsaufhebung berechtigt gewesen sein sollte, so könnte sie den ihr zustehenden Schadenersatz nach Art. 75 CISG berechnen.

Als Verkäuferin kann die Y Ltd den Vertrag aufheben, wenn die X AG als Käuferin eine ihr aus dem Vertrag erwachsende Pflicht nicht erfüllt hat und diese Nichterfüllung entweder eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG) oder die Käuferin eine von der Verkäuferin gemäss Art. 63 Abs. 1 CISG gesetzte Nachfrist zur Erfüllung ihrer Pflicht ungenutzt verstreichen liess (Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG). Es ist zu prüfen, ob die X AG überhaupt eine Vertragsverletzung begangen hat und ob diese – da im Sachverhalt von einer von der Y Ltd gesetzten Nachfrist nicht die Rede ist – wesentlich i.S.v. Art. 25 CISG ist.

Wenn – wie in Frage 4 unterstellt – zwischen den Parteien ein Kaufvertrag mit der FOB-Klausel zustande gekommen ist, war die X AG als Käuferin verpflichtet, ein Schiff zu organisieren, an dessen Bord die Y Ltd als Verkäuferin die von ihr geschuldete Ware verbringen konnte. Gemäss Art. 53 CISG ist die Käuferin nach Massgabe des Vertrages und des Übereinkommens verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen und die Ware anzunehmen. Nach Art. 60

5 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12; abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/801/de>).

6 BGE 148 III 50 E. 4.1 S. 52; 140 III 418 E. 3.2 S. 419 und E. 4.1 S. 420 f.; 140 III 115 E. 4 S. 118 ff.

7 BGH, Urteil vom 22. April 2009, VIII ZR 156/07, NJW 2009 S. 2606 ff.; PETER F. SCHLOSSER, Art. 7 EuGVVO Rz. 11, in: Peter F. Schlosser/Burkhard Hess, EU-Zivilprozessrecht, Kommentar, 5. Aufl., München 2021; HEINRICH NAGEL/PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020, Rz. 3.79.

8 JENS BREDOW, C-455 i.V.m. C-613 (für CIF), in: Burghard Piltz/Jens Bredow, Incoterms Kommentar, München 2016 (zu den Incoterms 2010).

9 CHRISTOPH GRAF VON BERNSTORFF, Incoterms 2020, Kommentierung für die Praxis inklusive offiziellem Regelwerk, Köln 2020, Rz. 232 ff., spez. Rz. 245; DERS., Workbook Incoterms 2020, Praxisfälle zur Fortbildung im Unternehmen, Köln 2020, Rz. 17 ff., spez. Rz. 26.

10 SCHROETER (Fn. 2), Art. 19 CISG Rz. 35 f.; CHRISTOPH BRUNNER/STEFANIE PFISTERER/PASCAL KÖSTER, Art. 19 CISG Rz. 4, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014; ähnlich auch STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 19 CISG Rz. 16.

## CIF ODER FOB BEIM KAUF VON KARBAMID? – EIN WEITERER PRÜFUNGSFALL ZUM UN-KAUFRECHT (CISG) AUF UNIVERSITÄRER MASTERSTUFE

lit. a CISG besteht die Pflicht der Käuferin zur Annahme darin, alle Handlungen vorzunehmen, die vernünftigerweise von ihr erwartet werden können, damit der Verkäuferin die Lieferung ermöglicht wird. Stellt die Käuferin bei einem Vertrag mit einer FOB-Klausel im vereinbarten Verschiffungshafen innerhalb des vereinbarten Lieferzeitraums kein Schiff zur Verfügung, so kann die Verkäuferin ihrer Verpflichtung, die Ware an Bord des Schiffes zu verbringen, nicht nachkommen. Wenn eine Käuferin – wie hier – bei einem Vertrag mit einer FOB-Klausel kein Schiff organisiert, verletzt sie ihre Annahmepflicht und begeht eine Vertragsverletzung.<sup>11</sup>

Grundsätzlich hat somit die X AG den Kaufvertrag verletzt. Zwar hätte sie noch bis Ende Juni 2022 Zeit gehabt, ein Schiff zu organisieren, da die Ware gemäss Vertrag bis spätestens zu diesem Zeitpunkt zu verschiffen war. Da sie sich jedoch klar und deutlich auf den Standpunkt stellte, es sei kein Vertrag zustande gekommen und sie werde daher kein Schiff zur Verfügung stellen, wird man vernünftigerweise davon ausgehen dürfen, dass bereits im Verlauf des Monats Juni eine Vertragsverletzung vorlag.

Diese Vertragsverletzung wird man auch als wesentlich i.S.v. Art. 25 CISG qualifizieren können. Da die Käuferin beharrlich einen Vertrag und damit auch ihre Annahmepflicht bestritt, wäre eine Nachfristansetzung durch die Y Ltd gemäss Art. 63 Abs. 1 CISG sinnlos gewesen. Die endgültige (unberechtigte) Verweigerung der Warenannahme stellt regelmässig eine wesentliche Vertragsverletzung dar.<sup>12</sup> Somit war die Y Ltd zur Vertragsaufhebung berechtigt.

Ist der Vertrag aufgehoben und hat die Verkäuferin einen Deckungsverkauf in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung vorgenommen, so kann sie gemäss Art. 75 CISG den Unterschied zwischen dem im Vertrag vereinbarten Preis und dem Preis des Deckungsverkaufs sowie jeden weiteren Schadenersatz nach Art. 74 CISG verlangen. Die Y Ltd kann mithin die Differenz zwischen dem Vertragspreis (US-Dollar 800 pro Tonne) und dem Preis des Deckungsverkaufs (US-Dollar 650 pro Tonne) als Schadenersatz geltend machen, insgesamt also US-Dollar 15000 (während im Sachverhalt Anhaltspunkte für einen weiteren Schaden fehlen). Die Kriterien des «Deckungsverkaufs in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums» dürften in

casu erfüllt sein, hat die Y Ltd die Ware doch umgehend und zum Marktpreis in Shanghai im Juni 2022 veräussert.

Ob die Voraussehbarkeitsregel i.S.v. Art. 74 CISG («foreseeability test» bzw. «contemplation rule») im Rahmen der Differenzrechnung nach Art. 75 CISG Anwendung findet oder nicht, ist umstritten. Im vorliegenden Fall dürften sich daraus allerdings so oder anders keine Schwierigkeiten ergeben. Mit Veränderungen des Preisgefüges und mit einem Deckungsverkauf musste die Käuferin rechnen. Bei stark fluktuierenden Märkten gelten selbst grosse Preisänderungen als voraussehbar, solange sie nicht geradezu ungewöhnlich sind.<sup>13</sup> In casu fehlen Anhaltspunkte für eine aussergewöhnliche Preisänderung.

### Frage 5

Gemäss Art. 79 Abs. 1 CISG hat eine Partei für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem ausserhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht («an impediment beyond control») und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden

<sup>11</sup> CISG-Online Nr.1442, Urteil der China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC) vom 22. März 2001 (abrufbar unter [https://cisg-online.org/files/cases/7362/abstractsFile/1442\\_73791855.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/7362/abstractsFile/1442_73791855.pdf)).

In diesem Sinn auch FLORIAN MOHS, Art. 60 CISG Rz. 8, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München 2019, sowie CHRISTOPH BRUNNER/MATTHIAS LERCH/LUKAS RUSCH, Art. 60 CISG Rz. 4, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014; ANTON K. SCHNYDER/RALF MICHAEL STRAUB, Art. 60 CISG Rz. 29, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin und Heidelberg 2010.

<sup>12</sup> SCHROETER (Fn. 2), Art. 25 CISG Rz. 201; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 25 CISG Rz. 20.

<sup>13</sup> INGEBORG SCHWENZER, Art. 75 CISG Rz. 8, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München 2019; STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 75 CISG Rz. 3; HERBERT SCHÖNLE/THOMAS KOLLER, Art. 75 CISG Rz. 26, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin und Heidelberg 2010.

oder zu überwinden. Diese Entlastungsmöglichkeit gilt allerdings nur für die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz. Andere Rechte als das Recht auf Schadenersatz kann der Vertragsgegner trotzdem ausüben (Art. 79 Abs. 5 CISG).

Die Folgen des rund zweimonatigen Lockdowns in Shanghai auf den Betrieb des Hafens (auch nach dem Ende des Lockdowns) hindern in casu die Y Ltd somit nicht daran, den Vertrag aufzuheben. Theoretisch denkbar wäre es aber, dass ihr Schadenersatzanspruch gegenüber der X AG entfällt.

Allerdings dürften im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Entlastung der X AG nicht erfüllt sein. Zwar sind die Covid-Pandemie bzw. die daraus resultierenden Folgen ein Hinderungsgrund, der ausserhalb des Einflussbereichs der Vertragsparteien liegt. Indessen wird es an der Unvorhersehbarkeit fehlen. Bei Vertragsabschluss im März 2022 dauerte die Covid-Pandemie bereits rund zwei Jahre. Auf diese Pandemie haben insbesondere (aber nicht nur) die Behörden in China immer wieder mit Lockdowns reagiert. Hinzu kommt, dass sich im März 2022 bereits eine (erneute) Verschärfung der Pandemielage in Shanghai abzeichnete. Mit einem möglichen Lockdown musste daher die X AG im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses rechnen. Dass ein solcher Lockdown selbst dann Auswirkungen auf den Hafenbetrieb haben kann, wenn der Hafen selbst nicht vollständig geschlossen wird, liegt auf der Hand und war daher für die X AG ebenfalls vorhersehbar. Das allein schon würde eine Entlastung der X AG verunmöglichen.

Hinzu kommt ein weiterer Punkt. Die X AG hat sich bisher nicht auf diesen Entlastungsgrund berufen, sondern sich klar und deutlich auf den Stand-

punkt gestellt, sie habe keine Vertragspflicht verletzt, weil kein Vertrag bestehe. Wer eine Entlastung gestützt auf Art. 79 CISG beansprucht, hat der anderen Partei den Hinderungsgrund und seine Auswirkungen auf ihre Fähigkeit zu erfüllen, mitzuteilen. Erhält die andere Partei die Mitteilung nicht innerhalb angemessener Frist, nachdem die nicht erfüllende Partei den Hinderungsgrund kannte oder kennen musste, so haftet sie für den aus diesem Nachteil entstehenden Schaden (Art. 79 Abs. 4 CISG). Der X AG mussten die Probleme mit dem Hafenbetrieb im Juni 2022 nach Aufhebung des Lockdowns bekannt gewesen sein. Auch wenn man davon ausgehen darf, dass der Y Ltd diese Probleme im Hafenbetrieb ebenfalls – und vielleicht gar noch deutlicher als der X AG – bekannt waren, hätte sich eine Mitteilung der Berufung der X AG auf Art. 79 CISG statt dem Beharren auf dem Standpunkt, es sei kein Vertrag geschlossen worden, aufgedrängt.<sup>14</sup> Denn hätte die X AG der Y Ltd mitgeteilt, dass aus diesem Grund im Monat Juni – d.h. im vertraglich vereinbarten Lieferzeitraum – kein Schiff anlegen könne, um die gekaufte Ware zu übernehmen (was im Bestreitungsfall gemäss Art. 79 Abs. 1 CISG von ihr auch noch bewiesen werden müsste), so hätte die Y Ltd allenfalls anbieten können, den Lieferzeitraum zu erstrecken. Auf diese Weise hätten die Folgen des Lockdowns überwunden werden können. Ob die X AG dazu verpflichtet gewesen wäre, ein allfälliges Angebot der Y Ltd auf Erstreckung des Lieferzeitraums zu akzeptieren, müsste aufgrund einer Würdigung der Umstände des konkreten Falls beurteilt werden. Dabei gilt es zu beachten, dass Art. 79 Abs. 1 CISG dem Schuldner eine Pflicht auferlegt, das Hindernis zu überwinden. Daraus lässt sich für die X AG ohne Weiteres eine Pflicht ableiten, den Lieferzeitraum zu erstrecken, wenn ihr dies die Y Ltd anbietet, solange eine solche Fristerweiterung wirtschaftlich vernünftigerweise zumutbar ist.<sup>15</sup> Die X AG riskiert mithin, dass ein Gericht im Streitfall eine Entlastung gemäss Art. 79 CISG auch aus diesem Grund verweigern würde.

## C. Bemerkungen

1. Bei der Konzeption des Falles liess ich mich vom Sachverhalt inspirieren, der einem Urteil der China International Economic and Trade Arbitration Com-

<sup>14</sup> In der Literatur wird die Meinung vertreten, bei Kenntnis des Gläubigers vom Vorliegen des Hinderungsgrundes bestehe grundsätzlich keine Mitteilungspflicht (SCHWENZER [Fn. 13], Art. 79 CISG Rz. 46; STAUDINGER/MAGNUS [Fn. 1], Art. 79 CISG Rz. 45, je m.Nw.). Das dürfte indessen kaum gelten, wenn sich die Schuldnerin zunächst gar nicht auf Art. 79 CISG beruft, sondern vorerst klar und deutlich die Existenz des Vertrages bestreitet, und erst später eventualiter eine Entlastung gemäss Art. 79 CISG geltend macht.

<sup>15</sup> Vgl. zum Problembereich der Unvermeidbarkeit bzw. Unabwendbarkeit nach Art. 79 Abs. 1 CISG etwa SCHWENZER (Fn. 13), Art. 79 CISG Rz. 14, sowie STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 1), Art. 79 CISG Rz. 34.

## CIF ODER FOB BEIM KAUF VON KARBAMID? – EIN WEITERER PRÜFUNGSFALL ZUM UN-KAUFRECHT (CISG) AUF UNIVERSITÄRER MASTERSTUFE

mission vom 26. Dezember 2014 zugrunde lag.<sup>16</sup> Dieser Schiedsgerichtsfall basierte – wie mein Prüfungsfall – auf einem Kaufvertrag über Urea (Karbamid) zwischen einer in China ansässigen Verkäuferin und einer Schweizer Käuferin unter Einbezug der FOB-Klausel, mit stark fallenden Preisen zwischen dem Vertragsabschlusszeitpunkt und dem Erfüllungszeitpunkt. Allerdings waren die strittigen Rechtsfragen im «echten» Fall ganz andere als in meinem Fall, die weitgehend meiner Phantasie entsprungen sind. Der Bezug zwischen den beiden Fällen ist mithin nur sehr locker.

Ob der von mir konstruierte Prüfungsfall in allen Punkten realistisch ist, mag fraglich sein. So ist es zweifelhaft, ob eine Verkäuferin in China von einer Schweizer Käuferin die Bezahlung des Preises durch Banküberweisung nach der Verladung akzeptieren würde. Eine Zahlungsabwicklung per Akkreditiv wäre wohl eher im Sinne der Verkäuferin. Im «echten» Fall wurde aber immerhin die Bezahlung per «telegraphic transfer» vereinbart. Ebenso mag es wenig realistisch sein, dass eine Kaufinteressentin eine Kaufofferte unterbreitet. Eher wird man wohl – wie im «echten» Fall – annehmen müssen, dass in der Regel eine Verkaufsinteressentin ein Verkaufsangebot übermittelt. Aber der Freiheit des Prüfers bei der Konzeption eines Examensfalls sind ja bekanntlich nur wenige Grenzen gesetzt.

Der Preis für Karbamid ist zwischen März und Juni 2022 auch in der Realität stark gefallen. Wie hoch die Preise in diesem Zeitraum genau waren, konnte ich allerdings nicht verlässlich ermitteln. Die von mir gewählten Zahlen könnten der Grössenordnung nach in etwa stimmen, aber ich lasse mich darauf nicht behaften.

Ob ein Handelsbrauch i.S.v. Art. 9 Abs. 2 CISG besteht, demzufolge Karbamid in der Regel mit der Lieferklausel FOB angeboten wird, weiss ich nicht. Bei Internetrecherchen ist mir immerhin aufgefallen, dass bei Charts für Karbamidpreise oft die FOB-Klausel anzutreffen ist.

2. Einen ähnlichen Begründungsumfang wie in der Lösungsskizze habe ich in den Klausuren selbstverständlich nicht erwartet. Das wäre im Hinblick auf die beschränkte Zeit, die den Studierenden für die Bearbeitung der Aufgaben zur Verfügung stand, gar nicht möglich gewesen. Die verfeinerten Ausführungen in der Lösungsskizze sowie die Hinweise in den Fussnoten sollen den Leserinnen und Lesern

eine bessere Auseinandersetzung mit den verschiedenen Aspekten des Falles ermöglichen.

3. In der Vorlesung wurde das gesamte UN-Kaufrecht behandelt. Die Studierenden erhielten als Handout ein umfangreiches Set von Power-Point-Folien sowie mehrere Aufsätze zu Einzelfragen. Alle diese Unterlagen durften an der Prüfung verwendet werden, ebenso wie beliebige Lehrbücher, Kommentare etc. Nur der Zugang zu Datenbanken und andern Internetquellen war nicht erlaubt. Trotz der knappen Zeit war es daher möglich, die Fragen mit hinreichenden Begründungen zu beantworten.

4. Im Folgenden möchte ich auf ein paar Fehler eingehen, die in verschiedenen Prüfungen aufgetaucht sind:

a) Etliche Studierende waren bei Frage 2 der Meinung, mit dem Wechsel von der CIF-Klausel zur FOB-Klausel würden «Ort und Zeit der Lieferung» geändert, weshalb die Änderung im Gegenangebot gegenüber der Offerte wesentlich i.S.v. Art. 19 Abs. 3 CISG gewesen sei. Das ist – jedenfalls materiellrechtlich – nicht zutreffend. Hinsichtlich der Lieferzeit («verschiffbar im Juni 2022, spätestens bis Ende Juni 2022») stimmen Offerte und Gegenofferte ohnehin überein. Aber auch der Lieferort wird gegenüber der CIF-Klausel durch die FOB-Klausel nicht geändert. Bei beiden Klauseln hat die Verkäuferin die Ware zu liefern, indem sie diese im Verschiffungshafen an Bord des Schiffes verbringt.<sup>17</sup> Der zentrale Unterschied zwischen den Klauseln besteht darin, dass bei der CIF-Klausel die Verkäuferin das Schiff für den Seetransport zu organisieren und die Kosten für diesen Transport zu tragen hat, bei der FOB-Klausel dagegen die Käuferin.<sup>18</sup> Denkbar ist allerdings, dass die beiden Klauseln zu prozessrechtlich unterschiedlichen Erfüllungsorten führen (die sich unabhängig vom materiellen Recht bestimmen).<sup>19</sup>

16 CISG-Online Nr. 5729 (abrufbar unter: [https://cisg-online.org/files/cases/13643/abstractsFile/5729\\_67059564.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/13643/abstractsFile/5729_67059564.pdf)).

17 GRAF VON BERNSTORFF, Incoterms 2020 (Fn. 9), S. 114 (A 2 bei der FOB-Klausel) und S. 134 (A 2 bei der CIF-Klausel); vgl. dazu auch die ausdrücklichen Angaben im Sachverhalt.

18 GRAF VON BERNSTORFF, Incoterms 2020 (Fn. 9), S. 116 f. (A 4/B 4 bei der FOB-Klausel) und S. 134 f. (A 4/B 4) bei der CIF-Klausel); vgl. dazu auch die ausdrücklichen Angaben im Sachverhalt.

19 Vgl. dazu vorn die Zwischenbemerkung bei Frage 2.

b) Vereinzelt waren Studierende der Meinung, bei der FOB-Klausel gehe die Gefahr nicht am selben Ort auf die Käuferin über wie bei der CIF-Klausel. Das ist ebenfalls unzutreffend. Bei beiden Klauseln trägt die Verkäuferin die Gefahr bis zur Lieferung, d.h. bis sie die Ware im Verschiffungshafen an Bord des Schiffes verbracht hat.<sup>20</sup>

c) Mehrere Studierende vertraten bei Frage 4 die Auffassung, die Schadenberechnung könne nach Art. 76 CISG erfolgen. Das ist nicht korrekt, denn die Verkäuferin hat gemäss Sachverhalt einen Deckungsverkauf getätigt. Massgebend ist somit Art. 75 CISG.

d) Etliche Studierende stellten sich bei Frage 5 auf den Standpunkt, von der Käuferin habe vernünftigerweise nicht erwartet werden können, den späteren Lockdown in Shanghai und die daraus resultierenden Abfertigungsverzögerungen im Hafen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Betracht zu ziehen (Art. 79 Abs. 1 CISG). Das lässt sich kaum vertreten. Im März 2022 dauerte die Covid-Pandemie bereits zwei Jahre an und China hatte in diesem Zeitraum schon in verschiedenen Städten Lockdowns angeordnet. Zudem häuften sich im März 2022 Meldungen über (erneute) Covid-Ausbrüche in Shanghai, weshalb die lokalen Behörden schrittweise verschiedene Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie erliessen. Damit dürfte es die X AG schwer haben, sich auf die Entlastung gemäss Art. 79 Abs. 1 CISG zu berufen (sofern man ihr dies im Nachhinein überhaupt noch zugestehen sollte).

e) Vereinzelt haben Studierende die Frage 5 nicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 79 CISG geprüft, sondern unter Art. 71 f. CISG (vorweggenommene Vertragsverletzung). Das war nicht zielführend. Zur Debatte steht hier eine Vertragsverletzung der X AG – bestehend in der Annahmeverweigerung –

im Erfüllungszeitpunkt und nicht eine vorweggenommene Vertragsverletzung.

f) Zwei Studierende haben die Prüfungsaufgabe nicht richtig gelesen und gemeint, die X AG sei die Verkäuferin, obwohl im Sachverhalt ausdrücklich steht, dass die Y Ltd die Verkäuferin ist und dass sie nach der Vertragsauflösung das Karbamid an einen Dritten verkauft – nicht es von einem Dritten gekauft – hat. Mit dieser Fehleinschätzung wird die Frage 4 nicht mehr sinnvoll lösbar. Denn die sinkenden Preise kämen ja der Y Ltd – wenn sie Käuferin wäre – entgegen; sie würde von der Vertragsauflösung profitieren. Eine Schadenberechnung wäre da kaum möglich.

Im Übrigen wäre der ganze Fall von seiner Konzeption her nicht sinnvoll, wenn die X AG als Verkäuferin gehandelt hätte. Warum sollte die Y Ltd als potenzielle Käuferin in ihrer Gegenofferte von der CIF-Klausel zur FOB-Klausel wechseln, ohne am von der Anbieterin verlangten Preis etwas zu ändern? Da die Y Ltd (wenn sie Käuferin wäre) mit der FOB-Klausel anders als mit der CIF-Klausel die Kosten für den Seetransport übernehmen müsste, würden für sie die Einkaufskosten steigen. Als Käuferin hätte die Y Ltd an der FOB-Klausel nur ein Interesse, wenn der Kaufpreis für die Ware um mehr als die Transportkosten gesenkt würde.<sup>21</sup> Als Verkäuferin dagegen – die sie gemäss Sachverhalt ja klarerweise ist – wäre für die Y Ltd der Wechsel von der CIF-Klausel zur FOB-Klausel bei gleichbleibendem Kaufpreis von Vorteil gewesen.

Dank hinreichender Antworten bei den anderen Prüfungsfragen reichte es beiden Studierenden glücklicherweise noch für ein «passed», im einen Fall allerdings nur ganz knapp.

5. Die 20 Prüfungen entsprachen hinsichtlich ihrer Qualität im Wesentlichen meinen Erwartungen. Eine schöne Zahl von Arbeiten können mit einer verhältnismässig hohen Begründungsdichte als gut oder sehr gut bezeichnet werden. Andere Prüfungen wiesen zwar etliche Lücken und Fehler auf, bewegten sich aber immer noch im genügenden Bereich. Einmal mehr hatte ich bei dieser Gastlehrveranstaltung an der Universität Luzern den Eindruck, dass sich die meisten Studierenden im Rahmen der Vorlesung und der Prüfungsvorbereitung intensiv mit dem UN-Kaufrecht auseinandergesetzt haben. So macht eine Lehrveranstaltung Spass, zumindest dem Dozenten!

<sup>20</sup> GRAF VON BERNSTORFF, Incoterms 2020 (Fn. 9), S. 114 f. (A 3/B 3 bei der FOB-Klausel) und S. 134 f. (A. 3/B 3 bei der CIF-Klausel).

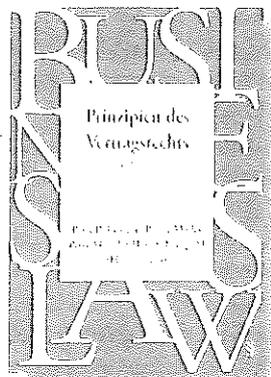
<sup>21</sup> Nur nebenbei sei noch erwähnt, dass mit einer Umkehr der Vertragsparteirollen auch die Ortsangaben im Sachverhalt nicht sehr plausibel wären. Der Verschiffungshafen ist Shanghai, der Bestimmungshafen Antwerpen. Rein theoretisch wäre es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine Schweizer Unternehmung einer chinesischen Firma Karbamid verkauft, das in Shanghai nach Antwerpen zu verfrachten ist. Aber sehr realistisch wäre ein solches Szenario wohl nicht.

## CIF ODER FOB BEIM KAUF VON KARBAMID? – EIN WEITERER PRÜFUNGSFALL ZUM UN-KAUFRECHT (CISG) AUF UNIVERSITÄRER MASTERSTUFE

6. Zu guter Letzt: Ich habe – selbstverständlich erst nach der Korrektur der Prüfungen – den Fall bei ChatGPT eingegeben, um zu schauen, wie diese Künstliche Intelligenz die Fragen beantworten würde. Das Resultat war durchzogen. Die Antworten kamen rasch und verhältnismässig ausführlich. Inhaltlich waren sie von höchst unterschiedlicher Qualität. Die eine oder andere Antwort war in den Grundzügen richtig, wenn auch nicht immer präzise genug. Hinweise auf

konkrete Normen des UN-Kaufrechts (z.B. bei Frage 3 auf Art. 19 CISG) fehlten durchwegs. Teilweise wurden die Fragen jedoch wirt, schwer verständlich oder falsch beantwortet. Fazit: «Student ChatGPT» hätte zurzeit noch ein «failed» erhalten. Aber wer weiss, in ein paar Jahren wird er vielleicht allen menschlichen Studierenden überlegen sein. Dann wird man allerdings auch den alten Dozenten nicht mehr brauchen und durch einen Avatar ersetzen ...

## Prinzipien des Vertragsrechts



Das bewährte Lehrbuch erschliesst das Vertragsrecht von seinen Prinzipien her. Kompakt, aber präzise dargestellt sind sowohl das allgemeine Vertragsrecht (OR AT) als auch Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag und Auftrag (Kernelemente des OR BT) sowie wichtige Innominalkontrakte (Lizenzvertrag, Sponsoringvertrag, Franchisingvertrag, Leasingvertrag, Outsourcingvertrag). Das Lehrmittel ist konsequent nach didaktischen Gesichtspunkten aufgebaut und gestaltet. Es eignet sich ebenso als ergänzende Lektüre zu Lehrveranstaltungen wie für Selbststudium, Repetition und Prüfungsvorbereitung. Die «Prinzipien des Vertragsrechts» werden ideal ergänzt durch die «Praxisorientierte Einführung ins Privatrecht» aus der gleichen Reihe.

 Peter Böhringer | Roger Müller | Peter Münch | Alex Wattenspühl  
Oktober 2020.

ISBN 978-3-7255-7632-6  
348 Seiten, broschiert  
CHF 86.00